

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

ALGUNAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO «PRO ACTIONE» EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Derecho a la tutela judicial efectiva y acceso al fondo de las cuestiones planteadas por los recurrentes) (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA TRAS LA CONSTITUCIÓN.—II. LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO «PRO ACTIONE» CON BASE EN LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1956.—III. LA NUEVA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.—IV. ALGUNAS DE SUS MANIFESTACIONES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *La utilización de la previsión del artículo 129.3 sobre subsanación de la falta de recurso previo de reposición.* 2. *La interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.* 3. *Confirmación de la posición correcta en torno al carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa.* 4. *Superación del carácter prioritario del pronunciamiento sobre los vicios de forma en relación con las cuestiones de fondo.*—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA TRAS LA CONSTITUCIÓN

La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 vino a suponer una brillante superación del anterior sistema de enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración —anclado todavía en la llamada Ley Santamaría de Paredes de 1888— que resultaba claramente insatisfactorio.

Aun contando con algunas importantes limitaciones, explicables por el contexto en que nació (1), es indiscutible que introdujo una regulación de

(*) El presente trabajo se terminó de escribir en junio de 1984, fecha que marca el límite de la jurisprudencia que ha podido consultarse a través de las entregas de Aranzadi.

(1) Entre estas limitaciones hay que mencionar la exclusión de la posibilidad de enjuiciamiento jurisdiccional de los «actos políticos del Gobierno» (art. 2.b), cláusula que seguramente habría tenido una aplicación reducida si la jurisprudencia hubiera realizado una interpretación estricta de la misma en la línea propuesta por un sector doctrinal —cosa que no sucedió—, y las exclusiones del artículo 40 LJ, entre las que se incluía la posibilidad de que una Ley posterior excluyera una determinada materia del recurso contencioso-administrativo, autorización de la que se hizo uso repetidamente. También debe mencionarse la denominada *legitimación corporativa* para el recurso contra los Reglamentos (art. 28.1.b), que en la interpretación que la jurisprudencia hizo de la misma supuso un obstáculo muy importante para el control judicial de la potestad reglamentaria de la Administración. Sobre algunas de estas cuestiones puede verse el ya clásico trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, originariamente en el núm. 38 de esta REVISTA (1962), pp. 159 y ss.

aceptable nivel técnico —de la que da razón su espléndida Exposición de Motivos— y que supuso un avance muy notable en nuestro sistema contencioso, enormemente atrasado hasta entonces (pensemos, por ejemplo, en la exclusión en bloque de la categoría de los «actos discrecionales» de toda posibilidad de enjuiciamiento jurisdiccional que se establecía en el sistema anterior).

Ello explica la acogida favorable de que gozó esta ley en su momento (2) y también la resistencia que ha mostrado al paso del tiempo, así como su mantenimiento en la actualidad, en un contexto muy distinto a aquel en que se elaboró y aprobó, contexto presidido en primer lugar por la Constitución de 1978. Resulta expresivo en este sentido el juicio que emitió en su día Niceto ALCALÁ-ZAMORA:

«entrañaría grave error que el día de mañana fuese víctima de uno de esos ciegos bandazos derogatorios a que tanto propende el temperamento político español, salvo, dicho se está, las disposiciones de neto signo discriminatorio» (3)

o el que formularon los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ:

«cualquier nueva conquista que se intente en este campo tendrá que realizarse a partir del terreno ya definitivamente conquistado por la LJ, que ha contribuido decisivamente a la modernización de nuestro Derecho Administrativo en bloque» (4).

Ahora bien: que la LJ haya podido sobrevivir al cambio constitucional, no impide que la Constitución de 1978 haya ejercido y esté ejerciendo sobre la misma una notable influencia en muy diversas formas.

En primer lugar, de modo directo, a través de su efecto derogatorio sobre determinados artículos. Así, debe entenderse derogado el art. 40, en cuanto excluía o permitía excluir determinadas materias de la posibilidad de enjuiciamiento jurisdiccional (5).

(2) Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La justicia administrativa en España*, Civitas, Madrid, 1974, pp. 59-61, donde se contienen muy abundantes referencias en relación con esta acogida favorable.

(3) El juicio, recordado por GONZÁLEZ PÉREZ (*El proceso administrativo y la Constitución*, «REDA», 14 [1977], pp. 365 y ss.), en *Estudios procesales*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 487. Originariamente formulado en *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, «Boletín del Instituto de Derecho comparado de México», 31 (enero-abril 1958), pp. 86 y ss.

(4) *Curso de Derecho administrativo*, II, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1977, p. 475.

(5) Quedan al margen de esta derogación, por tanto, los supuestos a los que se refieren las letras a y e.

Sobre esta derogación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Auto de 22 de octubre de 1980 y Sentencias de 2 de febrero de 1981 y 39/1983, de 16 de mayo. Véanse sobre ello las referencias de L. MARTÍN-RETORTILLO: *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, núm. 95 de esta REVISTA (1981), pp. 7 y ss., 13-17, y J. BERMEJO VERA: «El desarrollo constitucional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa», en el vol. col. *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1982, pp. 277 y ss., 293-295.

Pero junto a ello hay que subrayar que la Constitución ha influido o se muestra capaz de influir sobre nuestro sistema contencioso-administrativo de modo indirecto, a través de muy diversas vías:

— Así, la protección judicial especial introducida por el art. 53.2 para los derechos fundamentales y libertades públicas ha significado una regulación especial del recurso contencioso en esta materia (Ley 62/1978, de 26 de diciembre). Esta regulación ha incorporado diversas innovaciones con respecto al sistema general, regulación que tiene hoy posibilidades de incidir sobre el mismo por la vía de la generalización de estas innovaciones (6).

— La propia definición del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa realizada sobre la base de los «actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo» (art. 1.1 LJ) encuentra motivos para quedar superada, pues algunas leyes posteriores a la Constitución han atribuido a esta jurisdicción poderes de enjuiciamiento en relación con órganos constitucionales situados al margen de la organización administrativa (7).

(6) Sobre la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, véase J. SALAS-J. TORROS: *Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, núm. 93 de esta REVISTA (1980), pp. 29 y ss. En relación con la posible generalización a que se alude en el texto, véase A. CANO MATA: *La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria*, núm. 98 de esta REVISTA (1982), pp. 47 y ss.

(7) Véase, por ejemplo, el artículo 99.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional sobre impugnación en vía contencioso-administrativa de las resoluciones del secretario general, confirmadas en alzada por el presidente del Tribunal, en materia de personal, o el artículo 47 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, que establece la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa ante el Pleno del Tribunal Supremo los actos y disposiciones emanados por el Pleno del Consejo General o también los dictados por la Sección Disciplinaria cuando no sean susceptibles de alzada. Véase también el artículo 35.3 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales («BOE» de 29 de junio de 1983), que prevé expresamente la posibilidad de recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos de las Mesas del Congreso y del Senado que resuelvan reclamaciones en materia de personal. Sobre estas ampliaciones llamó la atención L. MARTÍN-REFORTILLO: *Evolución reciente*, pp. 27 y ss.

Estas y otras ampliaciones que en el futuro puedan establecerse pueden encontrar acomodo en nuestro sistema contencioso-administrativo a través del artículo 3, c), LJ («La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de: ... c) Las cuestiones que una Ley le atribuya especialmente»), o bien a través de una modificación de la propia definición del ámbito de esta jurisdicción. Por esta última solución se ha pronunciado F. GARRIDO FALLA (*Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, núm. 97 de esta REVISTA [1982], pp. 7 y ss.), proponiendo una formulación alternativa del artículo 1, LJ.

El tema trasciende con mucho el ámbito de lo que es mera técnica legislativa, pues en él están implicados problemas tales como la propia definición del Derecho administrativo o el relativo a la personalidad jurídica del Estado y la Administración Pública, temas sobre los cuales se ha abierto recientemente una cierta polémica precisamente a propósito de las ampliaciones a que se ha hecho mención.

Para un reciente planteamiento de estas cuestiones, véase P. ESCRIBANO COLLADO:

— La nueva «organización territorial del Estado» (Título VIII de la Constitución), y el consiguiente desarrollo del proceso autonómico con la previsión de que en cada una de las Comunidades Autónomas exista un *Tribunal Superior de Justicia*, no puede dejar de incidir tampoco en la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa (8).

Pero estos temas —así como algunos otros en los que el alcance derogatorio de la Constitución no ha sido precisado todavía de forma pacífica (ejecución de sentencias, legitimación corporativa en el recurso contra Reglamentos)— deberán esperar para su concreción a la correspondiente reforma de la Ley de la Jurisdicción. Reforma legislativa sobre la que se vienen haciendo diversos planteamientos en los últimos años, sobre todo desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se propone la corrección de aquellos puntos en los que la experiencia de aplicación de la Ley ha puesto de manifiesto deficiencias, imperfecciones o claras disfuncionalidades (9).

b) En segundo lugar, se plantea la adaptación del texto de 1956 a los principios constitucionales consagrados en 1978 (10).

Estas dos perspectivas no discurren tan separadamente como podría parecer a primera vista, puesto que no pocas deficiencias de nuestro sistema de justicia administrativa detectadas en los años de aplicación de la ley suponen otras tantas dificultades para hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución (art. 24.1), así como el principio afirmado en el art. 106.1 (control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa).

En lo que es preciso insistir aquí —sin negar la necesidad de la reforma— es que buena parte del camino a recorrer para la adaptación de la justicia administrativa a los principios constitucionales puede producirse —y de hecho se está produciendo— por la vía menos espectacular

¿Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho administrativo?, «REDA», 37 (1983), pp. 165 y ss., en el que puede encontrarse la cita de las diversas aportaciones en torno a estos temas.

(8) Véase sobre este punto el estudio de L. MARTÍN REBOLLO: *Incidencia de la nueva organización territorial en el recurso contencioso-administrativo (El control jurisdiccional de las Comunidades Autónomas)*, «Documentación Administrativa», núm. 182 (1979), pp. 489 y ss. También E. VIVANCOS: *Audiencias territoriales y Estatutos de Autonomía*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), pp. 1629 y ss., y S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, II, Civitas, Madrid, 1984, pp. 33-43.

(9) Véanse, desde esta perspectiva, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevos sistemas de control de la Administración Pública*, «REDA», 22 (1979), pp. 399 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas*, núm. 95 de esta REVISTA (1981), pp. 125 y ss.

(10) Véanse J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El proceso administrativo y la Constitución*, en «REDA», 14 (1977), pp. 365 y ss., y también como estudio preliminar a sus *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, y L. MARTÍN REBOLLO: *La justicia administrativa ante el texto constitucional (apostillas a un libro reciente)*, «REDA», 19 (1978), pp. 519 y ss. Para un aspecto concreto, véase J. DELGADO BARRIO: *Principio constitucional de predominio de la oralidad v. jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», 38 (1983), pp. 365 y ss.

lar del cambio interpretativo, de una interpretación de la Ley de la jurisdicción conforme a la Constitución (11). La Constitución es una norma «cualitativamente distinta» —según ha explicado nuestro Tribunal Constitucional— «por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico» (12). El propio Tribunal Constitucional ha señalado en algún punto concreto cuál es el criterio a seguir para caminar en este sentido (13).

(11) Esta vía fue apuntada ya por L. MARTÍN REBOLLO al afirmar que «las innovaciones que en este sentido necesita el contencioso son, unas, con absoluta necesidad, probablemente de carácter legislativo; otras, por el contrario, se pueden lograr por una vía menos radical de una interpretación acorde con los principios constitucionales» (*La justicia administrativa*, cit., p. 520). Sobre ello ha insistido L. MARTÍN-RETORTILLO al explicar que «todo el ordenamiento jurídico ha quedado coloreado con nuevos tintes a la luz de una Constitución que proclama y orienta en la cúspide de aquél el principio del Estado Social de Derecho» (*Evolución reciente*, cit., p. 9). Véanse también J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios*, cit., p. 79, y J. BERMEJO VERA: *La tutela judicial del administrado*, «REDA», 35 (1982), pp. 567 y ss., que habla de una «reinterpretación provisional» de la LJ. Sobre el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, véase GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 95 y ss.

El tema de la importancia del papel atribuido a los jueces que han de aplicar una Ley en la administración de la justicia como factor codeterminante de su éxito o de su fracaso junto a la propia calidad técnica del texto legal fue destacado por GONZÁLEZ PÉREZ (*El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, núm. 57 de esta REVISTA [1969], pp. 186-187).

(12) Véase Sentencia de 31 de marzo de 1981 (FJ 3).

