

LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

José Luis Meilán Gil

Catedrático de Derecho Administrativo
Excmo. y Magnifico Rector de la Universidad
de la Universidad de la Coruña

I. PLANTEAMIENTO

Resulta hasta cierto punto innecesario, por obvio y ya declarado repetida y oficialmente, la importancia de revisar el contencioso-administrativo a la luz de la situación actual y urgido por las exigencias contenidas en la Constitución. La presencia de la Excmo. Sra. Ministra en estas Jornadas, que tanto nos honra, y sus palabras, constituyen un aval de lo que acaba de decirse. Por eso, hay que saludar muy positivamente la reanudación de la iniciativa de la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa a casi veinte años de la Constitución.

El contenido -y la intención- de esta primera intervención no puede ser otro que servir de marco a las más específicas que seguirán, protagonizadas por colegas bien conocidos cuya participación es motivo de agradecimiento y de satisfacción.

La situación actual de la jurisdicción contencioso-administrativa no es satisfactoria, especialmente, desde la sensibilidad del Estado social y democrático de Derecho de nuestra Constitución. En 1988 el magistrado D. Javier Delgado Barrio publicaba un artículo en Actualidad Administra-

tiva cuyo título es especialmente expresivo : “En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante”.

El pasado 7 de abril el mismo magistrado, hoy presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, sentenciaba: “la jurisdicción contencioso-administrativa atraviesa un momento que yo no dudo en calificar de catastrófico”. La “dura realidad” a la que se refería se evidencia con unas cifras elocuentes. En 1996 se empezó con 244.000 recursos pendientes. Durante ese año se resolvieron 113.000. El año terminó con 271.000 pendientes, 30.000 más de los que había en enero de 1996. Para concluir, “las estructuras actuales no permiten resolver, ni siquiera, el número de asuntos que entra cada año”. Algo así como la célebre aporía de Aquiles y la tortuga.

En el fenómeno tienen que ver órganos y sus titulares y procedimiento, pero también en el aumento de litigios influye una actividad creciente de los poderes públicos y un más profundo y extendido sentido entre los ciudadanos de sus derechos.

Justamente, desde esta perspectiva del derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que reconoce el artículo 24 de la C.E., se acusa más profundamente la insatisfacción que produce la situación actual. No se trata de una protección irreprochable desde la teoría -reclamada por el carácter democrático del Estado- sino de una protección **efectiva** que debería serlo cada vez mayor de acuerdo con el progreso que es dable pedir a un Estado democrático y social.

La C.E. ha apostado por la realidad y efectividad de los derechos, en general (art. 9,2) y corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que lo impidan. Este es el gran reto constitucional a la justicia administrativa o contencioso-administrativa.

II. CONTINUIDAD DEL ORDEN JURIDICO Y CAMBIO CONSTITUCIONAL

La C.E. no derogó en bloque todo el ordenamiento jurídico anterior. Fue resultado de una transición política que, sin embargo, operó como un auténtico proceso constituyente. El Tribunal Constitucional sentó la doctrina de la “continuidad del ordenamiento jurídico” (S.TC. 76/1986 de 9 de junio) respondiendo al fin práctico de evitar vacíos jurídicos. Pero es evidente que la C.E. introdujo importantes cambios derogando todo lo que se opusiera a ella y obligando a interpretar el ordenamiento subsistente de acuerdo con la C.E.

Una muestra de esa pervivencia es la LJCA. En la mayoría de sus preceptos, de acuerdo con una interpretación progresiva e inteligente de la jurisprudencia, ha podido seguir aplicándose de conformidad con la C.E.. Ahora que parece que va a ser sustituida constituye un acto de justicia declarar su benemérita aportación a la nunca satisfecha lucha por la plena realización del Estado de Derecho.

No intentaré exponer las aportaciones de la LJCA de 1956 a esa realización; bastará con recordar que en algún aspecto ha sido una anticipación constitucional -como ha ocurrido con la LPA- y que muchos de sus principios alcanzaron, desde la C.E., una mayor virtualidad.

De todos modos, por muy valiosa que haya sido la aportación de la LJCA resulta imprescindible llevar a cabo una completa **revisión** de la jurisdicción contencioso-administrativa desde la perspectiva de la C.E.. El cambio profundo que ésta ha producido no debe permitir que se confunda la prudente continuidad del ordenamiento jurídico que evita lagunas, con la falsa continuidad que distorsiona, con la inercia que, a veces, se cobija doctrinalmente bajo la lapidaria frase de OTTO MAYER sobre la permanencia del Derecho administrativo y la mutabilidad del Derecho constitucional.

