

LAS TRANSFORMACIONES DE LA FUNCION DE JUZGAR A LA ADMINISTRACION EN LOS ULTIMOS CINCUENTA AÑOS

Por
FEDERICO C. SAINZ DE ROBLES

I. Cuando apareció la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RAP) en 1950, pocos se percataron de que había adquirido carta de naturaleza un nuevo Derecho Administrativo. Naturalmente, no podía prescindirse —y no se prescindió— de antecedentes muy significativos, a los que me referiré en una breve nota bibliográfica que inserto al final, para atenerme al consejo de no intercalar notas a pie de página. Auscultando la realidad con rigor, y comprobando los problemas que de verdad la agitaban, se les tomó el pulso de manera original: me refiero a la precisión con que fueron planteados y al método para encontrar su solución. Sin abandonar ni mucho menos el rigor de los principios, se cayó en la cuenta de que había llegado el momento de afrontar lisa y llanamente el caso. Con lo que los principios se enriquecieron notablemente.

En 1950 se clamaba ya por una nueva organización del contencioso-administrativo; se comprobaba la insuficiencia de la Ley de 1948, que volvió a darle eficacia; la del Texto Refundido de 8 de noviembre de 1952, e incluso de la mucho más avanzada legislación de ámbito local. Todo ello ha sido reiteradamente dicho y muy bien dicho. Pero desde 1950 hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956 —LJ56— había corrido muy poco tiempo y sólo partiendo de postulados muy bien diseñados era posible articular un cuerpo normativo de primera magnitud. E implantarlo con energía en el tejido social.

No puede ocultarse que en el umbral de la nueva regulación seguía latiendo una preocupación más que centenaria: ¿qué justificación política y jurídica tiene la potestad judicial para juzgar a la Administración? Aunque sea a vuelo de pájaro, no hay más remedio que recordar la densa sombra que sobre el problema arrojaba aún la división de poderes, como base y fundamento de un Estado de Derecho. Pero más perniciosa era todavía la proyectada por las pretensiones de los poderes activos del Estado para eludir cualquier clase de control.

Bastará aludir a las concesiones que suponía un proverbio

clásico, por cierto, bien conocido: «juzgar a la Administración es también administrar» (SANDEVOIR), y aun el más dulcificado y reciente acuñado por T. R. FERNÁNDEZ: «juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor». Pero mucho más expresivo todavía me parece el párrafo que cierra el apartado 1) de la Exposición de Motivos de la LJ56:

«Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración, y de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción Contencioso-Administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.»

El texto transcrito era tributario, sin duda, de las sombras a que me he referido. Pero ya en el artículo 83 del texto articulado se advirtió:

«2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder.*»

Nadie duda hoy de que la desviación de poder no sólo es una forma de infracción del ordenamiento, sino la más acusada, hasta el punto de que un poder ejercitado para fin distinto del que atribuye la ley deja automáticamente de serlo. Habré de volver sobre esta observación, pero lo que no se podía olvidar en 1956 es que esa peculiar infracción había sido uno de los más duros escollos que debía afrontar la fiscalización de los jueces. Es, literalmente, un homenaje a la petrificación de las normas que el precepto transcrito se incorpore literalmente al artículo 70.2 Ley 29/1998 —LJ98—. Como se recordará, la discusión parlamentaria del proyecto de 1995 abordó la supresión expresa de esta infracción administrativa, incluyéndola, sin embargo, en el control general, de acuerdo con la Memoria que acompañó al anteproyecto de 1994; por tanto, es claro que se tuvo siempre conciencia de lo anómalo de esta consideración singular. El hecho de que se mantuviera ratifica este efecto de fosilización al que me he referido.

Teniendo a la vista los artículos 103 y 106 de la Constitución española —CE—, poca duda cabe de que la Administración, al estar sujeta al ordenamiento jurídico, a las leyes y a la justificación de sus fines, pueda y deba ser fiscalizada por alguien extraño a ella. Y el artículo 24.1 CE aclara que ese alguien no puede ser sino el juez. Parece increíble que a estas alturas se haya podido plantear por alguien (y, por cierto, por «alguien» de la máxima categoría científica) la cuestión de si, en un Estado social y democrático de Derecho, la actividad discrecional de la Administración tendría que quedar inmune. En verdad, lo que late en el fondo no sólo es el irracional desenfreno de un resultado electoral insólitamente excesivo en favor de un partido y de un gobierno, que también hay que tener en cuenta, sino la posición del juez. La advertencia reiterada de que el juez no ha sido objeto de elección popular se proyecta hacia su falta o merma de legitimación democrática, y con mayor razón cuando trata de enjuiciar la actuación de otros poderes que sí cuentan con tal legitimación. Este falso problema hemos de entenderlo ya superado.