(13) Me refiero a la interpretación que debe darse al artículo 64, LJ, que regula los emplazamientos en el proceso contencioso-administrativo. Según este artículo, el anuncio del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» sirve de emplazamiento a los posibles demandados distintos de la Administración (a los que se refiere el art. 29, 1, b, LJ) y a los coadyuvantes (art. 30, LJ).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este sistema de emplazamiento —con ocasión de conocer recursos de amparo en supuestos en los que se había hecho aplicación del mismo— señalando que el artículo 24, 1, de la Constitución exige el emplazamiento personal «a los que puedan comparecer como demandados —e incluso coadyuvantes—, siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente...» (Sentencia de 31 de marzo de 1981, FJ 6).

Sin embargo, no ha utilizado la facultad establecida en el artículo 55, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que permite llegar a una declaración de inconstitucionalidad de una Ley en un recurso de amparo), por considerar que el artículo 64, LJ, es susceptible de ser interpretado de modo conforme a la Constitución. Así lo ha entendido la Sentencia 63/1982, de 20 de octubre (fundamento tercero), en la que se señala, además, cuál debe ser esta interpretación. En determinados casos (titulares de derechos o intereses legítimos que defendieron su posición en el procedimiento administrativo previo o que aparezcan suficientemente identificados en el escrito de interposición o en la demanda) procede realizar el emplazamiento en forma directa, solución a la que se puede llegar por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues a ella no se opone el artículo 64, LJ. En cambio, el emplazamiento edictal previsto en el artículo 64, LJ, es constitucionalmente válido para «quienes no son titulares de derechos o intereses legítimos que se intentaron hacer valer en el previo procedimiento administrativo o, aun siéndolo, no aparecen identificados o cuyo domicilio se ignora». Concluye esta Sentencia el Tribunal afirmando que en esta interpretación el artículo 64, LJ,

Pues bien, es mi propósito centrarme en un aspecto concreto para mostrar cómo se está produciendo ese cambio de orientación en la interpretación de la Ley en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. Se trata del tema del llamado principio *pro actione* que implica —como vamos a ver— la interpretación más favorable a las posibilidades de enjuiciamiento jurisdiccional de la actividad de la Administración.

Este principio se formuló con un claro apoyo en la propia Ley de 1956, pero nuestros Tribunales de lo contencioso-administrativo no acertaron a aprovechar toda su rica potencialidad. Veremos cómo, tras la Constitución de 1978, se ha producido un reforzamiento del mismo que está dando lugar a importantes cambios de criterio. Pero antes de ello me parece necesario fijar el marco inicial en el que tal principio se ha venido desenvolviendo.

II. LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO «PRO ACTIONE» CON BASE EN LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1956

La idea de la interpretación de los requisitos formales del recurso contencioso-administrativo en el sentido más favorable a la posibilidad de enjuiciamiento por los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa ha venido encontrando una cobertura explícita en la propia Ley Jurisdiccional de 1956. Recordemos a este respecto que la Ley de 1956 trató de reaccionar —como es bien sabido— contra determinadas «interpretaciones formalistas» de la jurisprudencia anterior, y lo hizo a través de técnicas bien concretas. Así, el art. 55, que permite deducir el recurso de forma indistinta contra el acto que sea objeto de recurso de reposición, contra el que resuelve éste, o contra ambos a la vez, o el art. 129, sobre subsanación de los defectos procesales de los actos de las partes.

Especialmente significativas de la intencionalidad de la Ley en esta materia resultaban las certeras palabras de la Exposición de Motivos cuyo tenor es sobradamente conocido, pero que son de cita obligada en este lugar. En orden a justificar la reforma se señalaba que:

no es contrario a la Constitución y que la misma permite evitar que se produzca indefensión, y permite también mantener dicho precepto en tanto que el legislador no dé a la materia una regulación más plenamente ajustada a la Constitución.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de volver a pronunciarse en una larga serie de Sentencias dictadas en otros tantos recursos de amparo, en las que se insiste en los mismos criterios. Véanse Sentencias 22/1983, de 23 de marzo; 42/1983, de 31 de mayo; 102/1983, de 18 de noviembre; 103/1983, de 22 de noviembre; 117/1983, de 23 de diciembre; 4/1984, de 23 de enero, entre otras.

En relación con esta doctrina del Tribunal Constitucional, véanse los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO: *Del emplazamiento de demandados y coadyuvantes en el contencioso-administrativo «REDA»*, 35 (1982), pp. 659 y ss.; A. CANO MATA: *Emplazamiento a codemandados y coadyuvantes en los procesos regulados por la Ley Contenciosa de 27 de diciembre de 1956*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), páginas 1219 y ss., y J. PRIETO DE PEDRO: *Los requisitos de la garantía de emplazamiento eficaz de los interesados en el recurso contencioso-administrativo*, ídem, pp. 1447 y ss.

«se han recogido aquellas orientaciones de la jurisprudencia realmente aprovechables y redactado los preceptos de la Ley de modo tendente a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos administrativos, comportaban la subsistencia de infracciones administrativas, en pugna con la Justicia, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política».

En un sentido similar, con ocasión de explicar el «procedimiento contencioso-administrativo» se indicaba:

«a fin de superar ciertas interpretaciones formalistas, el artículo 55 deja bien sentado que el recurso contencioso-administrativo podrá deducirse indistintamente...».

Por último, al explicar el sentido del art. 129, se hacía una afirmación de alcance general:

«La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma.»

Con estas palabras, con las que finaliza la Exposición de Motivos, quedaban formuladas —con claridad y brillantez difícilmente superable— las intenciones del nuevo texto procesal en orden a la superación del formalismo.

Sin embargo, es bien conocido igualmente que la experiencia de aplicación de la Ley fue muy decepcionante en este punto: las favorables perspectivas que abría el nuevo texto chocaron con una tradición fuertemente asentada y la jurisprudencia vino a hacer muy escaso caso de las posibilidades que se le ofrecían para flexibilizar el sistema y, en cambio, hizo gala de un extremado rigor a la hora de valorar la observancia de los requisitos formales del recurso contencioso-administrativo, con lo que de hecho quedaron desvirtuadas en gran medida las potencialidades que encerraba la nueva regulación.

Esta praxis jurisprudencial —cuya explicación última radica en una resistencia de los Tribunales a entrar a enjuiciar los actos del poder público— se rompía esporádicamente con alguna sentencia en la que el Tribunal Supremo mostraba una actitud flexible que podía hacer pensar en que se había producido por fin un punto de inflexión y que se empezaba a caminar en un sentido distinto.

Tomando como punto de arranque algunos de estos pronunciamientos, el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA llegó a la formulación de un «principio de interpretación favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos» (o principio *pro actione* o *favor*

actionis, utilizando expresiones que buscaban un paralelismo con fórmulas análogas de otras ramas del Derecho) como un verdadero *principio general del Derecho*, y explicó algunas de sus posibles derivaciones (14).

Los términos concretos de su planteamiento eran los siguientes: si se parte del derecho de los ciudadanos a residenciar sus discrepancias con la Administración ante un Tribunal independiente como derecho fundamental y exigencia de la dignidad y libertad humanas debe concluirse necesariamente

«que lo esencial es llegar al fondo de los recursos, a lo que deben subordinarse las formalidades procesales, evitando su sustantivación; que las excepciones a la admisión de los recursos son de interpretación, no ya enunciativa o declarativa, sino positivamente restrictiva, en cuanto reglas odiosas por contradecir o limitar ese derecho fundamental y natural; que lo esencial es hacer posible el ejercicio de dicho derecho, para lo cual debe buscarse siempre en toda cuestión disputada sobre la materia la interpretación precisamente más favorable a este efecto» (15).

Resumía a continuación GARCÍA DE ENTERRÍA las dificultades establecidas en nuestro sistema positivo para el acceso a los Tribunales contencioso-administrativos y subrayaba la gravedad de las consecuencias de las declaraciones de inadmisibilidad de los recursos que —dada la brevedad de los plazos para recurrir y su configuración como plazos de caducidad— implican la imposibilidad de volver a plantear la cuestión y la pérdida definitiva del derecho material discutido. Efecto que —en expresión del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA— da a las declaraciones de inadmisibilidad «un tinte de verdaderas denegaciones de justicia».

Afirmaba la necesidad de reformar el cúmulo de obstáculos que dificultan el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en tanto no se produjera tal reforma legislativa, se pronunciaba por una utilización constructiva del principio señalado, intentando buscar «allí donde exista indeterminación en las reglas de acceso al fondo la solución menos rigorista, de forma que no se agraven las cargas y gravámenes de los administrados...» (16).

Con ello venía a darse pleno respaldo en el plano técnico a una regla firmemente apoyada en la propia naturaleza institucional del recurso contencioso-administrativo y en su regulación positiva.

Lo cierto es —sin embargo— que nuestros tribunales contencioso-administrativos han seguido actuando con criterios difícilmente compatibles con este principio, tan acertadamente formulado, observando por el contrario frecuentemente un *rigorismo formalista* en el examen de las cau-

(14) Véase su trabajo *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, número 42 de esta REVISTA (1963), pp. 267 y ss.

(15) Cfr. *El principio de la interpretación más favorable*, pp. 272-273.

(16) *Idem*, pp. 274-276.

sas de inadmisibilidad de los recursos, como ha señalado recientemente el Prof. L. MARTÍN-RETORTILLO en una ojeada retrospectiva sobre el tema (17).

Por poner sólo algunos ejemplos bien conocidos, los problemas planteados en torno a los plazos para interponer el recurso, la interposición previa del recurso de reposición —a cuyos efectos no se han utilizado las posibilidades del art. 129.3—, la legitimación corporativa en el recurso contra reglamentos, o las limitaciones derivadas del modo en que la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido entendiendo el carácter «revisor» atribuido a la misma, son temas cuyo simple enunciado nos hace ver las dificultades en afirmar que el principio *pro actione* ha sido un principio realmente operativo (18).

Ha sido preciso esperar a que se produjera un cambio en los principios constitucionales y en el contexto social y político para asistir a una modificación de entidad en la orientación jurisprudencial prevalente. Efectivamente, un examen de los criterios que aplica últimamente el Tribunal Supremo en alguna de las cuestiones que venían suponiendo verdaderos obstáculos a las posibilidades de enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración, permite detectar un nuevo impulso del principio *pro actione* que por fin tiende a colocarlo en el lugar que le corresponde en nuestro sistema de justicia administrativa.

El Prof. L. MARTÍN-RETORTILLO ha mostrado cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha estado impregnada desde su entrada en funcionamiento de un profundo sentido antiformalista que le lleva a buscar siempre la interpretación de las reglas procesales más favorables al uso efectivo de los poderes de enjuiciamiento que le han sido atribuidos (19).

Pues bien, puede afirmarse que, de forma más lenta —como corresponde a una institución en funcionamiento que no puede dejar de evolucionar con una cierta dosis de inercia—, este espíritu va calando también en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo,

(17) Véase L. MARTÍN-RETORTILLO: *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional* (I), «Revista de Derecho Político de la UNED», 16, invierno 1982-1983, pp. 39 y ss., 44-46. La segunda parte de este trabajo apareció en el núm. 17 de la misma revista, pp. 117 y ss. El trabajo completo, ahora también en el libro del autor *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pp. 71 y ss., con la inclusión de una *Addenda*.

(18) Estas cuestiones —así como otros temas conectados con las dificultades planteadas para el control efectivo por los Tribunales de la actividad administrativa— han venido atrayendo una no escasa atención doctrinal. No tendría sentido intentar en este lugar una enumeración completa de las contribuciones producidas en esta línea. Más adelante, al ocuparnos de algunas de estas cuestiones, haremos algunas referencias a trabajos específicos sobre las mismas, en su mayor parte comentarios de jurisprudencia. Sirvan ahora como simple botón de muestra, además del trabajo ya citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, su estudio sobre el *Recurso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, número 29 de esta REVISTA (1959), pp. 161 y ss., y también en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1981, y el de J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 57 de esta REVISTA (1969), pp. 183 y ss.

(19) Véase *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo*, cit., «Revista de Derecho Político», 16, pp. 56 y ss., y 17, pp. 177 y ss.

operación en la cual nuestro Alto Tribunal redescubre —por decirlo así— lo mejor de sí mismo, puesto que para ello no le faltan apoyos en su mejor doctrina anterior.

