

RECENSIONES Y NOTICIA  
DE REVISTAS

---



## 1. RECENSIONES

Brown, Douglas, M., y Janet Hiebert (eds.), *Canada: The State of the Federation 1994*, The Institut of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, Ontario. Colaboradores: Thérèse Arseneau, David R. Cameron, Kathryn Harrison, Susan McCroquodale, Alain Noël, Anne Poels, David Taras, Allan Tupper, Jill Vickers.

*Canada: The State of the Federation 1994* es el noveno volumen de compendios de artículos que, desde 1985, publica anualmente el Instituto de Relaciones Intergubernamentales de Canadá, en asociación con la Escuela de Estudios Políticos, sobre el estado de la Federación canadiense.

Este Instituto de Relaciones Intergubernamentales es la única organización canadiense constituida con el objetivo de promocionar la investigación y comunicación ante los retos a los que debe enfrentarse su sistema federal. Las cuestiones de interés en este sentido pasan por temas como el federalismo fiscal, la reforma constitucional, la reforma de las instituciones políticas federales, así como la estructura de las relaciones federales y provinciales, la economía global y todo lo relacionado con el federalismo canadiense y el federalismo comparado. Siempre con una finalidad útil: mejorar el sistema desde la investigación y el debate abierto.

El volumen objeto de esta recensión consta de tres partes, configuradas por tres artículos cada una, y una cuarta y última donde se expone una cronología de hechos desde julio de 1993 hasta junio de 1994. En la primera parte se analiza prin-

cialmente el papel de los partidos regionales en el Parlamento federal; en la segunda, se estudia la gobernabilidad del país ante las presiones fiscales, deudas y déficits que el federalismo en parte provoca, y en la tercera se trabajan los conceptos de «pluralismo» y «comunidad política» desde distintos puntos de vista. Son un total de diez los analistas políticos que examinan en la obra los asuntos de actualidad más relevantes en relación con el sistema federal canadiense.

El arranque de este volumen sobre el estado de la Federación en 1994 viene servido en bandeja después del resultado de las elecciones federales de octubre de 1993. Éstas supusieron un cambio de lo más significativo en el panorama político del Parlamento federal: en él nos encontramos, por un lado, con un Gobierno nacional liberal con fuerte representación por todo el país y, por otro, con dos fuertes partidos regionales (el *Bloc Québécois* y el *Reform Party* en el oeste del país), como segundo y tercer partidos más votados respectivamente, lo que conlleva, al menos, una fuerte dosis de vitalidad en el debate político canadiense.

La visión general de la situación con que Douglas M. Brown abre la primera

parte nos acerca en términos de indicadores de unión y desunión al marco de la Federación. Si la amplia victoria en las elecciones federales de octubre de 1993 del *Liberal Party of Canada* ha de suponer un síntoma de unidad del pueblo canadiense, el descenso simultáneo de los *Progressive Conservative Party* y *New Democratic Party* (que podrían considerarse como instituciones de integración nacional), se puede entender como una falta de integración de las provincias en Canadá, y hasta como un potencial peligro para el futuro de la Federación. Esto, teniendo en cuenta, además, que el citado descenso provoca que el segundo y tercer partido con más escaños en el Parlamento federal sean eminentemente regionales. Y todo se acentúa con la victoria del Partido Québécois en las elecciones de septiembre de 1994 en Quebec, partido que sitúa sus principales objetivos en conseguir la independencia de Quebec.

El papel de los citados partidos regionales en el Parlamento federal es analizado con mayor profundidad por Alain Noël, en lo referente al *Bloc Québécois*, y Thérèse Arseneau, sobre el *Reform Party*. La tesis de Noël expone el paso del *Bloc Québécois* de partido minoritario en 1987, cuando se formó después del fracaso del acuerdo del lago Meech (acuerdo que recogía las principales exigencias constitucionales quebequesas, entre ellas la de reconocer la provincia como «sociedad distinta», lo que, entre otras, fue motivo de la no ratificación del acuerdo), al actual de oposición oficial. Este cambio se consigue gracias a la obtención de un electorado fuerte y estable, formado hasta con votantes que no están de acuerdo con la soberanía quebequesa, y que es estudiado en términos de credibilidad por la autora, al encontrarse situado ante la paradoja de haber de ser tratado en Ottawa como oposición oficial, a la vez que debe asumir el rol de jefe promotor de su sobe-

ranía fuera de Quebec. Arseneau, por otra parte, expone cómo el tercer puesto en número de votos en las elecciones federales conseguido por el *Reform Party*, caracterizado por ser un partido anti-quebequés, proinglés, de derechas y votado esencialmente en el oeste del país, hace temer también por la exacerbación de las diferencias regionales, la separación del oeste y, en definitiva, por el peligro del mantenimiento de la Federación. A pesar de eso, la práctica hasta el momento está demostrando que es un partido que no sólo se comporta, sino que se siente como partido «nacional», y que con esto es posible que consiga su objetivo de atraer los antiguos votantes del *Conservative Party* y convertirse en una consolidada alternativa del Gobierno al *Liberal Party*.

De los distintos conflictos que surgen en el federalismo canadiense, dos son básicamente las cuestiones que estudian las partes segunda y tercera de la obra: por un lado, los retos económicos a los que se enfrentan las provincias para su gobernabilidad y, por otro, cómo se articula desde distintos puntos de vista el funcionamiento de una sociedad multicultural como es la canadiense.

David Taras y Allan Tupper examinan el caso del Gobierno de Alberta de Ralph Klein, del *Progressive Conservative Party*. Los autores exponen una crítica visión del programa de reducción del déficit en el que Klein ha basado su objetivo de equilibrar el presupuesto de la provincia en tres años: las políticas que adopta para detener el gasto público minimizando la oferta gubernamental en los servicios públicos abrirán una grieta en la sociedad de Alberta entre ricos y pobres difícilmente reparable.

David R. Cameron expone el conflicto que vive Ontario, provincia que históricamente ha jugado un papel central y aventajado en el crecimiento de la Fede-

ración canadiense, al tener que resituarse su posición frente a un federalismo que actualmente no sólo favorece menos sus intereses, sino que la ha convertido en la provincia que económicamente hace la mayor contribución a la Federación y que, por el contrario, recibe menos, a la vez que es la menos dependiente del mercado canadiense.

El problema de la crisis de la pesca en Terranova, consecuencia de factores naturales pero principalmente de errores humanos, es abordado por Susan McCroquodale desde una visión crítica de la actuación gubernamental en la materia. La necesidad en la zona de introducir fuentes de recursos alternativas a la pesca choca con la actitud, tan humana como electoralista, de los gobiernos federal y provincial, de propiciar subsidios de desempleo para las familias afectadas por la crisis, lo que no es coherente con el objetivo básico de reducir el número de familias dependientes de la pesca.

La necesidad de coordinación entre los gobiernos federal y provincial queda patente sobre todo en el tema de las políticas medioambientales que trata Kathryn Harrison. La autora hace un estudio histórico de las relaciones entre ambos niveles de gobierno en la protección del medio ambiente y defiende que la armonización es el arma para conseguir no sólo un ahorro económico con la eliminación de la superposición de funciones, sino, y más importante, la claridad en la determinación de quien es el titular de las eventuales responsabilidades que pudiesen aparecer.

Jill Vichers expone las razones por las que las mujeres han de preocuparse por el federalismo. En un Estado en el que las minorías lingüísticas y sociales están de alguna forma representadas y protegidas, la autora expresa su rechazo a un federalismo que provoca barreras estructurales que dificultan la consecución de las nece-

sidades e intereses de la mujer, que, si bien legalmente está equiparada al hombre, socialmente no se igualará hasta que el concepto de igualdad no se replantee en beneficio del resultado, viniendo a significar un tratamiento diferenciador en pro de la equiparación real entre ambos sexos.

Bastantes conflictos de los que muestra esta obra como potenciales problemas para el futuro de la Federación canadiense son trasladables a un marco más cercano como el nuestro. El nuevo panorama del Parlamento federal, con la llegada de partidos eminentemente regionales que pueden modificar el habitual equilibrio de fuerzas por otro tan nuevo como desconocido, los problemas fiscales de provincias que se sienten poco compensadas en su papel de partícipes de la federación, la necesidad de relaciones de cooperación entre los distintos niveles de gobierno para dar solución a conflictos hasta el momento deficientemente resueltos, y, sobre todo, la protección de las minorías lingüística e históricamente diferentes, parecen apuntar una útil fuente de comparación con la experiencia canadiense.

En este último aspecto, Janet Hiebert realiza un estudio de los efectos que en la estructura de la Federación ha tenido la inclusión en la Constitución de 1867 de la Carta canadiense de derechos y libertades, en virtud del último acto legislativo de Gran Bretaña en Canadá: la Ley constitucional de 1982. La primera reacción ante un texto que garantizaba la aplicación de los derechos por igual a todos los individuos fue la de predecir que sería un elemento centralizador que podía socavar el pluralismo territorial previsto por el federalismo canadiense. Es cierto que la Carta afecta al federalismo en tanto que ha transformado lo que tradicionalmente había sido competencia de la jurisdicción provincial —entre otros el derecho a la educación en la lengua minoritaria—, pero también lo es que, después de una

década de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los derechos reconocidos en la Carta, no se ha producido el efecto centralizador que se temía y tampoco se ha limitado la capacidad de las provincias para promover sus valores regionales. La misma estructura de la Carta es la que incentiva la citada promoción de los valores

regionales y ofrece los mecanismos para demostrar que no es necesaria una interpretación uniforme de ésta para que vivan en armonía los derechos individuales de los canadienses con los valores de sus correspondientes comunidades.

Carmen M. Chacón

**Bidégaray, Christian (dir.),** «*L'État autonome: forme nouvelle ou transitoire en Europe?*». *Actes des Journées d'Études du Centre d'Études Politiques et Constitutionnelles du Laboratoire Ermees*. Faculté de Droit. Université de Nice-Sophia-Antipolis. Editorial Economica, col. «Droit Public Positif», dirigida por Louis Favoreu. París, 1994.

I. En un seminario reciente sobre «Integración europea y constituciones de los estados miembros», organizado por la Universidad de Gerona,<sup>1</sup> Peter Lerche, profesor ordinario de la Universidad de Munich, advertía de las dificultades para conciliar la unidad política europea y la garantía de la autonomía política de las regiones.

En opinión del prestigioso iuspublicista alemán, el derecho comunitario no demuestra demasiada predisposición a tener en cuenta la estructura territorial de los estados, y olvida la autonomía política de determinadas instituciones subestatales. La Unión Europea, según este razonamiento, es una organización internacional de estados, condicionada por una lógica institucional —la concentración de poder decisorio— que dificulta el establecimiento de una Europa política de las regiones.

En este marco crítico, sólo la garantía de la identidad de los estados,<sup>2</sup> en que el profesor Lerche incluye el núcleo inmutable de las constituciones de los estados miembros,<sup>3</sup> también denominado núcleo irreformable,<sup>4</sup> y al mismo tiempo el principio de subsidiariedad, pueden proteger la autonomía política de los entes territoriales autónomos.

En este proceso de reflexión sobre la viabilidad de la Unión Política Europea y, concretamente, en los esfuerzos por desenredar las jerarquías institucionales resultantes, debe situarse uno de los destinos buscados por el libro *L'État Autonome: forme nouvelle ou transitoire en Europe?*, apadrinado por Louis Favoreu y dirigido por Christian Bidégaray.

II. A partir de una clave de lectura plenamente europea,<sup>5</sup> al menos en su des-

1. Abril de 1995.

2. Artículo F1 del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht.

3. Estados signatarios del Tratado de Maastricht.

4. El profesor Lerche se refería a la cláusula de la Ley fundamental de Bonn, inspirada en las propuestas de Carl Schmitt recogidas por la Constitución de Weimar, según la cual determinados preceptos constitucionales —entre ellos, el principio de organización federal— están protegidos de cualquier previsión normativa contraria, incluso por la vía de una reforma constitucional. La Constitución española (art. 168) incluye una prescripción equivalente, que protege el derecho de autonomía de nacionalidades y regiones (art. 2).

5. Quiere hacerse referencia básicamente a la Unión Europea.

tino final, los profesores acogidos por la hospitalidad académica provenzal inician su trayecto intelectual en la difícil y controvertida definición del Estado autonómico, con notables enfrentamientos dialécticos entre algunos autores, y acaban por defender la permanencia de los viejos Estados-nación en el futuro sistema político europeo, por proteger la autonomía política de sus territorios.

