

# LA SITUACION ACTUAL DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (\*)

POR

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LA DOBLE VERTIENTE DE LA CRISIS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—II. LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL: LA FALTA DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 1. *La necesaria concepción de la justicia como un servicio público.* 2. *El recurrente problema de las reformas organizativas.* 3. *La necesaria perfección del marco normativo.* 4. *Reformas procesales para conseguir una tutela judicial efectiva:* a) *La respuesta a la inactividad administrativa.* b) *La lentitud del proceso y la necesaria adopción de medidas cautelares.* c) *La ejecución de sentencias.* d) *Otras reformas procesales que permitan acelerar el proceso.*—III. LÍMITES A LA EXTENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. *Límites de la justicia administrativa en su función de control de la actividad administrativa.* 2. *Límites a la función creadora de las reglas de actuación de la Administración.*—IV. ALGUNAS ALTERNATIVAS: 1. *Defensor del Pueblo.* 2. *Organos administrativos de resolución de conflictos.* 3. *Procedimientos de conciliación.* 4. *Participación.*

## I. INTRODUCCIÓN. LA DOBLE VERTIENTE DE LA CRISIS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El momento actual del proceso contencioso-administrativo puede definirse como de *crisis*. Una crisis que va apareciendo poco a poco, pero de forma generalizada, en los países de nuestro ámbito cultural. El sistema de derecho administrativo creado por y en torno a la justicia administrativa empieza a resquebrajarse, e incluso en Francia, cuna de este sistema, se ha puesto en cuestión la idoneidad del modelo clásico de justicia administrativa para las necesidades de la sociedad actual (1).

---

(\*) Este trabajo ha sido escrito para su publicación en el *Libro-homenaje al profesor Fernando Garrido Falla*.

(1) Vid., como espléndida exposición de esta idea, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989. En nuestro país, sin perjuicio de los merecidos elogios que merece la Ley jurisdiccional de 1956, se plantea en la actualidad la necesidad de su reforma, habiéndose presentado en mayo de 1986 un Anteproyecto publicado por el Ministerio de Justicia. Sobre este texto, vid. el monográfico dedicado en «Documentación Jurídica», núm. 51, 1986. En Francia se aprobó la Ley de reforma de la justicia administrativa el 31 de diciembre de 1987, conteniendo básicamente una reforma estructural y reglas nuevas en cuanto a la tramitación de apelaciones y casaciones. Sobre la reforma puede consultarse el número monográ-

La crisis que parece irse dibujando *no supone negar la bondad* del sistema actual de justicia administrativa para resolver determinados conflictos. El problema estriba en la toma de conciencia de los *límites de este sistema*, algunos de los cuales pueden ser superados por correcciones del propio sistema, mientras que otros reclaman soluciones alternativas. Diversas reformas se han puesto en marcha o se anuncian para un futuro inmediato. A mi entender, lo primero que se debe hacer es conseguir *un buen diagnóstico de la situación presente*. Sólo entonces podrán abordarse con garantía de éxito las necesarias reformas.

*Este planteamiento* inicial exige delimitar, en primer lugar, *la función asignada a la justicia administrativa*, para determinar si cumple o no este cometido. *La normativa vigente* atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el cometido de controlar la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (art. 106.1 de la Constitución, art. 8 LOPJ, art. 6.2 de la LBRL y 7.2 de la Ley Municipal de Régimen Local de Cataluña). Este control se ejercerá a impulso del demandante, el cual, al plantear su pretensión, delimita el objeto de conocimiento del Tribunal (arts. 1 de la LJCA, 9.4 y 24 de la LOPJ).

La justicia administrativa resuelve *pretensiones frente a actos* de la Administración o de los poderes públicos (si su actividad es materialmente administrativa), *pero no asegura la buena marcha* de la Administración. *No es*, por tanto, un mecanismo creado para, a través del control de la Administración, *imponer a la misma el cumplimiento del modo de actuación que prescribe el artículo 6.1 de la LBRL o 7.1 de la Ley Municipal* y de Régimen Local. Los orígenes de la justicia administrativa explican perfectamente este carácter de garantía jurídica para las pretensiones de los derechos violados por el poder administrativo (2). Hoy, *la novedad* es que este derecho

---

fico de la revista «Actualité Juridique. Droit Administratif», núm. 2, 1988, y, también, diversos trabajos en la «Revue Française de Droit Administratif», núm. 4, 1988. También en Italia, desde 1984, se plantea la necesidad de una reforma legislativa, llegándose a articular un Proyecto de Ley de delegación al Gobierno para la reforma del proceso contencioso-administrativo. A este Proyecto se refiere MERUSI, en MERUSI-SANVITI, *L'Ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, pág. 9. Por último, también en Alemania surge últimamente la necesidad de reformar el ordenamiento. Vid. BADURA, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, «RTDP», 1984, pág. 130.

(2) Los artículos 106 y 24.1 de la Constitución deben ponerse en conexión. El control judicial de la Administración se articula para dar satisfacción a pretensiones de los administrados. La tutela judicial sirve, por tanto, a posiciones jurídicas subjetivas, pero no a la legalidad objetiva de la Administración. Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1981, pá-

alcanza *el carácter de derecho fundamental* (3), y recibe así un plus de protección a través del recurso de amparo.

Si éste es el cometido, hoy se constata una *doble insatisfacción*. Por un lado, *quien pleitea* comprueba cómo se le reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva, pero obtiene una respuesta judicial lenta, no siempre bien fundada y en ocasiones de imposible ejecución. Junto a esta insatisfacción cabe situar la *del administrado* en general, que sin llegar a plantear un litigio en defensa de su posición singular constata que carece de remedios jurídicos para forzar una correcta actuación de la Administración.

En definitiva, la crisis de la justicia administrativa *posee un doble aspecto*. Para *el justiciable* no cumple el cometido que le atribuyen las leyes. Para el ciudadano, no es el remedio que precisa cuando lo que pretende es una actuación eficaz y eficiente del poder público que debe llenar de contenido los derechos prestacionales que le reconoce un Estado que se define como social y de derecho. Cada uno de estos problemas tiene causas diversas y, por tanto, requiere soluciones también diversas.

## II. LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL: LA FALTA DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Si la función tradicional y nuclear de la justicia administrativa es solventar el conflicto que enfrenta a un particular con la Administración a través de la sumisión del acto administrativo a la legalidad vigente, hoy esta función no se cumple de acuerdo con los estándares mínimos exigibles.

La *razón* de este *mal funcionamiento* puede atribuirse a una *crisis de crecimiento*, que tiene su principal consecuencia en la *len-*

---

gina 528, «el proceso contencioso-administrativo es, pues, a todos los efectos un proceso entre partes, una de las cuales es siempre la Administración Pública en cualquiera de las versiones a que se refiere el artículo 1.º LJ... y su objeto es decidir sobre las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo que sirve de ocasión o de pretexto para formular aquellas pretensiones». Este es el cometido para el que deben ponerse en manos de los Tribunales todos los medios. Otra cosa es pretender de los Tribunales fines diversos. Vid. también, en este mismo sentido, BADURA, *op. cit.*, pág. 125.

(3) Derecho fundamental establecido en el artículo 24.1 de la Constitución, y definido recientemente como derecho prestacional y no de libertad, por lo cual «es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio» (STC 4/1988, de 21 de enero).

*titud* del proceso y, por tanto, en una situación final de injusticia. Los datos que avalan esta crisis de crecimiento son elocuentes y no sólo privativos de España (4). El aumento de la conflictividad debe atribuirse a la *mayor conciencia del ciudadano* de cuáles son sus derechos y al *incremento de los cometidos* asignados a las Administraciones públicas. Paralelamente, el número de *Magistrados y Tribunales aumenta lentamente* y el *ordenamiento jurídico-administrativo se complica* de forma creciente.

La consecuencia final puede resumirse en una falta de tutela judicial *efectiva*. La lentitud convierte las medidas cautelares en piezas de gran valor y hace aún más exasperante la no obtención de la ejecución de la Sentencia. Veamos a continuación los problemas derivados de esta crisis de crecimiento y algunos posibles remedios.

