LA FUTURA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA

Más de cinco lustros de vigencia de una de las mejores leyes del Ordenamiento español es tiempo suficiente para hacer una reflexión sobre los grandes virtudes y los pequeños defectos que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha mostrado poseer.

1. Sucede, como siempre en nuestra Patria, que el legislador, y no el aplicador (vía *praxis* administrativa, vía sentencias de los jueces), va a ser una vez más la punta de lanza en la tarea de adaptar la Ley a las exigencias de la vida. Y aunque no puede negarse que hay puntos en los que se ha producido una jurisprudencia verdaderamente progresiva (señaladamente en cuanto al examen de oficio como problemas de orden público, de las posibles nulidades, así como en cuanto a la superación de una visión estrecha del principio revisor), la verdad es que de la misma manera que hace veinticinco años largos fue la Ley la innovadora del sistema, hoy también es precisa una nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo que dé suficiente respuesta al reto sociológico que se le plantea.

Es preciso decir también que otro de los resortes que normalmente pueden y deben hacer avanzar el sistema jurídico (nos referimos a la doctrina de los autores) sí se ha manifestado muy activo en la tarea. Al extremo de que la propuesta de una nueva normatividad se debe prácticamente en todos sus aspectos a las muy constructivas e incluso valientes críticas que especialmente en los últimos años vienen apareciendo en las revistas especializadas.

2. Por otro lado, la implantación de la democracia en España y el aparato formal de una Constitución, realmente avanzada, ya casi con

Revista de Administración Pública
Núms. 100-102. Enero-diciembre 1983

cinco años de vigencia, postulan una reforma legislativa, que a veces tendrá que ser más que una reforma, un giro de ciento ochenta grados en las previsiones de la Ley.

Entre estas exigencias derivadas de la Constitución de 1978, están las que obedecen a la necesidad de poner de acuerdo nuestro sistema contencioso con la aparición de las Comunidades Autónomas. También están en esta línea las necesidades que se derivan de la extensión del concepto de Administración pública —porque efectivamente lo es— al aparato administrativo de las Cortes Generales, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, y de los propios órganos jurisdiccionales, en tanto que gestores que inevitablemente también son.

Todo ello comporta un notable aumento del radio de acción de una Ley de lo Contencioso, contrariamente a lo sucedido con la Ley anterior, en la que la residenciación ante los Tribunales de lo Contencioso de los conflictos derivados de la totalmente burocratizada Organización Sindical nunca fue posible.

3. Hay que hacer más puntualizaciones respecto a este punto capital, que es el ámbito de aplicación de la futura Ley de la Jurisdicción contenciosa.

En efecto, por un lado, parece claro que debe incluirse entre los actos sometidos a aquélla los decretos legislativos, ya que frente al Decreto-ley, sujeto a la doble posible revisión de la ratificación parlamentaria y de la impugnación ante el Tribunal Constitucional, el Decreto legislativo carece del primero de estos dos controles, y necesita, sin duda, ser susceptible de someterse a la revisión de los Tribunales de lo Contencioso. Por ello se postula su inclusión en el párrafo 1.º del artículo primero de la futura Ley.

Dentro también del tema de la extensión objetiva de la jurisdicción presente, se encuentra el punto relativo a los contratos. Parte de la doctrina (PARADA, GARCÍA-TREVIJANO, GONZÁLEZ-BERENGUER) ha sostenido la conveniencia de que todos los contratos en que la Administración intervenga como parte contratante, deben ser examinados por la jurisdicción contenciosa. Ello comporta la gran ventaja de superar los problemas de la inseguridad respecto a cuál era el Tribunal idóneo para examinar las cuestiones. Tiene también inconvenientes cuando al encontrarnos ante un contrato civil (porque como es lógico la residenciabilidad de todos los contratos ante esta jurisdicción no ignora que la Administración concluye contratos plenamente civiles), resulta dialécticamente inencajable el acto administrativo previo, en los casos en

que es la Administración quien intenta lograr del particular que cumpla aquello que le incumbe. A este respecto no hay más remedio que otorgar aquí a la Administración el privilegio (difícilmente encuadrable en un contrato absolutamente civil, ello es cierto) de la acción de oficio.