Sólo dos observaciones más me parece oportuno formular para terminar esta consideración general del principio *pro actione*.

a) En primer lugar, hay que subrayar que desde la perspectiva de este principio no se trata de mantener la inutilidad de cualquier requisito o formalidad que actúe como condición para que los Tribunales puedan enjuiciar la actividad administrativa ni de propugnar la desaparición de los mismos. Se trata simplemente de insistir en su carácter instrumental y de defender su aplicación flexible (20).

b) Por otro lado, el principio *pro actione* no se confunde con un principio *pro administrado* que implique un criterio de favorecimiento del particular en la resolución de sus conflictos con la Administración. Y ello, en primer lugar, porque el recurso contencioso-administrativo puede ser promovido por una Administración pública (frente a un acto de otra Administración o bien frente a un acto de la misma en aplicación del procedimiento para la revocación de los actos administrativos), en cuyo caso el principio *pro actione* opera a su favor. Pero en segundo lugar, porque tiene un alcance estrictamente procesal y no proporciona ningún criterio sobre la solución que debe darse al fondo de las contiendas planteadas ante los Tribunales contencioso-administrativos. Como explicó el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA no se trata de algo similar a los principios *pro operario* o *pro reo*, porque no parece que exista una razón material en el Derecho Administrativo para favorecer la posición del fondo del administrado (21). En todo caso —añadiría yo— el principio de presunción de validez de los actos administrativos en su manifestación como principio de conservación de los actos o *favor acti* podría llevar a sostener la regla contraria, con excepción —claro está— de lo relativo al Derecho Administrativo sancionatorio, al que la jurisprudencia viene considerando parte de un Derecho punitivo general junto con el Derecho Penal de lo que deriva la aplicación de algunos principios comunes al Derecho Penal, entre ellos, el de presunción de inocencia (22).

(20) Véanse en este sentido las observaciones de L. MARTÍN-RETORTILLO en *Antiformalismo*, «Revista de Derecho Político», 16, pp. 41-42.

(21) Véase *El principio de la interpretación más favorable*, pp. 273-274 (nota 13), en la que observa que no se trata tanto de favorecer la posición de fondo del administrado como de favorecer el acceso al recurso, el ejercicio de la acción, el derecho a rescindir ante el juez su pretensión impugnatoria del proceder administrativo.

En alguna sentencia del Tribunal Supremo se habla —de forma incorrecta, a mi juicio— de un *principio de interpretación más favorable a los administrados* refiriéndolo a cuestiones de fondo. Véase en este sentido Sentencias de 16 de septiembre de 1983 (Arz. 4498; Ponente: Rodríguez Hermida).

(22) Esta proximidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional al afirmar —en Sentencia de 8 de junio de 1981— que:

«Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Es-

III. LA NUEVA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La Constitución de 1978 ha dado un fuerte impulso al principio al que venimos aludiendo, como no podía dejar de suceder en una Constitución que pretende «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» (véase Preámbulo de la Constitución).

Dejando al margen otros preceptos de alcance más general interesa recordar aquí el contenido de los arts. 24.1 y 106.1. El primero de ellos —situado en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, entre los derechos fundamentales en sentido propio— establece el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

Por su parte, el art. 106.1 establece la regla general de que «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». Regla que es el correlato necesario del «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» con que actúa la Administración Pública (art. 103.1) y del precepto que ordena al Gobierno ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes» (artículo 97).

En cuanto al art. 24.1 debe observarse que su contenido está siendo precisado por una matizada jurisprudencia del Tribunal Constitucional producida en una serie ya abundante de casos (23). Me parece oportuno

tado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.»

En todo caso, debe notarse que no puede afirmarse de modo general que el principio de presunción de validez de los actos administrativos implique necesariamente un desplazamiento de la carga de la prueba a los administrados en los procesos que se planteen. Véase en este sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 4.^a ed., Madrid, 1983, pp. 478-479.

(23) El derecho a la tutela judicial efectiva es —junto con el principio de igualdad— el precepto cuya invocación ante el Tribunal Constitucional está resultando más frecuente.

Un estudio sobre este derecho fundamental puede verse en el trabajo de R. GÓMEZ-FERRER: *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, «REDA», 33 (1982), pp. 183 y ss., donde explica (véase p. 188) cómo el Tribunal Constitucional viene considerando satisfecho el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución fundada en Derecho que habrá de ser de fondo cuando concurren todos los requisitos procesales para ello, sea o no favorable a las pretensiones que se formulan. En cambio, el Tribunal

recordar, por otro lado, la doble naturaleza que tienen los derechos fundamentales, según ha explicado el Tribunal Constitucional. Son explícitas en este sentido las consideraciones que se hacen en la S. de 14 de julio de 1981 (FJ 5):

«Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional...
(...)

En este segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho...»

Constitucional declara infringido el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución es de inadmisión o de desestimación por alguna causa inexistente.

Algunas aportaciones sobre este tema se contienen en el vol. col. *El poder judicial*, 3 vols., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983. Véanse, por ejemplo, E. PIÑEL LÓPEZ: *El derecho a la tutela jurídica por los Tribunales de Justicia*, pp. 285 y ss.; J. L. ALBACAR: *Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional*, pp. 413 y ss.; J. BERMEJO VERA: *La tutela judicial del administrado*, pp. 653 y ss. (también publicado en «REDA», 35); J. L. GONZÁLEZ MONTES: *Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española*, pp. 1473 y ss.; R. MATEU-ROS: *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*, pp. 1919 y ss. (también en el núm. 98 de esta REVISTA); J. M. RODRÍGUEZ OLIVER: *El artículo 24, 1, de la Constitución y la ampliación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*, pp. 2431 y ss.

Para una completa exposición de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho fundamental, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.

Para el Tribunal Constitucional el derecho consagrado en el artículo 24, 1, de la Constitución comprende tanto el derecho a acceder a los Tribunales de Justicia como a obtener una resolución fundada en Derecho, como a que se ejecute lo juzgado. Concretamente, en relación con el recurso contencioso-administrativo, este precepto implica la derogación de las exclusiones de determinadas materias del control jurisdiccional que realizaba el artículo 40, LJ (véase *supra* nota 5), pero no impide que la Ley establezca determinados requisitos procesales como presupuesto para que el Tribunal dicte una resolución de fondo (expresamente ha señalado el Tribunal Constitucional que esta resolución judicial habrá de ser de fondo *siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello*).

En relación con estos requisitos procesales,

a) no siempre son admisibles constitucionalmente: no lo serán si son el producto de un innecesario formalismo y no se compaginan con el derecho a la justicia o si no aparecen justificados y proporcionados con las finalidades para las que se establecen (S. 90/1983, de 7 de noviembre, FJ 2);

b) el incumplimiento de los requisitos o formas procesales no genera iguales efectos en todo supuesto, ya que será preciso distinguir si se trata de un incumplimiento absoluto «debido a una opuesta voluntad a su realización» que «llevará a la consecuencia de la pérdida del derecho a que se anudaba la observancia, más aún si el legislador precisa este efecto taxativamente», o si, por el contrario, se trata de una irregularidad formal de escasa importancia «que no genera consecuencias definitivas», en cuyo caso procederá aplicar la técnica de subsanación de las irregularidades (S. 95/1983, de 14 de noviembre, FJ 5).

Por lo que se refiere concretamente al art. 24.1 el Tribunal Constitucional ha hecho notar que además de reconocer un derecho («a que se dicte una resolución en Derecho siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello») contiene «un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa...» (Sentencia de 31 marzo de 1981) (24).

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional está operando —como quedó apuntado más atrás— con un criterio «antiformalista» o de máxima flexibilidad en la apreciación del cumplimiento de los requisitos procesales para lograr el acceso a la cuestión de fondo planteada.

Pues bien, nuestros tribunales contencioso-administrativos no han permanecido insensibles a ese nuevo contexto normativo y a este talante de que hace gala el Tribunal Constitucional. Captando perfectamente las exigencias que derivan de la nueva situación, han relanzado el viejo principio *pro actione* con una formulación mucho más decidida.

Así, vemos al Tribunal Supremo afirmar, en unos términos que no pueden ser más expresivos, lo siguiente:

(24) De la amplia potencialidad de este principio ha dado ya alguna muestra nuestro Tribunal Supremo en temas distintos a los que constituyen el objeto de este comentario. Así, las Sentencias de 17 de julio de 1982 (Arz. 4428; Ponente: GARCÍA MANZANO) y 21 de julio del mismo año (Arz. 4442; Ponente: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ) han aplicado el principio de la efectividad de la tutela judicial a un tema en el que los Tribunales venían operando con gran automatismo: el del carácter no suspensivo del recurso salvo que el Tribunal acuerde la suspensión a instancias del recurrente cuando la ejecución del acto hubiese de causar perjuicios de reparación imposible o difícil (art. 122, LJ). En estas Sentencias el Tribunal Supremo abre una brecha al afirmar que en determinados casos la protección judicial no será efectiva si opera sobre un acto ya ejecutado, ya que el eventual fallo favorable al recurrente no podrá suponer una *total reintegración*, una *reparación verdadera* de la situación para la cual se reclama la tutela. En tales casos entiende el Tribunal que la ejecución inmediata del acto sin esperar a su firmeza es contraria al artículo 24, 1, de la Constitución.

En relación con este desarrollo jurisprudencial, véanse M. SÁNCHEZ MORÓN: *El derecho a la tutela judicial como límite a la ejecución de los actos administrativos*, «REDA», 35 (1982), pp. 669 y ss., y J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recursos*, núms. 100-102 (1983) de esta REVISTA, pp. 1609 y ss., trabajo este último en el que se hace un desarrollo general sobre el sentido del principio general de ejecutividad de los actos administrativos poniéndose en cuestión su alcance general y donde se hace una propuesta de modificación de nuestra LJ en este punto (arts. 122 y ss.).

En esta línea flexibilizadora del principio de ejecutividad de los actos y del carácter no suspensivo de recurso se sitúa también al auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1983 (Arz. 5251; Ponente: DELGADO-IRIBARREN), si bien no se argumenta aquí en base al derecho a la tutela judicial efectiva. En este auto el Tribunal Supremo desestima la apelación promovida por el abogado del Estado frente a un Auto de la Audiencia Nacional en el que se decretó la suspensión de una sanción administrativa. El abogado del Estado se apoyaba en que el perjuicio que se podía causar no era de imposible o difícil reparación, ya que éste era evaluable económicamente (se trataba de una sanción pecuniaria) y el Tesoro Público es solvente.

Para desvirtuar este argumento observa el Tribunal en primer lugar la reducida capacidad económica de la entidad recurrente y considera también junto a ello «la acusada tendencia, tanto doctrinal como jurisprudencial y legal, a invertir los términos del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, cuando se trata, como en el presente caso, de decisiones de carácter punitivo o sancionador».

«la Sala no puede dejar de apuntar la también reciente doctrina jurisprudencial —SS. de 20 diciembre y 29 diciembre 1981, entre otras— que insiste en la necesidad de mantener que en la materia de los requisitos o presupuestos procesales (inadmisibilidad) los criterios informantes del sistema —art. 24.1 de la Constitución y Exposición de Motivos de la Ley— son los de flexibilidad y apertura con la finalidad de lograr una completa o plena garantía jurisdiccional por parte de todos los litigantes (ya sean personas físicas o jurídicas) y que sólo se logra si el Tribunal da una respuesta adecuada y congruente con la temática planteada sin escudarse en razones formales que en la mayoría de los casos —y por las especialidades del proceso contencioso— suponen auténticas denegaciones de Justicia» (S. de 9 de febrero de 1982, Arz. 931, Ponente: MARTÍN MARTÍN).

En otras sentencias se rechaza una causa de inadmisibilidad de acuerdo con «el criterio flexible o *pro actione* que proclama la Exposición de Motivos de la propia Ley Jurisdiccional y que hoy refuerza el derecho fundamental a la plena garantía jurisdiccional (art. 24.1 Constitución) que sólo es posible o se da si el órgano judicial examina y da solución a toda la problemática litigiosa que plantee la pretensión» (S. de 15 de marzo de 1982, Arz. 2121, Ponente: MARTÍN MARTÍN) o señalando que «esa causa [de inadmisibilidad] como las restantes relacionadas en dicho art. 82 de la Ley Jurisdiccional, por los efectos frustrantes que producen, radicalmente antagónicos con el principio *pro actione*, verdadero *desideratum* de la institución procesal, ha de ser administrada con la mayor de las cautelas y prevenciones» (S. de 23 de marzo de 1982, Arz. 2400, Ponente: MARTÍN DEL BURGO).

En unos términos no muy distintos de los que anteceden se afirma también que «ante la hoy indeclinable necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24.1 de dicha Ley Fundamental, preciso es extremar la hermenéutica y praxis restrictivas como principio general en materia de inadmisibilidad de recursos contra los actos de la Administración» (S. de 3 de febrero de 1983, Arz. 497, Ponente: BOTELLA TAZA).