#### 1. *La necesaria concepción de la justicia como un servicio público*

La necesaria adecuación de la justicia administrativa al cumplimiento de los fines impuestos por la legalidad y reclamados por la sociedad exige tomar *conciencia del carácter de servicio público* que tiene esta función social. Como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de demarcación y de planta judicial («BOCD» de 8 de junio de 1988), «el adecuado desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de hacer frente, en primer término, al enorme déficit acumulado durante decenios por *una organización judicial estructurada más en función de la presencia que de la eficacia*; distribuida con criterios geográficos imperfectos y desequi-

(4) En el caso de España tenemos los datos más cercanos. La Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1986 señala lo siguiente, en relación a la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala de lo Contencioso-Administrativo):

	<i>Asuntos pendientes</i>	<i>Asuntos ingresados</i>	<i>Sentencias dictadas en el año</i>	<i>Asuntos pendientes a fin de año</i>	<i>Número de sentencias por Magistrado</i>
Sala 1 ... ..	1.436	1.039	597	1.254	149,2
Sala 2 ... ..	3.125	1.586	892	2.288	223
Sala 3 ... ..	—	2.118	228	1.732	45,6

En Francia, los datos nos los ofrece M. FRANC (en «AJDA», núm. 2, 1988, pág. 79). En octubre de 1987, el Consejo de Estado tenía acumulados cerca de 25.000 expedientes. Ingresaban anualmente 9.000 asuntos y resolvía 7.000. Los plazos se alarga-

librados e infradotada en cuanto al número de sus titulares y sus órganos decisorios, con la consiguiente insuficiencia de los medios personales y económicos puestos a su servicio e inadecuación de las normas de procedimiento por la que se rige».

No basta con que exista un cauce de resolución de conflictos jurídicos y que se amplíen las vías para acceder al mismo. *Importa el producto final*, lo que se devuelve a la sociedad en forma de resolución al conflicto. Y esto *exige un planteamiento que atiende no sólo al cauce procesal, sino también a los medios personales y materiales con que se va a actuar*. Esta nueva mentalidad debe potenciar el incremento de dotaciones presupuestarias, pero de manera especial debe tomar conciencia de la importancia del estudio de criterios racionales para el mejor uso de estos fondos. Lo cierto es que *este tipo de enfoques no suelen realizarse*. Como se ha dicho recientemente, «hoy como ayer, es necesario un estudio sociológico que permita la distribución de efectivos personales y materiales y que rompa la homogeneidad. Carecemos, que yo sepa, de una estadística sobre quién litiga, en qué temas y materias, de dónde proceden los actos administrativos impugnados, cuánto se tarda en tramitar un proceso y en ejecutar realmente una Sentencia. Ayer era comprensible, pero pienso que hoy no» (5). Son necesarios estos datos para que luego se pueda implementar con eficacia una política de reforma de la organización de justicia administrativa.

En esta misma línea, *la selección de magistrados* es un tema también a replantear. Si importante es determinar cuántos se precisan, habría que reflexionar sobre el cómo se puede alcanzar este número con garantías. Los Juzgados unipersonales, o una hipotética juris-

---

ban. Desde 1983, más de la mitad de los asuntos tardaban más de dos años en resolverse, y los que tardaban más de tres años pasan del 13 al 20 por 100. Los Tribunales de primera instancia sufrían un proceso similar. En septiembre de 1986 había acumulados 98.057 asuntos, y la media para resolver un asunto era de dos años y medio. El caso italiano está estudiado de forma completa en SANVITI, en MERUSI-SANVITI, *op. cit.*, págs. 70 y ss. La tramitación de un recurso ante el Consejo de Estado tarda una media de 5,61 años en 1983 y 6,56 en 1984. Datos estadísticos sobre Alemania nos los ofrece GRAWERT, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, en «RTDP», 1984, pág. 144, destacando el mismo fenómeno: incremento del número de asuntos y de los plazos en resolver.

(5) Vid. MARTÍN REBOLLO, *El Anteproyecto de Ley de lo contencioso-administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1988 a la situación actual*, en «Documentación Jurídica», núm. 51, 1986, pág. 714. Este planteamiento de la justicia como servicio público se encuentra también en RIGAUD/DELCROSS, *Les institutions administratives françaises. Le fonctionnement*, París, 1986, págs. 41 a 80, así como en STREET, «Accès a la justice et Etat-providence. Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif: Rapport pour l'Europe», en el vol. col. *Accès a la justice et Etat-providence*, París, 1984, pág. 297.

dicción especializada en los temas de mayor volumen, son datos que exigen aún más esta reflexión.

Obviamente, este tipo de planteamientos *no debe caer en un mero productivismo*, olvidando cuál es la esencia de la función de hacer justicia. *Se trata de coadyuvar* desde planteamientos ajenos a los puramente procesales en el desarrollo de una mejor prestación del servicio, *insistiendo en poseer los mejores medios personales y materiales y destinarlos a los cometidos en los que su rendimiento puede ser mayor.*

Esta concepción de la justicia como servicio público *creo que puede vincularse con el mandato constitucional del artículo 121.* De forma similar a la previsión del artículo 106, aunque en preceptos separados (dentro del Título IV, Poder Judicial), se reconoce la responsabilidad del poder judicial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La función estatal de administrar justicia debe existir, pero, además, debe funcionar correctamente, pues de lo contrario surgiría el derecho a ser indemnizado. El citado artículo 121 de la Constitución refleja esta nueva concepción. Al Poder Judicial le corresponde una función que debe cumplir dentro de unos mínimos, pues de lo contrario el Estado responderá de los perjuicios causados.

El desarrollo de este mandato constitucional se contiene en los artículos 292 a 297 de la LOPJ. *¿Qué se entiende por funcionamiento anormal? ¿Cómo se articula la acción de responsabilidad? (6).*

Por funcionamiento anormal podemos entender el retraso en la Administración de Justicia. Deberá, pues, el Juez, concretar cuándo estamos ante este tipo de funcionamiento, acudiendo para ello a la técnica de los estándares (7). En cuanto al problema de la acción de responsabilidad se plantea, a mi juicio, en primer lugar, la cuestión de la *imputación*, es decir, ¿quién causa el retraso, la Administración que no facilita los medios o el Juez que no actúa con la

---

(6) En relación con este tema, pueden consultarse TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, «REDC», núm. 13, 1985, y MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1983.

(7) Vid. TORNOS MAS, pág. 95, y las STC 36/1984, 5/1985 y 43/1985. De especial interés es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre en orden a precisar cuándo existen dilaciones indebidas. Al respecto, pueden consultarse MUÑOZ-MACHADO, *El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos. Las indemnizaciones debidas*, «REDA», 25, 1980; MARTÍN CASTÁN, *La polémica cuestión de la determinación del plazo razonable de la Administración de Justicia*, «REDC», 10, 1984, y MARTÍN REBOLLO, *op. últ. cit.*, pág. 174.

diligencia debida? Resuelto este problema, se abrirían diversas vías, ante la Administración o ante el Poder Judicial. La LOPJ reduce, sin embargo, la reclamación a su presentación ante la Administración (8).

## 2. *El recurrente problema de las reformas organizativas*

Las situaciones de colapso de los Tribunales han tenido siempre en las reformas organizativas la respuesta más a mano. Se trata de incrementar el número de Juzgados y Tribunales y de redistribuir las competencias para descargar a los niveles superiores (9).

Este planteamiento se recoge en el *proyecto de Ley de Demarcación y de planta judicial por estas razones* y por la exigencia impuesta en nuestro sistema de crear los *Tribunales Superiores de Justicia*.

La creación de nuevos niveles de administración de Justicia y una correcta distribución de cometidos entre ellos *no resuelve*, sin embargo, *todos los problemas*. Habrá que precisar cuándo es posible *la apelación o la casación*, y con qué efectos. La delimitación de los supuestos en los que *el Tribunal Superior de Justicia será última instancia* no es tampoco tarea fácil, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la unidad de doctrina cuando se aplica derecho estatal. *La creación de Juzgados unipersonales* puede ser una buena medida al descongestionar la Audiencia Territorial y acercar la justicia al justiciable, pero hay que preguntarse cómo van a dotarse estos Juzgados y reconocer los peligros que puede tener una justicia muy vinculada a problemas políticos en manos de un solo Magistrado.