Todavía más. Es preciso ser conscientes de que la proclamación del Estado social y democrático de Derecho, con la declarada y reforzada primacía de los derechos fundamentales y libertades no garantiza la efectivi-

dad de los mismos. La C.E. no es manta que todo lo cubra. Caben incluso retrocesos en sentido absoluto y, por supuesto, relativamente, tomando como parámetro el texto constitucional.

III. LOS ELEMENTOS FUNDANTES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CONSTITUCIONAL

Los elementos fundantes de la jurisdicción contencioso-administrativa constitucional podrían reconducirse a los artículos 9,1 y 3; 103 y 106; 24; 117 y 118 de la C.E.. Constituirán, de algún modo, el hilo de la exposición.

A nadie se le oculta la importancia del sometimiento de los poderes públicos al Derecho. La formulación liminar de nuestra Constitución como Estado social y democrático de Derecho se explicita en la del artículo 9,1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Nadie está "legibus solutus", aunque la expresión aplicada al Príncipe en el Antiguo Régimen no haya de tomarse en un sentido absoluto.

Uno de esos poderes es la Administración Pública. De ella, también enfáticamente, la Constitución en su artículo 103 habla de su sometimiento **pleno** a la Ley y al Derecho. Plenitud que es contradictoria con el reconocimiento de ámbitos o aspectos inmunes. Toda la actividad de la Administración está dominada por ese sometimiento. Una consecuencia de ello es la posibilidad del control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, como dice el artículo 106, y que no son otros que servir con **objetividad** los intereses generales, según el citado artículo 103.

La historia del mundo cultural al que pertenecemos podría construirse desde la perspectiva del Poder, de los esfuerzos por su legitimación y de los no menores por su control, sea judicial, sea político, del que el democrático constituiría una fase contemporánea. La Edad contemporánea

se abre precisamente con esa nota: con un enfático planteamiento formal del control judicial de la Administración, no exento de exceso dialéctico.

No es del caso reseñar aquí la solución deudora de los revolucionarios franceses y su peculiar entendimiento de la separación de poderes que tanto escandalizara al otro lado del Canal de la Mancha a Dicey. Hoy nos escandalizaría la doctrina de que "juzgar a la Administración es administrar", que fue una justificación teórica "a posteriori" del sistema revolucionario de enjuiciar los actos de la Administración. Ni en el sistema continental, ni en el anglosajón, es admisible el "gobierno por los jueces" y las funciones judiciales y administrativas difieren. Los jueces aplican el Derecho y controlan si la actuación administrativa está sometida al Derecho. No pueden sustituir a la Administración en su apreciación del interés general; pero sí pueden -y deben- controlar si aquella actuación ha estado sometida a ese fin que constituye un precepto jurídico de rango constitucional.

Es evidente que el juez no debe -no puede constitucionalmente- decir lo que sea mejor para el interés general en un caso determinado, lo que sea "interés general" en el asunto litigioso; pero sí puede exigir que la Administración presente su decisión como la justa, como la más conforme con el interés general. El sometimiento al fin, la vinculación a su fin por la Administración obliga a la adopción no de **una** decisión entre varias posibles, sino a **la** decisión que, en aquel caso concreto, se estime la más idónea con el interés general que debe servir.

La no motivación, la no suficiente justificación, la errónea justificación deducida de los propios elementos de juicio, permite al Tribunal controlar la actuación administrativa sin incurrir en extralimitación constitucional alguna. Se trata, en todo caso, de comprobar la mensurabilidad de la potestad administrativa, en lo que juega no sólo la desviación del fin, sino también la congruencia y la proporcionalidad -el **quid** y el **quantum**- de la potestad ejercida.

Cuando se actúa así se comprende que "juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", como apuntaba hace muchos años la Exposición de Motivos de la Ley de la JCA .

Un correcto entendimiento de la función de los Tribunales y Administración debe descansar en el reconocimiento de potestades y examen de su legítimo ejercicio y no en el respeto o admisión de privilegios no reclamados necesariamente por el encomiable fin de la actividad en un Estado de Derecho que ha de juzgarse por los medios utilizados, como ha recordado el Tribunal Constitucional.