Estas formulaciones —y otras similares que podrían traerse a consideración (25)— traducen perfectamente una exigencia que deriva del propio

(25) Por ejemplo, la Sentencia de 31 de diciembre de 1982 (Arz. 1688; Ponente: DÍAZ ETMIL), describe el contexto «de enjuiciamiento flexible y generoso de los presupuestos de validez del proceso contencioso» en los siguientes términos:

«La concepción de las formalidades procesales como garantía de acierto de la decisión judicial y no como obstáculos encaminados a dificultar o impedir el pronunciamiento de la Sentencia sobre la cuestión de fondo constituye asiento y fundamento esenciales, expresamente declarados en la exposición de motivos de la Ley reguladora de esta jurisdicción, del sentido espiritualista que debe presidir de manera permanente la revisión judicial de la legalidad de los

sentido institucional del recurso contencioso-administrativo y de los mandatos constitucionales que inciden sobre la materia. Pero ante ellas, es preciso preguntarse por las concretas consecuencias que de las mismas el Tribunal Supremo hace derivar o, en otros términos, resulta obligado preguntarse si nos encontramos ante afirmaciones de alcance meramente retórico o si, por el contrario, se trata ya de un principio verdaderamente operativo.

Pues bien, voy a referirme a partir de ahora a algunas aplicaciones del principio *pro actione* que se contienen en una serie de decisiones recientes del Tribunal Supremo, aplicaciones que ponen de manifiesto cómo dicho principio está arraigando en la jurisprudencia contencioso-administrativa y ha llegado a alcanzar una efectividad hasta ahora desconocida.

IV. ALGUNAS DE SUS MANIFESTACIONES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Vamos a referirnos —como ha quedado indicado— a algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la línea señalada ordenándolos por grupos de cuestiones, en el bien entendido de que ni se abordan todos los temas que podrían ser objeto de estudio ni se pretende tampoco una enumeración exhaustiva de sentencias que inciden sobre los mismos.

1. *La utilización de la previsión del art. 129.3 sobre subsanación de la falta de recurso previo de reposición*

El párrafo 3 del art. 129 LJ permitió —como es sabido— la subsanación de la interposición del recurso previo de reposición en los casos en que éste fuera preceptivo y hubiese sido omitido:

«Si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo éste preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días y si se acreditara dentro de los cinco días siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición en forma expresa, o transcurra el plazo a que se refiere el artículo 54.»

Conocidas son también las limitaciones y las estrecheces con que la jurisprudencia ha venido utilizando esta posibilidad admitiéndola sólo cuando la subsanación se plantea estando todavía abierto el plazo de un mes para el recurso de reposición, o a lo sumo, cuando el recurso conten-

actos administrativos, actualmente potenciado y robustecido por el principio de protección judicial de los derechos que consagra el artículo 24, 1, de la Constitución...»

cioso-administrativo fue interpuesto antes de que hubiera expirado dicho plazo, con lo que de hecho ha venido a desvirtuarla (26).

Pues bien, el Tribunal Supremo admite hoy ya con normalidad la aplicación del art. 129.3 sin limitaciones de orden temporal, como se desprende de algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal. Se trata en concreto de SS. de 21 de diciembre de 1981, 3 de marzo de 1983 y 19 de abril del mismo año.

En la primera de ellas (S. de 21 de diciembre de 1981, Arz. de 1982, 768, Ponente: MARTÍN DEL BURGO) se trataba de un recurso contra Reglamentos con base en el art. 39.3 LJ, es decir, disposiciones que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, supuesto en el que —como es sabido— la jurisprudencia viene exigiendo la interposición del recurso de reposición al no entenderlo incluido en el art. 53, e) LJ. Tal recurso de reposición había sido omitido en el caso considerado, omisión que era alegada por el abogado del Estado como causa de inadmisibilidad. Por la parte recurrente se invocaba la aplicación del art. 129.3.

En esta sentencia —sobre cuyo contenido volveremos más adelante desde una perspectiva distinta— no se produce de manera sorprendente una declaración de inadmisibilidad, sino que el Tribunal dicta una resolución de fondo porque entiende que el defecto sería subsanable por la vía del art. 129.3. Sobre este último aspecto señala en concreto:

«sin entrar en los diversos motivos por los que la jurisprudencia ha recortado tanto la aplicación del precepto contenido en este art. 129.3 de la Ley Jurisdiccional, haciendo aplicación del mismo tan sólo en casos extremos y aislados...; con espíritu pragmático en el presente supuesto, el principio de economía procesal aconseja la no utilización de las facultades que esta norma pone en manos de los Tribunales de lo Contencioso, pues, como a continuación vamos a ver, existen poderosas razones para desestimar cuantos argumentos se han esgrimido por la empresa recurrente contra el Decreto por ella aquí combatido».

Se considera, por tanto, perfectamente viable la subsanación de la omisión del recurso de reposición, pero no se hace uso de esta posibilidad por entender que los argumentos de fondo del recurrente no son aceptables.

En la segunda de las sentencias mencionadas (S. de 3 de marzo de 1983, Arz. 1368, Ponente: MARTÍN MARTÍN) se trataba también de un recurso contra disposiciones reglamentarias en el que se había omitido el

(26) La jurisprudencia restrictiva sobre este precepto fue ya objeto de crítica por GARCÍA DE ENTERRÍA en el trabajo antes mencionado (véase *El principio de la interpretación más favorable*, pp. 276 y ss.). Véase también una muestra de la jurisprudencia sobre el mismo en la obra de J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 1413 y ss.

recurso de reposición. Para rechazar la causa de inadmisibilidad correspondiente explica el Tribunal que

«el examen del contenido del Reglamento o Disposición general impugnada nos lleva a entender encontrarnos ante el supuesto *a)* del art. 39 en relación con el art. 28.1. *b* de la Ley Jurisdiccional excluido del recurso de reposición, artículo 53. *e* de la propia Ley; pero aun *en el supuesto de que así no fuese la declaración de inadmisibilidad vendría pospuesta a lo que resultare de la aplicación de la regla subsanatoria prevista en el art. 129 de la Ley*».

Por último, la S. de 19 de abril de 1983 (Arz. 2225, Ponente: DÍAZ EIMIL) utiliza la posibilidad del art. 129.3 como argumento (entre otros) para aceptar una interposición extemporánea del recurso de reposición cuando la Administración al resolverlo dictó una resolución de fondos en los siguientes términos:

«*si la moderna jurisprudencia viene aplicando en toda su potencialidad efectiva y sin limitaciones de orden temporal el art. 129.3 de la Ley de esta Jurisdicción, es obvio que supondría volver a un ya abandonado criterio ritualista el denegar la apertura del proceso contencioso por extemporaneidad del recurso de reposición a quien lo interpuso y obtuvo en la vía administrativa una resolución de fondo...*».

Se viene a reconocer con ello de forma general la aplicabilidad del artículo 129.3 *sin limitaciones de orden temporal*.

Creo que estas tres sentencias son muy significativas de una nueva orientación de nuestros tribunales en este punto (27), si bien es preciso indicar —para no dar lugar a una visión parcial de las cosas— que podemos seguir encontrando todavía en los repertorios de jurisprudencia declaraciones de inadmisibilidad por no haberse interpuesto el recurso de reposición, por lo que parece obligado concluir que la afirmación que rea-

(27) El planteamiento que hace la Sentencia citada de 3 de marzo de 1983 se reproduce literalmente en la de 21 de junio de 1983 (Arz. 2619; Ponente: MARTÍN MARTÍN). Por su parte, la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 (Arz. 6329; Ponente: MARTÍN MARTÍN) deja sin efecto una declaración de inadmisibilidad contenida en una sentencia de la Audiencia de Barcelona con base en la falta del recurso previo de reposición por entender que:

«aunque una exégesis literal de los preceptos aplicables conduciría a la declaración de inadmisibilidad que la Sentencia apelada contiene respecto de la pretensión formulada..., es claro que cuanto se objeta por falta de recurso de reposición *debe cumplirse previamente a la declaración de inadmisión pedida, lo prescrito respecto a la subsanación subsiguiente en el artículo 129, 3, de la Ley Jurisdiccional*, y al no haberse actuado así es indudable la no procedencia de la declaración en tal sentido formulada en la Sentencia de la Sala de la J. de la Audiencia de Barcelona...».

liza la sentencia citada en último lugar sobre la utilización de art. 129.3 no se corresponde todavía con una conducta observada de modo constante por nuestro Tribunal Supremo.

2. *La interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*

El principio *pro actione* implica —como subrayó en su día el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y como reconoce hoy sin vacilaciones el Tribunal Supremo— una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso. Vamos a ver algunas manifestaciones de esta interpretación restrictiva aludiendo separadamente a diversas causas de inadmisibilidad:

A) *Rectificación de la doctrina jurisprudencial en materia de legitimación corporativa.*

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa introdujo —como regla general— el requisito de la llamada «legitimación corporativa» en el recurso contra Reglamentos (art. 28.1. *b* en relación con el 39.1), requisito cuya inobservancia da lugar a la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82. *b* LJ.

Al margen de la justificación técnica de esta legitimación cualificada, que ha venido siendo cuestionada en sede doctrinal (28), se debe recordar que una parte no pequeña de las dificultades que derivaban de este requisito venían determinadas por la interpretación usual que la jurisprudencia hacía del mismo en la que se introducían exigencias no formuladas legalmente, como la relativa a la necesidad de la más estricta correlación entre el ámbito territorial de la disposición impugnada y el de la entidad o corporación que interponía el recurso (29).

Tras la entrada en vigor de la Constitución se ha mantenido la tesis según la cual se habría producido la derogación del precepto que establece la exigencia de la legitimación corporativa (30). Pero lo cierto es que

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA ha venido criticando la introducción de este requisito en diversos escritos. Véanse en este sentido sus trabajos *La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA (1962), pp. 159 y ss. (198 y ss.), y *El principio de la interpretación más favorable*, p. 283, y en las diversas ediciones del *Curso de Derecho administrativo*, I, en colaboración con el profesor T. R. FERNÁNDEZ (véase, por ejemplo, 2.ª ed., Madrid, 1975, pp. 148-149).

(29) Véase una exposición de estos criterios restrictivos en los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA: *El principio de la interpretación más favorable*, pp. 283 y ss., y T. R. FERNÁNDEZ: *¿Desaparece el recurso contra Reglamentos?*, núm. 65 de esta REVISTA (1971), pp. 143 y ss.

(30) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 76, y también, en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 231. Opinión contraria a esta tesis manifiesta R. MATEU-ROS: *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el*

—aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo han llegado a afirmar ese efecto derogatorio (31)— nuestro Alto Tribunal ha seguido exigiendo su observancia.

Pero, dejando al margen el tema de su posible incompatibilidad con la Constitución, lo que interesa subrayar aquí es el hecho de que se ha producido una superación de la anterior doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia y en particular, ello es explícito en relación con el viejo requisito de la correlación del ámbito territorial de la disposición impugnada y de la corporación recurrente (32).

El abandono de este criterio se afirmó en la S. de 28 de enero de 1981 (Arz. 119; Ponente: DÍAZ DE LOPE DÍAZ) y se ha mantenido posteriormente. Pueden verse en este sentido las sentencias de 24 de septiembre de 1981 (Arz. 3363; Ponente: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ), 9 de marzo de 1983 (Arz. 1400; Ponente: DÍAZ EIMIL), 1 de junio de 1983 (Arz. 6081; Ponente: RUIZ SÁNCHEZ), 15 de noviembre de 1983 (Arz. 5777; Ponente: PÉREZ FERNÁNDEZ) y 13 de diciembre del mismo año (Arz. 6288; Ponente: MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE), entre otras (33).

En una de estas sentencias se razona con toda corrección sobre la eliminación de este requisito en los siguientes términos:

«la entrada en vigor de la Constitución con la consagración en su art. 24 del derecho de las personas a obtener la tutela efectiva judicial de sus derechos e intereses legítimos obliga a interpretar y aplicar el régimen legal de la legitimación corporativa que establece el art. 39 de la Ley de esta Jurisdicción, cuya constitucionalidad ha sido incluso puesta en duda, en el sentido más favorable al acceso a esta vía judicial y por tal razón *debe entenderse declinada la jurisprudencia*

requisito de la legitimación, núm. 98 de esta REVISTA (1982), pp. 79 y ss., 95 y ss. Por su parte, R. GÓMEZ-FERRER (*Derecho a la tutela judicial*, cit., p. 191) señala que el artículo 28, 1, b, LJ, deberá entenderse modificado en el sentido de que los titulares de derechos o intereses legítimos están legitimados para impugnar las disposiciones generales cuando en otro caso quedaría desconocido su derecho a la tutela judicial. A estos efectos hace notar que existen Reglamentos que no imponen directamente obligaciones a los ciudadanos, ni tampoco a través de un acto de sujeción individual, pero que pueden afectarles (por ejemplo, el RD 41/1979, de empleo juvenil, ya derogado).