No hay por qué reiterar lo que ya ha sido bien dicho y razonado, pero me interesa, para que las reflexiones que siguen tengan sentido, dejar en claro desde ahora mismo algunas premisas:

Una, que cuando el juez resuelve un recurso contencioso-administrativo no administra en modo alguno. Es posible —y, desde luego, deseable— que contribuya a una mejor administración, pero ello resultará de la rectitud y corrección de los motivos de la sentencia y de la voluntad del órgano administrativo de cumplir lo juzgado y atenerse a ello en lo sucesivo. Consecuencia que no es en modo alguno patrimonio exclusivo de la actividad administrativa. Por otra parte, hay que recordar que el juez administrativo no sólo fiscaliza actos de la Administración, sino los procedentes de otros órganos, incluso constitucionales, sujetos, empero, a la disciplina jurídico-administrativa. Mal podría pensarse que cuando el Tribunal Supremo —TS— anula un acto de administración de las Cortes Generales estaba administrando. O legislando.

Dos, es urgente penetrar en el significado de las palabras, antes de que se enquisten y conviertan en mitos: el juez *no juzga a la Administración; juzga actos producidos por ella*. Lo cual es completamente distinto, porque el poder público de que disponen las Administraciones para actuar se agota con la emisión de actos que, sean éstos singulares, colectivos o normativos, pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico. Sería impropio abordar aquí un problema que dejo simplemente esbozado, y es que en esa integración en el ordenamiento, *incluso de los actos singulares*, ha de encontrarse la

fuerza del *precedente*, cuya eficacia normativa es mucho mayor de lo que aparece en los tratados y en los textos positivos. La faceta de esta cuestión que aquí interesa radica en el hecho indiscutible de que incluso los actos que pudiéramos considerar más «aislados», como por ejemplo una licencia de caza o pesca, se integran plenamente en el desenvolvimiento de la Administración. Y, de una u otra manera, vuelven a ella.

Así las cosas, las sombras a que reiteradamente vengo refiriéndome quedan desvanecidas o, al menos, en situación de desvanecerse. Porque también hay que recordar que la cuestión candente reside no en el contenido de la sentencia que haya de dictarse, sino en el hecho de que la Administración quede sujeta a la fiscalización. La dura batalla sostenida para reducir las zonas inmunes del poder, singularmente en lo que se somete a los llamados «actos discrecionales», debe tener siempre presente (y a menudo no se ha hecho) que lo primero que se ofrece al juez no es si el acto resulta o no conforme a Derecho, sino si se dispone para emitirlo de potestad discrecional. Lo significativo desde esta perspectiva no es, pues, el contenido de la sentencia; lo significativo radica en la sujeción.

II. Al señalar que el enjuiciamiento por parte de los Tribunales de la Administración se refiere a actos producidos por ella, es evidente que me estoy refiriendo a una nota común a toda la función jurisdiccional. Me estoy refiriendo a que el juez no somete a fiscalización a las personas, sino las conductas o actividades de éstas. Incluso en el proceso penal, cuyas consecuencias pueden afectar a la persona en su integridad, el objeto del conocimiento judicial es un acto.

Lo digo porque en modo alguno puede seguirse de esta observación que deba regresarse a la llamada *función revisora*. A este respecto, son sumamente aclarativos los artículos 1, 42 y 79.3 LJ56, puesto que el objeto del recurso contencioso-administrativo viene constituido por las pretensiones que el actor deduzca sobre un acto de la Administración y que pueden comprender no sólo la anulación del mismo, sino prestaciones positivas en favor del demandante.

Una cosa es que las pretensiones de los sujetos legitimados requieran un previo acto de la Administración y otra muy distinta que el juez se limite a contrastar ese acto con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el proceso admite, ante todo, pruebas y, sobre todo, motivaciones y cuestiones distintas de las suscitadas en la previa actuación del procedimiento administrativo. Ni que decir tiene que en ese proceso las partes están en absoluta paridad de po-

siones y que quedan excluidos radicalmente todos los posibles privilegios. Como ya se ha dicho reiteradamente, la Administración agotó su poder produciendo el acto, pero residenciado éste ante el juez, la Administración autora de aquél es un litigante más.

Precisamente en la superación de esta función revisora radica una de las esenciales transformaciones del contencioso-administrativo. En realidad, la principal se produce con la LJ56 mediante la reconducción del proceso a la jurisdicción ordinaria. El contencioso-administrativo, en términos de la CE, no es una jurisdicción especial, sino uno de los órdenes jurisdiccionales, observación que apunto para señalar la extrañeza que produce la LJ98, al rotularse como Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La especialización no de los órganos judiciales, sino de los jueces integrantes de los mismos, es un reconocimiento del hecho de que, en efecto, el procedimiento administrativo emana de un poder que tiene su propia técnica y que, en la medida a que luego voy a aludir, alcanza una eficacia peculiar.

De este modo, la específica preparación de los jueces en el menester administrativo no tiene significación alguna respecto del enjuiciamiento de la Administración. Al revés, mirando las cosas con detenimiento, viene a constituir la máxima garantía de ésta.