Esta reforma organizativa puede concebirse, además, a un doble nivel. *Junto a la modificación vertical* de la estructura (aparición de los Juzgados unipersonales y de los Tribunales Superiores de Justicia) podría haberse *pensado en una reforma horizontal*, situando *en los niveles ya existentes órganos especializados en algunas materias*. La comprobación de que determinados asuntos constituyen una proporción muy alta sobre el total de los que conoce una

---

(8) Sobre este punto, vid. el comentario crítico en TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 108. Téngase también en cuenta, como se señala en el trabajo que acaba de citarse, la posible reparación de los daños dentro de una Sentencia del Tribunal Constitucional que otorga el amparo por violación del artículo 24 de la Constitución. De especial interés es la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1984, de 14 de marzo.

(9) La descripción de esta realidad en el caso español se encuentra en MARTÍN REBOLLO, *El Anteproyecto...*, cit., pág. 45.

Sala permite afirmar que tal vez fuera útil crear órganos especializados en estos temas con el fin de descongestionar al Tribunal, consiguiendo al mismo tiempo una mayor eficacia por la propia especialización del nuevo órgano.

Como ejemplo puede citarse el caso de las cuestiones en *materia de función pública*. Podría pensarse en nombrar dentro de cada Audiencia Territorial uno o más *jueces delegados*, encargados de juzgar estos asuntos. Como señala MERUSI (10), podría incluso buscarse un correctivo a su carácter monocrático, determinando que el asunto debe pasar a la Audiencia si las partes lo solicitan de común acuerdo o así lo decide el Juez. De esta forma los asuntos más importantes se decidirían colegialmente. El Juez resolvería los asuntos ordinarios y aplicaría la doctrina de la propia Sala.

*Las reformas organizativas* pueden adoptar, por tanto, *tres vertientes* no incompatibles entre ellas. Una reforma puramente *productivista* consistente en dotar de más medios personales y materiales a la estructura ya existente. Una reforma de la estructura de carácter *vertical* o de carácter *horizontal*.

En definitiva, se trata de reformas necesarias que plantean importantes problemas técnicos y que no pueden concebirse como la solución definitiva a los problemas actuales del mal funcionamiento de la justicia administrativa.

### 3. *La necesaria perfección del marco normativo*

La *tutela judicial* administrativa supone *resolver un conflicto* en el que esté presente una Administración pública (hoy también otros poderes públicos), *en base al derecho administrativo*. En consecuencia, el Tribunal precisa de un criterio jurídico para resolver, que coincide con el vínculo impuesto a la actuación administrativa.

Ciertamente este vínculo puede ser más o menos preciso. El recurso a conceptos jurídicos indeterminados o la atribución de *potestades discrecionales es un fenómeno creciente*. Además, la legalidad propia de un Estado social de derecho tiende a configurarse como *atribución de fines o directrices*, dejando a la Administración un amplio campo de maniobra. Evidentemente estos hechos hacen más difícil el control de la actuación administrativa, pues ya no se

---

(10) Vid. MERUSI, en MERUSI-SANVITI, *op. cit.*, pág. 48.



trata de revisar el acto imperativo dictado en ejecución de una norma, sino de *valorar la corrección en el cumplimiento de un mandato*. Del control del acto se pasa al de la conducta.

No es este problema el que me interesa destacar ahora (11). *Situándonos todavía en el esquema clásico* de justicia administrativa, como respuesta a pretensiones singulares por la agresión a derechos o intereses legítimos, es evidente que el marco normativo adolece de una creciente imperfección que dificulta el buen funcionamiento de los Tribunales. La *sumisión de la Administración a un vínculo jurídico es más difícil cuando el texto es de compleja interpretación o cuando no se puede conocer qué texto es el aplicable al caso*. Este último fenómeno se está produciendo entre nosotros al pasar de un ordenamiento jurídico centralizado a uno descentralizado, en el que, junto a los principios de temporalidad y jerarquía, se incorpora el de competencia para determinar en cada caso la norma aplicable (12).

Ante esta constatación es necesario insistir en la necesidad de mantener la diversa vinculación a la Ley y al derecho entre la Administración y el Juez. El poder del Juez sólo es soportable, en tanto que legítimo, si está claramente dominado por la regla jurídica (13).

No debe extrañar, por tanto, *el reciente interés por los estudios de técnica legislativa*. En última instancia, está en juego el propio sistema del Estado de Derecho (14).

El legislador puede dejar ámbitos de libertad a la Administración, y en este caso el Juez no debe sustituir la decisión administrativa. Pero cuando se quiere vincular a la Administración debe hacerse de tal forma que el Juez pueda cumplir su misión de control con la técnica que le es propia e irremplazable.

---

(11) Volveré más adelante sobre este punto. En líneas generales, vid. el trabajo de BADURA, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, «RTDP», 1984, págs. 104 y ss. El citado autor, de manera voluntariamente exagerada, afirma que la crisis de la justicia administrativa es consecuencia de la crisis del Estado legislativo.

(12) Una clara advertencia sobre los peligros de la complejidad del ordenamiento y una mala técnica legislativa, en MUÑOZ-MACHADO, *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Madrid, 1987, págs. 183 a 214.

(13) Vid. BADURA, *op. cit.*, págs. 115 y ss. Como pone de relieve el autor, la tendencia del Juez a buscar en los principios constitucionales la solución a la imprecisión legal encierra otros peligros.

(14) En relación a este tipo de estudios, pueden consultarse GRETTEL, *La forma de las Leyes*, Barcelona, 1986, y M. J. MONTORO, *La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de Ley como sistema para mejorar la calidad de las Leyes*, «REDA», 48, 1985.

#### 4. *Reformas procesales para conseguir una tutela judicial efectiva*

El derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución es a una tutela judicial *efectiva*. Se trata, por tanto, de un *derecho a la jurisdicción de carácter sustantivo* y no meramente formal. Por ello, no se habla de un derecho de acceso (a ejercitar una acción), sino de un derecho a la tutela judicial efectiva, vinculando así el derecho a la pretensión. No basta con garantizar que se obtendrá un reconocimiento del derecho, si éste se poseía, sino que, además, este derecho se hará efectivo.

Esta interpretación se recoge, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1983, de 13 de abril, según la cual «el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia número 32/1982 de este Tribunal, también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello por el daño causado» (15).

Como derecho diverso debe entenderse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque, como reconoce el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia que acaba de citarse, desde un punto de vista sociológico y práctico una justicia tardía equivale a una falta de tutela judicial efectiva. Mientras la tutela judicial efectiva exige que se adopten las medidas necesarias para que la pretensión pueda ser atendida, la dilación indebida plantea una cuestión puramente temporal, es decir, si la medida se adoptó o no dentro de un plazo razonable.

Pues bien, lo cierto es que el administrado constata hoy cómo en muchas ocasiones la tutela que le ofrecen los Tribunales contencioso-administrativos *no es efectiva* o bien *que se produce con dilaciones indebidas*. Como muestras de *lo primero* pueden citarse la

---

(15) Como ha dicho SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 100-102 (vol. II) de esta REVISTA, 1984, pág. 1624, «lo que el artículo 24 de la Constitución española garantiza al ciudadano es que puede tener acceso a un proceso judicial, con conocimiento plenario del fondo del litigio y que la Sentencia favorable que eventualmente obtenga sirva realmente a sus pretensiones; la interdicción constitucional, pues, se extiende a todas las técnicas que, mediante la consumación de estados irreversibles, disminuyan sustancialmente la eficacia restauradora de la decisión jurisdiccional». Tomando las últimas palabras, puede añadirse en sentido inverso: el mandato constitucional exige el desarrollo de todas las técnicas que, evitando la consumación de estados irreversibles, amplíen la eficacia restauradora de la decisión jurisdiccional.

falta de garantías ante la inactividad administrativa; la obtención de sentencia una vez ha desaparecido el objeto litigioso; la no ejecución de la Sentencia. La existencia de *dilaciones es un problema general*, siendo difícil precisar de forma genérica cuándo se convierten en indebidas. En todo caso, ciertas reformas procesales podrían abreviar los plazos.

a) *La respuesta a la inactividad administrativa.*

Es ya de sobra conocido que cada vez más se amplía la esfera vital del ciudadano que depende de actuaciones positivas de la Administración. En estos supuestos la *pretensión judicial consistirá en una actuación de la Administración*. La técnica del silencio permite acceder a los Tribunales, pero éstos pueden limitarse a la anulación del acto presunto y a condenar a la Administración a actuar. Es evidente que en estos casos se habrá obtenido la tutela judicial, pero ésta no será efectiva.