(31) Véanse las Sentencias de 14 de octubre de 1981 (Arz. 4151; Ponente: MARTÍN MARTÍN), 14 de enero de 1982 (Arz. 157; Ponente: MARTÍN MARTÍN), 3 de marzo de 1983 (Arz. 1368; Ponente: MARTÍN MARTÍN), 7 de julio de 1983 (Arz. 3915; Ponente: RUIZ JARABO) y 14 de septiembre del mismo año (Arz. 4609; Ponente: RUIZ JARABO). En términos problemáticos sobre la cuestión, véase Sentencia de 9 de marzo de 1983 (Arz. 1400; Ponente: DÍAZ EIMIL).

(32) La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto después de la Constitución fue advertida ya por J. BERMEJO VERA: «El desarrollo constitucional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa», en el vol. col. *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1982, pp. 277 y ss., 295-296.

(33) Mantienen, en cambio, la aplicación del criterio de la correlación de los ámbitos territoriales las Sentencias de 16 de diciembre de 1981 (Arz. 5422; Ponente: REYES MONTERREAL), de 21 de septiembre de 1982 (Arz. 5476; Ponente: REYES MONTERREAL) y de 22 de noviembre de 1982 (Arz. 7287; Ponente: SANTOLAYA SÁNCHEZ).

dencia que estableció como presupuesto legitimador la exacta correspondencia del ámbito representativo de la Corporación recurrente con el normativo de la disposición general recurrida...» (S. de 9 de marzo de 1983).

B) *El problema de las declaraciones de inadmisibilidad por incompetencia de la Sala.*

Para los supuestos en que el recurso contencioso-administrativo se interponga ante un órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa que no sea competente sobre la materia de acuerdo con las reglas contenidas en los arts. 10 y ss. LJ y art. 6 del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se creó la Audiencia Nacional, las previsiones legales de la Ley Jurisdiccional permiten llegar a dos soluciones distintas. En primer lugar, actuar según lo prevenido en el art. 8.3, que permite a la Sala declarar su incompetencia con anterioridad a la sentencia y remitir las actuaciones a la que sea competente para que se siga ante ella el curso de los autos. Pero junto a ello, para el caso de que no se haya actuado de esta forma, la sentencia que se dicte deberá declarar la inadmisibilidad del recurso por incompetencia de la Sala (art. 82. a).

De la aplicación de estos preceptos resulta una diferencia de trato injustificado, ya que en la segunda de las hipótesis el recurrente no obtiene una resolución de fondo a la cuestión planteada. El tema es importante porque, dada la complejidad de las reglas que regulan la distribución de la competencia entre los distintos órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no es infrecuente que se produzcan errores en los recurrentes en el momento de presentar sus recursos ante un tribunal concreto de esta jurisdicción (34).

En dos supuestos recientes el Tribunal Supremo se ha encontrado ante apelaciones contra sentencias de una Audiencia Territorial que declaraban —con claro apoyo en el texto de la ley, puesto que en ambos casos era competente en esa materia la Audiencia Nacional— la inadmisibilidad del recurso por incompetencia de la Sala. En los dos casos el Tribunal Supremo consigue evitar —a través de dos soluciones distintas— el efecto perjudicial para el recurrente que deriva de un simple error (creer que era competente una Audiencia Territorial, cuando lo era la Audiencia Nacional) con decisiones que sintonizan perfectamente con el principio *pro actione*.

En el primero de ellos (S. de 9 de febrero de 1982, Arz. 931; Ponente: MARTÍN MARTÍN), tras reconocer que la sentencia apelada era

(34) Lo insatisfactorio de esta situación que deriva de la complejidad de las reglas de competencia y de la posibilidad de declaraciones de inadmisibilidad ha sido destacado recientemente por J. TOLEDO en un comentario cuyo título es *Incompetencia del Tribunal contencioso-administrativo; inadmisibilidad del recurso o remisión al órgano competente*, «REDA», 36 (1983), pp. 129 y ss., donde expone los distintos criterios jurisprudenciales sobre la materia y la conducta de los Tribunales que estima procedente en las diversas hipótesis en atención al principio *pro actione*.

«formalmente correcta» porque la competencia correspondía a la Audiencia Nacional y no a la Audiencia Territorial ante la que se interpuso el recurso, entra a conocer el fondo de la cuestión superando la causa de inadmisibilidad. Para ello, después de explicar las exigencias que derivan del principio *pro actione* razona del siguiente modo:

«al ser la Sala *ad quem* único órgano judicial competente en este grado o 2.^a instancia (arts. 14, 94 y núm. 7, art. 100 y concordantes de la Ley y art. 6 del R. Decreto-ley 1/77 y concordantes) es claro que no existen limitaciones formales o de derecho material que impiden un examen a fondo de la problemática litigiosa al ser necesario evitar los efectos rígidos y perjudiciales que al actor ha producido una decisión formalmente correcta dictada por la Audiencia basada en unos preceptos de dudosa vigencia por aplicación de los principios que hoy informan el sistema (art. 24 y disposición derogativa 3.^a de la Constitución)».

En el segundo de los supuestos indicados (S. de 3 de marzo de 1982, Arz. 1659; Ponente: DELGADO-IRIBARREN) nuestro Alto Tribunal decide actuar en la forma que previene el art. 8.3 y remitir las actuaciones a la Audiencia Nacional. En esta sentencia, tras afirmarse el principio *favor litigantis* que «se deduce inequívocamente» del art. 8.3 de la Ley, se concluye que

«tanto una confirmación pura y simple de la Sentencia apelada, como una anulación de actuaciones, ordenando a la Sala de instancia que decida por Auto y remita las actuaciones a la Audiencia Nacional, supondrían inevitables e injustificadas dilaciones del procedimiento, en perjuicio del justiciable»

y que

«por lo expuesto, resulta procedente, sin perjuicio de confirmar en sus propios términos la sentencia apelada, remitir directamente las actuaciones a la Audiencia Nacional, para que se prosiga y remate el curso de los autos...».

Con estos dos pronunciamientos se viene a reconocer el deber de las Salas de declarar su incompetencia —incluso de oficio— con anterioridad a la sentencia y de proceder en la forma prevista en el art. 8.3, en aplicación del principio *pro actione* (35).

(35) Sobre estas Sentencias ya llamó la atención J. TOLEDO en el comentario citado en la nota anterior, concluyendo que la declaración de inadmisibilidad por incompetencia prevista en el artículo 82, a), LJ, sólo procede cuando el recurrente ha actuado en contra del criterio correctamente indicado en la notificación del acto. En los demás casos (actos notificados con una mención defectuosa sobre el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa ante el que se debe interponer el

C) *Flexibilización de la doctrina tradicional sobre la excepción de acto consentido.*

El art. 4, a, LJ, excluye del recurso contencioso-administrativo los actos «confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y en forma», categoría de actos en relación con la cual opera la causa de inadmisibilidad del art. 82, c de la Ley.

Nuestros Tribunales de lo contencioso han venido manteniendo con todo rigor la imposibilidad de impugnar los actos confirmatorios de otros que hubieran sido consentidos, rigor que han observado también en relación con los propios actos *consentidos* (36). Una vez transcurridos los plazos para interponer el recurso correspondiente (alzada, reposición o contencioso-administrativo, según proceda) los Tribunales aplican con bastante automatismo la excepción de acto consentido y proceden a declarar inadmisibile el recurso.

Las consecuencias de este automatismo son particularmente graves porque los plazos para recurrir son muy breves y porque la jurisprudencia suele dar preferencia a estos breves plazos para recurrir sobre los específicos plazos de prescripción que pueda tener el derecho material discutido (37). Además, hay que tener en cuenta que los plazos para recurrir se vienen considerando como plazos de caducidad y no de prescripción —aunque ello no se diga expresamente en su regulación positiva—, lo que hace que no puedan interrumpirse (38).

Esta situación ha sido objeto de crítica por algunos autores que han tratado de buscar en la propia regulación legal elementos para una interpretación distinta (39).

recurso, actos no notificados y disposiciones generales), «el principio constitucional de interpretación favorable a la mayor defensa del ciudadano» exige —a juicio de este autor— optar por la declaración de inhibición de la Sala con la remisión de las actuaciones al órgano competente para resolver el recurso.

(36) Sobre la aplicación del artículo 40, a, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios*, cit., pp. 610 y ss. Sobre los actos confirmatorios puede verse el estudio de J. L. VILLAR PALASÍ: *La doctrina del acto confirmatorio*, núm. 8 de esta REVISTA (1952), pp. 11 y ss., con particular referencia al origen y a la justificación de esta doctrina.

(37) Debe notarse, sin embargo, que en algunas materias el Tribunal Supremo ha dado preferencia a los específicos plazos de prescripción de los derechos discutidos. Así sucede con las reclamaciones de haberes de los funcionarios públicos.

(38) Véase sobre estos temas el estudio de J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo, ¿prescripción o caducidad?*, núm. 58 de esta REVISTA (1969), pp. 185 y ss., y también la exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1983, pp. 584 y ss., a propósito de la anulabilidad de los actos administrativos.

(39) Véase un estudio del tema en E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, I, 4.ª ed., pp. 590 y ss. Estos autores se han venido pronunciando (véase también, por ejemplo, la 2.ª ed. del *Curso...*, I, Madrid, 1975, pp. 418 y ss.) por una corrección de las reglas de la materia en los siguientes puntos:

a) Prevalencia de los plazos de prescripción material de los derechos sobre los plazos impugnatorios, a cuyo efecto proponen el plazo de cuatro años para aquellos derechos en que no se haya señalado legalmente otro distinto.

Pero lo cierto es que la jurisprudencia se ha mostrado muy poco receptiva a estos planteamientos y ha continuado apegada a su modo de entender el tema. De este modo, el «consentimiento» al que alude el art. 40, a opera como una verdadera *ficción legal*, es decir, queda determinado por el mero transcurso del tiempo sin ningún otro requisito (al margen del presupuesto de que se haya realizado la notificación del acto en forma correcta). Y por tanto, no se admite que la falta de «consentimiento» puede manifestarse de otro modo distinto al de la interposición del recurso correspondiente en tiempo y en forma.

Pues bien, este planteamiento tradicional tan firmemente arraigado parece que comienza también a experimentar fisuras si atendemos a las sugestivas consideraciones que se contienen en la sentencia de 23 de marzo de 1982 (Arz. 2400, Ponente: MARTÍN DEL BURGO).

En esta decisión se sugiere con claridad la necesidad de romper el automatismo en la consideración de este «consentimiento» y de investigar si detrás de la conducta del particular existe una voluntad real y efectiva de aquietarse ante la actuación administrativa. Con ello vendría a admitirse la posibilidad de que esa presunción de consentimiento que tiene lugar por el transcurso de unos plazos pueda destruirse en algunos casos.

Pero reparemos en los concretos términos en los que se expresa la sentencia. Tras explicar la necesidad de interpretar las causas de inadmisibilidad de manera restrictiva («con la mayor de las cautelas y prevenciones»), y de destacar esta necesidad en particular para la causa que consideramos, se afirma que:

«la inadmisibilidad de un contencioso, en base a que el primer acto haya sido consentido, depende de más de un factor, y de un cuidadoso análisis del conjunto de circunstancias concurrentes, entre ellas, de la interpretación de la voluntad, de la que depende el hipotético consentimiento».

A partir de este planteamiento va a desarrollar nuestro Alto Tribunal el razonamiento que le llevará a rechazar la causa de inadmisibilidad: haciendo un paralelismo con el consentimiento en Derecho privado como presupuesto de los negocios jurídicos, va a admitir la posibilidad de aplicar la doctrina de los vicios del consentimiento y en concreto la posibilidad de que exista un *error excusable*:

b) Consideración de los plazos para recurrir como plazos de prescripción y no como plazos de caducidad.

c) Flexibilización del rigor en los plazos por vía jurisprudencial a cuyos efectos apuntan algunas posibilidades.

El obstáculo principal con el que choca esta posición es el tenor literal del artículo 121, 1, LJ, según el cual:

«Los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio ni de acuse de rebeldía, dándose a los autos de oficio el curso que corresponda...»