III. Si se tiene en cuenta lo expuesto, se comprobará la precaución con que debe afrontarse el análisis de la función de juzgar a la Administración. No es posible perder de vista que ésta, para la satisfacción de los intereses generales, cuenta con un haz de potestades, en la mayoría de los casos exorbitantes y que, como es sabido, se pueden —y deben— imponer coactivamente; al mismo tiempo, esas potestades, por amplias que sean, las confiere el Derecho y están sujetas a él. Inevitable es que su ejercicio choque con las libertades y derechos de los administrados o, en nuestro actual sistema, con otras Administraciones (aspecto este último del que necesariamente debo prescindir). Muy difícilmente podría hablarse de un Derecho Administrativo que prescindiera de ambos aspectos y, al menos desde Prosper WEIL, se viene enfocando esta rama de la ciencia del Derecho en torno a los dos grandes polos: potestades y garantías. A estos efectos, y prescindiendo de que, como sucede en nuestro ordenamiento, la garantía esté bajo la salvaguarda de un juez ordinario, es lo cierto que, de no quedar debidamente instrumentada, el delicado equilibrio entre potestad y libertad se rompería —no hace falta ni siquiera mencionarlo— del lado del poder.

El mantenimiento del equilibrio resulta ser así un postulado del

Estado de Derecho. Normalmente, el planteamiento sistemático se contempla desde tres puntos de vista (que, por supuesto, van a abordarse a continuación), y ya desde el principio quedó dicho que la depuración de un acto administrativo es un robustecimiento de la legitimidad del poder. Lo primero que debe dilucidarse es si toda la actividad administrativa debe quedar sujeta al juez; inmediatamente ha de examinarse el resultado del pronunciamiento judicial. Pero queda una zona intermedia extraordinariamente delicada y radica en el lapso temporal de duración del proceso; dicho con otras palabras, ¿qué efectos tiene sobre la actuación administrativa el hecho de estar residenciada ante un juez?

1. A) En cuanto a lo primero, si la LJ56 dejó bastantes zonas oscuras, la CE las iluminó profusamente. El artículo 2 de aquélla se creyó obligado a precisar qué actos formalmente emanados de la Administración no estaban, sin embargo, sujetos a Derecho Administrativo y, por tanto, no podían quedar sometidos al juez de este orden. Con ello, ciertamente, se suscitaba el interrogante de si podrían quedar sujetos a otro orden jurisdiccional; basta repasar la abundante jurisprudencia recaída sobre los llamados contratos de la Administración en su actuación privada para percatarse de ello. Y de lo que arrastra sobre esa zona ambigua de un poder público sujeto a régimen privado. Naturalmente, la cuestión es profundamente distinta por lo que se refiere a lo que en aquel precepto se llamó «actos políticos del Gobierno».

Mayor importancia tienen, desde la perspectiva que estoy examinando, las zonas excluidas por el artículo 40. En éste se contemplaban actos administrativos puros que, por razones estrictamente políticas, se sustraían de la fiscalización judicial. Huelga en un artículo de estas características hacer un seguimiento de las vicisitudes de este precepto, pero no está de más señalar, y esto sí tiene interés sustancial, que, si no de modo directo, es decir, mediante la modificación de la LJ, la exclusión podía producirse —y se produjo— a través de leyes especiales.

Lo verdaderamente significativo es que, sin apoyo constitucional o equivalente, la LJ56 era una Ley ordinaria más y, por tanto, podía ser derogada o modificada en esencia en cualquier momento. No lo fue, en efecto, pero ya se comprende que la mera posibilidad era suficiente amenaza para la garantía de todos.

Además, conviene recordar que, junto a una ampliación de la legitimación activa para someter a enjuiciamiento actos singulares o colectivos, el artículo 28.1.b) LJ56 restringía extraordinaria e injustificadamente la legitimación para impugnar disposiciones regla-

mentarias. Lo que, de hecho, suponía un ancho campo de inmunidad para éstas.

Es muy cierto que, dadas las características del régimen político en el que apareció la LJ56, era muy difícil pedir mayor amplitud. Más aún, resultaba impensable una cláusula general de protección como la que insertaba el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, la aparición de aquella Ley resulta a estas alturas una grata sorpresa, sociológicamente no explicada aún de forma convincente. Y no es el mejor de sus logros el haber habituado al ciudadano a utilizar las armas del Derecho contra las extralimitaciones del poder.

B) A la vista de los artículos 9, 24.1, 103 y, sobre todo, 106 CE, resultaba muy difícil excluir de la fiscalización judicial cualquier zona de la actuación administrativa. Es más, la atribución subjetiva del acto fiscalizable experimentó un notable ensanchamiento al sujetar también los actos emanados de otros órganos del Estado, incluso los constitucionales, por razón del régimen jurídico-administrativo a que estaban sometidos. Increíblemente, volvió a plantearse la inmunidad de los llamados actos políticos del Gobierno (con independencia de aquella peculiar tentativa de excluir también la actuación discrecional). El hecho de que por Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, quedara éste orgánica y funcionalmente separado de la Administración (Ley 6/1997, de 14 de abril, que vino a sustituir a la de 26 de julio de 1957) no es ajeno a esta tentativa. Y, posiblemente, deba sospecharse que su promulgación representa un intento de apoyar normativamente la distinción entre Gobierno y Administraciones.