No sólo porque, como afirma Jacques Ziller, «*l'Europe aurait alors plus de 120 régions, et dans ce cas il ne serait plus possible d'aboutir au même système de coordinations*»,<sup>6</sup> sino porque, a su vez, es imprescindible la permanencia del Estado como instrumento de protección de la autonomía política territorial. «*Je me demande si la volonté d'expression régionale ne passe pas finalement par une défense de l'État, s'il ne faut pas revenir aux idées de confédération européenne et abandonner alors le fédéralisme européen qui me tenait tant à cœur.*»<sup>7</sup>

No queda claro si deben ser los estados, con sus propias constituciones como herramientas, la principal línea de defensa de la autonomía «regional», frente a la centralización política europea —debe recordarse el principio de subsidiariedad—, pero, en cualquier caso, los expertos europeos nos indican que la cuestión no es pacífica. Como ejemplo ilustrativo, Daniel Louis Seiler<sup>8</sup> destaca las fuertes reticencias de los cantones suizos a la incorporación de la Confederación Helvética a la Unión Europea.

III. Al margen de la lectura europea del libro, referida al proceso de integración política de los estados de la Unión Europea, el libro coordinado por el profesor Bidégaray demuestra otros puntos de interés y realiza interesantes aportacio-

nes para la comprensión del Estado autonómico, a partir de los ejemplos de España, Italia y Bélgica.

En su estructura formal, el libro ofrece, por separado, la perspectiva de los politólogos («*des politistes*») y la visión de los especialistas en derecho público («*publicistes*»), divididos, a su vez, pero dentro de la misma especialidad, en derecho interno y derecho comunitario («*internistes*» y «*communautaristes*»). La descripción de los debates más importantes de las *Jornadas* completa el material seleccionado por el libro.

En su espacio cognitivo, las distintas aportaciones de los autores fomentan la inestabilidad del lector, que no puede evitar contagiarse de la percepción crítica que transmiten los textos. No hay acuerdo sobre la situación conceptual precisa de los distintos modelos de Estado. Así, Jean Claude Escarras, profesor de la Universidad de Tolón, pone en duda la autonomía política de las regiones italianas, sometidas a las cláusulas jurídicas «centralizadoras» del Estado, mientras que el profesor español César Díaz Carrera destaca la deficiente aplicación del principio de cooperación en el Estado autonómico español.

En el debate belga, la inestabilidad se convierte en ansiedad, al contraponerse la visión «apocalíptica» del politólogo Jean Beaufays, quien insinúa la futura disgregación del Estado belga, y el panorama «integrado» de los juristas Marc Verdussen y Francis Delpérée, que defienden las recientes reformas federalistas de la Constitución belga.

Finalmente, la ansiedad acaba arrojándose peligrosamente hacia la frustración de la mano del mismo coordinador del libro, Christian Bidégaray, quien, en el *post*

6. Bidégaray (dir.), pág. 190.

7. Bidégaray (dir.). Así lo afirma Daniel-Louis Seiler, pág. 191.

8. Bidégaray (dir.), pág. 191.

*scriptum*,<sup>9</sup> nos recuerda, citando una opinión de Mattei Dogan y Dominique Pella sobre la democracia consociativa, que «*sont succès même [...] permet son dépassement et son remplacement lent ou rapide, par un système politique plus compétitif*». Es decir, acaba considerando «transitoria» la forma territorial autonómica.

IV. Entre las intervenciones concretas, se cotejan, en positivo, la brillante sistemática de los juristas —Pierre Bon, por ejemplo, en su didáctica exposición sobre el Estado autonómico español— y la imaginativa e inquieta perspectiva de los politólogos, no exenta de rigor, que produce estimulantes confrontaciones en los debates.

Entre los últimos, el estudio del profesor Seiler, una aproximación tributaria de la metodología histórico-sociológica de Skopolski —y sus cuatro descriptores clasificadores: tiempo, historia, sociedad, circunstancias— plantea la búsqueda de denominadores comunes entre los estados políticamente descentralizados.

El español César Díaz Carrera, por su parte, aplica los esquemas de Stein Rokkan para presentar la evolución diferenciada de las «nacionalidades históricas»

españolas hacia la autonomía política, con una inteligente reflexión sobre la función que, en este proceso, cumplen las conexiones entre las fuerzas sociales.

Pierre Bon, por la parte de los juristas, ofrece una metódica exposición del Estado autonómico español, especialmente indicada para observadores externos, tanto como la de Escarras, sobre el Estado regional italiano, que aporta una completa referencia de la jurisprudencia constitucional italiana sobre el debate competencial.

A su vez, los profesores belgas Verduyssen y Delpérée consideran que el nuevo modelo federal de comunidades culturales y regiones es la mejor solución para superar las profundas grietas de la sociedad belga. La ampliación cualitativa de las competencias de los entes territoriales, que incluye potestades penales e internacionales en los ámbitos competenciales propios, y el mantenimiento de los elementos básicos de solidaridad intercomunitaria, especialmente la Seguridad Social, aparecen como los instrumentos decisivos para la consolidación de este proceso.

Ángel Lázaro

9. Bidégaray, pág. 197.

Galera Rodrigo, Susana, *Derecho aduanero español y comunitario (La intervención pública sobre el mercado exterior de bienes)*, ed. Civitas, serie Monografías, Madrid, 1995, 442 pág.

## I

La economía es una ciencia social que ha experimentado en las últimas décadas un desarrollo extraordinario.<sup>1</sup> Pero, apar-

te de las leyes que gobiernan la economía y que han venido siendo descritas desde A. Smith hasta J. M. Keynes por otros muchos economistas y prestigiosos profesores de las diversas ramas de esta ciencia,

1. Destacan, entre otros, los nombres de Galbraith, Samuelson, R. Barre, M. Friedman, Lipsey y R. Tamames.

los poderes públicos han tenido que echar mano de los instrumentos normativos adecuados para intervenir en las transacciones económicas tanto internas como internacionales para conseguir fines sociales que la *Dassenvorsorge* demanda y cuya formulación teórica y realización práctica —por qué no decirlo— se desarrolla espléndidamente en Alemania.<sup>2</sup> Y esta intervención pública en las actividades comerciales tanto en el comercio interior como en los intercambios internacionales ha originado un moderno y novedoso derecho administrativo económico que en nuestra patria ha tenido algunos desarrollos notables gracias a los esfuerzos realizados por A. Guaita Martorell, L. Martín-Retortillo Baquer, R. Martín Mateo, S. Martín-Retortillo Baquer y M. Baena del Alcázar y cuya labor está inacabada dado el crecimiento de sectores económicos muy importantes y sobre los cuales la intervención administrativa se hace inexcusable a poco que esto pueda gustar a algunos espíritus liberales y nostálgicos de un pasado que no volverá.<sup>3</sup> Por tanto, la intervención del Estado se ha hecho especialmente intensa en sectores tales como el mercado de valores,<sup>4</sup> el sector eléctrico,<sup>5</sup> la minería, los gases, las obras públicas<sup>6</sup> o el medio ambiente.<sup>7</sup> Y esto ha sucedido también

como consecuencia lógica del proceso de integración europea experimentando un amplio crecimiento la normativa comunitaria sobre la materia.<sup>8</sup>

Todos los principios rectores de la intervención del Estado en la actividad económica del país han sido recogidos en lo que se ha dado en llamar la Constitución económica (art. 1, 38 y 128 a 136 CE), que puede calificarse como de un marco flexible, propio de los estados sociales, que permiten en el marco de una economía de libre mercado, tanto un alto grado de libertad económica como fuertes dosis de intervencionismo económico para el cumplimiento de los fines de un estado social y democrático de derecho como es el Estado español según proclama el art. 1.1 CE. No caben, por supuesto, socializaciones totales de la vida económica ni ninguna suerte de «*totalitarismo económico*», pero sí una intervención fuerte que haga posible una redistribución más justa de la renta nacional y una igualarización que erradique en lo posible las grandes diferencias socioeconómicas de los distintos grupos sociales.<sup>9</sup>

Parece evidente que el binomio libertad de empresa-planificación económica es el mecanismo y también son los extremos dentro de los cuales se debe mover la intervención estatal en la economía na-

2. Forsthoft, E., *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.

3. *Vid.*, entre otros, Guaita Martorell, A., *Derecho administrativo especial*, vol. III, Librería General, Zaragoza, 1964; Baena del Alcázar, M., *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, ed. Tecnos, Madrid, 1966; Martín Mateo, R., *Derecho público de la economía*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1985; Martín-Retortillo Baquer, S., *Derecho administrativo económico*, ed. La Ley, Madrid, 1991 y Menéndez, A., *Constitución. Sistema económico y derecho mercantil*, ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1982.

4. Jiménez Blanco, A., *El derecho público del mercado de valores*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

5. Gimeno Feliu, J.M., *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, ed. Civitas, Madrid, 1994.

6. Cartou, L., *L'Union Européenne*, Dalloz, París, 1994.

7. Constantinesco, L.J., «La Constitution Economique de la C.E.E.», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1977. *Vid.* también Despax, *Droit de l'environnement*, París, 1980.

8. Cerexhe, E., *Le droit européen. Les objectifs et les institutions*, Bruylant, Bruxelles, 1989.

9. Bassols Coma, M., «La planificación económica», en *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981.

cional. Y debe tenerse bien presente que la intervención puede adoptar muchas formas. Desde la creación de empresas públicas, las nacionalizaciones de algunos sectores de la producción —hoy con ciertas limitaciones impuestas por el derecho comunitario— y la monopolización, hasta técnicas societarias descafeinadas o híbridos sociales o societarios que conoce el derecho público español. Las comunidades autónomas deben jugar un papel importante en este proceso interventor al que luego me referiré brevemente.

## II

Parece conveniente detenerse brevemente en la configuración del concepto de libertad de empresa por el Tribunal Constitucional. La STC 5/1981, de 13 de febrero, en lo que interesa, es decir, el art. 38 CE, ha dicho:<sup>10</sup>

«El derecho que el artículo 34 de la LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para “establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución”, forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra.»

Y la célebre STC 111/1983, de 2 de diciembre, en relación con el asunto de la intervención sobre el derecho a la libertad de empresa mediante el instrumento normativo del Decreto-ley, ha dicho:<sup>11</sup>

«Otro de los motivos de impugnación

alegados por los recurrentes, en muy estrecha relación con lo estudiado en los fundamentos que preceden, es el que invocando el artículo 38 y 128.2, inmediata relación con el artículo 86.1, todos los de la Constitución española, acusa que la libertad de empresa, garantía institucional del modelo de sociedad, se ha violado porque está reservada a la Ley con prohibición del Decreto-ley. Ciertamente que el primero citado de los preceptos constitucionales en muy directa conexión con otros de la CE, y muy directamente con los artículos 128 y 131, viene a configurar unos límites dentro de los cuales necesariamente han de moverse los poderes constituidos al establecer o adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Pero ni se ha operado aquí una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de servicios o recursos, por cuanto se trata de acción expropiatoria que, recayendo, en definitiva, sobre empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión además de su posible reprivatización, actuando mientras tanto la Administración como empresaria en el marco de la economía de mercado, ni la intervención de empresas, figura contemplada en el artículo 128.2 y legitimada constitucionalmente, cuando así lo exigiere el interés general, está impedida a la acción del Decreto-ley.»

El papel de las comunidades autónomas en la configuración del derecho a la libertad de empresa y a la fijación de sus límites ha quedado esbozado parcialmente en la STC 37/1981, de 16 de noviembre,<sup>12</sup> relativa a la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 3/1981, del Parlamento Vasco, sobre centros de contratación de cargas de

10. BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981.

11. BOE núm. 298, de 4 de diciembre de 1983.

12. BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1981.

transporte de mercancías. En lo que ahora importa, dice así:

«Si toda Ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución hubiera de ser Ley del Estado, carecería de todo sentido, en efecto, que el artículo 149.1.1 reservase a la competencia exclusiva del Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. De otro lado, y como antes se apunta, una interpretación de este género vendría casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas. [...] La interpretación del artículo 53 de la CE, en el marco de ésta, obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en el capítulo segundo, título primero de la Constitución, requiere siempre una norma de rango legal, esta norma ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos que no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas.»