«si el Derecho privado, ya desde Roma, el tema del consentimiento, en los actos y en los negocios jurídicos, ha merecido toda clase de comentarios, y se ha estudiado en profundidad, por la rica problemática que presenta, desempeñando un papel capital en multitud de casos en que se ha puesto en cuestión la validez de uno de estos actos o negocios, en función de este elemento, *no hay razón para que en Derecho Administrativo este mismo problema del consentimiento, en una faceta como la que nos ocupa, se juzgue precipitadamente y a la ligera, dando por supuesto que existe de forma automática...*».

a lo que se añade:

«si la jurisprudencia ha basado la aplicación de la teoría del acto consentido en la actitud de aquiescencia, o de descuido del recurrente, motivador del recurso tardío o extemporáneo...; en el supuesto de autos, a los actores no se les puede imputar nada de eso, sino simplemente un error en la táctica seguida (error *excusabilis*), puesto que ante el requerimiento que se les hizo por COPLACO el 26 de junio de 1974 reaccionaron con su escrito de 14 de octubre de 1974, exponiendo las razones que a su juicio existían para no tener que presentar proyecto alguno de Plan Parcial, si bien sucumbieron ante la insistencia de ese Organismo y la advertencia que se les hacía de instruir expediente sancionador; error consistente en presentar *ad cautelam* el Proyecto del referido Plan, en vez de utilizar a su tiempo la vía contenciosa *ad cautelam*; error evidente, puesto que al final no han tenido más remedio que acudir a nuestra Jurisdicción».

Difícilmente encontraremos una expresión más clara y decidida del antiformalismo y de efectividad en la aplicación del principio *pro actione*. Por lo demás, no es necesario insistir aquí en las perspectivas que abre este punto de vista en relación con los planteamientos que han venido siendo usuales en esta materia (40).

D) *Interpretación flexible en materia de interposición del recurso administrativo previo y del recurso contencioso-administrativo.*

No faltan tampoco en esta materia muestras del espíritu flexibilizador y antiformalista en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así ha ocurrido en algunos supuestos —en relación con la vía administrativa previa— en los que se alegaba la extemporaneidad en la interposición del recurso de reposición.

(40) Puede iniciarse con ello una corrección jurisprudencial del rigor en la aplicación de los plazos para recurrir en la línea de otras jurisprudencias extranjeras. Véase una referencia a alguna de estas doctrinas jurisprudenciales en GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, I, 4.ª ed., pp. 591-592.

Para destruir esta causa de inadmisibilidad se ha advertido (S. de 20 de enero de 1982, Arz. 194; Ponente: SANTOLAYA SÁNCHEZ) que existía duda en la fecha de presentación del recurso, puesto que la fecha que constaba en el sello del Registro de entrada había sido corregida a mano, circunstancia ante la cual se opta por la solución favorable a la interposición del recurso, o bien se ha considerado que dicha extemporaneidad en la interposición del recurso de reposición queda superada por el hecho de haber dictado la Administración una resolución de fondo del mismo. Sobre este último punto, para rechazar la correspondiente causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, la S. de 19 de abril de 1983 (Arz 2225; Ponente DÍAZ EIMIL) se apoya en «la naturaleza meramente instrumental del recurso de reposición como presupuesto formal de acceso a la vía contenciosa, el principio espiritualista que informe esta Jurisdicción y la obligación de los jueces y Tribunales de potenciar al máximo el derecho de acceso a la justicia que consagra el art. 24 de la Constitución» y concluye que

«supondría volver a un ya abandonado criterio ritualista el denegar la apertura del proceso contencioso por extemporaneidad del recurso de reposición a quien lo interpuso y obtuvo en la vía administrativa una respuesta de fondo, mediante la cual la Administración superó ese obstáculo procedimental por un acto propio que después pretende desconocer y contradecir...» (41) (42).

(41) El criterio contrario (prevalencia de la firmeza del acto recurrido extemporáneamente en vía administrativa aunque la Administración dictara una resolución de fondo) fue el mantenido en Sentencias de 25 de mayo de 1981 (Arz. 2151; Ponente: MEDINA BALMASEDA) y 15 de octubre del mismo año (Arz. 4155; Ponente: RUIZ-JARABO).

(42) En esta misma línea de planteamientos deben traerse a consideración las Sentencias de 16 de marzo de 1981 (Arz. 1267; Ponente: FERNÁNDEZ TEJEDOR) y 6 de mayo de 1983 (Arz. 2465; Ponente: ESPÍN CÁNOVAS), que se refieren a la presentación de recursos administrativos (de alzada) en las oficinas de Correos. La primera de ellas —sobre la que ya llamó la atención L. MARTÍN-RETORTILLO (*Antiformalismo*, «Revista de Derecho Político», 17, pp. 200-201)— entiende que a efectos de considerar como fecha de presentación del recurso la de entrega en la oficina de Correos «es suficiente la entrega para certificación en una oficina de Correos, aunque se presente en sobre cerrado, a no ser que se demuestre que el obrante en el centro que ha de resolverlo es distinto de aquel entregado para su certificación» (considerando de la Sentencia apelada aceptado por el Tribunal Supremo). Según este criterio —por tanto— es válida la fecha de presentación en Correos aunque no se haya actuado en la forma prevenida en el artículo 66, 3, LPA —es decir, entrega en sobre abierto para que el documento sea fechado y sellado por el funcionario—, cuando conste la fecha en el matasellos del sobre.

Sobre el mismo tema incide la segunda de las Sentencias mencionadas, que da por buena la fecha de entrega del recurso en la oficina de Correos aun cuando no se actuó en la forma prevista en el artículo 66, 3, LPA, porque tal presentación se realizó por medio de notario. Lo que se exige —según esta Sentencia— es que por algún procedimiento se pueda acreditar el cumplimiento del plazo, y «es indudable que la fe notarial es asimismo probante que la de las oficinas públicas...». Se apoya también esta Sentencia en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

El mismo modo de ver las cosas se pone de relieve en la sentencia de 2 de diciembre de 1982 (Arz. 7734; Ponente: SÁNCHEZ-ANDRADE), en la que se cuestionaba la propia existencia del recurso de reposición. En relación con ello, nuestro Alto Tribunal afirma que de acuerdo con «la interpretación espiritualista de las causas de inadmisibilidad... *el recurso de reposición se da siempre que se pida en cualquier forma la alteración, modificación o revocación del acto administrativo a que haga referencia...*» (43).

En relación con la interposición del recurso contencioso-administrativo, el principio *favor actionis* se manifiesta en la sentencia de 20 de enero de 1982 —ya citada— en la que para enervar la extemporaneidad en su interposición se detecta una irregularidad en la notificación del acto recurrido (44). Junto a ello, hay que señalar que el Tribunal Supremo admite la interposición prematura del recurso contencioso-administrativo, es decir, los supuestos en que éste se interpone con anterioridad a la producción del silencio en relación con una petición o un recurso administrativo. En estos casos entiende —frente a las vacilaciones anteriores (45)— que la subsanación del defecto se produce por el mero transcurso del tiempo sin que la Administración haya dictado una resolución expresa.

Por esta solución se pronuncian las sentencias de 16 de febrero de 1982 (Arz. 962; Ponente: PÉREZ GIMENO) y 29 de noviembre del mismo año (Arz. 7357; Ponente: MARTÍN MARTÍN) en la que se afirma que un supuesto como éste «ni siquiera es necesario acudir a un criterio interpretativo amplio o flexible en materia de inadmisibilidades»,

«ya que si cuando se interpusieron los recursos contenciosos faltaban unos pocos días (dos, tres, etc.) para que la denegación del recurso de reposición por silencio administrativo se hubiese producido es notorio que el paso del tiempo subsanó los defectos mínimos imputables a una interposición prematura...».

(43) En un sentido similar se expresa la Sentencia de 22 de junio de 1983 (Arz. 3225; Ponente: DÍAZ DE LOPE-DÍAZ) cuando señala que:

«los defectos formalistas de que pueda adolecer el escrito de interposición de un recurso de reposición no constituyen obstáculo a su toma en consideración cuando de su contenido se desprende su verdadero carácter...».

(44) La irregularidad consistía en que en el lugar de la firma del destinatario aparecía un garabato ilegible, sin que constara —y esto es lo decisivo en el criterio del Tribunal— cuál era la razón de la permanencia del firmante en el local. Este razonamiento —que corresponde a la Sentencia apelada— resulta confirmado por el Tribunal Supremo.

(45) Véase una muestra de estas vacilaciones reflejadas en los comentarios de E. LINDE: *¿Crisis del principio revisor del proceso contencioso-administrativo? Dos supuestos de admisión del recurso prematuro por subsanación posterior*, «REDA», núm. 22 (1979), pp. 431 y ss., y P. GONZÁLEZ SALINAS: *El recurso prematuro y la subsanación de la falta de acto prematuro*, id., pp. 471 y ss. Aunque en alguna decisión se afirmó la posibilidad de admitir el recurso aun con anterioridad a la producción del silencio si la Administración persiste en su inactividad, la regla general era la contraria.

E) *Otros aspectos. Sentencias que contienen una decisión de fondo, a pesar de concurrir alguna causa de inadmisibilidad.*

Todavía hay aspectos distintos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado el criterio *pro actione* en la valoración de las causas de inadmisibilidad. Así, en los requisitos de capacidad y representación del recurrente (cuyo defecto está previsto como causa de inadmisibilidad en el artículo 82, b) (46), o a la hora de valorar los defectos formales en la presentación de la demanda (art. 82, g) (47), o como criterio interpretativo de una norma que excluye la posibilidad de recurrir (48).

Por último, me parece oportuno destacar algunas decisiones en las que el Tribunal Supremo ha dictado una resolución de fondo, aun admitiendo la existencia de una causa de inadmisibilidad. Con ello vendría a abrirse una brecha en el rígido esquema tradicional «admisibilidad-fondo», como orden de pronunciamientos a que ha de acomodarse necesariamente la sentencia. Recordemos a este respecto que nuestros Tribunales de lo contencioso conceden carácter prioritario al examen de las causas de inadmisibilidad, de modo que si concurre alguna de ellas entienden que no procede ningún pronunciamiento sobre el fondo. (Al examen de las causas de inadmisibilidad, nuestra doctrina jurisprudencial tradicional sólo ha antepuesto el examen de los defectos formales en la actuación administrativa en base a la consideración de estos vicios de forma como «vicios de orden público») (49).

Se trata de las sentencias de 21 de diciembre de 1981 (Arz. de 1982, 768; Ponente: MARTÍN DEL BURGO), 21 de junio de 1983 (Arz. 3621; Ponente: MARTÍN DE BURGO) y 30 de noviembre de 1983 (Arz. 5948; Ponente: MORENO MORENÓ). En la primera de ellas, más atrás citada, se resuelve un recurso interpuesto por una empresa del sector del aceite contra el R.D. 3000/1979, de 7 de diciembre, sobre «regulación de procesos industriales en el sector del aceite de oliva» en base al art. 39.3 LJ, pues se trataba de una disposición de carácter general que había de ser cumplida directamente por el recurrente sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual. Habiendo sido omitida la interposición del recurso de reposición —necesario en este caso, según la interpretación que ha venido realizando la jurisprudencia del art. 53 e—,

(46) Véase Sentencia de 29 de diciembre de 1981 (Arz. 5462; Ponente: MARTÍN MARTÍN).

(47) Véase Sentencia de 2 de diciembre de 1982 (Arz. 7734; Ponente: SÁNCHEZ-ANDRADE). En esta materia la orientación antiformalista se había manifestado ya con anterioridad a la Constitución (véanse algunas muestras de ello en el comentario de E. LINDE: *El carácter antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», 17 [1978], pp. 301 y ss.).

(48) Véase Sentencia de 16 de octubre de 1981 (Arz. 4714; Sala de competencias, Ponente: TORRES-DULCE), en la que se afirma que cuando una disposición establece que contra una resolución administrativa no cabe recurso alguno, hay que entender referida dicha prohibición a los recursos administrativos, pero no al contencioso-administrativo.

(49) Sobre este punto, véanse las consideraciones que se hacen más adelante (epígrafe IV, 4).

señala el Tribunal que procedería su subsanación a través de la vía prevista en el art. 129.3, pero que en este caso sería contrario al principio de economía procesal actuar de este modo, pues existiendo «poderosas razones» para desvirtuar los argumentos esgrimidos por la empresa, lo que procede es dictar una resolución de fondo desestimando el recurso. Así, tras rechazar los defectos formales y el vicio de incompetencia alegados por el recurrente, frente a la invocación del derecho de libertad y del principio de economía de mercado señala nuestro Alto Tribunal que:

«la libertad, bien precisado, incluso dentro del más puro Estado de Derecho no es la libertad para el abuso, ni mucho menos para poner en peligro la salud y la vida de los humanos; por ello, cuantas medidas deban adoptarse en la protección de estos valores deben merecer no sólo aprobación, sino encomio...» (50).