Por ello, y como se ha puesto de relieve recientemente, *debería auspiciarse una intervención judicial sustitutoria* (16). El Tribunal no se limitará a ordenar a la Administración que dicte un acto, sino que el mismo lo dictará. Esta sustitución encontrará su límite en la potestad discrecional de la Administración y en la actividad material fáctica, pero puede servir para solventar otro tipo de problemas.

En este sentido existen ya experiencias de *derecho comparado* (17) y posibles criterios a introducir. Cuando el acto *administrativo requiere la simple comprobación* de unos elementos de hecho, el Juez puede sustituir la comprobación administrativa. Si es necesaria *una labor valorativa*, el Juez podría adoptar la decisión *si el asunto está «maduro» para tal decisión*. El Juez debería detenerse cuando se interfieran criterios de oportunidad o la ponderación de intereses contrapuestos. Entonces tan sólo será posible reforzar los medios que permitan ejecutar la condena a la Administración de una actuación positiva.

(16) NIETO, *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, «DA», 208, 1986.

(17) Así, por ejemplo, la *Verpflichtungsklage* del artículo 42 de la Ley alemana de 21 de enero de 1960. Sobre la misma, vid. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, «Diritto Processuale Amministrativo», 1, 1985, pág. 66, así como las interesantes reflexiones de MERUSTI, *op. cit.*, págs. 11 y ss.

b) *La lentitud del proceso y la necesaria adopción de medidas cautelares.*

La lentitud del proceso contencioso-administrativo y el carácter inmediatamente ejecutivo del acto administrativo suponen que en muchas ocasiones la tutela judicial no pueda ser efectiva. *En el momento de dictarse Sentencia el objeto litigioso puede haber desaparecido*, siendo imposible reponer las cosas en su estado original, por lo que tan sólo procederá una indemnización sustitutoria.

Este problema *fue destacado por la propia jurisprudencia*, que, tras ciertos vaivenes, parece ir asentando su posición (18). En cualquier caso el dato a destacar es, a mi juicio, la gran *importancia que asume el tema de las medidas cautelares* dentro del proceso contencioso-administrativo. Si no desaparece el carácter de inmediata ejecutividad del acto, si no se dota al recurso de un efecto suspensivo automático, la tutela judicial efectiva exige unas medidas cautelares eficaces (19). Dentro del proceso deben regularse medi-

---

(18) El carácter ejecutivo del acto administrativo no ha desaparecido. Si atendemos a la reciente legislación de régimen local, podemos comprobar cómo este carácter se mantiene en su formulación clásica (arts. 4.1.e y 51 de la LBRL y arts. 8.2.a y 156 de la Ley catalana Municipal y de Régimen Local). Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, tras el revuelo que ocasionaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 21 de julio de 1982, la postura es hoy mucho más matizada, teniendo en cuenta de manera principal la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984. Un espléndido resumen de la nueva postura del Tribunal Supremo se encuentra en la Sentencia, dictada por la Sala especial de Revisión, de 28 de enero de 1988 (Ar. 160):

«Hay que precisar determinados extremos en orden a la condición de ejecutivos de los actos sancionadores disciplinarios y a las medidas preventivas de suspensión. La última doctrina, tanto del Tribunal Constitucional —Sentencia de 7 de julio de 1987— como del Tribunal Supremo —Sentencia de 7 de marzo de 1987 (R. 1495)—, tras analizar la jurisprudencia anterior, ha llegado a la conclusión de que ni la suspensión provisional ni la ejecución de las sanciones disciplinarias vulneran el artículo 24 de la Constitución, ya que el principio de ejecutividad de los actos administrativos no ha desaparecido, sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionalmente protegidos, y que la tutela judicial efectiva del artículo 24 no impone en tal caso la suspensión de la ejecutividad, sino que se garantiza permitiendo el control judicial de la medida, puesto que no cabe en la contraposición del interés público y del privado acentuar uno más que el otro, de modo que salvo que la Ley elimine la ejecutividad, tal carácter de los actos administrativos no ha desaparecido en un Estado democrático, que de lo contrario no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación según el artículo 9.2 de la Constitución.»

(19) Esta preocupación se detecta también de forma generalizada en los países vecinos. En Italia (GIANNINI, *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, «Diritto Processuale Amministrativo», núm. 2, 1984, pág. 172) o en Francia, donde, para ciertos autores (LEPAGE-HUGO, «AJDA», 2, 1988, pág. 132), la reforma de la Ley de 31 de diciembre de 1987 debería haber abordado también el tema de las medidas caute-

das de carácter provisional, vinculadas al proceso principal, cuya resolución final tratan de garantizar en su contenido y eficacia. Como dijera CALAMANDREI (20), la medida cautelar «trata, como las resoluciones que el derecho inglés engloba bajo la denominación de *Contempt of Court*, de salvaguardar el *imperium iudicis*, es decir, trata de impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la Justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como la guardia de la ópera buffa, a llegar siempre demasiado tarde».

Hasta el presente *la única medida cautelar* recogida en la legislación procesal administrativa es la *suspensión* de la eficacia del acto. Como se ha puesto de relieve, la interpretación de los artículos 122 y ss. de la LJCA está sufriendo *una clara evolución*, auspiciada también por la aparición de la Ley de 26 de diciembre de 1978 (21). No es el momento de entrar en detalle en este tema. Señalaré, tan sólo, *las medidas que me parecen necesarias para dotar de mayor eficacia a la medida suspensiva*.

— *Generalización* del sistema de la Ley de 26 de diciembre de 1978. Con ello se consiguen *dos objetivos*: evitar el recurso forzado a un proceso excepcional con el único objetivo de conseguir la suspensión del acto con mayor facilidad; imponer al Juez una ponderación de los intereses en juego, evitando el recurso al criterio de los daños de difícil reparación (22).

— Reconocer *el casuismo* propio de esta medida. No es posible definir legalmente cuándo procede o no la suspensión, si bien pudiera darse un *trato peculiar* a materias como la sancionadora o tributaria. *El Juez debe ponderar los intereses en juego*, otorgando la suspensión cuando la ejecutividad del acto hiciere perder a la Sentencia su función de hacer justicia. El derecho a la tutela judi-

---

lares. En España ha insistido recientemente en esta problemática PAREJO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «REDA», 49, 1986.

(20) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pág. 144.

(21) Vid. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales a la autotutela administrativa*, núm. 115 de esta REVISTA, págs. 68 y ss.; PAREJO, *op. ult. cit.*; RODRÍGUEZ ARANA, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, 1986, págs. 105-122, y TORNOS MAS, *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, «RJC», 4, 1986, págs. 80-90.

(22) Ya se hace así en el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo presentado en mayo de 1986. Vid. el comentario de LINDE en el número monográfico de «Documentación Jurídica», 51, 1986, pág. 827.

cial efectiva, derecho fundamental y preferente, prevalecerá en este caso sobre otros intereses (23). El dato esencial es el *periculum in mora*, pero no el *fumus boni iuris*. El criterio de la reparación económica del daño debería desaparecer.

— La medida cautelar debe *poderse adoptar antes de que el acto produzca sus efectos*. Para ello deben adoptarse las siguientes medidas:

- Convertir el recurso administrativo en un recurso potestativo, o bien negar la ejecutividad del acto hasta que éste sea firme en vía administrativa.
- Permitir solicitar la suspensión y acordarla o no antes de la presentación del escrito de demanda, reconociendo así con todos sus efectos el carácter autónomo del proceso cautelar.

— Ejecución rápida de la medida cautelar por parte de los Tribunales, acudiendo en su caso a los artículos 103 y siguientes de la LJCA, reinterpretedados en función de tratarse de la ejecución de un auto de suspensión y no de una Sentencia (24).

La importancia de la medida cautelar de suspensión no debe hacer olvidar que son necesarias *otras medidas de esta naturaleza* para conseguir un mismo efecto, preservar el bien jurídico litigioso mientras se sustancia el proceso (25). Tres son los supuestos en los que aparece con mayor claridad la necesidad de adoptar otro tipo de medidas cautelares:

---

(23) Como ejemplo a seguir puede citarse el artículo 56 de la LOTC: «La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad...».

(24) En este sentido, vid. el Auto de la Audiencia Territorial de Valladolid de 29 de diciembre de 1973, comentado por COSCULLUELA, *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, «REDA», 1, 1974.