En definitiva —y tal y como señala atinadamente a nuestro juicio el profesor M. Bassols Coma—,<sup>13</sup> esta intervención pública en la economía nacional (art. 128 CE) vendrá marcada por la exclusión, a través de la reserva al sector público, de determinadas actividades (recursos y servicios) y el reconocimiento de concurrencias públicas en materia económica; la actividad, la delimitación y configuración abarcará una pluralidad indeterminada

de aspectos (desde prohibiciones absolutas a participación concurrente); las limitaciones al derecho a la libertad de empresas hay que entenderlas legitimadas constitucionalmente; los operadores económicos deben contar con una protección eficaz de los poderes públicos frente a intromisiones que tiendan a impedir o frustrar la libre iniciativa fuera de las limitaciones constitucionalmente legítimas y permitidas en consecuencia y, finalmente, el derecho a la libertad de formas en el desarrollo de la actividad económica como hasta el momento se ha reconocido por el derecho mercantil en todos los países de nuestro entorno cultural y jurídico. Estas prácticas se ven robustecidas en nuestro país por obra del derecho comunitario europeo como ha puesto de manifiesto atinadamente algún sector doctrinal importante en España.<sup>14</sup>

### III

La planificación económica forma el segundo término del binomio al que aludíamos hace un momento y es una herramienta eficacísima en manos del poder público para la dirección y orientación de la economía nacional en un sentido determinado. Conoce este derecho a la planificación de los poderes públicos algunas limitaciones constitucionales importantes (art. 131 CE). Así, en primer lugar, la planificación no es sino una técnica de gobierno de la economía que la Constitución pone en manos de los poderes públicos para la consecución de una política económica determinada dentro de las opciones de la misma constitucionalmente posibles. Parece que el diseño constitucional es el de una planificación indicativa frente al anterior carácter sub-

13. Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, ed. Tecnos, Madrid, 1985.

14. García de Enterría, E., González Campo, J. y Muñoz Machado, S., *Manual de derecho comunitario europeo*, ed. Civitas, Madrid, 1986.

sidario de la iniciativa económica pública del régimen franquista. Parece, en fin, que se ha adoptado un concepto sumamente flexible de la planificación económica en opinión de algún autor que compartimos plenamente.<sup>15</sup>

Ha afirmado M. Bassols Coma que en el terreno político-económico hablar de intervencionismo, es decir, de planificación económica en algunos sectores y durante mucho tiempo ha sido sinónimo de socialismo o colectivismo, como un sistema económico que es lo contrario de mercado o de economía de mercado, un mercado político que sustituye al mercado propiamente económico. Claro que esto, por definición, no tiene que ser necesariamente así.<sup>16</sup>

Esta relativización del carácter exclusivo de las competencias del Estado en materia de planificación económica ha sido puesta recientemente de relieve por J. Rodríguez-Arana destacando también que el propio Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación divergente de los art. 149.1.13 y 131 CE, lo que supone, a juicio de este autor, una intención de consecuencias claramente reductoras de las competencias autonómicas en materia económica.<sup>17</sup> Destaca que son tres las líneas jurisprudenciales de inter-

pretación por el Tribunal Constitucional del art. 149.1.13 CE. La primera considera estrictamente al precepto como reserva al Estado de una competencia limitada al establecimiento por el Estado de las bases y medidas de coordinación en materia de planificación económica;<sup>18</sup> la segunda consiste en la aplicación al ejercicio estatal de esta competencia de la doctrina de la medida, de manera que aquella será capaz de legitimar además de la fijación de las líneas directrices y criterios globales de ordenación del sector económico concreto, la introducción de todos aquellos preceptos o incluso actuaciones ejecutivas, directa o indirectamente dirigidas a la consecución de un objetivo de política económica; y, la tercera, finalmente, es el entendimiento material de la planificación económica.<sup>19</sup>

Y, el Estado, como gran director de orquesta que es en ésta y otras importantes materias, tiene ante sí un arma que se revela ineficaz muchas veces en las relaciones interorgánicas o interadministrativas, según los casos y la concepción desde la que se parta, y que algún eminente profesor español ha puesto de manifiesto. Me refiero, ya lo habrá adivinado el lector, a la coordinación.<sup>20</sup> Esta coordinación, como instrumento relativamente inefi-

15. Bassols Coma, M., *Constitución y sistema económico*, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 237. Es curioso que, durante la tramitación del Proyecto de Constitución española, en los debates parlamentarios, el diputado Sr. R. Tamames, en relación con la naturaleza jurídica de la planificación económica, dijo lo siguiente:

«Desde nuestro punto de vista, no es que la Constitución debe ser más que un texto para cristalizar modelos, debe ser un marco, un eje de coordenadas dentro de las cuales puede moverse el desarrollo económico en función de la correlación de fuerzas existentes. Intentar cristalizar la Constitución sería tanto como ideologizarla, e ideologizarla sería tanto como una victoria de un determinado grupo sobre otro [...]. A mí me parece que el texto, tal como está el artículo 123 (actual artículo 131), está muy bien, y está muy bien porque se habla de planificación de la actividad económica general, sin más apellidos ni más calificativos.»

16. Bassols Coma, M., *op. cit.*, pág. 214.

17. Rodríguez-Arana, J., «Competencias económicas. Estado y comunidades autónomas, RAAP núm. 22, 1995, pág. 28 y ss.

18. STC 125/1984, de 20 de diciembre (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1985).

19. Rodríguez-Arana, J., *op. cit.*, pág. 31.

20. Gallego Anabitarte, A., y Marcos Fernández, A. de, *Derecho administrativo. I* (materiales), Madrid, 1994. Cfr. Gallego Anabitarte, A., *Derecho general de organización*, Madrid, 1971; STC 32/1983; 42/1983; 11/1984; 27/1987 y 227/1988, entre otras muchas.

caz, a lo que se ve no puede presuponer el menoscabo de las competencias exclusivas de las entidades coordinadas. Así lo ha venido a declarar el propio Tribunal Constitucional. En efecto, la STC 144/1985, de 25 de octubre, ha declarado:

«Los actos de aprobación de declaración de zonas de agricultura de montaña, previstos en el artículo impugnado, se configuran como medidas de coordinación —es decir, de integración en un criterio unitario de una diversidad de iniciativas por parte de sujetos— en materia de planificación económica. En efecto, a través de tales aprobaciones, se integran actos anteriores realizados por diversos órganos o incluso por diferentes sujetos, de fijación de los territorios en los que hayan de aplicar los correspondientes “programas de ordenación y promoción”, y, por tanto, de los ámbitos en que haya de confluir el ejercicio de diversas competencias —ya genéricas como la de la planificación, ya específicas, correspondientes a las diversas materias más arriba señaladas— tanto estatales como autonómicas o incluso de otros entes territoriales. Por otra parte, la aprobación de cada declaración habrá de tener lugar al fin de un procedimiento, en el que pueden haber intervenido o participado las comunidades autónomas afectadas. Por lo tanto, al dictar el legislador estatal el artículo 5c de la Ley 25/1982, no hizo otra cosa que establecer un mecanismo de coordinación en materia de planificación económica, ya que la determinación definitiva y unitaria conforme —es de suponer— a criterios homogéneos del ámbito del programa de que se trate, con base en las

propuestas de los diversos entes territoriales afectados, sirve precisamente para posibilitar la acción conjunta y coordinada de todos ellos sobre un mismo territorio.»<sup>21</sup>

#### IV

La incorporación de España a la Comunidad Europea ha supuesto la asunción de competencias de forma exclusiva en favor de la misma. Este ha sido el caso de la legislación aduanera que encuentra su base o título genérico en los art. 9, 111, y 113 del Tratado constitutivo de la CEE y en cuya virtud se ha aprobado el Código aduanero comunitario y el extenso reglamento que lo desarrolla. Parece claro, por lo demás, que la intervención sobre el comercio exterior es anterior al nacimiento mismo de los estados modernos, como lo demuestran algunos antecedentes en la Grecia clásica y en Roma así como en el Derecho castellano más rancio y representativo (partida III, título XVIII, Ley XX)<sup>22</sup> y se prolonga así hasta el siglo XX, en que los aranceles se han convertido en un instrumento eficaz de política en materia de comercio exterior.

Es en este ámbito y a este tema al que dedica su libro S. Galera Rodrigo, libro éste objeto ahora de recensión por nuestra parte.

#### V

El libro de S. Galera Rodrigo se abre con sendos prólogos de los profesores F. Garrido Falla y C. F. Molina del Pozo y está dividido en cinco capítulos segui-

21. La STC 145/1988, de 12 de julio (FJ 3), en lo que ahora importa, ha sentado esta doctrina:

«El artículo 131 de la Norma Fundamental no se refiere a cualquier actividad planificadora del Estado, sino sólo y exclusivamente a una eventual actividad de planificación global de la planificación económica. Dicho de otro modo, el precepto no se proyecta sobre acciones de planificación sectorial, como en el presente caso. Ello implica, pues, que la reserva de ley no se puede imponer al R.D. objeto de la presente controversia, cuya finalidad es claramente sectorial.»

22. Sánchez Benito, J.M., *La Corona de Castilla y el comercio exterior*, ed. Ciencia 3, Madrid, 1993.

dos de un amplio índice de la jurisprudencia comunitaria y una amplia y destacada bibliografía sobre el tema objeto de estudio.

1. El capítulo primero se dedica al marco jurídico de la intervención administrativa en el comercio exterior con especial atención a la intervención en la actividad económica,<sup>23</sup> la constitución económica,<sup>24</sup> la libertad de empresa y la cláusula de intervención,<sup>25</sup> los preceptos que amparan el carácter internacional del derecho aduanero,<sup>26</sup> los preceptos relevantes en materia tributaria,<sup>27</sup> la intervención en el marco de la Unión Europea,<sup>28</sup> las formas de intervención y los actos aduaneros.<sup>29</sup>

1.1. Destaca debidamente la autora del libro que se comenta que la libertad de empresa no es un derecho absoluto y que conoce limitaciones que son precisamente las que establece el segundo párrafo del artículo 38 CE. Como esta libertad no es absoluta, según queda dicho, el artículo 53 CE establece la reserva para derechos y libertades para el capítulo II del título I al referirse a que esta ley (reserva de ley) deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial. Esto es lo que tempranamente ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril.

1.2. Destaca también la autora los caracteres del ordenamiento jurídico tri-

butario destacando los principios de seguridad jurídica, legalidad, tipicidad, capacidad económica, proporcionalidad, igualdad e irretroactividad de las normas tributarias.

1.3. La intervención administrativa en el marco de la Unión Europea se refleja en casi todo el articulado del Tratado constitutivo de la misma y, de manera especial en:

— Art. 36 y 115, en relación a los movimientos de mercancía;

— Art. 48.3, en relación a los movimientos de trabajadores asalariados;

— Art. 56, en relación a la libertad de establecimiento y prestación de servicios;

— Art. 73 D<sub>by</sub> 73 G, en relación a los movimientos de capitales;

— Art. 28, sobre el establecimiento de aranceles a la entrada de mercancías de terceros países;

— Art. 73, C.2, en relación a determinados movimientos de capitales desde o hacia terceros países, y

— Art. 115, en relación a la entrada de mercancías de un tercer país en un estado miembro en el que el régimen comercial convenido provoque dificultades, medidas que deben ser autorizadas previamente por la Comisión.

1.4. Entre las distintas formas de intervención, cabe destacar con R. Martín Mateo —y así lo recoge S. Galera Rodrigo— tres apartados o aspectos (formas), a saber:

23. Baena del Alcázar, M., *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, ed. Tecnos, Madrid, 1966.

24. STC 12/1990, de 27 de junio.

25. STS de 24 de mayo de 1984.

26. Alonso García, E., «Incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley 10/1985», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, ed. Civitas, Madrid, 1986.

27. Falcón Tella, R., *Introducción al derecho financiero y tributario de las comunidades europeas*, Universidad Complutense de Madrid-Civitas, Madrid, 1988 y Ferreiro Lapatza, J.J., Clavijo Hernández, F., Martín Queralt, J. y Pérez Royo, F., *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1991.

28. Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de derecho administrativo*, ed. Ariel, Barcelona, 1992.