Ni que decir tiene que la CE eliminó, sobre la base del derecho fundamental a la plena tutela judicial, cualquier restricción a la legitimación para someter a enjuiciamiento cualquier actividad administrativa.

C) La LJ98, como no podía ser menos, reiteró las premisas constitucionales en el punto que estamos examinando. Lo más significativo del nuevo ordenamiento radica en la atracción hacia el orden jurisdiccional administrativo de toda la actuación de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales sujetos a Derecho Administrativo, con la muy certera concentración en esta clase de Tribunales de todo lo referente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza o el tipo de actividad del que se derive (art. 2).

No porque, desde la perspectiva de los principios, hubiera de

considerarse excluida, deja de ser un acierto de la LJ98 sujetar a la fiscalización la inactividad indebida de la Administración. Más dudosa, a mi juicio, es la expresa inclusión de las llamadas vías de hecho, en cuanto si son tales es evidente que no se está en presencia de una potestad administrativa; de otro lado, es sabido que cuando se apreciaba ausencia de actuación o procedimiento administrativo previo eran perfectamente viables los interdictos contra la Administración.

No es mi propósito, naturalmente, entrar en el examen pormenorizado de la LJ98, ni siquiera desde este punto de vista. Lo que resulta sorprendente, y hasta alarmante, es la inclusión de los actos políticos del Gobierno en cuanto a «los elementos reglados», y ello porque la más avanzada jurisprudencia del TS, durante la vigencia de la LJ56, ya los había sometido a fiscalización.

2. El resultado de la fiscalización judicial, es decir, el efecto de la sentencia en la actividad de las Administraciones Públicas, ha sido siempre un tema peliagudo. Quizá, en él se han puesto de relieve las mayores fricciones entre dos poderes institucionalmente separados, aunque a la verdad, mirando las cosas más de cerca, las divergencias se han referido más a los titulares de los órganos afectados que a la propia persona de la Administración sujeta a juicio.

Lo cierto es que, en la LJ56, la competencia para ejecutar las sentencias firmes correspondía a la Administración, atribuyéndose al juez que las había dictado meras facultades indirectas de fiscalización y compulsión indirecta (arts. 8, 103 y ss.). Hablando en claro, hay que reconocer que estas medidas se frustraron en muy buena medida cuando por parte del ente administrativo —o de sus funcionarios— hubo una decidida resistencia a cumplir lo fallado. No es ninguna novedad resaltar que en esta cuestión de ejecución de sentencias radicaba uno de los puntos débiles y más escandalosos del flamante sistema de lo contencioso-administrativo.

Efectivamente, es cierto, como decía la Exposición de Motivos, que una sentencia desestimatoria robustecía ampliamente el prestigio de la Administración; pero no lo es menos que aunque sucediera lo mismo con una sentencia estimatoria, desde el punto de vista de los puros principios, la alteración en el funcionamiento administrativo resultaba evidente. Quiero prescindir deliberadamente del repertorio de cuestiones rayanas en la picaresca que fueron produciéndose en esta fase ejecutoria del proceso. Quisiera apuntar a algo más esencial. Los casos en que el artículo 105 LJ56 permitía al Gobierno no ejecutar o suspender la ejecución de las sentencias, mediante indemnización, por supuesto, resultaban significativos y

comprensibles; de hecho, los casos en que tal anomalía tuvo lugar fueron más bien escasos.

Me parece, sin embargo, que no se ha apuntado a la raíz del mal. Desde un punto de vista institucional, y si se toma en serio la sujeción de los poderes públicos a Derecho, parece sencillamente inconcebible que, una vez que los jueces han pronunciado una sentencia firme, este pronunciamiento no se cumpla de manera inmediata. La ejecución forzosa constituye, desde el punto de vista en que me sitúo, una auténtica contradicción en términos constitucionales. Si cabe imaginar que un particular oponga toda clase de trabas a que se lleve a efecto una resolución que le perjudica, tal situación, a poco que se miren las cosas con rigor, pugna por completo con la consideración de la Administración como personificación de un poder, o de un haz de potestades, sujetas a Derecho.

El artículo 117 CE dejó meridianamente claro que la ejecución de las sentencias administrativas correspondía, exclusiva y excluyentemente, al juez que las había dictado. Pocas dudas cabían de que, a partir de la CE, los artículos 8 y 103 LJ56 habían quedado sin efecto. Naturalmente, mientras no se promulgara una regulación específica, habría que tomar en consideración actos concretos de la ejecución que no podrían ser llevados a cabo por el juez, dados los medios a su disposición, requiriendo en tal caso el concurso de los órganos administrativos (lo que, por otra parte, no es cuestión específica de la jurisdicción contencioso-administrativa); pero allí donde la organización judicial fuera material y formalmente suficiente, sólo el juez podía hacer ejecutar lo resuelto: tanto el supuesto de hecho como los pronunciamientos jurídicos contenidos en la STS de 13 de marzo de 1986 exponen la nueva situación de manera categórica.