(25) En este sentido, PAREJO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, págs. 275 y 311, y *La tutela...*, op. cit. También, GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, pág. 493, quienes reclaman «la dotación al Tribunal de una amplia gama de facultades no limitadas a las de pura suspensión, para adoptar medidas procesales cautelares». La doctrina italiana también muestra esta preocupación: GASPARINI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare*, Módena, 1982, pág. 249, o SAVORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Nápoles, 1983, pág. 53. No es tan acuciante el problema en Francia o Alemania, al contar ya con medidas de esta naturaleza.

— *La imposición de conductas positivas.* La preservación del objeto litigioso puede reclamar en ocasiones la actividad administrativa. Así, cuando la demanda frente a la Administración no es de anulación, sino de condena, cuando el interés ejercitado no es conservativo, sino activo. Como se ha señalado, «poco gana el perjudicado con una Sentencia favorable que condene a la Administración a poner fin a los ruidos o a retirar los materiales depositados en la puerta de la cochera, si en los dos o tres años que dura el procedimiento los ruidos van a continuar y la cochera va a seguir bloqueada» (26).

La solución puede lograrse incorporando técnicas como la *Einstweilige Anordnung* (orden provisional) prevista en el artículo 123 de la Ley jurisdiccional alemana. A reserva de lo que la Sentencia declare, se ordena a la Administración que actúe para eliminar el perjuicio (27).

— *La conservación del supuesto fáctico de la litis.* En ocasiones la dilación del proceso puede provocar una alteración de la situación de hecho que impida, en su momento, una resolución eficaz. El órgano judicial debe poder adoptar medidas provisionales o de conservación que, sin prejuzgar el fondo del asunto, mantengan la situación fáctica inalterada hasta dictar Sentencia.

En el Derecho comparado puede servir de modelo el *Réferé* del sistema francés, como técnica que permita al Juez dictar una *ordonnance* inmediatamente ejecutiva que garantiza la resolución eficaz del proceso (28). En nuestro sistema se ha apuntado la posibilidad de acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, como legislación supletoria, aplicando los preceptos de la sección segunda del Título XIV de libro II, «Del aseguramiento de los bienes litigiosos» (29).

— Por último, debe reconocerse que en determinados supuestos puede ser necesario adoptar medidas de *mera comprobación de hechos*, necesarios para la ulterior tramitación del proceso. Basta con una medida de comprobación, sin tener que adoptar resolución alguna. El ejemplo de este tipo de actuaciones puede encontrarse en el *Constat d'urgence* del sistema francés (30).

Es preciso, pues, tratar de incorporar estas técnicas al proceso

(26) NIETO, *op. cit.*, pág. 52.

(27) Vid. PAREJO, *Estado social...*, págs. 300 y ss., y *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 40. NIETO, *op. cit.*, pág. 50, propone una interpretación extensiva del artículo 122 LJCA.

(28) Vid. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, Paris, 1978, pág. 435.

(29) PAREJO, *Estado social...*, *op. cit.*, pág. 312.

(30) Vid. nota 28.

contencioso-administrativo. Si bien la propia labor interpretativa pudiere introducir algunas, la reforma de la vigente Ley de 1956 puede ser la ocasión para dar una respuesta completa a los problemas apuntados (31).

c) *La ejecución de sentencias.*

El problema de la ejecución de sentencias es, sin duda, uno de los más complejos que hoy tiene planteado el sistema de justicia administrativa. No voy a detenerme en su análisis, al existir abundante y reciente bibliografía sobre la materia (32). Pero lo cierto es que el tema presenta notables paradojas y opiniones encontradas en el momento de buscar una solución a una situación que, según todas las opiniones, es insatisfactoria.

Que la situación *tiene algo de paradójico* lo demuestra el hecho de que *el Tribunal Constitucional* reconoce de forma precisa y repetida que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de Sentencias contra la Administración (33), *pero mantiene la validez del sistema actual*. La legislación postconstitucional que incide en el tema, y el Anteproyecto de reforma de Ley Jurisdiccional (34), no alteran tampoco los postulados clásicos (la ejecución corresponde a la Administración y los caudales públicos son incmbargables). *¿Cómo se conseguirá*, por tanto, de manera real, llenar de contenido el derecho fundamental

---

(31) En este sentido deben mencionarse los artículos 143 a 146 del Anteproyecto de reforma de la Ley jurisdiccional presentado en mayo de 1986. En concreto, el artículo 143.1 establece: «En casos de urgencia en que, como consecuencia de la actividad o vía de derecho administrativa, resulten afectadas la integridad de un bien jurídico o la conservación de un derecho o un interés legítimo, susceptibles de tutela por este orden jurisdiccional, el Jucz o Tribunal podrá, a instancia del interesado, adoptar las medidas provisionales que sean indispensables para preservar aquéllas y asegurar la efectividad de la Sentencia que ponga fin al recurso.»

(32) Así, entre otros, pueden citarse los recientes trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, en el número monográfico de «Documentación Administrativa» sobre esta temática (núm. 209, 1987), donde se contienen otros estudios de interés; también M. J. MONTORO, *La ejecución de Sentencias en el Anteproyecto de Ley del Proceso contencioso-administrativo*, «Documentación Jurídica», núm. 51, 1986, y BORRAJO, *Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas*, «REDA», núm. 53, 1987.

(33) Sentencias de 16 mayo 1984, 7 junio 1984, 26 noviembre 1984, 23 mayo 1985, 7 octubre 1985, 12 noviembre 1985, 21 febrero 1986, 20 octubre 1986, 12 marzo 1987 y 15 julio 1987.

(34) Un comentario, en M. J. MONTORO, *op. últ. cit.* Críticamente se refiere al mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. últ. cit.*



a una tutela judicial efectiva? Planteo tan sólo el tema, pero es evidente que *la atención debe dirigirse a los poderes que se dan al Juez para imponer a la Administración una actuación positiva* en cumplimiento de la Sentencia, y *en la voluntad real de los Tribunales de hacer uso de estas facultades*, asumiendo que la tutela judicial no alcanza su plenitud en el momento de dictar Sentencia. En este momento se hace jurisprudencia, pero no justicia.

d) *Otras reformas procesales que permitan acelerar el proceso.*

La necesaria celeridad del proceso contencioso-administrativo requiere *otro tipo de medidas que simplifiquen* y permitan una mayor rapidez en la tramitación del recurso sin perjuicio de los derechos de la defensa.

En esta línea pueden señalarse, *a modo de ejemplo*, algunas de estas posibles reformas, las cuales, en parte, se han ensayado ya en la Ley de 26 de diciembre de 1978 y podrían extenderse al proceso ordinario.

— *Reclamación del expediente.* El artículo 10.4 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 estableció un sistema coactivo más incisivo, para garantizar el efectivo cumplimiento del deber administrativo de la remisión del expediente, que el contemplado en el artículo 61 de la vigente Ley de 1956. Esta disposición, creo que acertadamente, se generaliza para todo tipo de procesos en el reciente Anteproyecto de reforma de la Ley jurisdiccional (art. 44) (35).

— *Puesta de manifiesto de las actuaciones.* También la Ley de 26 de diciembre de 1978 introdujo en este punto una novedad que el Anteproyecto generaliza. El artículo 10.2 de la Ley de 1978 establece que la puesta de manifiesto de las actuaciones puede ser sustituida por la entrega de fotocopias, regla que pasa al artículo 44 del Anteproyecto.

— *Los procedimientos en masa o masivos.* La impugnación por un numeroso grupo de personas de actos administrativos de contenido general, fenómeno por otra parte creciente en nuestra sociedad, ocasiona notables problemas de funcionamiento en la marcha

(35) Vid., sobre este punto, SAINZ ROBLES, «La incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pág. 757, en donde critica por su timidez la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1981, de 14 de julio.

de un Tribunal. Es éste un problema *común en la Europa continental*, al que se trata de buscar algún tipo de solución (36).

Lo evidente es que la aplicación estricta del procedimiento ordinario puede dar lugar a serias *dilaciones si los comparecientes con intereses comunes no litigan unidos*. Como apunta SÁNCHEZ MORÓN (37), «en otros ordenamientos se ensayan modificaciones... como pueden ser la obligación de elegir una representación y dirección común para quienes defienden intereses comunes (38) o la selección de un recuso-test, cuya solución sirva de modelo a aplicar respecto de pretensiones iguales, pasando por alteraciones en la forma de notificación de los actos procesales» (39).