29. Agulló Agüero, A., *La renta de aduanas. Configuración técnico-jurídica y aspectos procesales*, «Monografías», núm. 3, IEF, Madrid, 1978.

a) Intervenciones generales, entendiéndose por tales aquellas medidas que pretenden intencionadamente modificar las conductas de los particulares, en el sentido querido por la política económica, o el aseguramiento de que se producirán conforme a los objetivos adoptados.<sup>30</sup>

b) Intervenciones individualizadas, que se instrumentalizan como actos administrativos, y que ponen en contacto directo a la Administración y a los administrados. Aquí distingue los actos administrativos susceptibles de producirse: órdenes, dispensas, autorizaciones...

c) Actuaciones propias: financiación, producción, prestación, inversiones, adquisiciones, retribuciones.<sup>31</sup>

2. El capítulo segundo está dedicado al estudio del concepto y alcance del derecho aduanero con especial incidencia en la exposición de la naturaleza jurídica de sus normas, su relación con la Unión Aduanera Europea y otros extremos interesantes. Para la autora el derecho aduanero está compuesto por un conjunto de normas de derecho público, de finalidad protectora, cuyo cumplimiento es exigible siempre que se realiza una operación de comercio internacional de mercancías, y por aquellas otras imprescindibles para su aplicación efectiva.<sup>32</sup>

2.1. El derecho aduanero, según la definición propuesta por la autora, contiene estas dos clases de normas:

— Aquel conjunto de normas que determinan y ordenan lo relativo a las obligaciones pecuniarias consecuentes a las operaciones de comercio exterior, aquel que presenta un carácter «*protector tarifario*»,

tradicionalmente calificadas de normas de «derecho fiscal aduanero».

— Aquel otro que, con carácter previo, concreta la posibilidad genérica (admitiéndola, limitándola o negándola) de realizar operaciones de comercio exterior y que, en cualquier caso, imponen obligaciones de distinto contenido y naturaleza (declaraciones, autorizaciones, admisiones...) a quienes pretenden realizarlas.

3. El capítulo tercero se ocupa de la competencia en materia aduanera y estudia principalmente las competencias comunitarias en general (competencias de atribución, competencias implícitas y competencias subsidiarias), las competencias normativas en materia aduanera, las competencias de ejecución (actos normativos de ejecución y actos de aplicación) y las competencias en materia de derecho aduanero y las comunidades autónomas españolas.

3.1. La autora pone de relieve que la competencia genérica para la aprobación y modificación del arancel y la adopción de una política comercial común se desprenden clarísimamente del contenido de los tratados fundacionales de la CEE, pero que no sucede lo mismo con la competencia relacionada con la legislación consecvente con el establecimiento de la Unión Aduanera, cuya precisión se debe a la labor interpretativa del Tribunal de Justicia.<sup>33</sup> Estas competencias atribuidas genéricamente pueden extraerse del art. 27 del Tratado CEE para el período transitorio. Posteriormente, la base hay que buscarla en los art. 100, 100 A y 235 del mismo tratado internacional. Y de manera abierta, debido a:

30. Con reserva de ley para estas ocasiones.

31. Martín Mateo, R., *Manual de derecho administrativo*, ed. Trivium, Madrid, 1990.

32. Galera Rodrigo, S., *Derecho aduanero español y comunitario (La intervención pública sobre el mercado exterior de bienes)*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

33. Galera Rodrigo, S., *op. cit.*, pág. 153.

— La amplitud del ámbito sobre el que opera («aproximación de disposiciones [...] que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del Mercado Interior»);

— El instrumento jurídico susceptible de ser utilizado (con el término «medidas» legítimas de utilización de cualquier norma comunitaria);

— La ausencia de criterios que predefinan las elecciones anteriores, determinando, bien ámbitos concretos, bien la extensión de la competencia que se atribuye en función del instrumento jurídico utilizado.<sup>34</sup>

Dos etapas hay que distinguir en el proceso de formación del derecho aduanero comunitario que se diferencian o distinguen con la aprobación del Acta Única Europea (art. 100 A). Pone de relieve que la primera etapa estaba constituida por los art. 27, 100 y 235 del Tratado. Durante esta época, las normas aduaneras, distintas de las cuestiones estrictamente arancelarias y comerciales, revestían la forma jurídica de «directivas», dada la dificultad y escaso consenso para adoptar una norma de contenido uniforme —reglamentos— haciendo uso de la habilitación del art. 235 que exige la unanimidad en el seno del Consejo. Aquí la doctrina del Tribunal de Luxemburgo ha sido decisiva.

En la segunda etapa —que se abre con la aprobación del Acta Única Europea según he dicho hace un momento— se adoptan nuevos reglamentos en los ámbitos ya regulados por las directivas adoptadas en la etapa anterior, especialmente en aquellas que regulaban los elementos esenciales de la relación jurídico-aduanera,

y que, por ello, se encontraban «retenidos» en los ámbitos de competencia nacional en defecto de una atribución específica a los órganos comunitarios contenida en los tratados. Con ello, se persiguió «acabar con las disparatadas normas existentes, producto, en gran parte, de las respectivas transposiciones nacionales» que requerían dichas normas. Esta segunda etapa culmina con la promulgación del Código aduanero europeo por el Reglamento comunitario núm. 2913/1992, del Consejo.

3.2. Especial interés tiene el papel de las comunidades autónomas en el reparto competencial en materia de derecho aduanero. *Prima facie* sabemos que la Comunidad ostenta competencias exclusivas en esta materia, tanto normativas como de ejecución, aunque en estas últimas tengan alguna participación los estados miembros. Es sabido, dada la definición político-administrativa del Estado español como estado unitario territorialmente descentralizado, que es la definición que se prefiere,<sup>35</sup> que tempranamente el Tribunal de Luxemburgo dejó libertad a los estados miembros para que estableciesen cuáles serían los órganos competentes para la ejecución del derecho comunitario. Este problema era especialmente peliagudo en el supuesto de estados compuestos o federales. El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente en relación con el reparto competencial en lo tocante a la ejecución y cumplimiento del derecho comunitario que «la traslación de la norma comunitaria derivada del Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de

34. Galera Rodrigo, S., *op. cit.*, pág. 154.

35. Gallego Anabitarte, A., «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo», en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX*, vol. I, libro homenaje al profesor F. Garrido Falla, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pág. 549 y ss.

competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias». Y, en otra ocasión, ha declarado que «no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario», por lo que habrá de entenderse atribución de competencias de la materia en cuestión, de la que se derivará el sujeto competente para la ejecución del derecho comunitario en relación a esa materia.<sup>36</sup> Es el supuesto del art. 149.1.10 CE.

4. El capítulo cuarto se dedica el estudio de las fuentes del derecho aduanero con especial hincapié que hace la autora en el estudio de las fuentes directas (tratados internacionales, actos comunitarios y actos nacionales) y las fuentes jurisdiccionales y doctrinales (la jurisprudencia y la doctrina como fuente del derecho aduanero). Están muy bien descritas las fuentes nacionales —pues las comunitarias son sobradamente conocidas—, destacando la Ley arancelaria de 1960 y el arancel adaptado a la nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, aprobado por Decreto 999/1960; el texto refundido de los impuestos integrantes de la renta de aduanas, aprobado por Real decreto 511/1977, desarrollando el art. 241 de la Ley 41/1964, de reforma del sistema tributario; Decreto de 14 de octubre de 1947, que aprueba el texto refundido de las ordenanzas de aduanas; Real decreto 2290/1985, que adopta la nomenclatura de la Comunidad, también basada en la nomenclatura de Bruselas, incorporando las subpartidas necesarias para prolongar su vigencia hasta el final del período transitorio, objetivo que no llegó a

alcanzarse; Real decreto 1455/1987, que adopta la nueva nomenclatura del arancel acomodado al arancel aduanero común ya incorporada al sistema armonizado y el Real decreto 1626/1992, que adopta el arancel aduanero común tras la aceleración acordada del fin del período transitorio, si bien con algunas excepciones.

5. El capítulo quinto y último se ocupa del derecho aduanero y su regulación positiva (perspectiva externa y perspectiva interna), dividido en dos secciones. La primera aborda el régimen general del comercio exterior con especial atención a las disposiciones comunes a las medidas fiscales y extrafiscales de intervención (la nomenclatura combinada, la determinación del origen de las mercancías, procedimiento aduanero y régimen comunitario<sup>37</sup> y procedimiento aduanero y régimen español), el derecho fiscal aduanero (nacimiento de la deuda aduanera, elementos de imposición y operaciones de endeudamiento) y derecho comercial aduanero (régimen de intercambios comunitarios y el régimen comercial en el ordenamiento español).<sup>38</sup>

La sección segunda de este capítulo expone con detenimiento las excepciones al régimen general y, especialmente, los regímenes aduaneros económicos (depósito aduanero, régimen de perfeccionamiento activo, transformación bajo control aduanero, importación temporal, régimen de perfeccionamiento pasivo y régimen de tránsito), operaciones privilegiadas (franquicias aduaneras y mercancías de retorno) y depósitos y zonas francas (descripción y efectos y el ordenamiento español).

Los efectos inmediatos del depósito aduanero —como apunta la autora del libro comentado— son:

36. STC 72/1992, de 28 de mayo.

37. Art. 264 y ss. del Reglamento de aplicación.

38. *Vid.* Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de febrero de 1986.

— No aplicación de derechos de importación ni, salvo disposición en contrario, de medidas de política comercial (respecto de mercancías no comunitarias).

— Aplicación de beneficios relacionados con la exportación de mercancías, sin que una normativa comunitaria específica así lo prevea (respecto de mercancías comunitarias).

Finalmente los depósitos y zonas francas comienzan en nuestro país con la Ley de 1929 (Barcelona y Cádiz) y su Reglamento de 22 de julio de 1930 hasta la promulgación del Real decreto 1297/1986 y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 1992 que adaptan nuestro derecho aduanero a las directivas comunitarias.

## VI

Hasta aquí el contenido esencial del libro que comentamos. Hay que saludar vivamente la publicación del mismo —que no sabemos si se trata de la tesis doctoral de su autora, aunque nos inclinamos a creerlo— que supone una im-

portante contribución a un sector fronterizo entre el derecho administrativo y financiero y tributario así como del derecho comunitario.

La autora, con esta valiosa aportación, se suma a la ya amplia nómina de mujeres administrativistas, que inaugura Amparo Rubiales, y que han seguido engrosando —entre otras que el lector debe dispensar si las omito— C. Chinchilla Marín, S. del Saz, Blanca Lozano,<sup>39</sup> M. Beladiez Rojo, A. de Marcos Fernández, M. C. Barrero Rodríguez y M. J. Gallardo Castillo.<sup>40</sup>

Por todo ello, hay que felicitar nuevamente a S. Galera Rodrigo. Y por partida doble: primero, por la aportación valiosa que al derecho aduanero supone su trabajo; después, por abultar aún más la nómina de jóvenes profesoras que se suman al apasionante quehacer que supone el formidable desarrollo que en los últimos años ha experimentado el derecho administrativo español y con él la ciencia del derecho.

El lector, como siempre, tiene ahora la palabra...

Francisco Javier Jiménez-Lechuga

39. Chinchilla Marín, C., Lozano, B. y Saz Cordero S. del (tres estudios), ed. UNED-Civitas, Madrid, 1992.

40. Gallardo Castillo, M. J., *El dominio público y privado de las entidades locales; el derecho de propiedad y la utilización de potestades administrativas*, ed. CEMCI, Granada, 1995.

Beltrán de Felipe, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, serie Monografías, Madrid, 1995, 509 pág.

## I

Puede decirse sin duda alguna que la promulgación de la Constitución española de 1978 ha supuesto un hito funda-

mental en el largo camino recorrido por el derecho administrativo en los dos últimos siglos. Incluso algún autor español de indudable prestigio científico ha hablado de la necesaria refundación del de-

recho administrativo.<sup>1</sup> Esta conmoción puede afirmarse que afecta a tres aspectos importantes: a) La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando, como consecuencia de su actividad, inciden negativamente sobre el patrimonio de los administrados lesionados; b) La defectuosa e inadmisibles justicia cautelar administrativa que, hasta fechas recientes, no admitía otras medidas positivas que las recogidas en las estrechas vías que ofrecían los art. 116 de la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, y 122 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>2</sup> (LJCA) que se vieron ampliadas con lo que podríamos llamar *suspensión automática* para determinados

supuestos por el art. 7.2 y 5 de la Ley para la protección de los derechos fundamentales, de 26 de diciembre de 1978 y, c) La dificultad que representaba la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos por las también estrechas vías de los art. 103 y ss. de la LJCA ya citada.<sup>3</sup> Estas cuestiones han sido estudiadas con profusión y detenimiento por un sector muy importante de la doctrina española desde 1986 y hasta el momento.<sup>4</sup> Veamos todo esto con detenimiento:

a) El sistema español de responsabilidad administrativa sigue siendo sustancialmente el mismo que quedara dibujado en la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (art. 121 y ss.), la Ley de régimen jurídico de la Adminis-

1. Fernández Rodríguez, T.R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, ed. Civitas, Madrid, 1991. En lo que aquí interesa al lector, dice (pág. 130):

«Refundición y depuración conceptual, liberación del lastre de los viejos tópicos, sustitución de la antigua mística por el nuevo aliento del constitucionalismo de nuestros días. En este nuevo contexto el Derecho Administrativo, así reequilibrado, sigue teniendo un papel decisivo que jugar en la realización del Estado de Derecho. Seguirá siendo, desde luego, la sombra del Estado iluminada por la luz del siglo, en la afortunada frase de Boulouis, pero la nueva luz de nuestros días, en las propias vísperas de un siglo también nuevo, la sombra ha de perder progresivamente los perfiles opresivos que todavía conserva de sus primeros tiempos. De ello, depende, además —conviene no olvidarlo—, su propia justificación y, por lo tanto, su supervivencia.»