Se trataba, por tanto, de una causa de inadmisibilidad debida a un defecto subsanable a juicio del Tribunal y de un supuesto en que la falta de fundamento de los argumentos esgrimidos aparece a éste tan evidente que entiende que el principio de economía procesal aconseja la no utilización de las posibilidades subsanatorias, sino más bien la desestimación del recurso. Por otro lado, me parece importante destacar que al tratarse de una disposición reglamentaria los posibles vicios de la misma tenían la consideración en todo caso de vicios de nulidad de pleno Derecho (arts. 28 LRJAE y 47.2 LPA) es decir, que la decisión de fondo que se realiza concierne a motivos de nulidad absoluta (51) (52).

(50) Frente a tal Sentencia el recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando —con manifiesta falta de fundamento— lesión en su derecho a la presunción de inocencia. El amparo fue resuelto por auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 1982, que declaró su inadmisión. De este auto da razón L. MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo *El Tribunal Constitucional condena en costas*, «La Ley», 25 de noviembre de 1983, pp. 1 y ss., 4, nota 14.

(51) Así lo entiende la doctrina en la interpretación de estos artículos que puede considerarse dominante. Véanse, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, I, 4.ª ed., pp. 218-219; R. GÓMEZ-FERRER MORANT: *Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», 14 (1977), pp. 387 y ss., y L. MARTÍN-RETORTILLO: *Actos administrativos generales y Reglamentos*, núm. 40 de esta REVISTA (1963), pp. 225 y ss. (226). En contra de este criterio, R. ENTRENA-CUESTA ha venido manteniendo la posibilidad de aplicar a los Reglamentos el vicio de anulabilidad (véase, por ejemplo, *Curso de Derecho administrativo*, I, 6.ª ed., 1979, pp. 132 y ss.).

(52) En la segunda de las Sentencias mencionadas —la de 21 de junio de 1983— se trata de un supuesto del todo similar al que se explica en el texto: un recurso contra un Reglamento con base en el artículo 39, 3, LJ, habiéndose omitido el preceptivo recurso de reposición.

Parece que la Sentencia opta por la inadmisión («debe ser acogida la segunda causa de inadmisibilidad formulada» —la falta del recurso previo de reposición—), pero en realidad contiene un pronunciamiento de fondo al que queda condicionada la apreciación de la inadmisibilidad:

Obviamente, se trata de supuestos aislados, pero que ponen de manifiesto con toda claridad una renovada conciencia del Tribunal Supremo sobre su propia función al servicio del enjuiciamiento efectivo de la legalidad de la actividad administrativa y una flexibilización en la consideración de los requisitos procesales en base a su carácter instrumental.

«Si se acoge esta segunda causa de inadmisibilidad del proceso, no obstante la posición de apertura implícita en la anterior invocación del artículo 24, 1, de la Constitución española vigente, y la utilización que podría hacerse, con ese espíritu, de la facultad otorgada a los Tribunales de lo contencioso en el artículo 129, 3.º, de la repetida Ley Jurisdiccional, superando criterios restrictivos anteriores..., es por la existencia de otros obstáculos, como a continuación veremos, que convierten en inútil una reposición decretada de oficio por el Tribunal.»

Tales obstáculos se explican a continuación y no son otros que la falta de fundamento en cuanto a fondo de la pretensión de declaración de nulidad de la disposición recurrida.

En la Sentencia de 30 de noviembre de 1983 (Arz. 5948; Ponente: MORENO MORENO) se encuentra el Tribunal frente a un recurso contencioso-administrativo que había sido interpuesto omitiendo el recurso previo de reposición preceptivo. Se planteaba el problema de si la Administración era responsable de dicha omisión por haber inducido a error al notificar un Acuerdo del Consejo de Ministros señalando que tal acuerdo era definitivo en vía administrativa y que contra el mismo podía interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo en el plazo de dos meses a partir de la recepción de la notificación.

En relación con este problema recuerda la Sentencia las dos corrientes interpretativas que se han venido manifestando en el Tribunal Supremo sobre la indicación de los recursos que deben contener las notificaciones de los actos administrativos. Para la primera de ellas es suficiente con la indicación del recurso contencioso-administrativo, aunque no se mencione el recurso previo de reposición «trámite habilitante y no independiente de él». En otras Sentencias se exige la expresión de los recursos precedentes y entre ellos el de reposición, siendo deficiente la notificación que no lo indica.

A continuación razona el Tribunal apoyándose en el principio *pro actione*:

«en trance de decidir entre los dos criterios interpretativos anteriormente señalados, es preciso hacerlo acudiendo a los principios generales y, concretamente, al ya reiteradamente aplicado de la interpretación más favorable al derecho que los administrados tienen a la revisión en el fondo de los actos administrativos, o lo que es igual, desde otra perspectiva, el de la interpretación estricta de los obstáculos procesales...».

Una vez sentado esto, señala el Tribunal que son tres los caminos que podrían seguirse frente a los hechos descritos: invalidar las actuaciones administrativas desde que el defecto se produjo (notificación defectuosa) para que se repitan de forma correcta, subsanar la omisión del recurso de reposición por aplicación del artículo 129, 3, o entrar a resolver el fondo de la cuestión. Ante estas tres posibilidades, opta por esta última —la resolución de fondo del recurso— en base a razones de celeridad y economía procesal, y dicta una Sentencia estimatoria del recurso.

3. *Confirmación de la posición correcta en torno al carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La doctrina del carácter «revisor» atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido siendo utilizada por la jurisprudencia como soporte para las más diversas opciones; opciones que muy frecuentemente carecen de toda justificación legal y también de toda conexión con el principio «revisor» entendido en sus justos términos. Así, dejando al margen otras inexplicables derivaciones que se han deducido de esta consideración del carácter «revisor» en su comprensión usual, por lo que aquí interesa, ha sido un expediente utilizado con profusión para negar la posibilidad de enjuiciamiento de fondo de las decisiones impugnadas. Así, por ejemplo, desde este planteamiento los Tribunales se han negado a conocer de un recurso contencioso-administrativo cuando la Administración se había limitado a declarar la inadmisibilidad del recurso administrativo previo sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, o han renunciado a sustituir la decisión administrativa por otra corrigiendo y determinando concretamente, por ejemplo, una sanción declarada contraria a Derecho, o se han negado a admitir un recurso en el que se pide algo distinto de lo solicitado en vía administrativa, etc.

La falta de fundamento de estos planteamientos tradicionales en torno a la naturaleza revisora ha venido siendo subrayado por la doctrina (53), y la propia jurisprudencia había empezado a modificar sus posiciones en los años inmediatamente anteriores a la Constitución (54).

También en relación con esta materia incide el impulso antiformalista al que me vengo refiriendo: una ojeada a los criterios manejados en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo permite afirmar que tiende a consolidarse la posición correcta.

Así, el Tribunal Supremo ha confirmado (sentencias de 25 de enero de 1982, Arz. 348; Ponente: RUIZ-JARABO, y de 28 de mayo de 1983; Arz. 1610; Ponente: MATEO LAGE) la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto, aunque la Administración no lo haya hecho en la vía administrativa (55) y procede, en otro orden de cosas, a determinar

(53) Véanse M. CLAVERO ARÉVALO: *El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las Sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto*, núm. 42 de esta REVISTA (1963), pp. 217 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ: *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», 11 (1976), pp. 728 y ss. También, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, II, 2.ª ed., Madrid, 1981, páginas 499 y ss.

(54) De este cambio de planteamiento dio cuenta S. MUÑOZ MACHADO: *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», 26 (1980), pp. 496 y ss.

(55) Sobre los planteamientos jurisprudenciales anteriores en relación con este punto, véanse J. TOLEDO: *Resolución de las pretensiones de fondo en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acto que declara la inadmisibilidad del recurso de reposición*, «REDA», 3 (1974), pp. 490 y ss.; A. CANO MATA: *Declaración de inadmisibilidad en vía administrativa y revisión jurisdiccional de la cuestión de fondo*, núm. 88 de esta REVISTA (1979), pp. 255 y ss., y S. MUÑOZ MACHADO: *Nuevos planteamientos*, cit., pp. 501 y 509.

concretamente la cuantía de las sanciones consideradas contrarias a Derecho (sentencias de 9 de julio de 1981 —Arz. de 1982, 216; Ponente: RUIZ-SÁNCHEZ—, 21 de enero de 1982 —Arz. 233; Ponente: GARRALDA VARCÁRCCEL—, y 20 de febrero de 1982 —Arz. 1518; Ponente: MARTÍN DEL BURGO—).

Junto a ello, vemos al Tribunal Supremo formular con toda claridad la doctrina correcta sobre el alcance de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, la sentencia de 3 de noviembre de 1982 (Arz. 6582; Ponente: FALCÓN GARCÍA) indica que este carácter revisor de la jurisdicción

«consiste en que se necesita para su actuación la existencia de un acto o disposición administrativa cuya revisión se pretende, por parte del recurrente»,

pero que

«no hay ningún precepto que permita declarar la inadmisibilidad porque las pretensiones de la parte recurrente difieren de la anulación del acto que impugna, sean distintas en vía administrativa que en la jurisdiccional...»

y en consecuencia

«lo pedido en el recurso de reposición no afecta a la admisibilidad del recurso jurisdiccional ni a las pretensiones que en el mismo se formulen..., lo que lleva a no conceder importancia decisiva a esas alegaciones y pretensiones del recurso de reposición, salvo la nulidad del acto combatido...».

Doctrina que se reproduce literalmente en la sentencia de 21 de abril de 1983 (Arz. 2023; Ponente: M. DE PÁRAMO Y CÁNOVAS).

4. *Superación del carácter prioritario del pronunciamiento sobre los vicios de forma en relación con las cuestiones de fondo.*

Es sobradamente conocida la doctrina jurisprudencial que tiende a supervalorar los defectos formales en relación con el alcance que efectivamente les atribuye nuestro ordenamiento positivo y que entiende —en base a una indemostrada e indemostrable configuración de los defectos de procedimiento como «vicios de orden público»— que el pronunciamiento relativo a las cuestiones formales es prioritario con respecto a cualquier otro, incluso al examen de las causas de inadmisibilidad. Por otro lado, cuando se han detectado infracciones formales, la respuesta judicial que se ha venido dando a tales irregularidades es la de decretar la nulidad de

lo actuado ordenando la reposición del expediente al momento en que se produjo la infracción, para que la misma sea corregida.

Este modo de actuar de nuestros Tribunales de lo contencioso —conocido usualmente con la denominación de «doctrina de los vicios de orden público»— ha sido estudiado detalladamente por T. R. FERNÁNDEZ, quien ha puesto de relieve de forma contundente su falta de fundamento (56).

Por lo demás, me parece que no es necesario detenerse aquí a explicar los efectos perjudiciales que este modo de proceder puede suponer para los recurrentes, que verán frecuentemente cómo la decisión de los Tribunales tiene unos efectos meramente dilatorios, pues su única virtualidad será la de dar lugar a una repetición de un procedimiento cuyo resultado será indefectiblemente el mismo y frente al cual el particular tendrá que recurrir de nuevo.

Pues bien, también sobre este aspecto incide la tendencia del Tribunal Supremo a superar cuantos obstáculos se oponen a la posibilidad de decidir el fondo de los asuntos.

Dejando al margen el tema de la relativización de la eficacia invalidante de los defectos procedimentales —ya firmemente asentada en nuestra mejor jurisprudencia con base en la consideración de que el defecto formal haya producido o no indefensión (57)— me parece oportuno reparar en la cuestión del carácter previo del pronunciamiento sobre los vicios de forma en relación con cualquier otro pronunciamiento.

En este aspecto últimamente mencionado, sigue habiendo sentencias que entran a considerar los aspectos formales aplicando de forma axiomática la doctrina tradicional de la prioridad del pronunciamiento relativo a los defectos de procedimiento. Así, la sentencia de 24 de febrero de 1982 (Arz. 965; Ponente: GORDILLO) formula esta posición con todo énfasis:

«siendo la regular tramitación de las actuaciones administrativas un inexcusable presupuesto del proceso seguido ante esta Jurisdicción, es siempre pertinente, según se ha declarado de manera reiterada por la Sala... el examen previo de los «defectos relativos al procedimiento» antes de en-

(56) Véase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo*, núm. 58 de esta REVISTA (1969), páginas 49 y ss.; también en el libro del mismo autor: *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, pp. 101 y ss.

(57) Esta línea jurisprudencial tiene sus raíces en épocas muy antiguas. Así, nuestro Alto Tribunal se remite con frecuencia a una Sentencia de 21 de enero de 1936 que se pronuncia por una aplicación moderada de la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo (véanse, por ejemplo, Sentencias de 1 de febrero de 1982 —Arz. 607—, 8 de febrero de 1982 —Arz. 923— y 20 de febrero del mismo año —Arz. 1518—). Véanse también las referencias que sobre esta orientación se contienen en el estudio de T. R. FERNÁNDEZ: *Los vicios de orden público*, cit., páginas 81 y ss., y en el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, I, 4.ª ed., pp. 496 y ss.

trar en el enjuiciamiento sucesivo de las cuestiones de forma y de fondo que planteen los concretos actos o disposiciones que son recurridos»... (58).