— *Extensión de los efectos de la Sentencia*. Como se ha puesto de manifiesto (40), un problema similar al anterior es el que plantea *la reiteración de recursos en las Salas de contenido idéntico a otros ya decididos por Sentencia firme*. Se sobrecargan las Secretarías para el cumplimiento de una función puramente mecanicista. *De hecho se está desconociendo por la Administración la doctrina de los Tribunales*, al mantener criterios ya calificados como erróneos. Pero, por otra parte, *no existe incumplimiento de Sentencia*, pues son otros los litigantes y otro el acto discutido. La solución, se apunta en el trabajo citado, podría consistir en *ampliar el ámbito del artículo 86.2 de la Ley jurisdiccional* a una tercera categoría de sujetos afectado: partes, afectados y titulares de una misma relación jurídica. A estos últimos se haría extensible la Sentencia con eficacia de cosa juzgada, evitando el que tuvieran que iniciar un pleito cuya resolución se conoce de antemano.

(36) Vid., al respecto, SÁNCHEZ MORÓN, *Las partes en el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*, «Documentación Jurídica», núm. 51, 1986, pág. 99. Este autor cita en nota un Anteproyecto de Recomendación relativo a los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos que afectan a gran número de personas, elaborado por el Comité de Expertos en Derecho Administrativo del Consejo de Europa, en el que se abordaba esta cuestión. Se refiere también a los problemas de este tipo de procesos BADURA, *op. cit.*, pág. 127.

(37) SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pág. 99.

(38) Esta solución puede chocar con el derecho fundamental a la asistencia jurídica por un defensor elegido por el interesado, derecho reconocido de forma clara en los procesos penales (art. 6.3.c Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. STC 7/1986, FJ 2).

(39) Como también señala SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pág. 99, el Anteproyecto de reforma introduce algunas tímidas modificaciones en este sentido. Previsiones sobre acumulación de recursos (art. 34), simultaneidad en contestación demanda (arts. 55.3 y 134.2) o formulación de conclusiones (art. 66.2).

(40) GARCÍA MANZANO, «La tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica. Algunos problemas que plantean en el recurso contencioso-administrativo», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pág. 659.

Como ya he dicho, *el principio general* que debe guiar la introducción de todas estas reformas *es su compatibilidad con los derechos de defensa*. En ocasiones, la mejor defensa de los administrados puede exigir reformas que en principio supongan un mayor retraso en el funcionamiento de los Tribunales. La doctrina del Tribunal Constitucional *sobre el emplazamiento* y la interpretación que debe darse al artículo 64 de la Ley jurisdiccional es un claro ejemplo (41).

### III. LÍMITES A LA EXTENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Junto a los problemas que se han examinado en el apartado anterior, es necesario situar otras cuestiones de mayor calado. Ya no se trata de señalar los defectos de un sistema incapaz de dar una respuesta eficaz a una creciente demanda de justicia, sino de poner en cuestión la validez misma de este sistema y de *destacar los límites* que se le descubren dentro de un nuevo marco jurídico-político. Si en las *páginas anteriores* se buscaban las respuestas necesarias para *hacer más eficaz un determinado modelo* de justicia administrativa, ahora los problemas son otros, pues se trata de precisar *qué es aquello que se pide hoy a este modelo y que el mismo no puede dar*. No se trata de mejorar el sistema, sino de apuntar en otras direcciones.

En cualquier caso no se trata, insisto, de negar la bondad y necesidad del sistema actual como garantía de ciertos derechos e intereses. *Lo importante es reflexionar sobre la capacidad de un sistema surgido hace dos siglos para resolver todos los conflictos en que está presente la Administración, creando al mismo tiempo las reglas necesarias para asegurar el funcionamiento de los poderes públicos* de acuerdo con las demandas de la sociedad. Si la justicia administrativa pudo servir a ambos objetivos, hoy no es posible.

---

(41) Es evidente que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el emplazamiento ha supuesto una carga adicional de trabajo para los Tribunales, pese a las matizaciones introducidas por el propio Tribunal Constitucional a su propia doctrina (recientemente, vid. la STC 24/1988, de 23 de febrero, criticada por su carácter restrictivo en el voto particular del Magistrado RUBIO LORENTE). El Anteproyecto de reforma de la Ley de la jurisdicción reparte la carga de este trabajo entre la Administración en donde radique el expediente y el Juzgado o Sala, que adopta una posición de supervisión (arts. 47 y 49).

Y la razón no es otra que el carácter marcadamente político de la *Ley jurisdiccional*, lo que motiva su *directa vinculación a las variaciones que se producen en el posicionamiento de los diversos poderes públicos*.

La *Ley jurisdiccional de 1888* alcanza su máximo desarrollo con la reforma de 1956 y la jurisprudencia posterior a la misma. Las vías de acceso se amplían y el control alcanza prácticamente a la plenitud del quehacer administrativo. Surgen problemas de crecimiento que motivan una pérdida de eficacia y exigen ciertos retoques. *Pero también se empieza a constatar que el tratamiento de la actividad administrativa no puede reducirse a su valoración jurídica* cuando se lesiona un derecho o interés legítimo, y se *replantea un tema que parecía superado*: la teoría de la división de poderes y la relación entre la Administración y el Poder judicial.

#### 1. Límites de la justicia administrativa en su función de control de la actividad administrativa

El nuevo marco en el que se sitúa la justicia administrativa puede definirse sintéticamente por el hecho de la implantación del *Estado social* de derecho y el reconocimiento del *principio de eficacia junto al de legalidad*.

Las nuevas exigencias de la sociedad modifican el marco legal del funcionamiento de la Administración, y se modifica la relación Administración-ciudadano. La norma, a la que debe referirse el Juez para enjuiciar la conducta Administrativa, no es ya siempre el límite a la injerencia administrativa en la esfera del particular, sino el fundamento de una actuación de la que depende sea realidad el derecho del administrado. El conflicto interés público-interés privado se diluye en muchas ocasiones, al oponerse dos intereses generales.

Tratando de resumir esta nueva situación, pueden destacarse tres nuevos fenómenos:

- La protección de los llamados intereses colectivos.
- El control de programas y directrices.
- La importancia de los hechos organizativos y los conflictos entre poderes públicos (42).

(42) Vid. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, «RTDP», 402, 1981.

Lo verdaderamente novedoso es que en esta nueva situación *los poderes del Juez son muy diferentes y mucho más reducidos*, pues ya no se le pide el reconocimiento de un derecho a través de un proceso de interpretación jurídica, sino la imposición de una conducta correcta a la Administración para hacer realidad un derecho de prestación, o bien que se analice si se ha cumplido un programa, ya sea revisando el procedimiento seguido o la organización creada al efecto. De esta forma *se termina por dar un nuevo cometido a los Tribunales de Justicia administrativa, y además de exigirles que garanticen la tutela jurídica se les quiere convertir en cauce para asegurar la eficacia administrativa*, la solución de los conflictos entre poderes públicos y la determinación del equilibrio entre intereses generales diversos.

*Esta nueva situación, que trato tan sólo de resumir en alguno de sus aspectos más destacados, es la que, a mi juicio, explica el replanteamiento actual del papel constitucional de los Tribunales y de la Administración, tratando de establecer un límite claro a la actuación de aquéllos.* La concreta formulación de esta nueva teoría de origen alemán se encuentra en *la reserva de Administración*. No se trata de una reserva reglamentaria, sino de asegurar una esfera propia de actuación administrativa, inmune, tanto al legislador como al Juez. Al tomar conciencia de que lo que se reclama hoy a la Administración son fines, y que éstos no pueden formularse jurídicamente, se niega la posibilidad de una revisión judicial de determinadas actividades administrativas. El control de lo discrecional no es posible, más allá de los aspectos formales. Si tomamos el caso de la Administración local se añadirá su carácter eminentemente político. ¿Cómo puede el Juez sustituir una decisión de marco legal indefinido adoptada por una corporación elegida democráticamente? Esta decisión no es la ocurrencia de un funcionario, y si el legislador atribuyó un margen de decisión, éste debe respetarse.