2. Chinchilla Marín, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1991 y Sainz Moreno, F., «Suspensión del acto administrativo y caución suficiente», REDA núm. 15/1977. De manera especial García de Enterría, E., *La batalla por las medidas cautelares*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

3. Sánchez Isac, J., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas y otros extremos sobre el régimen local*, ed. Bayer Hnos., Barcelona, 1991; González Salinas, P., «La ejecución provisional de las sentencias apeladas», REDA núm. 65/1989; Font i Llovet, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, ed. Civitas, Madrid, 1985; Font i Llovet, T., «Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias», en *La protección jurídica del ciudadano*, libro homenaje al profesor J. González Pérez, ed. Civitas, vol. II, Madrid, 1993, pág. 1173 y ss.; Quintana López, T., «Ejecución de sentencias dictadas en procesos contencioso-administrativos», *Revista de Ciencia y Técnica judicial* núm. 9, Zaragoza; Fernández Rodríguez, T.R., «De nuevo sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas», RAP núm. 84/1977, pág. 263 y ss.; Fernández Rodríguez, T.R., «Discrecionalidad y jurisdicción revisora», REDA núm. 2/1974; Fernández Pastrana, J.M., «Ejecución de sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», BCAM núm. 6/1991; Guaita Martorell, A., «Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español», RAP núm. 9/1952; Gómez-Ferrer Morant, R., «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica de los poderes públicos», REDA núm. 33/1982; González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, ed. Civitas, Madrid, 1989; Martín-Retortillo Baquer, L., «Evolución reciente del Contencioso-Administrativo», RAP núm. 95/1981; García de Enterría, E., «La jurisdicción contencioso-administrativa hoy», DA núm. 220/1989; Bermejo Vera, J., «La tutela judicial del administrado», REDA, núm. 35/1982 y Beltrán de Felipe, M., *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

4. García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

tración del Estado, de 26 de julio de 1957 (art. 40 y ss.) y el Reglamento de la propia Ley de expropiación forzosa. El sistema ha quedado constitucionalizado (art. 106.2 CE) y regulado recientemente en los art. 139 a 146, ambos inclusive, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con claras insuficiencias como la ineficacia del procedimiento abreviado o la irresponsabilidad del Estado legislador. Sobre todo esto yo mismo me he ocupado recientemente con gran interés y extensión y allí me permito remitir ahora al lector de estas páginas.<sup>5</sup> Sobre el principio de legalidad y la responsabilidad de la Administración por su actividad dañosa ya escribió algo como precursor M. Hauriou en Francia.<sup>6</sup>

Es expresiva la STS de 30 de octubre de 1990, Ar. 8395, que en su FJ 3, dice:

«Por lo expuesto, y dándose el supuesto fáctico a que se refieren los preceptos mentados de la Constitución, de la Ley de Régimen Jurídico del Estado, la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Bases de Régimen Local al concurrir el defectuoso funcionamiento del servicio público inherente al cuidado de las vías públicas con daños en la propiedad del demandante valorables económicamente e individualizados en la persona del recurrente concurriendo también como causa de los mismos el mal estado de la propiedad del recurrente, procede dar lugar al recurso, en parte, estimando que de la

prueba practicada resulta que la causa de los daños es atribuible en idéntica medida a ambas circunstancias del Ayuntamiento de Castilléjar, procede ser concedida solamente en la mitad de su importe, o sea en 460.000 pesetas.»

b) El raquitismo de la justicia cautelar administrativa es otro de los graves problemas del ordenamiento jurídico-administrativo al que la doctrina más reciente y mejor ha dedicado también su atención.<sup>7</sup> Sin embargo, recientemente, una línea jurisprudencial más progresista (sobre todo a partir de 1989) ha hecho una interpretación más acorde con los postulados constitucionales (art. 24.1 CE) del entero artículo 122 de la Ley jurisdiccional que ha permitido perjuicios irreparables a muchos ciudadanos ante la imposición de sanciones, el cierre de establecimientos o la denegación de autorizaciones administrativas necesarias para el ejercicio de una profesión u oficio. Hay que reconocer, empero, que las características intrínsecas del proceso administrativo (su carácter revisor y el juicio al acto) han impedido ir más lejos de lo que hubiese sido deseable. Y esto es tanto más cierto y más contradictorio cuando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo puede tomarse como avanzadilla de estos progresos incluso en el supuesto de inaplicación de leyes nacionales que previsiblemente entran en colisión con el derecho comunitario europeo como fue el caso de la Sentencia Factortame, de 19 de junio de 1990 y que E. García de Ente-

5. Jiménez Lechuga, F.J., *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español y comunitario europeo (una visión de conjunto)*, de próxima y previsible publicación en ed. Civitas. Vid. también Lliset Borrell, F., Romero Fernández, F., y López Pellicer, J.A., *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (comentarios a la Ley 30/1992 y su conexión con el Régimen local)*, Abella, Madrid, 1994 y Gil Ibáñez, J.L., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, ed. A.A., Madrid, 1995.

6. Hauriou, M., *Précis de Droit Administratif*, ed. Sirey, París, 1933.

7. Chinchilla Marín, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

ría ha estudiado con algún detenimiento.<sup>8</sup>

De esta línea aperturista es paradigmática la STC 115/1987, de 7 de julio,<sup>9</sup> que, en lo que ahora interesa, ha dejado sentado que:

«La efectividad de la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la Constitución establece (no impone) en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada protección jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esa doctrina legislativa no incida también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la suspensión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.»<sup>10</sup>

El concepto de medidas cautelares es aquel que comprende los medios e instituciones que directa e inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia de un proceso declarativo o, mejor, el tiempo que el juicio declarativo tarda en sustanciarse.<sup>11</sup> Y las características de estas medidas cautelares son la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad, la urgencia, la provisionalidad, la funcionalidad y la homogeneidad.<sup>12</sup> Son presu-

puestos de las medidas cautelares el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la fianza y la dependencia del proceso principal. En cuanto al primer supuesto, advierte Calamandrei que la indagación y posterior comprobación de su existencia podrá realizarse:

a) De modo pleno y profundo, antes de la concesión de la medida cautelar;

b) En dos tiempos, dentro del proceso cautelar; cognición sumaria en el primer tiempo y ordinaria en el segundo, cuando es confirmada por el juez, y

c) En vía sumaria sin que le siga una ulterior fase de comprobación.<sup>13</sup>

En cuanto al *fumus boni iuris*, ya ha sido puesto de relieve este presupuesto procesal, *v. gr.*, por la Sentencia Zuckerfabrik, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de febrero de 1991, que en su párrafo 33 ha dejado sentado que:

«La suspensión de ejecución de un acto nacional dictado en ejecución de un Reglamento comunitario no puede ser acordada por una jurisdicción nacional más que:

— si dicha jurisdicción tiene dudas serias sobre la validez del acto comunitario y siempre que, si el Tribunal de Justicia no estuviese conociendo ya de la cuestión de validez del acto impugnado, dicha jurisdicción plantee por sí misma dicha cuestión prejudicial;

— si hay urgencia y el demandante estuviese amenazado de un perjuicio grave e irreparable; y

— si dicha jurisdicción toma en consi-

8. García de Enterría, E., *La batalla por las medidas cautelares*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

9. BOE núm. 180, de 29 de julio.

10. Igual doctrina puede hallarse en la STS de 6 de junio de 1989, Ar. 4500 y en los autos del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, Ar. 585 y 6 de abril de 1990, Ar. 2856.

11. Fernández, M.A., *Derecho procesal civil*, vol. III, ed. P.P.V., Barcelona, 1988.

12. Chinchilla Marín, C., *op. cit.*, pág. 32 y ss.

13. Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padua, 1936.

deración debidamente el interés de la Comunidad.»

Por su parte, E. García de Enterría, analizando últimamente las decisiones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el tema de la justicia cautelar administrativa,<sup>14</sup> extrae del estudio de la sentencia referida y de su precedente de Factortame, dos conclusiones importantes, a saber:

— la afirmación y el robustecimiento del papel de los jueces nacionales como jueces ordinarios o de derecho común para garantizar (la efectividad del) derecho comunitario;

— la significación central de la disponibilidad de un sistema de medidas cautelares como exigencia de la efectividad de la tutela judicial.

Y en cuanto a lo segundo afirma E. García de Enterría que la significación capital de las medidas cautelares para asegurar a los justiciables una tutela judicial efectiva, es quizás más obvia. En todos los ordenamientos positivos europeos es la hora del *référé*, de los juicios provisionales, y de la consideración de las medidas cautelares como un verdadero anticipo del fallo, aunque provisional, revocable en cualquier momento, sin fuerza de cosa juzgada, anticipo incluso de una forma extrema de una *provisión* de la cosa o del dinero que se reclama en el juicio.<sup>15</sup>

En concreto, afirma rotundamente:

«Así está ocurriendo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, hasta ahora especialmente cerrado a esta especie de arbitrios procesales, por sus ori-

genes históricos que partían de la posición privilegiada de la Administración. Pues bien, también en este campo, la irrupción de las técnicas de justicia provisional inmediata se ha abierto paso resueltamente en nuestros días. Así ha ocurrido en el modelo histórico de todo el sistema de justicia administrativa, el Contencioso-Administrativo francés, en el que por los Decretos de 2 de septiembre de 1988 se han introducido nuevos instrumentos de *référé*, incluyendo medidas cautelares positivas y no sólo la suspensión de los actos impugnados, incluso el *référé provision*, que permite ordenar el pago a la Administración desde el momento mismo de la iniciación del proceso. Así, en Italia, donde una Sentencia del Tribunal Constitucional, la número 190, de 28 de junio de 1985, que ha declarado inconstitucional la limitación a la suspensión del acto de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Así, en fin, en España, donde una jurisprudencia lúcida del Tribunal Supremo ha concluido por considerar que del artículo 24 de la Constitución surge un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar administrativa<sup>16</sup> “efectiva”, sobrepasando resueltamente la regulación contenida en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional y admitiendo “las medidas cautelares que sean necesarias”, incluso las de carácter positivo.»<sup>17</sup>

Esta justicia cautelar debe contemplar casi todas las medidas que para el proceso civil recoge el art. 924 de la Ley de enjuiciamiento civil que, como se recordará, es de aplicación supletoria de la Ley juris-

14. García de Enterría, E., «Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991», REDA núm. 72/1991.

15. García de Enterría, E., «Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez nacional contra el Derecho comunitario: la Sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991», REDA núm. 72/1991.

16. Este adjetivo añadido es nuestro.

17. García de Enterría, E., *op. cit.* notas núm. 14 y 15.

diccional (disposición adicional sexta LJCA) y otras procedentes del derecho continental europeo y, en todo caso, el proceso —a tramitar por la vía del incidente— tendrá, en todo caso, las siguientes características:<sup>18</sup>

— Se tratará siempre de un proceso sumario.

— Su esencia y función exigen que las medidas cautelares se tomen siempre sin la vigencia del principio de contradicción.

— Normalmente es competente para acordar la medida cautelar el juez competente para el conocimiento de la causa principal.

— Legitimado activamente para solicitarla es siempre el actor del pleito principal; legitimado pasivo lo es siempre el demandado.

— Al ser las medidas cautelares temporales y revocables, la resolución judicial que las adopta no produce los efectos de la cosa juzgada.

Ya he dicho hace un momento que hay soluciones que el Derecho comparado ofrece y que hay que aprovechar para el caso español. Estas soluciones que no fueron tenidas apenas en cuenta en el proyecto de Ley de lo contencioso-administrativo de 1986, parece que tampoco encuentran pleno reflejo en el que actualmente se tramita y al cuyo asunto dedicara alguna atención próximamente en algún trabajo sobre estos temas.