Finalmente, y en cuanto al tema de la determinación objetiva de la jurisdicción estudiada, nos encontramos con los actos administrativos aparecidos en procedimientos en los que el interés público no está implicado en absoluto, y en los que la Administración actúa como árbitro *inter privatos* o como dadora de bienes al mercado, etc. Se estima que en tales casos la actuación administrativa es apariencial, y no debe intervenir en su revisión la jurisdicción contenciosa.

4. Sólo mínimamente debe ocuparse la Ley de los aspectos puramente orgánicos que la afectan, supuesta la existencia de una Ley Orgánica del Poder Judicial, en la cual estos aspectos tienen su sede natural. Sin embargo, es preciso aludir a ello al establecer el Sistema Competencial y de Recursos, sistema hoy notablemente innovado con la aparición, constitucionalizada, de los Tribunales Superiores de Justicia de los entes autonómicos.

En todo caso se estima que estos Tribunales Superiores tienen carácter de Supremos cuando se ventilan cuestiones íntegramente reguladas por la legislación atribuida en exclusiva a las respectivas Comunidades. Se estima, sin embargo, que es conveniente mantener frente a las sentencias de estos Tribunales el recurso de revisión ante la sala correspondiente del Tribunal Supremo, así como el recurso en interés de la Ley.

En todo caso, parece conveniente establecer para todos los supuestos el sistema de doble instancia, sin que aparezca como ventajosa la triple instancia (salvo en los casos de recursos extraordinarios acabados de citar). Sabido es que la doctrina (señaladamente, L. MARTÍN-RETORTILLO) ha clamado por la conveniencia de volver a una instancia de ámbito provincial, acercando así la justicia al justiciable. Tal postura es absolutamente razonable.

También parece razonable mantener la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Y es muy probable que su función quedará con el máximo acierto perfilada, si se encomienda a esta instancia la revisión de los actos del Gobierno, así como de la totalidad de las manifestaciones normativas en mano administrativa, dando así

también a las normas la posibilidad de ser examinadas en dos momentos en caso de impugnación.

5. Tema del máximo interés es el de la legitimación. No obstante la elogiable apertura que en este punto introdujo la Ley de 1956, es claro que el sistema es susceptible de una profunda innovación. Por supuesto, el ejercicio de la acción, en su tiempo llamada de plena jurisdicción, exige la legitimación que la Ley hasta ahora vigente estableció. Mas para las pretensiones de anulación parece conveniente ampliar el horizonte en un doble sentido. Por un lado, la inclusión de las disposiciones generales entre los actos impugnables, sin más requisito que el de tener interés en ello; y por otro lado, en el sentido de ampliar la posibilidad de ejercicio de la acción pública al Ministerio Fiscal, así como a toda clase de personas jurídicas de derecho público, incluidas las Fundaciones. Y desde luego, atribuyéndola al Defensor del Pueblo.

6. Por supuesto, que la defensa de los intereses del Estado debe continuar encomendada al Cuerpo de Abogados del Estado. Pero parece conveniente dar entrada en el proceso a los Fiscales de las Audiencias en la misión de defensa de la legalidad. Evidentemente es diferente defender la legalidad y defender los intereses del Estado, aunque la hipótesis general es la de que estos intereses están de acuerdo con la Ley. Esta intervención del Ministerio Fiscal, absolutamente independiente de la del Abogado del Estado, se manifestará señaladamente en los supuestos en que en la primera instancia se ha producido una sentencia adversa a la Administración (en cuya primera instancia, obviamente, el Abogado del Estado actuó como defensor del acto administrativo, acto que por hipótesis es declarado contrario al Ordenamiento en la sentencia impugnada); en tal caso, la presencia del Ministerio Fiscal, defendiendo la sentencia en la segunda instancia, evitará la incómoda postura de la Abogacía del Estado, manteniendo posiciones contradictorias en los dos sucesivos tramos procesales. Igualmente, el Ministerio Fiscal deberá actuar siempre que se ejercite la acción popular.