Un interesante resumen de estas nuevas posiciones doctrinales se encuentra *en el reciente trabajo de EMBID IRUJO (43)*. Como señala este autor, «el camino que parecía consolidado, de la progresiva

---

(43) Vid. EMBID IRUJO, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, págs. 403 y ss. También se refieren a este debate doctrinal NIETO, *op. cit.*, y MONTORO, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las Leyes. Control jurisdiccional «versus» fracaso legislativo*, núm. 110 de esta REVISTA, 1986. El propio EMBID IRUJO vuelve sobre el tema en *Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista de las Cortes Generales», 13, 1988. También, BADURA, *op. cit.*, pág. 112.

importancia de la Jurisdicción en el control absoluto de la Administración es puesto en crisis en el final de la década de los setenta y en lo que se lleva transcurre de la actual».

Como se nos expone en el mencionado trabajo, *la propia inseguridad del marco legal lleva a centrar el debate en torno a la determinación de quién decide*. Frente a los intentos por reducir el margen de discrecional *se impone la legitimidad y la responsabilidad de la Administración*. El interés se centra en precisar en qué materia las decisiones son limitadamente controlables por el poder judicial, que debería adoptar una cierta actitud de *self restraint* en beneficio de la opción adoptada por la Administración.

En el trabajo de OSSENBHUL que comenta EMBID IRUJO se apunta *una posible tipología*: decisiones no justificables (por ej., un juicio pedagógico científico); valoraciones vinculantes (por. ej., catalogación de un edificio como histórico-artístico); decisiones de pronóstico; decisiones configuradas (planeamiento).

En definitiva, se reabre un debate que siempre ha estado en la base del derecho administrativo, y que, por tanto, afecta a la posición de los poderes públicos (44). No se trata de negar ahora la importancia de los logros alcanzados en el proceso de sumisión de la Administración al derecho. *Se trata tan sólo de marcar los límites*

---

(44) La larga cita del reciente trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los postulados...*, op. cit., pág. 8, me parece muy significativa, por venir, además, del autor del trabajo que llevó por título *La lucha contra las inmunidades del poder*:

«La judicialización plenaria, la “normalización”, del contencioso-administrativo tiene un único límite constitucional, y es que los Tribunales no pueden invadir los ámbitos de competencias de los demás poderes constitucionales: ni los del cuerpo electoral, ni los del legislativo, etc.; tampoco, naturalmente, las responsabilidades propias del Ejecutivo (art. 97 de la Constitución), ni el autogobierno de las entidades territoriales (art. 137), ni cualquier otro de los ámbitos de poder diseñados en la arquitectura constitucional.

El cómo delinear ese “límite” (no limitación) entre la jurisdicción y los demás poderes constitucionales no es cuestión de diseño arbitrario o imaginativo: la definición de ese límite es, justamente, todo el contenido del Derecho Administrativo, el cual postula determinadas prescripciones, con determinados contenidos, en un espacio también determinado, pero no pretende ser la atmósfera general y envolvente que toda la totalidad del funcionamiento del poder en el sentido de que éste sea siempre una simple ejecución mecánica de la Ley. El propio Derecho Administrativo, construido necesariamente con los datos del Derecho positivo, habilita potestades de acción, que tendrán siempre una raíz jurídica, por el hecho mismo de esa habilitación, pero que significan remitir expresamente a apreciaciones no jurídicas de los órganos administrativos. No sería ninguna ganancia para el Estado de Derecho, ni tampoco, por supuesto, para la eficacia de la cosa pública, pretender que el juez pudiera sustituir con su personal criterio cualquier decisión de cualquier poder, y en concreto aquí de cualquier autoridad administrativa. El juez dice el Derecho y el Derecho está constantemente definiendo ámbitos de discrecionalidad. Este juego es esencial en la dinámica del Derecho Administrativo, aunque éste se esfuerce por separar esa discrecionalidad de la arbitrariedad pura y simple.»

*existentes en este proceso, liberando así al Juez de un cometido que no le es propio y reconociendo la posición constitucional de la Administración.* Una posición que es diversa si nos situamos en un Estado-policía o en un Estado-prestacional (45). El verdadero problema estriba en obtener los mecanismos que garanticen el correcto actuar de la Administración y las prestaciones reconocidas por las Leyes. Exigir esto a los Tribunales es precisamente lo que parece desbordar sus posibilidades.

## 2. Límites a la función creadora de las reglas de actuación de la administración

Tradicionalmente se ha definido *el derecho administrativo como un producto marcadamente jurisprudencial*, reconociéndose por tanto a los Tribunales una importante función creadora (46). El derecho administrativo es, en definitiva, fruto de la tarea del Consejo de Estado francés.

Hoy se produce una clara *insuficiencia* de este modelo, al constatarse el límite de los Tribunales para establecer otros módulos de actuación administrativa, basados no en el respeto de los derechos de propiedad y libertad del administrado, sino en el principio de eficacia y buen funcionamiento del aparato administrativo.

En el apartado anterior señalábamos el límite del poder de enjuiciamiento de los Tribunales. Esto supone, por tanto, reconocer una esfera de *mayor libertad* de la Administración en relación a una norma jurídica previa, pero este mayor ámbito de libertad debería compensarse con otro tipo de normas de conducta y técnicas de control. Lo que se quiere destacar es la insuficiencia del método jurídico clásico como garantía plena del ciudadano que se relaciona con una Administración prestacional, insuficiencia que se traduce en la no creación de nuevas reglas de conducta a través de la jurisprudencia (47). Junto a los Tribunales *deben situarse otros órganos*

(45) Vid. A. CARULLO, *Alcuni punti fermi in tema di giustizia amministrativa*, «Diritto Procesuale Amministrativo», 1, 1987, pág. 97.

(46) Recientemente, SAINZ DE ROBLES, *op. cit.*, pág. 739, afirmaba: «En el puro sentido de la palabra y durante más de veinticinco años la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido una jurisdicción pretoriana.»

(47) Como afirma NIETO, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, página 159, «el defecto más grave que debe imputarse a la jurisdicción contencioso-administrativa es el haber distorsionado por completo el funcionamiento de las instituciones públicas, a las que ha dado un sesgo jurídico fatal... En España parece como si administrar es servir intereses públicos».

*y métodos de creación de las pautas de comportamiento de la Administración, las cuales exigirán a su vez otras técnicas de evaluación de la adecuación de la Administración a las mismas y otro tipo de medidas de reacción ante el incumplimiento, dirigidas esencialmente a corregir la disfunción y a incidir en el propio aparato administrativo más que a decretar la nulidad de un acto.*

Ciertamente los *Tribunales han hecho esfuerzos* para cubrir estas lagunas. Las técnicas de los estándares, o el principio coste-beneficio, tratan de formular jurídicamente el principio de eficacia. Pero la buena marcha administrativa exige la determinación precisa de objetivos y medios, y el establecimiento de mecanismos de corrección de las desviaciones detectadas.

En definitiva, puede seguirse afirmando que el Derecho administrativo tiene un fuerte componente jurisprudencial. Pero debe reconocerse al mismo tiempo que los Tribunales ya no pueden crear las reglas de actuación que permitan hacer realidad el principio constitucional de eficacia y el contenido de los principios rectores de la política social y económica (48).

#### IV. ALGUNAS ALTERNATIVAS

Los problemas actuales de la justicia administrativa, que he tratado de exponer en páginas anteriores, han hecho surgir mecanismos alternativos a través de los cuales *resolver los conflictos que oponen a los administrados con la Administración* o bien mediante los cuales conseguir *un correcto funcionamiento del aparato admi-*

(48) En ningún caso se pretende negar aquí el carácter jurisdiccional del Derecho administrativo ni la bondad de este carácter para lograr un buen funcionamiento de la Administración y una correcta protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Es más, aún queda camino por recorrer a la doctrina jurisprudencial en el cumplimiento de una misión siempre perfectible. Lo que se pretende señalar es que no puede pretenderse que, además, se cumpla otra función: definir las reglas no jurídicas de comportamiento administrativo o evaluar la conducta administrativa en base a criterios no jurídicos. Sobre el carácter jurisprudencial del Derecho administrativo y la vigencia aún actual de este carácter como mecanismo para perfeccionar el Estado de Derecho, vid. VEDEL, *Le droit administratif, peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, «Etudes et Documents», núm. 31, 1979-80, pág. 31. También una defensa apasionada de este carácter, a través de críticas a la maduración del Consejo de Estado en el cumplimiento de esta tarea, en RIVERO, *Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif*, «Etudes et Documents», 31, 1979-80, pág. 27.