Desde otra perspectiva, la doctrina del TC ha incluido dentro del derecho fundamental a la tutela judicial el derecho a obtener la plena ejecución de las sentencias. Con ello quedaba también terminantemente dicho que, hasta que la sentencia no se cumpliera en integridad, aquel derecho fundamental no quedaba satisfecho, ni tampoco los Tribunales podían cesar en su actividad para conseguir el cumplimiento. Evidentemente, el artículo 118 CE disipa por completo cualquier duda que pudiera albergarse al respecto.

La LJ98 ratifica el sistema constitucional y lo regula de manera bastante satisfactoria. Baste como muestra la regulación del incidente establecido en su artículo 109. Me limitaré a adelantar dos observaciones: la primera concierne a la extensión, si así puede llamarse, de los efectos de las sentencias dictadas en materia de tributos y funcionarios a personas que no habían intervenido en el re-

curso previo (art. 110); y la segunda, a la posibilidad de instar la ejecución, naturalmente del juez, de los actos administrativos firmes (art. 29.2).

Consideración aparte merecen los supuestos en que la sentencia puede dejarse sin ejecución. Por muy sorprendente que pueda parecer, el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 confirió al Gobierno la potestad de expropiar el contenido de una sentencia cuando mediara interés social o utilidad pública. Ciertamente, esta potestad no se refería exclusivamente a las sentencias administrativas, pero parece claro que sólo en ellas podía encontrar no ya justificación, que ninguna tenía, pero sí una lejana explicación. Aunque, en lo que yo sé, tal potestad no ha sido nunca ejercitada, su mera existencia, en plena vigencia de la CE, resultaba drásticamente rechazable y, sin duda, venía a añadir una nueva causa de inejecución al artículo 105 LJ56.

La LJ98 ha tratado de refundir la potestad expropiatoria en el artículo 105, precisando las causas de utilidad pública o interés social, aun cuando introduzca conceptos indeterminados, siempre problemáticos en su aplicación al caso. La extensión de la facultad expropiatoria a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, «cuando se trate de peligro cierto, de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos» y, naturalmente, siempre que el acto emane de los órganos de la propia Comunidad, resulta también difícilmente explicable; no seré yo quien niegue la posibilidad de este riesgo, pero más difícil de comprender resulta que se aprecie sólo dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. En todo caso, detengo aquí mi comentario, hasta comprobar lo que da de sí esta previsión legislativa.

Para cerrar este apartado, quiero reiterar lo que más arriba expuse sobre la anomalía constitucional de que las sentencias judiciales, tanto si son contrarias a la Administración como si son favorables, dejen de cumplirse. Y añado que no se trata tanto de un cumplimiento «voluntario» como de un respeto a la Constitución. Si fuera medianamente respetado el aforismo a que aludí al principio de que juzgar a la Administración es también administrar, serían menester pocas palabras para explicar esta anomalía; sin que, como es lógico, la garantía de quien ha obtenido una sentencia favorable, vea satisfecho su interés, permita prescindir de la regulación correctora de tal proceder.

3. Uno de los temas más arduos en lo que se refiere al enjuiciamiento de la Administración concierne a los efectos que despliega la mera existencia del proceso. Aludo, como ya se habrá com-

prendido, a las medidas cautelares. Que guardan íntima relación con la prerrogativa de autotutela de que dispone la Administración, consiguiente al ejercicio de potestades sujetas a Derecho y conferidas por él.

En puro principio, el hecho de que un acto administrativo sea objeto de una pretensión procesal no le resta un ápice de eficacia, ni merma la potestad de autotutela. Pese a la existencia del proceso, el órgano administrativo puede hacer cumplir lo que ha dispuesto.

En puro principio, digo, porque es incuestionable que *la pendiente del proceso, como hecho*, repito, tiene una incidencia grave no sólo sobre el acto recurrido, sino sobre todo el quehacer administrativo. Sin ir más lejos, sobre aquellos efectos que la ejecución consume y que, más que probablemente, dan lugar a nuevos actos y a la creación de nuevas situaciones.

De entrada, el proceso, sólo por existir y durar, obliga a contar con su futuro resultado; al menos, con la posibilidad de que una eliminación del acto enjuiciado obligue a una especie de trabajosa *restitutio in integrum*. Pero ¿de qué forma se cuenta?