7. Esta intervención obligatoria del Ministerio Fiscal, siempre que se ejercita la referida acción, parece absolutamente necesaria si se quiere evitar los efectos extorsionistas que con frecuencia en el ejercicio de tal acción suelen aparecer. Si la presencia de esta figura hace que escape de las manos del accionante público la posibilidad de cesación del proceso, es indudable que la «venta» del favor del desistimiento ya no se podrá producir. La puesta en marcha de este mecanismo puede ser,

posiblemente, más eficaz que el establecimiento (que tampoco debe ser excluido) del principio del vencimiento en cuanto al pago de las costas procesales.

8. El problema de la excesiva duración de las contiendas jurisdiccionales ha preocupado siempre, tanto al legislador como a los jueces, como a los justiciables. En este sentido se impone una reforma de la Ley vigente, al objeto de acortar al máximo la duración de los pleitos, logrando que las sentencias sean susceptibles de ponerse en práctica en tiempo todavía oportuno. La Ley hasta hoy vigente tenía al respecto una previsión relativa a la expropiación forzosa; pero es evidente que mucho más necesitado de un tratamiento privilegiado se encuentran los procesos relativos a la contratación de la Administración pública. Como es lógico, no paran aquí las reformas que se postulan. Pasamos a enumerarlas:

a) Deben ampliarse las posibilidades de impugnación de actos-trámite, añadiendo a los supuestos ya existentes (la decisión directa o indirecta del fondo del asunto, o la imposibilidad de continuación) el supuesto de que el motivo de impugnación sea de tal entidad que racionalmente pueda estimarse que ha de dar lugar a la nulidad del acto final. Por cierto, que este supuesto se dará precisamente con gran frecuencia en los casos de contratación. Aparecería así en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa una lógica consecuencia del sistema establecido para la contratación local, y que otorga un plazo de cinco días para la impugnación de las adjudicaciones provisionales por motivos de nulidad.

b) Parece razonable que el grave problema de la conducta de abstención de la Administración pública, que en un memorable trabajo trató el profesor NIETO, en el que demostraba las enormes dificultades impugnatorias que tal conducta conlleva, debe ser tratado del único modo que es posible hacerlo, esto es, provocando la aparición de un acto impugnable mediante la práctica de una petición. Así lo entendió también el legislador de 1956. Pero los dos plazos de tres meses que hasta ahora regían en esta normativa parece que deben ser sustituidos por sendos plazos de un mes.

c) Otro supuesto de agilización puede darse cuando, como en el caso precedente, o en el del uso previo del recurso de reposición (que como a continuación se verá, postulamos se configure con carácter potestativo), puede aparecer la figura del recurso prematuramente interpuesto. En tal caso, se postula la conveniencia de no rechazar dicha

interposición, y continuar el procedimiento, con la condición, claro está, de que antes de que se haya formalizado la demanda aparezca una respuesta administrativa, o bien el transcurso del tiempo haya hecho perder al recurso su condición de prematuro.

d) Como ya se ha dicho, el recurso de reposición debe pasar a ser potestativo. González Pérez dice de él que en algún caso puede tener alguna utilidad. Es indudable que frente al lado positivo del recurso (en algún caso, alguna utilidad) está su lado negativo (en casi ningún caso, ninguna utilidad). Y al conservarlo como potestativo, se eliminarán sus inconvenientes, y se conservará su única utilidad (que en modo alguno consiste en hacer reflexionar a la Administración ante la inminencia de un pleito, como sucede con la previa conciliación en los juicios civiles), utilidad que consiste en que gracias a él se dilata algún tiempo el inicio del proceso jurisdiccional, en cuyo tiempo pueden pasar muchas cosas, entre ellas unas conversaciones que lleven a una avenencia.