En Francia se conoce el llamado *référé*, que es una institución antigua que data del siglo XVII y con un claro origen jurisprudencial, definiéndose como (art. 484 CPC) una decisión provisional, adoptada a instancia del demandante, dando audiencia al demandado, en aquellos supuestos en los que la ley otorga al juez el poder de ordenar inmediatamente las

medidas que sean necesarias en cada caso. Existen el *référé général*, el *référé spécial* y el *référé* ante tribunales distintos del de Gran Instancia. Además, cabe distinguir entre *référé* de urgencia, *référé de remise en état*, *référé* preventivo, *référé* provisión y *référé injonction*.

También conoce el derecho francés las *ordonnances sur requête*, que son medidas provisionales adoptadas *inaudita parte*. Por tanto, en este supuesto, el principio contradictorio no tiene reflejo sino posteriormente y contra ellas cabe el recurso de apelación o el recurso de retractación según que el mismo sea estimatorio o desestimatorio (art. 496 CPC) y los procesos *d'injection* que son procesos que permiten obtener del juez —sin debate contradictorio— una condena al pago de una cantidad o a la ejecución *in natura* de una obligación contractual, existiendo dos tipos bien conocidos de los juristas franceses, a saber: el de *injonction de payer* y el de *injonction de faire*. Para utilizar este último remedio procesal —modalidad de procesos cautelares *d'injection*—, es preciso que concurren las siguientes condiciones (art. 1425.1 CPC):

— El demandante deber ser acreedor de una obligación de hacer o de entrega de una cosa, quedando excluidas, por tanto, las obligaciones de no hacer y las de pago de dinero.

— El objeto de la demanda debe ser la ejecución *in natura* de una obligación, lo que excluye la ejecución por equivalente.

— La obligación ha de tener un origen contractual.

— Las personas que hayan suscrito el contrato no pueden ser todas comerciantes.

— El valor de la prestación no debe exceder de la cuantía que sea de la competencia del Tribunal de Instancia.

18. Gimeno Sendra, V., Moreno Calena, V., Almagro Nosete, J., y Cortés Domínguez, V., *Derecho procesal civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

El *Constat d'urgence* es más antiguo como procedimiento cautelar que el propio *référé* y es un proceso no contradictorio en que lo único que se exige es la notificación inmediata de la resolución adoptada al demandado. El *référé d'expertise* también es muy utilizado. El *sursis à exécution* es la última figura del elenco amplio que ofrece la justicia cautelar francesa que, no obstante, sigue siendo la excepción, puesto que la regla —como sin duda adivina ya el lector— es la no suspensión del acto administrativo tal cual ocurre en el derecho español. Para su concesión, lógicamente, es necesario que concurren las siguientes condiciones:

— Que el acto administrativo sea ejecutable. Para que la decisión administrativa pueda ser suspendida es preciso que sea apta para ser ejecutada. Por eso, el juez no puede suspender actos negativos.

— *Fumus boni iuris*. Para conceder la suspensión es necesario que quien la solicite invoque motivos serios y fundados en apoyo de su demanda.

— *Periculum in mora*. Éste es el elemento de apreciación más exacto y significa, como es sabido, que el daño que causaría la ejecución del acto, durante el tiempo en que se desarrolla el proceso contencioso-administrativo, sería difícilmente reparable.<sup>19</sup>

En el derecho italiano las figuras de la justicia cautelar administrativa son también de base jurisprudencial. El *giudizio cautelare* así como el *giudizio di ottemperanza* son los dos mecanismos más eficaces de la justicia cautelar italiana y permiten al juez de los autos adoptar toda clase de medidas provisionales que a veces, incluso adoptadas, suponen la sustitución de las decisiones del juez por la voluntad

de la propia Administración italiana. Esta situación merece el juicio negativo y la desaprobación de C. Chinchilla Marín, que entiende que en aras de la mejor tutela de los derechos del administrado se transgrede el principio de la división de poderes —mejor diríamos nosotros de la división de funciones.<sup>20</sup>

Volviendo a la situación de la pieza de suspensión en nuestro derecho, el Auto del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1989, Ar. 2928, refleja claramente la situación actual. Dice:

«Esta Sala tiene dicho ya [...] que es necesario modular el rigor —más aparente que real— de la excepcionalidad de la suspensión del acto que resulta del artículo 116 de la LPA, poniendo en relación este precepto con lo que ha establecido el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo que dispone que la ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado si en el momento de interponerse la reclamación se garantiza el importe de la deuda mediante depósito, aval o fianza personal y solidaria... Es necesario operar por grupos normativos, que es una manera de afirmar la coherencia del ordenamiento jurídico. Por donde no es correcto operar aisladamente con el artículo 116 LPA, sino integrándolo dentro del grupo que regula la suspensión, esto es, completándolo en este caso con lo que establecen los preceptos citados de la legislación reguladora de eso que se ha dado en llamar lo económico-administrativo.»

Y la STS de 11 de diciembre de 1984, Ar. 6672 (Ponente: Gutiérrez de Juana) hace una interpretación global del viejo art. 116 de la LPA. En efecto, dice:

19. Vigoroux, C., «Le sursis à execution des recours d'expulsion en urgence absolue», RFDA, núm. 1/1989.

20. Chinchilla Marín, C., «La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el *giudizio di ottemperanza*», REDA núm. 59/1988.

«Que aunque las razones expuestas en el precedente considerando manifiestan, sin necesidad de mayor comentario, la improcedencia de la argumentación esgrimida por el Ayuntamiento de Almansa, en favor de su acuerdo partiendo de la aplicación analógica del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es evidente que la exégesis de este precepto impide la aceptación de la pretendida analogía; así, cuando establece la posibilidad de que las autoridades administrativas suspendan la ejecutividad de sus propios acuerdos, lo hace para resolver las situaciones de dependencia derivadas de la interposición de recurso contra tales acuerdos, para evitar los perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse por su inmediata ejecución si la ejecución de aquellos fuera favorable al recurrente; situación que nada tiene que ver con la antijurídica actuación de quien, como ocurre en el presente caso, sin haber obtenido la preceptiva licencia, despreciando las oportunidades que, incluso irregularmente, se le concedieron para subsanar la anormal actuación, persiste en el ejercicio ilegal de una actividad calificada de molesta y en la que, además, no se ha interpuesto recurso alguno que legitime la posibilidad de suspensión.»

c) Problema sin duda capital en un Estado de derecho es el incumplimiento o cumplimiento parcial de las sentencias de los tribunales por las administraciones públicas deudoras de una conducta positiva en tales supuestos. Ríos de tinta se han vertido e innumerables son las páginas que se han escrito sobre este problema que ya en el siglo XIX enfrentó en España a liberales y conservadores en una lucha sin cuartel que incluso la literatura española recoge estremecedoramente en

muchos casos. Y esto sucede porque, a pesar del cambio que para la justicia administrativa supuso la promulgación de la Ley reguladora de dicha jurisdicción en 1956, no son pocos los inconvenientes que el sistema de ejecución de estas sentencias plantea (art. 103 y ss. LJCA) y que son, en alguna medida, heredados de la tortuosa historia del contencioso-administrativo en España.<sup>21</sup>

Viejos tópicos circulan todavía hoy por impedir el desarrollo de un proceso administrativo ejecutivo que garantice perfectamente los derechos de los administrados judicialmente declarados pugnando así con el principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que también comprende la ejecución de lo resuelto. Se ha entendido siempre que juzgar a la Administración era tarea de la propia Administración, y se ha creído ver en la sustitución un atentado contra el principio de la división de poderes, razón por la cual, obviamente, esta posibilidad quedaba proscrita del ordenamiento jurídico.<sup>22</sup> Por eso resulta trasnochada y decimonónica la lista de causas o supuestos en los que el Gobierno podrá decidir, después de acusado recibo en el plazo de diez días de la recepción de la sentencia: a) La ejecución del fallo, tomando a la vez las medidas necesarias al efecto; b) La suspensión del cumplimiento total o parcial del fallo; y c) La inejecución en absoluto, total o parcial, del mismo fallo, en estos casos —suspensión o inejecución— (art. 105.2 LJCA):

1. Peligro de trastorno grave del orden público.

2. Temor fundado de guerra con otra potencia si hubiera de cumplirse la sentencia.

3. Quebranto de la integridad del territorio nacional.

21. Nieto García, A., «Los orígenes del contencioso-administrativo», RAP, núm. 57, 1968.

22. Laferriere, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, ed. LGDJ, París, 1989 y Jeze, G., *Principios generales del derecho administrativo*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.

4. Detrimento grave de la Hacienda pública.

Y el apartado dice que «no podrá acordarse la inejecución o suspensión fundándose en la causa cuarta cuando el fallo condenare a la Administración al pago de cantidad, pero en tal supuesto, si estimare que el cumplimiento de la sentencia, en sus propios términos, habría de producir trastorno grave a la Hacienda pública, podrá el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, fijar la modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma que sea menos gravosa para el Tesoro público, lo que pondrá en conocimiento del Tribunal, por medio de la Abogacía del Estado, para que, oídas las partes, resuelva en definitiva sobre el modo de ejecutar la sentencia».

El art. 103 de la propia Ley jurisdiccional comienza proclamando enfáticamente que «La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso.» Se ve, pues, claramente, que existe una discrepancia entre este precepto —y habría que decir que también los siguientes— y los artículos 117.3 y 118 de la Constitución. En esto ha insistido reiteradamente, por todos, E. García de Enterría en una obra reciente y ya clásica sobre el género.<sup>23</sup> El Tribunal Constitucional, empero, mantiene la compatibilidad de todos estos preceptos y entiende constitucional en estos extremos la Ley jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 115/1985, de 12 de noviembre, que, en lo que ahora importa, dice así:

«En reiteradas sentencias de este Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitu-

ción comprende, entre otros, el derecho a que se ejecuten las sentencias de los Tribunales, sin el cual la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuviesen una sentencia favorable no sería precisamente efectiva, sino que podría limitarse a conseguir declaraciones de intenciones y reconocimiento de derechos sin alcance práctico (STC 32/1982, de 28 de junio, y otras posteriores). Por otra parte, y por tratarse de la exigencia de la «tutela judicial», resulta también claro que es a los Tribunales a quienes corresponde velar por ese cumplimiento, como declara expresamente el artículo 117.3, según el cual “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”. Ello es independiente de que la resolución judicial haya de ser cumplida por un ente público, pues, en tal caso, el ente “ha de llevarla a cabo con la debida diligencia, sin imponerle así el artículo 118 de la Constitución y cuando tal obstaculización se produzca el juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes” (STC 67/1984, de 7 de junio).»

Y en este mismo sentido la STS de 13 de marzo de 1986, Ar. 1080, ha declarado:

«El artículo 117.3 de la Constitución establece categóricamente que la potestad jurisdiccional comprende tanto las facultades necesarias para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos; ello impone una profunda modificación de lo dispuesto en los artículos 8.1 y 103 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ya que los Tribunales dejan de limitarse a fiscalizar la ejecución de sus sentencias para hacerlas ejecutar directamente, es decir, por potestad propia in-

23. García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

herente a la potestad jurisdiccional. Es muy cierto que esta nueva lectura de dichos preceptos, obligada por la norma fundamental, impone, a la vez, una nueva redacción de todos los comprendidos en el capítulo tercero del título cuarto de la Ley de 1956, ya que determinadas pautas del proceso no pueden quedar al arbitrio judicial, pero es claro, mientras esto no suceda, que los jueces han de interpretar las vigentes de acuerdo con el mandato constitucional, lo que supone: *a)* que donde la potestad jurisdiccional ejecutiva pueda ejercitarse claramente, debe ser ejecutada; *b)* que las medidas compulsivas indirectas y cautelares que se recogen, sobre todo, en los artículos 109 y 110 de la Ley han de interpretarse y aplicarse en el sentido de reforzar lo más posible la potestad jurisdiccional; *c)* que, en todo caso, el artículo 118 de la Constitución subraya y refuerza el papel colaborador y la obligación primordial de la Administración de cumplir voluntariamente las sentencias judiciales. Por todo ello, esta Sala considera plenamente ajustada al ordenamiento la medida adoptada por la de instancia en el auto recurrido.»<sup>24</sup>

E. García de Enterría dice, refiriéndose a la situación preconstitucional y al momento actual, en relación con la justicia administrativa, que, tras la Constitución, todos esos privilegios históricos de la Ad-

ministración, todas las limitaciones correlativas con que se ha ido configurando penosamente la justicia administrativa, han quedado eliminados,<sup>25</sup> lo que no quiere decir que los jueces deban dirimir cualquier discrepancia con los gobernantes. La judicialización plenaria, la «normalización», del contencioso-administrativo tiene un único límite constitucional, y es que los Tribunales no pueden invadir los ámbitos de competencias de los demás poderes constitucionales; ni los del cuerpo electoral, ni los del legislativo, etc., tampoco, naturalmente, las responsabilidades propias del Ejecutivo (art. 97 de la Constitución), ni el autogobierno de las entidades territoriales (art. 137), ni cualquier otro de los ámbitos diseñados en la arquitectura constitucional.<sup>26</sup>

Éste es, pues, el estado de la cuestión: profunda insatisfacción por el proceso administrativo ejecutivo y mayor protagonismo de los jueces en esta materia. Existen voces disonantes en nuestra doctrina.<sup>27</sup>

## II

Otro aspecto importante y conexo con lo anterior es la causa o causas de inejecución que recoge el art. 107 LJCA, según el cual «No podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad material o legal de eje-

24. El Auto del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 1985, Ar. 3876, ha dicho en la misma línea: «Se impugna en este recurso el auto apelado alegando la improcedencia del mismo por cuanto fue adoptado en trámite de ejecución de sentencia de la misma Sala de 28 de enero de 1985 y, según el artículo 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción, la ejecución de las sentencias corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso, pero no puede ser estimada procedente tal impugnación en cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y, en su consecuencia, la Sala que dictó la sentencia es competente para ejecutar lo juzgado; aunque lo actuado a tal efecto esté sometido a los requisitos generales de procedencia, a determinar en este recurso de apelación.»