Es preciso realizar un esfuerzo doctrinal para “repensar” el control judicial de la Administración. Se trata de una “*communis opinio*” de lo que se ha hecho eco en buena medida el nuevo proyecto de ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En ese esfuerzo -doctrinal y legislativo- resulta clave el artículo 24 de la C.E. con su reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque, entre otras cosas, el control judicial de la actividad de la Administración, como consecuencia de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho ha de considerarse como expresión del citado derecho fundamental.

IV. EL AMBITO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La C.E. ha conducido -y conduce- de un modo natural a una nueva delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 1 de la todavía hoy vigente LJCA se refiere a los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo para, a continuación, en el apartado 2 decir qué se entiende por Administración. La C.E. ha estimulado, como es bien sabido, la fuerza expansiva de la jurisdicción contencioso-administrativa incluyendo en su ámbito no sólo a las Comunidades Autónomas, sino determinados actos -materialmente administrativos- que proceden de órganos constitucionales -Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial- que, por propia definición, no son Administración Pública.

Desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado bajo cuya vigencia se publicó la actual LJCA se comprende el singular que emplea el art. 1, así como su referencia a los “diversos grados de la Administración del Estado”, a la consideración como Administración Pública de las entidades locales.

El proyecto utiliza correctamente el plural “Administraciones Públicas”. Engloba dentro de él las **Administraciones** de las CC.AA. con toda corrección. Personalmente no creo que deba incluirse en el concepto de Administraciones Públicas, ni siquiera a efectos de la ley, a las entidades locales. Son algo más que Administración, aunque en esto juega el peso de una larga y -a mi modo de ver- desafortunada tradición. Tienen Administración; pero son algo más que Administración, como he defendido en otro lugar, ya que se fundan en un carácter representativo identificado con las mismas notas que las Cortes o los Parlamentos autonómicos.

También la C.E. reclama la supresión -como hace el PL- de la referencia a la tutela, especialmente necesaria en el caso de las Corporaciones de Derecho Público que tradicionalmente se han considerado como Administración corporativa y que en la actualidad entiendo no es conforme con la orientación constitucional, como he sostenido en otro lugar. No son “Administraciones Públicas secundum quid” en la medida que ejercen funciones públicas. Son entes públicos a los que la C.E. reconoce intereses propios, sectorialmente acotados, que tienen relevancia constitucional. La C.E. permite que determinados entes -Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias, Cofradías de Pescadores, etc- sean habilitados para participar directa y autónomamente en la consecución de intereses generales, ya que la Administración Pública no tiene ya el monopolio de su titularidad ni la exclusiva de la actividad que los asegura. No es preciso integrar estos entes en el complejo orgánico de la Administración Pública para el control contencioso-administrativo de la actividad que desarrollen al ejercer funciones públicas con o sin delegación de la Administración. Esa es la dirección acertada que sigue el PL (art. 2,c).

El ámbito europeo en que estamos integrados -permitido y deseado por la C.E.- obliga a determinaciones legales características. El principio

de libre competencia influye, como se sabe, en la precisa regulación de las ayudas públicas a las empresas y la minuciosa regulación de las empresas públicas, entendiendo por tales cualquier forma de posición dominante de los poderes públicos en la empresa. Y, de otra parte, se ha producido una aproximación entre empresas públicas -cualquiera que sea el régimen jurídico al que estén sujetas- y las empresas que operan -con derechos excepcionales- en los denominados sectores excluidos (energía, agua, transporte, telecomunicaciones). Unas y otras deben someterse a los principios de la contratación pública -fundamentalmente publicidad y concurrencia-. Nada sorprendente será que su actividad contractual caiga dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Quizá en este sentido la expresión del artículo 2,c del PL, rectamente orientado, podría ser ampliada, dado que la expresión “concesionarios de los servicios públicos” no es de moneda corriente en el Derecho comunitario.

En todo caso, la jurisdicción contenciosa debe entender de actos de los poderes públicos -el art. 24 LOPJ dice actos de los poderes públicos españoles de acuerdo con las leyes- de todos aquellos que no correspondan a las funciones definidoras de los órganos constitucionales (Cortes, Tribunales) y del Gobierno en lo que rebasa su potestad de dirigir a la Administración y a las relaciones entre ellos -actos constitucionales- y siempre que se ejerza una potestad. También la actividad de los jueces puede en ese sentido estar sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando haya desviación de poder, en su función de juzgar y de ejecutar lo juzgado.