El Derecho administrativo seguirá siendo obra del legislador y de la jurisprudencia. El problema es crear otras pautas de conducta no traducibles en reglas jurídicas y garantizadas a través de mecanismos diversos.



nistrativo (49). Las técnicas de *conciliación* o el replanteamiento del *recurso administrativo* son ejemplos de lo primero, es decir, conseguir dar satisfacción a la pretensión del recurrente. La institución del *Defensor del Pueblo* o la *participación* de los administrados responden más bien a lo segundo. Tratar de adecuar la actividad administrativa a criterios de eficacia. Veamos muy brevemente estas técnicas.

### 1. *Defensor del Pueblo*

Esta institución responde de forma general a las insuficiencias del sistema de justicia administrativa en un Estado social de Derecho.

*No es fácil evaluar la experiencia española* en un período de tiempo tan corto. No obstante, entiendo que el *verdadero sentido* de esta institución *no debe buscarse en la solución de problemas concretos* a través de un análisis de la corrección jurídica de la actividad administrativa (esta función corresponde a los Tribunales, impulsados en su caso por el Ministerio Fiscal), ni en la interposición de recursos de amparo o inconstitucionalidad, *sino en la denuncia del mal comportamiento administrativo a partir de las quejas recogidas*. Es decir, lo que puede aportar la institución, arropada por toda la fuerza moral que consiga alcanzar, es una tarea de investigación, informe y recomendación en torno a los aspectos más críticos de la actividad administrativa. Las resoluciones a que se refieren los artículos 28 a 33 de la LO 3/1981, de 6 de abril, deben convertirse en documentos de gran valor para conocer los defectos y apuntar soluciones. Por ello, sin renunciar a la posible satisfacción de pretensiones concretas, el verdadero esfuerzo de la institución debería orientarse, a mi juicio, en tareas de investigación, estudio y propuesta de alternativas, con el objeto final de ofrecer respuestas generales a las disfunciones administrativas. El Informe a las Cortes, o informes sectoriales sobre temas especialmente graves, constituyen elementos de gran importancia (ob-

---

(49) No se trata de sustituir a la justicia administrativa o desplazarla, sino de descubrir técnicas complementarias. En esta línea es de interés el trabajo *Etude sur la presentation du contentieux administratif*, publicado en «Etudes et Documents», núm. 32, 1980-81. Cuatro son los objetivos propuestos: impedir el nacimiento del conflicto; buscar soluciones alternativas a las jurisprudenciales; poner fin al litigio; evitar un prolongamiento inútil del mismo.

viamente, esto requiere dotar de los medios necesarios a la institución).

## 2. *Organos administrativos de resolución de conflictos*

Bajo esta denominación cabe situar el replanteamiento del *tradicional recurso administrativo* como vía previa a la judicial para resolver un conflicto.

La *valoración* que merecen los recursos administrativos en *nuestro sistema*, como trámite obligatorio previo a la interposición del recurso jurisdiccional, *es negativa* (50). Incluso llega a *cuestionarse su constitucionalidad*, en la medida que suponen un obstáculo al acceso inmediato a la protección jurisdiccional.

Sin embargo, recientemente *se alzan voces a favor* de este tipo de recursos en otros países, e incluso *se incorporan a reformas legislativas* (51). Parece necesario detenerse brevemente en torno a los *argumentos* de esta última posición.

— En primer lugar se aportan *datos estadísticos* que demuestran que allí donde se ha introducido el recurso administrativo previo ha disminuido la conflictividad contencioso-administrativa (52).

— En segundo lugar, se destaca que al hablar del recurso administrativo *no debe identificarse con el tradicional recurso jerárquico*, por lo general ineficaz. Se hace referencia a un *recurso previo* al judicial, de carácter *obligatorio*, con un procedimiento *no formalista, rápido y poco costoso*, que se resuelva *por un órgano que puede ser de composición mixta* en el que se integren especialistas en la materia que se enjuicia. *Piénsese* en el caso del Jurado Provincial de Expropiación, los Tribunales Económico-Administrativos, los Tribunales previstos en el artículo 76 de la Ley de Aguas o el

(50) Vid. PAREJO, *Estado social...*, op. cit., pág. 269.

(51) Vid. CHITTI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, «Diritto Processuale Amministrativo», II, 1984, pág. 177, con especial referencia a la situación en los países anglosajones; el trabajo antes citado del Consejo de Estado francés, *Etude...*, op. cit., pág. 303, y el artículo 13 de la Ley francesa de 31 de diciembre de 1987. Sobre este precepto, BRAIBANT, *De la presentation des recours a l'execution des décisions*, en «AJDA», 1988, pág. 100.

(52) Así, en el trabajo citado *Etude sur la prevention du contentieux administratif* se señala que, en materia fiscal, de 900.000 reclamaciones presentadas anualmente en vía administrativa, sólo 7.000 se presentan ante los Tribunales. O en el trabajo de BRAIBANT, op. cit., pág. 100, donde se destaca cómo si en 1985 los litigios judiciales en materia fiscal eran 600.000, la introducción de un recurso administrativo los redujo a 20.000 en 1987.

recientemente creado Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona.

— En tercer lugar, deben actuar de forma especial en la resolución de conflictos en donde se *discutan esencialmente cuestiones de hecho* o se trate de *componer diversos intereses generales contrapuestos*. El caso francés es significativo. El artículo 13 de la nueva Ley de 31 de diciembre de 1987 impone el recurso administrativo en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. La razón, según BRAIBANT (53), es que se «trata en general de pesados expedientes, que ocasionan esencialmente litigios sobre cuestiones de hecho, en la resolución de las cuales los aspectos técnicos juegan un gran papel, y que no ocasionan hoy cuestiones de derecho. En estos casos es mejor poner, literalmente, el expediente sobre la mesa que iniciar una batalla contenciosa formalista ante el aparato judicial».

— En cuarto lugar, un órgano de estas características puede *corregir la decisión administrativa y adoptar otra de signo contrario* sin los límites inherentes a la función judicial. En su seno se buscará la composición de intereses que no se alcanzó con el acto administrativo.

— En último lugar, se insiste en que la introducción del recurso *será positiva si realmente se entra en el fondo de los asuntos resolviendo en breve plazo*. En otro caso el recurso dejará de ser garantía del administrado para ser privilegio de la Administración.

### 3. *Procedimientos de conciliación*

Esta posibilidad está también apuntada en el *artículo 13 de la Ley francesa de 1987*. Planteado el recurso ante el Tribunal de Justicia, *podría crearse una comisión presidida por un Magistrado con presencia de las partes interesadas*, dentro de la cual se busque una solución al conflicto planteado. De esta forma también podrían evitarse largos procesos corrigiendo la decisión administrativa hasta que se alcanzara el acuerdo. El precio del tiempo puede ser un argumento para forzar el acuerdo.

---

(53) BRAIBANT, *op. cit.*, pág. 100.

#### 4. Participación

*La apertura del procedimiento a las partes interesadas y la correcta configuración de los órganos decisores (cuando son de composición mixta), constituyen claros mecanismos para resolver «a priori» hipotéticos conflictos. Ahora bien, la participación no puede servir de argumento para negar la revisión judicial de la decisión adoptada en base a su intrínseca bondad por haber surgido de un procedimiento participado.* El sujeto que intervino en el procedimiento podrá, si lo cree necesario, discutir el acto ante un Tribunal. En este sentido, son muy ilustrativas unas palabras de MERUSI (54) cuando enjuicia la participación destacando la necesidad de un control judicial final. Para su comentario utiliza un ejemplo: «¿Quién no conoce el “baile” de las plantas residuales o de los crematorios? Primero todos los entes consultados dan un informe negativo a la colocación de la instalación en su territorio; más tarde, cuando se llega al convencimiento de que alguien debe beber el amargo cáliz, se abre la caza del propietario débil, sobre cuyo terreno colocar la instalación, individualizado según la ocasión, por la voz *populi*, en el propietario extranjero, en el ente religioso en declive, en el cacique objeto de odios ancestrales o en otros similares propietarios, por alguna razón extraños “al grupo”. También la Administración participada tiene necesidad de un Juez administrativo.»

---

(54) Vid. MERUSI-SANVITI, *op. cit.*, pág. 65.