Garantizar el resultado del juicio es ya un principio firmemente incrustado en el derecho a la tutela judicial. Dicho de otro modo: una vez pendiente el proceso no es lícito que pierda su finalidad específica, que no es otra que la de obtener una sentencia ajustada a Derecho e, inmediatamente, que la sentencia se cumpla. En el fondo, lo que se ha formulado, casi como axioma, es «que la necesidad de promover un proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien la tiene». Tener que promover un proceso, soportar su duración y convivir con la duda sobre su resultado es ya una carga que, sin necesidad de acudir a conocidos proverbios, puede conceptuarse como un «mal». He entrecorrido la palabra porque, en primer lugar, parece fuera de discusión que, en un ordenamiento confiado a la Justicia, es una carga —o un mal— que debe aceptarse por todos.

Lo que ya no está tan claro es que hayan de aceptarse los excesos. De ellos me preocupa aquí y ahora el que atañe a la duración. Para entendernos, el exceso aparece en cuanto se rebasan los plazos establecidos por la Ley para los sucesivos actos del enjuiciamiento. Desde el momento en que el TC ha establecido que esto no es base suficiente para apreciar infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (doctrina, por supuesto, extensible a los procesos constitucionales), desde ese mismo momento, ha de admitirse que el derecho queda sujeto a la incerti-

dumbre del concepto indeterminado, o, para hablar sin eufemismos, relegado a un casuismo literalmente impredecible.

De este modo, la duración excesiva, impredecible en el *quantum*, se ha transformado en un dato consistente, precisamente para que el principio de no agravar el daño se dulcifique un tanto.

Este es el nuevo ámbito de la justicia cautelar. Por supuesto, no exclusiva del orden contencioso-administrativo, aunque en éste cobra unos perfiles acusados y, a mi entender, más que urgentes. Manifiestan del modo más destacado la verdadera significación de la función judicial de enjuiciar a la Administración; y el más auténtico problema.

Se objetará que aludo a una situación circunstancial que limará sus más duras aristas cuando la general de la justicia se normalice y la duración de los procesos sea, en efecto, la prevista por la ley. Espero —pero no confío— que esto suceda pronto.

En la nota bibliográfica hago una sucinta referencia al estado de la cuestión de las medidas cautelares, tanto en la doctrina científica como en la legal. Ello me permitirá aligerar la exposición que sigue de todas aquellas citas que no sean estrictamente indispensables.

Quiero, sin embargo, advertir que el fondo del problema radica no tanto en un conjunto de medidas concretas como en una justicia o proceso cautelar, al modo del *référé* francés. Estamos, sin duda, muy lejos de ello. E incluso la doctrina más sagaz parece contentarse con las medidas singulares a adoptar *dentro de un proceso ya pendiente* o que necesariamente ha de promoverse.

Estamos —y parece que seguiremos— en el ámbito estricto de las medidas singulares. Vinculadas, pues, a un proceso y nunca autónomas, objeto de proceso independiente.

En qué grado e intensidad afectan estas medidas a la función administrativa mientras se sustancia el proceso que fiscaliza un acto parte de un equívoco inicial, ciertamente propiciado por el artículo 122 LJ56. La suspensión de la efectividad de aquel acto paraliza, por lo pronto, la prerrogativa de autotutela de la Administración durante la sustanciación del procedimiento, incluidos los eventuales de impugnación. Con una imagen puramente explicativa en la que no me parece oportuno ahondar, sucede con esta clase de medidas, respecto a la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, como la pendencia del proceso penal respecto a la presunción de inocencia del imputado. Constitucionalmente ambas quedan intactas; en la realidad, las cosas son muy distintas. Incluso el ejercicio de la autotutela se sopesará cuidadosamente, al menos en cuanto a la evaluación de las consecuencias de una sentencia desfavorable.

Esto, evidentemente, afecta a la suspensión. No tiene por qué afectar, al menos con tanta intensidad, a otra clase de cautelas. La LJ98 queda abierta a su adopción, sin límite en cuanto a su contenido —pero sin arriesgarse tampoco a cualquier enunciación, si quiera por vía de ejemplo— y sin cortapisa temporal.

Sin embargo, no cabe duda de que cualquier medida cautelar (anterior, por definición, a la sentencia sobre el fondo) interfiere seriamente la función administrativa. Diciendo las cosas con la crudeza necesaria: la interfiere sin contar con un respaldo jurídico definitivo y definitorio.

Indudablemente, cuenta con otro fundamento distinto —al que inmediatamente voy a referirme—, y precisamente en éste es donde cobra entidad la específica función de juzgar a la Administración.

Ya se comprende que ha de buscar apoyo en terreno más profundo que la legislación ordinaria. De ahí la inevitable fragilidad con que se presentó en sociedad el artículo 122 LJ56.

La interferencia anticipada del juez en la función de la Administración supone traer a primer plano, de la mano de un conflicto concreto, el punto de encuentro entre la satisfacción de un interés general y la erosión de la garantía de un administrado. Se plantea así la necesidad de un juicio, de la misma naturaleza que todos los que pronuncia un juez. De entrada, trae a luz algo que a muchos parecerá obvio: el juicio judicial sirve también a los intereses generales. Sólo que en tanto da respuesta —la que sea— a un derecho fundamental, reviste además serios caracteres de prioridad.