25. García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

26. García de Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

27. Sánchez Morón, M., *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, ed. Instituto de España-Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

cución, y, si este caso se presentare, será sometido por la Administración, por medio del Abogado del Estado, al tribunal respectivo, dentro del referido plazo de dos meses, a fin de que, con audiencia de las partes, se acuerde la forma llevar a efecto el fallo», lo que representa supuestos de imposibilidad del juicio ejecutivo por pérdida del objeto (cierre de establecimiento ya clausurado o declarado en ruina), promulgación de nueva norma que considere extinguidos derechos anteriores y otros casos que se suceden con normalidad.<sup>28</sup> Debe considerarse que este precepto es aplicable a todas las administraciones públicas y que, básicamente, consiste en la exposición escrita, por la autoridad administrativa ejecutante (auxiliar de la ejecución), de los hechos y la posible causa sobrevenida de imposibilidad legal o material que, posteriormente, el Tribunal ha de apreciar con vista de la parte actora. Porque la imposibilidad ha de ser clara, terminante, absoluta e inequívoca ya que *dificultas non tollit obligationem* y, lógicamente, cualquier pretexto no debe valer para que la inejecución cristalice definitivamente.<sup>29</sup> Sin embargo, la vigencia del art. 18.2 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) plantea problemas de más hondo calado y a los que más adelante haré una breve alusión pues no es este el lugar para un estudio detenido de tan arduo problema.<sup>30</sup> Algún autor ha estudiado esto con acierto pero sus impresiones han quedado desfasadas y la situación actual es más grave todavía.<sup>31</sup>

En este sentido, y aclarando algo que por obvio parece empresa inútil, los autos del Tribunal Constitucional núm.

622/1986, de 12 de marzo y 92/1988, de 23 de mayo, contienen esta doctrina:

«Ningún precepto legal o constitucional puede exigir de nadie y, por tanto, de los órganos judiciales, la realización de un acto imposible. Aquí es aplicable también el viejo adagio jurídico *ad impossibilia nemo tenetur* (ATC 621/1985, de 25 de septiembre), "El presupuesto indiscutible para proceder a la ejecución consiste en que la resolución judicial controvertida sea, en efecto, susceptible de tal ejecución.»

Y, en consonancia con esta doctrina, el ATS de 22 de octubre de 1987, Ar. 8747, afirma:

«La imposibilidad legal no puede derivar de la existencia de terceros hipotecarios (surgidos todos ellos cuando el pleito estaba ya tramitándose), puesto que los adquirentes en tales circunstancias de las viviendas —como se declara en el 5.º considerando del auto apelado— podrán ejercer, en su caso, las correspondientes acciones contra quienes se las vendieron por los daños y perjuicios que hayan sufrido.»

Y más claramente todavía, el ATS de 16 de julio de 1991, Ar. 6335, que dice:

«La imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta, esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias

28. STC 42/1993, de 8 de febrero (FJ 2).

29. Sainz de Robles, F.C., «Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La ejecución de sentencias», *Tapia*, núm. 54, 1992.

30. Fernández, M.A., *Derecho procesal civil*, vol. III, ed. Cesura, Madrid, 1992.

31. Parejo Alfonso, L., «La legitimación para plantear el incidente de imposibilidad de ejecución del art. 107 de la LJCA», REDA, núm. 16, pág. 74 y ss.

judiciales en sus propios términos, que no es otra cosa que seguridad jurídica.»

Esta es la línea mayoritariamente seguida por el Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional en los últimos tiempos.<sup>32</sup> Es decir, que se entienden constitucionales (conforme a la Constitución) los art. 103 y ss. de la Ley jurisdiccional y que, en consecuencia, la Administración condenada, en el incidente de ejecución de sentencia, no es sino un fiel auxiliar o colaborador del Tribunal sentenciador.

De aquí a la sustitución en el proceso ejecutorio del ente público ejecutado por el propio Tribunal todavía media un buen trecho doctrinal y los autores están divididos. Son mayoría, no obstante,

quienes apoyan la posibilidad de sustitución de la Administración excepto en las llamadas obligaciones personalísimas de hacer, cuyo incumplimiento, ineluctablemente, se tornará en una indemnización adecuada. Pero se apreciará con claridad que, por definición, la Administración no es titular de este género de obligaciones civiles.

Es a este apasionante asunto al que está dedicado el libro objeto de comentario y de cuyo contenido —después de este extenso *excursus* para mejor ilustrar al lector— me ocupo seguidamente.

### III

En efecto, me refiero al libro de M. Beltrán de Felipe titulado *El poder de*

32. El Auto del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 1988, Ar. 5907, dice:

«Tan prolivos antecedentes demuestran la actitud de la Administración demandada y la improcedencia del incidente en que se actúa, porque la absoluta inexistencia de impedimentos durante el plazo de obligada ejecución, hace inoperante, por extemporánea, la alegada de su sobreveniencia, y porque no es aplicable que, aprobada en 24 de octubre de 1984 la normativa que se invoca como causa legal de imposibilidad de la ejecución, no sea hasta mayo de 1987 cuando se pretende que, como tal, opere en el proceso, pero es, además, que, aunque, a efectos puramente dialécticos, se entendiera que el planteamiento de la incidencia fuera tempestivo, las invocadas normas —abstracción hecha de que se confeccionaran o no por el mismo arquitecto municipal que informó favorablemente la petición de licencia de unas obras que también él había proyectado, como intentó probar el apelante sin conseguir que el Ayuntamiento lo acreditara—, sin bien daban por válidas anomalías urbanísticas precedentes como las de autos, conforme con el planeamiento nuevo, sino, contrariamente, que era éste el que, por ese respeto a aquella y no serle excepcionalmente aplicable, se conformaba con la preexistente anomalía y, en definitiva, con independencia de la inviabilidad jurídica que retroactivamente se pretende dar a propósito de este incidente a dicho instrumento urbanístico, haciendo la interpretación restrictiva que obligatoriamente requiere un precepto de excepción a la regla general de incondicional, íntegro y oportuno cumplimiento de las sentencias por la Administración demandada, como es el contenido en el artículo 107 tan citado, hay que entender que esa normativa invocada no constituye una causa de imposibilidad legal para la ejecución, porque: 1) la circunstancia de que, por simple vía de excepción, se respete una situación precedente, no quiere decir que lo indebidamente efectuado se legalice ni, mucho menos, que se prohíba la ejecución de una resolución judicial que debió haberse ejecutado por ser la única que corresponde adoptar según el ordenamiento urbanístico vigente; 2) que no es confundible que una ilegalidad se respete con carácter excepcional con que las nuevas normas generales, no transitorias ni de concreta excepción, autoricen la realización en el futuro de lo anteriormente prohibido, pues, como advertía la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1979 —que, precisamente, el Ayuntamiento invoca—, «no puede desconocerse que toda excepción singularizada al régimen general de edificación del suelo constituye un privilegio que debe ser objeto de interpretación rigurosa y estricta, con exigencia de una completa y acabada prueba de que la derogación singular que representa corresponde a la real y verdadera presencia del fin público y general en atención al cual la Ley concede dicha facultad excepcional», y, 3) si se entendiere lo contrario, no cabría concebir los edificios fuera de ordenación, siendo esa distinción que hacemos algo de lo que no se puede prescindir cuando se trata también de resolver sobre un argumento del Ayuntamiento que fue asumido por el Auto impugnado y por la sentencia últimamente citada, cuando hacía ver lo absurdo que sería «demoler como ilegal un edificio para levantarlo después».

*sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, que publica la editorial Civitas, en su serie Monografías, con la colaboración del Ministerio de Justicia e Interior. El libro contiene la tesis doctoral de su autor y está estructurado en un prólogo (de E. García de Enterría, por cierto), cuatro amplios capítulos y una relación bibliográfica en la que se advierte que algunos autores citados en el texto no figuran después en la mentada relación.

1. El capítulo primero se ocupa del estudio de la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias de la Administración y del planteamiento tradicional de la cuestión y de las existencias de la tutela judicial efectiva con especial incidencia en puntos tales como la ejecución de sentencias como residuo del sistema de justicia retenida (breve repaso de la evolución histórica en la ejecución de sentencias, las llamadas *questions de vocabulaire*, la ejecución de las sentencias como residuo del sistema de justicia retenida y la obligación del cumplimiento de las sentencias administrativas como obligación natural), las nuevas exigencias constitucionales de la justicia administrativa y su repercusión sobre el sistema de autoejecución de sentencias y la reconstrucción del proceso ejecutivo y la ejecución forzosa de las conductas de hacer mediante el poder de sustitución y la ejecución forzosa *in natura* de las obligaciones consistentes en un hacer positivo.

1.1. Destaca el autor como en el sistema del contencioso español ha pesado el lastre de la evolución que el mismo ha tenido en Francia aunque en España las co-

sas no hayan sucedido exactamente igual que en el vecino país. Por eso, el sistema de justicia retenida era el comienzo de la justicia administrativa en Francia y también en España y E. Laferriere ha defendido perfectamente estas ideas como es bien sabido.<sup>33</sup>

1.2. Destaca también el autor las tesis de E. García de Enterría y el análisis que hace de la historia de la institución en los últimos 150 años, refiriéndose a los tres aspectos más importantes consistentes en el fundamento de la nueva justicia administrativa, la ruptura del modelo y las manifestaciones de tal ruptura.<sup>34</sup> Este profesor, en vista del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) entiende que no se respeta este principio:

— Si los criterios legales de suspensión de los actos impugnados (art. 111 LRJ y PAC y 122 LJCA) hacen en muchos casos que «el recurso (de amparo) pierda su finalidad» (art. 56 LOTC) y si no sirven prácticamente para nada frente a denegaciones o iniciativas materiales;

— Si la vía administrativa previa y obligatoria carece de sentido, pues ni suele ser medio de evitación de conflictos ni tampoco sirve para que la Administración quede *avisada* del posible recurso judicial;

— Si los plazos de impugnación son interpretados de modo estricto y sin atender a la sustantividad del derecho material subyacente (que en ocasiones puede consistir nada menos que en un derecho fundamental);

— Si la legitimación sigue teniendo un carácter restrictivo (art. 28 LJCA que habla de interés directo) y si en general las acciones populares (o similares *class ac-*

33. Laferriere, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, ed. LGDJ, París, 1989.

34. Beltrán de Felipe, M., «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española*, libro homenaje al profesor E. García de Enterría, tomo IV, ed. Civitas, Madrid, 1991.

tions, o acciones colectivas, por ejemplo en materia de consumo) siguen estando vedadas en el contencioso-administrativo;

— Si las sentencias de condena a un hacer positivo determinado para restablecer la situación del ciudadano no encajan, como sabemos, con la naturaleza meramente objetiva del proceso;

— Si la cosa juzgada no es aplicable al contencioso-administrativo, obligando al ciudadano que obtiene una sentencia favorable a acudir a un nuevo pleito para anular el acto (o actividad) emanado en violación de la sentencia;

— Y si es la Administración quien ejecuta contra sí misma las sentencias en los pleitos en que resulta vencida, no existiendo medio alguno de ejecución forzosa.