Pero junto a ello, existen decisiones en las que podemos observar un distinto planteamiento sobre la materia. Así, se opta por dar prioridad a los aspectos formales o de fondo valorando las concretas circunstancias del caso (sentencia de 25 de junio de 1981; Arz. de 1982, 1647; Ponente: BOTELLA TAZA) o se llega incluso abiertamente a un pronunciamiento de fondo dejando de lado los defectos formales (sentencias de 25 de enero de 1982 y 20 de febrero del mismo año). A estas dos decisiones me voy a referir de modo particular porque suponen una manera de proceder que rompe frontalmente con la mentalidad tradicional a que nos hemos referido.

En la primera de ellas (Arz. 355; Ponente: MARTÍN DEL BURGO) se trataba de una apelación contra una sentencia de una Audiencia Territorial que anulaba las actuaciones por razones formales ordenando la retroacción del expediente al momento en que se produjo el defecto de procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto. El defecto consistía en haberse omitido el trámite de audiencia al interesado en el momento procedimental oportuno (59). Promovían la apelación tanto el abogado del Estado como el propio recurrente.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia dictada en primera instancia señalando que el hecho de que el propio recurrente apele la sentencia no puede ser más significativo respecto a la improcedencia de tal nulidad, nulidad *«inconcebible si no está al servicio de la defensa de los derechos de las partes implicadas en el proceso, cuando, como ocurre en el presente caso, el supuesto indefenso es el primero en negar dicha situación, e instar, con el mayor énfasis, se resuelva de una vez el problema de fondo del litigio»*. E insiste más adelante: *«la nulidad está concebida en función de la indefensión y ésta se refiere a una situación que nadie mejor que el interesado puede medir y calibrar en su grado de gravedad y sus efectos»*. Apoyándose en la mejor doctrina del propio Tribunal que relativiza la

(58) En esta línea, véanse también, por ejemplo, las Sentencias de 15 de octubre de 1981 (Arz. de 1982, 607; Ponente: GORDILLO), 21 de octubre de 1981 (Arz. 4615; Ponente: GORDILLO) y 17 de diciembre de 1981 (Arz. 5426; Ponente: GORDILLO). Según la doctrina mantenida en estas Sentencias solamente se excepcionan de este carácter previo del pronunciamiento sobre los defectos de procedimiento determinadas causas de inadmisibilidad calificadas por el Tribunal como «óbices de procedibilidad» (falta de jurisdicción o competencia, caducidad o prescripción de la acción y falta de capacidad o legitimación).

(59) Las actuaciones que se habían producido eran, concretamente, las siguientes: el Ayuntamiento de Cervo (Lugo) había otorgado a un particular una autorización precarial de explotación de una cantera en un monte comunal. Frente a dicha autorización recurren unos vecinos en reposición y el Ayuntamiento la revoca. Esta revocación es a su vez recurrida en vía contencioso-administrativa por el titular de la autorización.

El defecto formal detectado por la Audiencia consistía en no haberse dado audiencia al recurrente en la tramitación del recurso de reposición formulado por los vecinos:

eficacia invalidante de los defectos formales, declara la improcedencia de la nulidad en el caso y entra a conocer el tema de fondo del recurso, invocando también a este respecto el principio de economía procesal «tendente a evitar una duplicidad innecesaria de otro recurso cuyo resultado dependería por completo de los antecedentes ya obrantes en el primero».

Algunas ideas que se desprenden de esta sentencia me parece que deben ser subrayadas.

1.^a) La declaración de nulidad de lo actuado por razones formales no procede si no beneficia a ninguna de las partes, dado el carácter instrumental de las formas con respecto a «la defensa de los derechos de las partes». Idea opuesta al pretendido carácter de «orden público» de los vicios de procedimiento.

2.^a) En el momento de dictarse la sentencia la indefensión no viene determinada ya por haber omitido un trámite la Administración, trámite que ha quedado superado por el curso del procedimiento. La indefensión —podría añadirse— la produce quien pudiendo decidir el fondo de la cuestión (por tener atribuido el enjuiciamiento de la legalidad de la actuación administrativa), no lo hace, escudándose en razones formales, es decir, en este caso, el Tribunal de primera instancia.

3.^a) No procede decretar la nulidad de lo actuado cuando ello dará lugar a la reproducción de un recurso cuya resolución dependerá por completo de los antecedentes que ya obran en poder del Tribunal.

En la segunda de las sentencias mencionadas (Arz. 1518; Ponente: MARTÍN DEL BURGO) se trataba de una sanción impuesta a una entidad bancaria por incumplimiento de las normas de seguridad en materia de transportes de fondos (Decreto 2113/77, de 23 de julio).

En cuanto al procedimiento para la imposición de la sanción, el Tribunal entiende que es «sumario y falto de garantías» y que se apoya en disposiciones ya derogadas (concretamente, art. 137.2, 5.º del Reglamento de Procedimiento Administrativo del entonces Ministerio de la Gobernación, de 31 de enero de 1947), pero entiende que ello no es obstáculo para entrar a enjuiciar la adecuación de la sanción al ordenamiento jurídico desde el punto de vista material. Tras «reprender» al Ministerio del Interior por la conducta observada (60) razona en los siguientes términos:

(60) A estos efectos se señala con todo énfasis:

«Ante la obstinación del Ministerio del Interior de seguir en la materia de autos un procedimiento tan sumario y falto de garantías para el administrado como ocurre con el tramitado en esta ocasión, desentendiéndose de la más reciente jurisprudencia, nada innovadora, sino fiel intérprete de la normativa vigente en la actualidad, esta Sala, por lo antes dicho [el principio de separación de poderes impide a los Tribunales de Justicia dirigir órdenes a los otros poderes del Estado], sólo puede lamentarse de que las cosas se sucedan de esta forma, pero confiando en que las autoridades de dicho Ministerio adquieran conciencia de este problema y que, a no dudar, lo corregirán, en beneficio de sus propias decisiones, y de los fines rectos, que con ellas persiguen.»

«del extremo consistente en aplicar la teoría de la 'sanción de plano' no se debe pasar al extremo opuesto de responder con el automatismo de la nulidad absoluta, sin atender las circunstancias concurrentes en cada caso..., ya que, como ha puesto de relieve la doctrina legal y la científica, una aplicación rígida de las nulidades, en muchísimos casos, produce efectos contrarios a los pretendidos, esto es, perjudiciales para los propios particulares a los que se pretende defender».

Considerando también el dato de que

«los hechos sancionados aparecen claramente configurados y hasta en cierta forma probados por dicha sociedad; circunstancia que si no debe justificar en la actualidad la sanción de plano, sí que debe servir para evitar nulidades radicales innecesarias».

En base a ello procede a enjuiciar la legalidad material de la sanción, y desde este punto de vista se pronuncia por su mantenimiento, pero reduciendo su cuantía de cinco millones a un millón de pesetas en consideración al *principio de proporcionalidad* entre la gravedad de los hechos y la cuantía de la multa establecida.

En definitiva, el Tribunal consideró que una declaración de nulidad de la sanción por defecto en el procedimiento sancionatorio, sólo hubiera conducido a la reproducción de la misma, por lo que optó —con toda justificación— por resolver sobre el fondo de la cuestión.

Se observa claramente en estas decisiones una tendencia a dar prioridad al pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, siempre que el mismo sea posible, o cuando menos, a romper el planteamiento simplista y axiomático sobre la prioridad de los defectos formales y a decidir sobre la procedencia de un pronunciamiento sobre cuestiones exclusivamente formales o, por el contrario, sobre el fondo de la cuestión, en base a las concretas circunstancias del caso.

Aunque ello no se formule expresamente, no cabe duda de que la superación de los apriorismos tradicionales en esta materia está conectada con el principio *pro actione* al que nos venimos refiriendo, en cuanto

Debe señalarse que en relación con la posibilidad de «sanciones de plano» amparada en el Reglamento de 31 de enero de 1947 ha tenido oportunidad de pronunciarse ya el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 8 de junio de 1981, en la que ha afirmado su carácter contrario a la Constitución (concretamente, a su art. 24).

Por otro lado, es preciso recordar que la inaplicabilidad de dicho Reglamento a la materia de orden público fue evidenciada ya hace años por L. MARTÍN-RETORTILLO con base en el artículo 1.º, 3, del propio Reglamento (véase *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 344 y ss.).

Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional mencionada véase el comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, incluido en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 248 y ss.

supone un paso importante en la línea de hacer efectivo el «derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos».

V. CONCLUSIÓN

En las páginas que anteceden hemos ido analizando —de forma no exhaustiva— los criterios mantenidos por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con una serie de temas que venían siendo otros tantos obstáculos a las posibilidades de control judicial de la legalidad de la actuación administrativa.

Aunque en muchos de los temas indicados es posible encontrar en la anterior jurisprudencia soluciones en una línea «antiformalista», entiendo que los datos expuestos considerados en su conjunto permiten afirmar que se está produciendo un cambio de entidad en la orientación jurisprudencial prevalente en el sentido de buscar la interpretación más favorable al enjuiciamiento efectivo de las cuestiones sometidas a esta jurisdicción. Puede decirse con ello que el principio *pro actione* está pasando a convertirse en un criterio realmente operativo que preside el modo de proceder de nuestros Tribunales contencioso-administrativos.

En todo caso, resulta obvio que este nuevo impulso del principio *pro actione* tiene como límite las propias formalidades exigidas por la Ley, cuya modificación no está dentro de las posibilidades de los Tribunales. Temas como el del carácter obligatorio o potestativo de la vía administrativa previa, o el de la brevedad de los plazos para recurrir y su unificación, que se vienen poniendo en discusión por la doctrina, deberán esperar una respuesta en el plano de la reforma legislativa.

Pero es preciso subrayar que, en tanto se produce esa reforma, es mucho lo que se está consiguiendo ya por vía jurisprudencial. Nada menos que los dos logros siguientes:

a) En primer lugar una rectificación de la anterior doctrina jurisprudencial que añadía a los presupuestos y formalidades exigidos por nuestro sistema positivo para el acceso a los Tribunales de lo contencioso —ya de por sí riguroso— otras dificultades adicionales derivadas de unos criterios contrarios al espíritu de la ley y, en algunos casos, también a la letra de la misma, que implicaban, en definitiva, la negativa a decidir sobre el fondo del conflicto suscitado (doctrina sobre la «legitimación corporativa» o sobre el carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa, consideración de los defectos formales como «vicios de orden público», etc.).

b) En segundo lugar, una consolidación del principio *pro actione* como criterio de interpretación restrictiva y flexible de los requisitos procesales y de las causas de inadmisibilidad y como tendencia a la eliminación de cuantos obstáculos puedan oponerse de manera injustificada al enjuiciamiento de fondo de la legalidad de las decisiones administrativas. Esta interpretación a la que aludimos es una interpretación acorde con el

espíritu «antiformalista» que inspira la Ley de la Jurisdicción y es hoy también una *interpretación conforme a la Constitución*.

Probablemente hoy ya no tenga sentido configurar al principio *pro actione* como un principio general del Derecho autónomo o independiente. Esta construcción cumplió un importante papel en la etapa anterior a la Constitución, pero hoy puede afirmarse que la regla o principio *pro actione* forma parte del contenido del art. 24 de la Constitución. Se trata en realidad de una proyección en el ámbito de lo contencioso-administrativo del derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble consideración de derecho subjetivo y «elemento esencial» del Ordenamiento jurídico, cuya garantía última está atribuida al Tribunal Constitucional (61).

Aun entendiendo así —como un contenido del art. 24 de la Constitución— no me parece inadecuado seguir hablando del «principio *pro actione*», expresión que, en la medida en que goza de un cierto arraigo en nuestro lenguaje jurídico-administrativo y tiene unas connotaciones muy concretas, identifica una serie de aspectos dentro de las múltiples y variadas proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

Juan PEMÁN GAVÍN
Departamento de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza

(61) No es la única proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Pensemos, por ejemplo, en sus implicaciones en relación con el carácter no suspensivo del recurso (tema que fue aludido más atrás en nota 24) o en relación con el sistema de ejecución de las Sentencias de los Tribunales de lo contencioso (cuestión a la que no hemos hecho referencia en este trabajo). Por otro lado, como es obvio, el artículo 24 de la Constitución no incide sólo sobre lo contencioso-administrativo, sino que se proyecta sobre los diversos órdenes jurisdiccionales.