Conectado con el punto anterior está el del recurso de alzada en vía administrativa. No es tema propio de una Ley de la Jurisdicción, pero es indudable que está íntimamente conectado con ella. En todo caso, yo postularía la desaparición de dicho trámite de alzada, lo que haría inútiles los artículos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa que parten de la existencia del doble escalón administrativo, y concretamente los que al regular la competencia de los diversos niveles jurisdiccionales se ocupan de decir (como sucede con el actual artículo 29) cuál es el órgano que se considera parte apelada.

e) Muy interesante parece la siguiente posibilidad: la supresión por voluntad unánime de los demandantes, de la necesidad de previo envío del expediente para formalizar la demanda, convirtiendo así el hasta ahora doble trámite, de demanda pura seguida de demanda mixta, en un único trámite de demanda, tal como hoy día ya es posible en la llamada Jurisdicción Económico Administrativa. Naturalmente que para que esto sea procedente debe suceder que el o los demandantes conozcan perfectamente el expediente administrativo, cosa que no es infrecuente.

f) Por lo menos de decepcionantes debemos calificar que son para el demandante y para los demás intervinientes, las sentencias que acaban el largo calvario de un pleito con una declaración de inadmisibilidad. La Ley actual ya contiene prevenciones al respecto, en el sentido de evitar tan triste final, pronunciándose la Sala sobre este punto a

lo largo del proceso. Mas se estima que estos pronunciamientos deben tener carácter de obligatoriamente expresos, y que sin imposibilitar la aparición de una sentencia que finalmente declare la inadmisibilidad, hay que declarar obligatorio para el Tribunal un previo examen de este punto, y una manifestación expresa de «no concurrencia de inadmisibilidad, en principio».

g) En la misma línea debe regularse la posibilidad de pasar directamente del trámite de contestación a la demanda a la producción del fallo; esto será posible si las partes en base al resultando de la prueba, o el demandante en base a los argumentos del escrito de contestación a la demanda, no solicitan la práctica de vista o el trámite de conclusiones sucintas, o si en el caso de solicitarlo, el Tribunal no accede a ello.

h) En igual línea de aceleración de trámite se encuentran los tres procedimientos especiales que conoce nuestra actual legislación y recoge la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. A ello debe añadirse la generalización de los procesos electorales, ya hoy también realidad; y la del proceso especial para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, igualmente realidad.

9. Otro punto fundamental es el relativo a la necesidad de superar los aspectos de antijusticialidad que pudieran derivarse de una aplicación literalista del principio revisor. En cierto modo, ya he aludido a ello al postular la posibilidad de impugnar actos-trámite en mucha mayor medida que lo establecido hasta ahora. Pero conviene añadir más cosas.

Por un lado, el actual artículo 80 parece que debe ser redactado de todas las sentencias, en el sentido de que resulte su fallo de obligado sidir el proceso contencioso, ampliando para el Tribunal las posibilidades entrevistas en el párrafo 2 del actual artículo 79 de la Ley.

En segundo lugar, parece procedente también instrumentar la posibilidad de que las partes puedan en cualquier momento añadir argumentos o datos a los ya aportados, con tal de que se guarden siempre las exigencias del principio de contradicción.

Por último, debe regularse la sentencia en el sentido que cuando ésta estime la existencia de infracciones procedimentales que hagan nulo todo o parte de lo actuado en vía administrativa, pueda el Tribunal —pueda y deba— entrar a conocer el fondo del asunto, evitando así

una repetición ulterior de actuaciones que en todo caso desembocarían en un acto contrario a derecho (si es que era ésta la decisión sobre el fondo).