Siempre que pueda “levantarse el velo” y descubrir que cubre una Administración pública, cualquiera que sea el régimen jurídico al que se someta, la jurisdicción contencioso-administrativa debe ejercer su “fuerza atractiva” en materia de responsabilidad patrimonial para evitar un peregrinaje de jurisdicción en jurisdicción o, lo que es peor, concluir en inadmisibilidades, es decir, en denegación de justicia. En esa línea se orienta acertadamente -desde un punto de vista pragmático muy saludable- el PL (art. 2,d -“cualquiera que sea la naturaleza de su actividad o el tipo de re-

lación que derive”-). Aunque teóricamente pueda discutirse entiendo que es la mejor solución¹.

V. LA AMPLITUD DEL CONTROL

La exposición de motivos de la LJCA del 56 dice que se reducirá al mínimo el número de actos excluidos de la misma. Figuraban en varios apartados del artículo 40. El Tribunal Constitucional en varias sentencias declaró su inconstitucionalidad, con fundamento en el art. 24 y 106 de la C.E.. Este precepto acoge una “cláusula general” auténtica que no permite excepciones, como he venido explicando desde hace muchos años. Y a ello hay que atenerse.

En ese sentido se pronuncia la E.M. del PL de un modo encomiable. Aquel precepto que se le califica de “verdadera cláusula regia del Estado de Derecho” se sostiene que es “incompatible -se dice- con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de gobierno o de dirección política- excluida “per se” del control jurisdiccional. La CE, ciertamente, ha venido a excluir zonas inmunes del poder al Derecho. Es preciso vencer la inercia del Poder a fabricar reductos inmunes y a apelar a la razón de Estado. En esto avanza el PL actual sobre el anterior.

La buena dirección había sido iniciada por LOTC (arts. 43 y 41,3). El amparo se refiere a un derecho fundamental o libertad violada; no se limita a la indemnización del daño como mecanismo sustitutorio del derecho, único admitido para los tradicionales actos políticos del Gobierno. Y no hay que olvidar que para obtener el amparo es preciso agotar la vía ju-

¹ Mi experiencia me lo corrobora, por ejemplo, en materia de bienes sujetos a la declaración de utilidad pública para ser expropiados en beneficio de una empresa cuando no se inició el procedimiento expropiatorio y al cabo de unos cuantos años el propio beneficiario obtiene de la Administración la declaración de innecesariedad. El recurso prosperó por la vía contencioso-administrativa incorrectamente -no había habido reversión- y naufragó por la vía civil, aunque estaba correctamente planteado.

dicial precedente, es decir, la del recurso contencioso-administrativo ordinario o el de la LPJD.

Hace bien el PL en abandonar el concepto de acto político, de una historia muy poca digna tanto en el Derecho continental como en el anglosajón, aunque la redacción del artículo 2,c sea perfeccionable. Al menos recoge la conclusión que se deduce de los arts. 43 y 41,3 de la LOTC.

VI. EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LAS VIRTUALIDADES DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION

Frente a la “cláusula de comunidad”, a la razón de Estado, encapsulada frecuentemente en el interés general, tienen que prevalecer los derechos fundamentales de la persona. No me cansaré -y no deberíamos cansarnos- de sostenerlo, aunque las consecuencias parezcan duras (en USA la conquista se realizó, al menos desde los primeros treinta, en punto tan importante como la obtención de pruebas ilegítimamente).

En el caso de la Administración Pública es preciso subrayar la dicción del artículo 103,1: la Administración Pública **sirve** los intereses generales, con eficacia sí, pero con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Y es doctrina consolidada del TC que los derechos fundamentales son, no sólo derechos subjetivos, sino **Derecho objetivo**, constituyen parte del ordenamiento jurídico al que se someten los poderes públicos.

La perspectiva de los derechos fundamentales ha revolucionado -o debe revolucionar- la teoría y la práctica del Derecho administrativo. En concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva ha revolucionado -y todavía no ha acabado su acción- la justicia contencioso-administrativa.

Esto significa que el derecho fundamental debe desplazar al acto administrativo en su papel de clave de la justicia contencioso-administrativa. Y ello implica una revisión a fondo de su concepción y regulación, desprenderse de una larga tradición doctrinal de innegable influencia francesa, que la configuró durante mucho tiempo como un proceso al acto. Una

huella es todavía el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa -cada vez más atenuado- que ha desdibujado en buena medida el carácter de proceso “inter partes”, y debilitado la función de la pretensión en beneficio del acto, como objeto del recurso contencioso-administrativo (de ello hablará la doctora García Pérez).