La primera doctrina legal sobre el contenido del artículo 24.1 CE orientó el contenido de este derecho hacia la obtención de una sentencia sobre el fondo.

No podía tardar en plantearse la impostación constitucional —y, por tanto, la subsistencia— de la prerrogativa administrativa de autotutela. Y se planteó precisamente en torno al tema de la entrada en domicilio privado, para dar efectividad a una decisión administrativo-fiscal —compulsión sobre el patrimonio del contribuyente—. No es momento de intercalar aquí ninguna digresión sobre la salvaguardia de la inviolabilidad del domicilio. Como no podía suceder de otra manera, el TC mantuvo la constitucionalidad de la autotutela administrativa; en seguida advirtió que entraba dentro del derecho del artículo 24.1 CE la posibilidad de que un juez decidiera suspender su efectividad cautelarmente, pugnando abiertamente con el precepto cualquier norma que lo impidiera. Dejaba, por tanto, la medida cautelar al amparo de la Constitución.

Al mismo tiempo, la LOTC se había preocupado de regular la posibilidad de suspender cautelarmente no sólo la efectividad de

las leyes (recurso de constitucionalidad), sino de otros actos, incluso sentencias judiciales. Con una cláusula verdaderamente feliz, bien que aplicable sólo a los recursos de amparo: «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad» (art. 56.1), con la precaución, prioritaria, de que no procederá la suspensión si de ella se siguiera perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. La fórmula ha pasado, casi idéntica, al artículo 130 LJ98. Ahora bien, mientras la LOTC sólo contempla la suspensión, la LJ98 permite, como ya dije, cualquier medida para que el juicio no pierda su legítima finalidad. Interesa destacar que, a pesar de concurrir los supuestos de la denegación, ésta no se impone («podrá denegarse...»), sino que lo único que en verdad exige es la ponderación *circunstanciada* de los intereses en conflicto y la *gravedad* de la perturbación que pudiera acarrear la medida adoptada.

Si hemos subrayado los términos que anteceden es para dar cuenta de otro que no está explícito en las normas, pero que hay que dar presupuesto. Me refiero a la motivación expresa de la resolución, cualquiera que sea su sentido. Y debo agregar —y subrayar también— la ponderación, en cierto modo una anticipación, de lo que constituye la *finalidad legítima* del recurso concreto.

Nos las habemos, pues, con norma positiva cuyo resultado, evidentemente, está por verificar, con mayor dificultad si se advierte que muchas resoluciones, probablemente la mayoría, no alcanzarán el recurso de casación. Pero esta norma positiva se inserta en unos antecedentes claros, en una doctrina legal absolutamente categórica —aunque, como se verá, haya quedado inexplicablemente truncada— y en unas apremiantes exigencias de la realidad, entre las que cuenta, con todas las dificultades que quieran añadirse a las que he anticipado, la anómala duración del proceso.

Lo que parece de todo punto claro es que la doctrina establecida por el Auto de la Sala III del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 debe recobrar todo su vigor, en especial sobre dos puntos de capital importancia:

El primero de ellos, el *fumus boni iuris*, ciertamente proyectado no hacia los vicios de nulidad radical de que pueda adolecer el acto recurrido, sino hacia los indicios sólidos que presente la argumentación del recurrente. Ni que decir tiene que no se trata de anticipar el resultado del tema de fondo (anticipación que ha preocupado siempre a la jurisprudencia), sino de contar con los elementos suficientes *precisamente para emitir el juicio cautelar*, siempre subordinado a la sentencia.

El segundo se refiere precisamente a la duración del proceso. El *periculum in mora* atiende principalmente a la espera que haya de sufrir el recurrente y da carta de naturaleza al hecho, al que al principio me refería, de la especial e injustificable restricción del derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas. Indiscutiblemente, la ponderación de la causa referida en los perjuicios que pueda sufrir el recurrente por una ejecución indebida tiene su primera raíz en la primitiva cláusula de daños o perjuicios *irreparables*, extendida ya por la jurisprudencia más antigua a los *de difícil estimación*.

Interesa ya dejar destacado que, poco antes de la entrada en vigor de la LJ98, la Sala III del Tribunal Supremo (Sentencias de 4 y 30 de septiembre de 1996) había incluido en el ámbito de la casación el juicio ponderativo entre los perjuicios susceptibles de ser causados a los intereses del particular afectado y a los intereses públicos, para lo cual, si bien no admite la revisión de los hechos realizada por el Tribunal de instancia (naturalmente, al admitir o rechazar la medida cautelar), explícitamente manifiesta la posibilidad de integrar las afirmaciones de hecho contenidas en la resolución recurrida «acudiendo, si es menester, al examen de las actuaciones remitidas». Digamos al paso que esta doctrina ha contribuido sobremanera a la gran novedad que supone, para el recurso de casación, la llamada integración fáctica (art. 88.3).