10. También parece conveniente establecer la fuerza *erga omnes* de todas las sentencias, en el sentido de que resulte su fallo de obligado cumplimiento para la Administración, sin nuevo trámite, para todos los supuestos idénticamente planteados a aquel que se resuelve. Esto evitaría la actual engorrosa necesidad de multiplicar los procesos de contenido exactamente paralelo.

En la línea de la eficacia social de la sentencia se encuentra también otra exigencia ineludible: la de la actualización permanente de las indemnizaciones, incrementándolas de oficio, en la medida en que lo exija la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

11. Un problema extraño a la jurisdicción y puramente instrumental debe ser aquí recordado: la necesidad de exigir de la Administración envíe siempre el expediente foliado y acompañado de un índice claro; así como la necesidad de que quede en la sede administrativa una fotocopia suficientemente autenticada.

12. La suspensión del acto o disposición impugnada es tema de difícil tratamiento, dado que si por una parte es razonable defender los efectos suspensivos de la interposición de cualquier recurso, porque sólo ello hace de verdad eficaz la impugnación, por otra parte no debe ponerse siempre y en todo lugar en manos del administrado la posibilidad de paralizar la acción administrativa con sólo recurrir frente a ella. Una solución intermedia adoptó la Ley de 1956, y esta solución debe abrirse más ahora.

13. Otro punto de interés es el relativo a las costas procesales. Aquí nuestra postura es radical. Con las solas excepciones de la temeridad o la mala fe, y del ejercicio de la acción popular (en cuyo caso se postula la aplicación del principio del vencimiento), debe declararse el procedimiento contencioso-administrativo siempre gratuito.

14. En modo alguno puede continuar la actual regulación de la ejecución de sentencias, y mucho menos las previsiones en orden a su inejecución.

Convergen aquí, como es bien sabido, las dos tesis contradictorias sobre a las consecuencias que puedan derivarse del principio de separación. Porque si el mismo se interpreta en el sentido de que un Poder no puede interferir a otro en ninguna de sus funciones, la ejecución

correspondería a la propia jurisdicción. Pero si se adopta la postura de que a los Tribunales corresponde sólo juzgar, toca la ejecución de las sentencias a la Administración. Parece más eficaz lo primero que lo segundo.

En cuanto a las causas de inejecución, ya se ha dicho que éstas deben desaparecer. Si ejecutar la sentencia es efectivamente imposible, debe resolver la situación la aplicación del mecanismo de la expropiación forzosa, dejando constancia expresa de esta solución en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

15. Se ha hablado hasta ahora de las innovaciones a introducir en la futura Ley, pero no de lo que se debe suprimir. En este punto es preciso aludir a la desaparición propugnada de un importante mecanismo del actual sistema: el recurso de lesividad.

Sabido es que en cuanto al difícil y capital tema de la eliminación de actos declaratorios de derechos, el actual sistema español descansa, por un lado, en los artículos 47, 48, 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, todos los cuales reposan sobre la idea de que en el acto a eliminar ha habido una infracción de la norma, bien sea gravísima, bien sea grave, bien sea gravísima o manifiesta. Por otro lado, descansa el sistema en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, el cual reposa sobre la idea de que el acto a eliminar menoscaba el interés público (de carácter económico o no).

Si desaparece el proceso de lesividad, queda cubierto este flanco mediante la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa. Ello supone menos garantías para el particular, pues desaparece la intervención previa de los Tribunales. Pero, por otra parte, esta solución comporta una mayor protección patrimonial, porque aplicando la Ley de Expropiación Forzosa es siempre procedente la indemnización (ulteriormente cabría actuar ante los Tribunales, impugnando la cuantía de esta indemnización).

No debe olvidarse, finalmente, que el apartado 3 del artículo 28 de la actual Ley de la Jurisdicción Contenciosa da al recurso de lesividad un carácter de mecanismo subsidiario respecto a la eliminación de oficio de los actos administrativos declaratorios de derechos, según viene aquella eliminación regulada por la Ley de Procedimiento Administrativo.