La LJCA en esos artículos -41 y 42- es indudablemente deudora de la configuración del contencioso-administrativo francés, donde el recurso por "exceso de poder" -al lado del de plena jurisdicción- empieza siendo un recurso de carácter objetivo cuya finalidad es lograr la anulación del acto, para lo que el recurrente ha de tener un interés directo y personal, y no sólo un interés a la mera legalidad.

La Ley se separa conscientemente del Derecho francés al no admitir dos recursos distintos para deducir esas dos pretensiones, como expresa la Exposición de Motivos, aunque la distinción de las pretensiones manifiesta la influencia, que se refleja, en ocasiones, en la jurisprudencia.

La exigencia de la “decision préalable” tiene una explicación histórica concreta en el Derecho francés, fue mantenida por razones teóricas y prácticas, ha marcado fuertemente la orientación del contencioso-administrativo y, en concreto, influido sobre el objeto del recurso. Este será, según expresión clásica de Laferrière, “une décision préalablement prise par un administrateur et que la partie critique comme contraire á son droit ... La matière première du débat contentieux”.

La presión de la inercia doctrinal francesa ha sido tan grande que durante mucho tiempo ha dificultado leer con naturalidad la Exposición de Motivos de la LJCA y los preceptos de ésta para despejar cuál es la relación que la propia ley establece entre acto y pretensión en función del objeto del recurso contencioso-administrativo.

El artículo 1º de la LJCA dice que la "jurisdicción contencioso-administrativa **conocerá de las pretensiones** que se deduzcan en **relación** con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley".

La prevalencia de la pretensión parece deducirse de la dicción literal del precepto y resulta patente en el caso de la titularidad de un derecho.

La E.M. no deja lugar a dudas acerca de ello. El acto administrativo es "presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa", del que además se dice que "no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa" (IV,2).

La esencia del contencioso-administrativo se declara en la misma E.M. (II,1) cuando dice que está instituida para establecer "garantías de los derechos e intereses de los administrados" o, en otras palabras, garantías contra "la lesión de las situaciones de los administrados" que suponen lo que denomina "infracciones administrativas". Y con toda contundencia (II,2): ante la jurisdicción contencioso-administrativa "se sigue un auténtico juicio **entre partes**, cuya misión es **examinar las pretensiones** que deduzca la actora por **razón** de un acto administrativo".

Existen, en principio, suficientes elementos en la propia LJCA para sostener la primacía sustancial de la pretensión sobre el acto, como también, al hablar del objeto del recurso contencioso-administrativo, del interés y del derecho sobre la legalidad del acto.

En todo caso, la exigencia del acto previo es reconocido por la LJCA, ya que, en palabras de su Exposición de Motivos, la citada jurisdicción es revisora "en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración". La discusión se desplazará, de un lado, a lo que se entiende por "acto de la Administración sometido al Derecho administrativo" que, a su vez, se relaciona con la necesidad de agotar la vía administrativa y, de otro, al papel que se atribuya a ese acto en relación con la pretensión.

Resulta evidente que no son revisables jurisdiccionalmente todos los actos de la Administración Pública sometidos al Derecho administrativo.

El acto administrativo ordinariamente revisable es lo que se corresponde con la resolución o acto que pone fin a un procedimiento y que contiene una declaración jurídica, una declaración de derechos y obligaciones que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas.

Que este es el acto administrativo revisable -pese a que la E.M. no quiere utilizar el nombre de resolución- se deduce de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. La resolución pone fin al procedimiento (art. 87 LRJPA) y tal resolución contendrá la decisión (art. 89,2) que debe expresar los recursos que contra la misma proceden y ese es el acto de la Administración Pública que es ejecutivo (art. 56 y 94). Es ni más ni menos la "décision exécutoire", la declaración jurídica que se impone unilateralmente, por la característica -privilegio o prerrogativa- tradicional del acto administrativo. Esa declaración es la revisable.

Ese acto cuya existencia es necesaria para que la jurisdicción administrativa ejerza su función revisora se corresponde a la funcionalidad del **acto administrativo** tal como fue construido -técnica y políticamente- en el Continente en el origen del Derecho administrativo clásico o burgués. El carácter ejecutivo de ese acto administrativo, su presunción de validez y su revisión por una jurisdicción diferente a la de los Tribunales ordinarios tiene unas causas concretas y desde luego no conocidas por el Derecho anglosajón.