En el otro lado de la balanza se impone el análisis de los perjuicios que pueda sufrir por la medida cautelar el interés general. Valoración ya exigida más por la Exposición de Motivos que por el texto literal del artículo 122 LJ56. Se imponen ahora algunas matizaciones: por lo pronto, la incidencia en el interés general ha de ser *grave* e indiscutiblemente razonada, esto es, motivada. Por otra parte, no hay duda de que esta evaluación ha de referirse directamente al tipo de medida que se adopte y no exclusivamente a la suspensión.

Téngase en cuenta que la LJ98 no sólo admite medidas provisionales en función no ya del proceso, sino de la cautela concreta solicitada, siguiendo el criterio jurisprudencial que apuntó la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 y que ha pasado al artículo 135 LJ98.

La última reflexión a que quiero aludir radica en lo que pudiéramos llamar cláusula de cierre de esta justicia cautelar; me refiero a *la finalidad legítima del recurso*. Curiosamente, esta cláusula inserta en el artículo 130.1 LJ98 tiene un precedente que yo considero más indicativo que otra cosa: si pueden adoptarse cuantas medi-

das aseguren la efectividad de la sentencia, está apuntando claramente a la superación, si así puede decirse, de la tradicional medida de suspensión, pero «la efectividad de la sentencia», extremo de evidente interés para el recurrente, tiene un alcance más limitado que «la finalidad legítima del recurso». Siguiendo la definición que TC y TS han dado al derecho fundamental a la tutela judicial, parece claro que lo que trata de preservarse a todo evento es, primero, la sentencia sobre el fondo y, después, su efectividad.

No hay duda de que los textos positivos de la LJ98 vuelven a dar impulso al criterio jurisprudencial iniciado por la sentencia arriba citada y que, por cierto, se truncó pronto.

Con todas las reservas que impone una norma recién estrenada, se me permitirá que para terminar subraye cómo esta nueva regulación de las medidas cautelares es la que, efectivamente, introduce una modificación esencial en la función de juzgar a la Administración.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Para la situación inmediatamente anterior a la LJ56, tanto en los aspectos institucionales sobre el enjuiciamiento de la Administración por los Tribunales como sobre los patentes defectos del contencioso-administrativo, siguen siendo útiles: *De lo Contencioso-Administrativo*, de J. A. UBIERNA EUSA (Madrid, 1948), y casi simultáneo con la legislación local: *Nuevas notas sobre lo Contencioso-Administrativo*, de C. MARTÍN-RETORTILLO (Madrid, 1950), a quien el autor de este artículo debe su primer contacto con la materia.

2. Sobre la discusión en torno a la fiscalización por los jueces de los actos discrecionales de la Administración he de remitirme, *in totum*, al libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración* (Madrid, 1995), concretamente a su parte primera, págs. 23 a 151; y por lo que se refiere a la polémica propiamente dicha, debe tenerse en cuenta: *Crisis y renovación en el derecho público*, de L. PAREJO ALFONSO (Madrid, 1991), y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas* (Madrid, 1991), favorables ambos a la eliminación del control de este tipo de actos; en el lado contrario, diversos trabajos de T. R. FERNÁNDEZ, y en particular el comprendido en los *Estudios en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*, que lleva por título «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor» (tomo II, Madrid, 1993), págs. 1093 y ss. En todos estos trabajos se

encuentran a pie de página abundantes referencias bibliográficas a distintos aspectos de la polémica.

3. Sobre las medidas cautelares, es ya clásico el conjunto de estudios que GARCÍA DE ENTERRÍA agrupó bajo el título, sumamente expresivo, *La batalla por las medidas cautelares* (cito por la primera edición, Madrid, 1992), donde se hace un concienzudo análisis de la progresiva doctrina legal a que hago referencia en el texto, a partir del Auto del TS de 20 de diciembre de 1990. La jurisprudencia posterior, tanto en dicha línea como en la contraria, puede encontrarse con amplias referencias en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (2.ª ed., Madrid, 1994, págs. 1467 y ss.; por cierto que en las págs. 1474 a 1505 se encontrará una lúcida descripción de las medidas cautelares en su auténtica naturaleza procesal). Sobre la misma materia y más reciente, L. MARTÍN REBOLLO, «1978-1998: 20 años de Derecho administrativo postconstitucional» (*Estudios homenaje a E. ARANZADI*, Pamplona, 1999); en especial, para la evolución de la prerrogativa de autotutela y las condiciones de suspensión de los actos recurridos, págs. 250 a 258. Y en particular en lo que se refiere a actos de naturaleza tributaria, siempre en relación con las medidas cautelares, en los ya citados estudios en homenaje al Profesor GONZÁLEZ PÉREZ puede verse: R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario» (tomo II, págs. 1153 y ss.). Es también de interés el planteamiento general, en lo que concierne a la extensión del derecho a la tutela judicial desde el punto de vista de la jurisprudencia, en el mismo libro: J. DELGADO BARRIO, «El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa» (tomo II, págs. 1187 y ss.).