La presentación del acto administrativo, al modo de la sentencia, como la materialización del Estado de Derecho, es excesiva e intencionada.

Obviamente en el Derecho anglosajón existen actos de la Administración y control judicial de los mismos. Más aún, suele existir una concepción del "Administrative Law" más reducida en Norteamérica que lo que se entiende entre nosotros por Derecho administrativo, y volcada en el control judicial ("judicial review", en síntesis) de la "administrative action".

Desde la perspectiva del artículo 24 se entiende mejor el papel de la pretensión que opera un auténtico revulsivo en el entendimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo que hay que desplazar a su debido lugar el acto administrativo por varias razones.

Lo primario en el artículo 24 de la C.E. es el **derecho** a obtener la tutela judicial efectiva "en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Se trata de un derecho fundamental con prevalencia indudable so-

bre cualquier otra consideración. Lo que ha de ventilarse, por tanto, con carácter primario ante la jurisdicción contencioso-administrativa es si el ejercicio de los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos ha sido o no impedido o limitado por la actuación de la Administración Pública. Esto es lo primordial y lo secundario es la revisión del acto. Lo primordial es si se acepta o no la pretensión del recurrente, que pide esencialmente la protección o reconocimiento de un interés o un derecho.

Por eso cobra toda su importancia la afirmación de la E.M. de que el contencioso-administrativo es un auténtico proceso entre partes -no, por tanto, un proceso al acto- y se comprenden las resistencias del legislador (III,3) a establecer diferencias con la legitimación en el proceso civil.

Subrayar esta perspectiva -controversia entre los intereses y derechos de los particulares con ocasión de una actuación de la Administración- ayudará a superar soluciones insatisfactorias que se encuentran ligadas a la concepción del contencioso-administrativo como un “proceso al acto”.

Es preciso, a mi entender, sacar nuevas consecuencias de una relectura constitucional del artículo 1 de la LJCA, tanto por lo que se refiere al apartado 1 como al 2.

Esos actos -del artículo 1,1 de la LJCA- en realidad han de corresponderse con la **actuación de la Administración**. Esa es la expresión del artículo 106 de la C.E. ; y el artículo 153 habla del “control de la **actividad** de los órganos de las CC.AA”.

La propia Exposición de Motivos (IV,1) al justificar la elección del término acto, y no resolución por ejemplo, dice que lo hace “por ser aquél más extenso y comprender **todas las manifestaciones de la actividad administrativa**”.

La S.TC. 160/1991 de 18 de julio se inserta en esta línea :

“En definitiva, en la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes -y entre ellas se encuentran, desde luego, la Ley 62/1978 y la LOTC- definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administra-

tivos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho”.

Esta amplia interpretación del artículo 1,1 de la LJCA es ya una realidad positiva y jurisprudencial en relación con la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (LPJD). Cualquier hecho -o inacción- o actuación de la Administración que vulnere un derecho fundamental es susceptible de recurso contencioso. La vulneración es lo fundamental. Y por lo mismo el agotamiento de la vía administrativa es un derecho del ciudadano y no un requisito obligatorio.

Aunque sin desprenderse totalmente de la tradición, el PL se abre a las exigencias de la C.E. en el art. 24: dentro de la **actividad** administrativa impugnable caben ya la inactividad de la Administración y las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Si lo que prima es el derecho a la tutela judicial efectiva de **derechos e intereses**, éstos -los intereses- no han de considerarse desde un punto de vista formal, no sustantivo, como derechos debilitados, sino sustantivamente en función de la pretensión, que obviamente no será el reconocimiento de un derecho, sino la cesación de una actividad de la Administración que le afecta negativamente.

Por la misma razón la legitimación ha de entenderse en el sentido más favorable para la defensa no sólo de derechos, sino también de intereses, que pueden ser no individuales sino colectivos (18,1b).

Por idéntica razón es necesaria una interpretación “pro actione” de las causas de inadmisibilidad reducidas al artículo 27 del PL fundamentalmente.

El art. 24 contiene una determinación fundamental para la efectividad de la tutela judicial: “derecho a proceso sin dilaciones indebidas”.

Ello obliga, además de a la reforma de los procedimientos, a una aplicación inteligente del **principio de economía procesal**.

Ejemplos encomiables en el PL son el art. 32,3, el 69,2 y el 69,1c o la muy necesaria en materia de ejecución de sentencia: 100,2.

En todo caso, en esta materia de **ejecución de sentencia** los Tribunales deben agotar todas las posibilidades del incidente de ejecución de sentencia y evitar un nuevo y prolongado peregrinaje de recursos.

VI. LA PROTECCION CAUTELAR

Uno de los puntos en que el desplazamiento del acto administrativo, en su papel clave de la jurisdicción contencioso-administrativa, por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, resulta más notorio es el relativo a las medidas cautelares. No es necesario ponderar su importancia a la vista de la extremada dilación de los procesos administrativos. No menos importante, desde el punto de vista teórico -con conclusiones prácticas extraordinarias- es la consideración de que su perspectiva obliga a superar la hasta ahora única solución: la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

La preponderancia de la presunción de legalidad del acto administrativo como regla sólo permitía considerar como excepcional su suspensión. La jurisprudencia y la doctrina en una atenta lectura de la Exposición de Motivos permitió ir ampliando las posibilidades de juego de la suspensión del acto administrativo. La C.E. no sólo permite, sino que obliga, a un enfoque distinto: desde el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es esa perspectiva la que permite articular un repertorio de medidas cautelares, una de las cuales será la suspensión del acto administrativo que, de otra parte, ha de ser interpretada desde su naturaleza de medida cautelar. De ese modo pueden resolverse aporías -como la suspensión de actos negativos que “prima facie” equivaldría a otorgar el derecho entrando ilegítimamente de modo indirecto en el fondo del asunto- o la defensa contra vías de hecho. O también resolver con solidez jurídica -y no sólo como justicia del cadí- situaciones que se han afrontado a través de las discutidas medidas cautelares provisionales o medidas precautelares, de nombre muy significativo -y sorprendente- para el actual Derecho positivo.

Es la lucha entre el derecho fundamental de la persona y el privilegio de la Administración. Resulta obvio en qué parte debemos situarnos los juristas. La Administración ejerce potestades, pero no debe mantener privilegios.

Si la perspectiva del derecho a una resolución cautelar -que no prejuzga el fondo del asunto- pero permite que “no se cause un daño a quien utiliza el proceso para obtener razón”, se une la de la primacía técnica de la pretensión resultarán más efectivas las medidas cautelares. El Derecho anglosajón sabe mucho de eso. El “remedio” -en el sentido anglosajón-, he escrito en otro lugar, será el adecuado a la pretensión cautelar.

El PL se orienta en esa dirección, aunque siga dando una especial relevancia a la suspensión del acto (arts. 124, 125, 128, 129).

El PL acoge el art. 189 del Tratado de la U.E. en el artículo 124,2: elementos para el otorgamiento de la suspensión son las dudas razonables sobre la legalidad del acto, con ponderación suficiente de todos los intereses en conflicto.

De ese modo salva elegantemente la pretendida polémica sobre el “*fumus boni iuris*”, que he procurado situarla en un lugar adecuado, aunque no haya sido comprendida por algún autor. El principio no ha sido, ciertamente, inútil; pero no es la panacea. Ha ayudado a esclarecer algunos supuestos: nulidad ostensible, resolución contraria no firme. En realidad se trata de supuestos de esas **dudas razonables** de ilegalidad (el art. 76 de la ley portuguesa do proceso nos tribunais administrativos dice “*fortes indícios de ilegalidade da interposição do recurso*”).

El vuelco que la perspectiva del art. 24 CE ha producido en la materia explica el optimismo -y hasta la euforia en su aplicación (especialmente para los abogados)-.

Es un importante avance la consagración legislativa de las medidas provisionales (art. 129) “que aseguren la eficacia real” de la eventual sentencia. Pero no hay que olvidar que el contencioso-administrativo es un proceso entre partes y por eso es fundamental -también es un derecho- “oir a la parte frente a la cual se pretenden esas medidas”. No siempre se

ha hecho así, produciéndose, paradójicamente, un desconocimiento del derecho a la tutela judicial de una parte.

VI. RETROCESOS

La C.E., que tiene esa enorme fuerza de hacer progresar el Estado de Derecho, no ha impedido que, bajo su vigencia, se hayan producido retrocesos por lo que se refiere al contencioso-administrativo.

El recurso de casación fue introducido en 1992, sustituyendo al de apelación aludiendo a razones de eficacia, para evitar las dilaciones indebidas, los retrasos clamorosos a que aludía al principio. Sucede que un Estado de Derecho no se mide por el fin sino por los medios empleados para alcanzarlo.

La casación ha supuesto una auténtica merma de las garantías del ciudadano, en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, por el carácter formal típico de la casación y, lo que es más grave, tampoco se ha superado el problema de la acumulación de recursos sin resolver.

La cuestión es especialmente grave y en ocasiones lacerante en lo relativo a cuestiones de personal. Una jurisprudencia progresiva había admitido la apelación cuando se trataba del inicio de la relación de servicio de los funcionarios equiparándola a la extinción. Esa posibilidad fue cercenada en 1992. Resulta muy insatisfactorio, y en ocasiones altamente preocupante, que el proceso termine en el Tribunal Superior de Justicia, sobre todo cuando se utiliza un concepto dudosamente amplio de cuestión de personal, considerando como tal, no la resolución de un concurso, sino la interpretación del ordenamiento realizado por las bases que lo rigen.

Y el problema se agudiza cuando -sin ser norma escrita ni hábito reconocido- la colegialidad formal se convierte en la actuación unipersonal del ponente, mediante un “acuerdo entre caballeros” de los miembros que componen la Sala.

Afortunadamente el PL ha retomado aquella jurisprudencia admitiendo la casación también cuando afecte al nacimiento de la relación (art. 83,2a) o cuando la cuestión afecte a todos o a un gran número de funcionarios o personal. Es esta una novedad, pragmática, cuyo juego dependerá de la jurisprudencia y de la presión sindical.

VIII. LA PLENA JUDICIALIZACION DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Los artículos 117 y 118 de la C.E. han consagrado definitivamente la plena judicialización del contencioso-administrativo, sin necesidad de interpretaciones.

Esto tiene especial importancia en la ejecución de las sentencias, para lo que la Administración debe colaborar. Así luce en la LOPJ y así han de interpretarse los artículos de la todavía vigente LJCA.

El papel de los Tribunales puede ser en esta materia de extraordinaria importancia -como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- ya que la ejecución de sentencias admite todavía una notoria mejora.

El PL da pasos importantes -por ejemplo cuando la Administración es condicionada al pago de cantidad líquida (art. 101)- en el sentido reclamado por la doctrina, contra el privilegio y prepotencia de la Administración, con una suerte de modernización de la “picota” medieval (art. 102: los medios de opinión pública son muy importantes) o la aplicación inteligente del principio de economía procesal (art. 105) utilizando la extensión de la sentencia a supuestos idénticos.

IX. ORGANIZACIÓN Y PERSONAL

El procedimiento más perfecto teóricamente, sin embargo, no producirá los efectos plausibles deseados sin una organización adecuada y sobre

todo de las personas que las animan, tanto desde el punto de vista de su número cuanto de su preparación y dedicación.

Obviamente una cosa afecta a la otra, aunque no se confunden. La diferencia de opiniones respecto de los juzgados unipersonales tiene una parte de fundamento en el escaso número de las personas en relación con el elevado número de asuntos.

No deseo entrar en la discusión. Sólo para concluir quiero reseñar una obviedad: por las razones que fuese, desde luego fundamentalmente por el abrumador trabajo que tienen los Tribunales de lo contencioso-administrativo, no existe **objetivamente** seguridad alguna acerca de la actualización periódica de quienes actúan en la jurisdicción contencioso-administrativa.

No están previstos los necesarios períodos de actualización y a ello se añade que con demasiada frecuencia se incorporan a la Sala de lo contencioso-administrativo excelentes magistrados de lo civil o de lo penal, sin solución alguna de continuidad.

Cuidar de la formación de los magistrados debería ser preocupación principal de los poderes públicos para la calidad de la justicia, en materias en ocasiones de alta especialización, pero también para aumentar la confianza de los ciudadanos.

También esto forma parte de la confianza en la C.E., que constituye una parte de la lealtad constitucional que a todos nos obliga. Desde esa lealtad he hablado. Ojalá que las esperanzas levantadas por el PL tengan cumplida satisfacción en la realidad después de una espera prolongada. Aunque, a la postre, no todo dependerá de procedimientos y estructuras, sino del actuar de hombres y mujeres concretos, protagonistas cotidianos de la historia de la justicia que entre todos hacemos y a todos nos afecta.