1.3. También se recogen en la obra las quejas que por el estado de esta cuestión elevó M. Hauriou ya en 1911 y el conformismo fatalista de Zanobini que veía en la ejecución una situación contra la que no es posible luchar por los medios jurídicos habituales. También se han mostrado pesimistas Vedel y Devolve en algunas de sus obras más conocidas.

2. El capítulo segundo se ocupa de la existencia del poder de sustitución y su fundamento constitucional exponiendo unas consideraciones generales (antecedentes *cuasi legislativos*, algunas referencias doctrinales y jurisprudenciales que afirman la existencia del poder de sustitución en la justicia administrativa y una justificación final), el fundamento constitucional del poder de sustitución y las reglas de la división de poderes (separación de poderes y su reflejo constitucional, el cumplimiento de las sentencias administrativas como punto de equilibrio constitucional, el restablecimiento del equilibrio mediante un poder sustitutivo, la potestad jurisdiccional de ejecutar lo

juzgado y la ejecución forzosa y la responsabilidad de la Administración), el fundamento lógico y procesal del poder de sustitución (el art. 24.1 CE significado de su conexión con el derecho fundamental a la ejecución de las administraciones públicas en el art. 24.1 CE, significado de su conexión con el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, el poder de sustitución y la efectividad de las condenas de hacer y la indispensable articulación entre el poder de sustitución y el mecanismo legal de inejecución de sentencias), el fundamento legal y positivo del poder de sustitución y el poder de sustitución como problema de *ambiente jurídico*.

2.1. Señala atinadamente el autor del libro objeto de este trabajo, en relación con la concepción actual y constitucional de la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos que lo que antes era una potestad de ejecución (art. 103 LJCA) se ha convertido, merced a las reglas constitucionales, en una obligación de cumplimiento. La obligación de la Administración de cumplimiento de las sentencias no puede ser caracterizado como potestad sin tergiversar el sentido del término (no existe una potestad de cumplir las propias obligaciones), ni tampoco es una actividad de ejecución sino de cumplimiento. *Ejecución* es un término jurisdiccional, y *cumplimiento* es precisamente lo que caracteriza a las obligaciones vistas desde el lado del deudor.<sup>35</sup> Sostiene el autor de este libro que esto —el hecho de que la sustitución no convierte en administrador al juez— acaba definitivamente con la interpretación tradicional de que toda sustitución (y en 1790 la mera anulación de un acto administrativo por el poder judicial así como el control jurisdiccional en su conjunto) atenta contra la división o separa-

35. Beltrán de Felipe, M., *op. cit.*, pág. 197.

ción de poderes.<sup>36</sup> Lo que la separación de poderes o de funciones prohíbe al juez es administrar, y, vuelve a repetir, el mandar que se haga —o el hacer— lo manda a costa del obligado que ha incumplido la sentencia es un órgano administrativo no es administrar sino juzgar (en este caso hacer ejecutar lo juzgado).<sup>37</sup>

Acaba admitiendo el autor del libro que comento que la sustitución no es un problema en cuanto a su existencia —obligada constitucionalmente— sino en lo que afecta a sus límites. Del mismo modo que las reglas generales de ejecución —añade— la dificultad no está en si el juez dispone o no de la posibilidad de sustituir sino en si y cuando puede utilizarla (es decir, si la prestación o actividad es o no un hacer personalísimo), en la ejecución contencioso-administrativa la dificultad no es el reconocimiento de la sustitución sino que está en el sujeto a ejecutar/sustituir, en los límites a su aplicación, en el cómo, en el cuándo y en el hasta dónde se sustituye.<sup>38</sup>

3. El capítulo tercero se ocupa del examen de los límites al ejercicio del poder de sustitución y sus problemas aplicativos con especial incidencia en el planteamiento relativo a si el poder de sustitución sólo puede aplicarse a prestaciones u obligaciones no personalísimas (reglas generales de la ejecución forzosa de las condenas de hacer, cumplimiento administrativo y hacer personalísimo y la fungibilidad de la obligación administrativa de hacer), primer límite al ejercicio del poder de sustitución: discrecionalidad y opcionalidad (una caracterización constitucional de la discrecionalidad administrativa, la posición constitucional de la Administración en el cumplimiento de

las sentencias y la constatación de que ni la discrecionalidad ni la opcionalidad son obstáculo al libre ejercicio del poder de sustitución), el segundo límite relativo al conflicto entre dos intereses públicos (inexistencia de motivos que justifiquen la ejecución *in natura* y su sustitución por una indemnización, análisis de los supuestos de inejecución y de suspensión provisional en los art. 105 a 107 LJCA, el art. 18.2 LOPJ y la protección de la continuidad en la protección de la prestación de los servicios públicos de interés general que puede constituir un límite a la sustitución), el tercer límite el poder sustitutivo que consiste en la ejecución material (una posible técnica de sustitución por tercero, problemas de aplicación y la praxis de la subrogación interadministrativa y las ejecuciones consistentes en una actividad material o fáctica como verdadero límite a la sustitución) y el art. 18.2 LOPJ así como que en la ejecución material y las condiciones técnicas son límites —salvables— el ejercicio del poder de sustitución (el comisario o comisionada *ad acta* y las pruebas periciales como solución a dos obstáculos prácticos, la relación de coherencia entre la medida sustitutiva y la sentencia a ejecutar, el problema de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional y el hecho de que la obligación administrativa de cumplimiento de la sentencia no es un hacer personalísimo —y por tanto es sustituable).

3.1 Recoge el autor la primera hipótesis o situación en que puede no ser posible la ejecución de la sentencia por la sustitución en el supuesto de obligaciones personalísimas preguntándose si para el acreedor la persona que ejecute o cumpla

36. González Mariñas, P., *La inejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, ed. Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1975.

37. Beltrán de Felipe, M., *op. cit.*, pág. 213.

38. Beltrán de Felipe, M., *op. cit.*, pág. 271.

la obligación es indiferente a los efectos de la tutela judicial efectiva del deudor de la misma y se contesta que sí y que no son estas obligaciones propias de un sujeto de Derecho público que es la Administración.<sup>39</sup> En este sentido el propio Sainz de Robles ha escrito:<sup>40</sup>

«Someto a debate el alcance que pueda tener el carácter personalísimo de una prestación impuesta en la sentencia a la Administración. Adelanto mi parecer: Ninguna obligación de éstas puede tener tal carácter. Precisamente por la índole general de los intereses a los que la Administración ha de atender y por la generalidad siempre sujeta a derecho que representa la objetiva por excelencia de los medios con que actúa para satisfacerlos. Pero quedo abierto a que alguien me señale una sola prestación que no pueda ser sustituida por un agente o por un comisionado, y todo ello en relación con el artículo 924 de la LEC.»

3.2. El primer límite a la posibilidad de sustitución lo encuentra el autor en la discrecionalidad pero, como en el supuesto estudiado ésta no podrá existir, habla de opcionalidad. En este supuesto sí cabe la sustitución ya que el primero, la discrecionalidad, no será objeto en el juicio ejecutivo.<sup>41</sup> Contraria a estas tesis se muestra, empero, M.J. Montoro Chiner.<sup>42</sup>

3.3. En este punto el autor del libro que comentamos se detiene en la resolución del dilema o colisión entre dos intereses públicos, esto es, el de ejercitar las sentencias de los jueces y tribunales (art. 117.3 CE) y el interés general que pudiera sufrir de llevarse a puro y debido efecto aquélla (la sentencia). El autor encuentra poco afortunado el sistema y de dudosa constitucionalidad. Incluso podría darse el caso de que una ley convalide el acto que una sentencia ha anulado, aspecto este puesto de hace ya algunos años por R. Chapus. Algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional han venido a convalidar la posibilidad de enajenación mediante indemnización del derecho contenido en una sentencia judicial firme sin referirse expresamente al caso del art. 18.2 LOPJ.<sup>43</sup> El razonamiento del precepto, según M. Beltrán de Felipe es, pues:

— O el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos es lesivo para el interés general (el art. 18.2 LOPJ habla de causa de utilidad pública o interés social), y entonces dicha obligación de la Administración se sustituye por una indemnización de daños y perjuicios,

— o no lo es, con lo que el ciudadano tiene un derecho fundamental a la ejecución en sus propios términos y por tanto el ordenamiento ha de asegurar la ejecu-

39. Adviértanse, empero, las tesis opuestas a la concepción subjetivista del Derecho Administrativo —que compartimos— de Gallego Anabitarte, A., *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, ed. Tecnos, Madrid, 1992.

40. Sainz de Robles, F.C., «Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La ejecución de sentencias», *Tapia*, núm. 54, 1992.

41. Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal (1894-1983)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985. A reseñar la solidez y buena factura de este libro y al excelente prólogo del profesor A. Gallego Anabitarte. Por cierto en una sentencia del TSJA —y en incidente de ejecución— se ha producido la sustitución, ordenado la Sala que se conceda licencia de apertura de una cantera de piedra (acto reglado; no discrecional). No diré por el momento cual es el Ayuntamiento demandado.

42. Montoro Chiner, M. J., «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo», RAP núm. 110, 1986.

43. STC 58/1983, de 29 de junio; 67/1984, de 7 de junio; 109/1984, de 26 de noviembre; 205/1987, de 21 de diciembre y 4/1988, de 21 de enero.

ción específica de la obligación (mediante todos los instrumentos coactivos de que disponga el órgano jurisdiccional encargado de fiscalizarla —incluida la fiscalización de la Administración—. Algunos autores sostienen que han quedado derogados los art. 105, 107 y algún otro de la LJCA por el art. 18.2 de la LOPJ y entre ellos se encuentra el autor del libro comentado. Es interesante recoger la opinión de E. García de Enterría que, siempre atento a estos asuntos, desde las páginas de la editorial Civitas, ha esbozado estos reparos al citado precepto:

— El art. 18.2 LOPJ «amplía ilimitadamente las causas de suspensión e inejecución» (frente a las cuatro tradicionales del art. 105.2 LJCA)

— El ejercicio del *ius expropriandi* no queda limitado temporalmente (frente a los dos meses —«plazo fatal» para González Pérez— que preveía la LJCA).

— Nada impide, en teoría, que se aplique a derechos fundamentales (y, añadido yo, si la técnica expropiatoria se aplica a la «propiedad privada y a derechos e intereses primordiales legítimos», ¿es expropiable el derecho reconocido en la sentencia que anula un Reglamento? Según la teoría general de la expropiación, no, puesto que la situación que para el actor deriva de la sentencia no es susceptible de ser valorada económicamente o patrimonializada).

— El art. 18.2 LOPJ quebranta la reserva de la ley que el art. 33.3 CE establece para la declaración de utilidad pública o interés social al prever que sea el Gobierno quien determine la *causa expropriandi*; ello supone una deslegalización en materia reservada a la ley, y por tanto es inconstitucional.

— Y por último E. García de Enterría mantiene que esta expropiación no encaja en el art. 118 CE, que obliga sin excepciones al cumplimiento de las sentencias: dice el autor que «no hay utilidad en que pueda justificar el incumplimiento de la Constitución».

M. Beltrán de Felipe propone cuatro correctivos para interpretar correctamente el art. 18.2 LOPJ y para que esta interpretación sea conforme con la Constitución, esto es, la cobertura legal y el control judicial de la *causa expropriandi*, el procedimiento, el art. 18.2 LOPJ y la titularidad de la potestad expropiatoria y las tres cuestiones de encaje constitucional (relación del art. 18.2 LOPJ con el poder sustitutivo, carácter excepcional de la inejecución de la expropiación como garantía de la continuidad en la prestación de los servicios públicos de interés general).<sup>44</sup>

3.4. Destaca aquí M. Beltrán de Felipe que, como se recordará, ha existido una línea doctrinal que propugnaba que la Administración era quien debía proceder a la ejecución material pero que los tribunales (muchos procesalistas han defendido esta tesis) no tenían por qué proceder a la materialización de lo juzgado según el viejo adagio jurídico *iurisdictio iudicare consistit*. Y distingue entre un hacer o, mejor dicho, una ejecución material tendente a dictar actos administrativos sustitutivos de los que no dictó la Administración,<sup>45</sup> debiendo hacerlo (actos reglados), y el supuesto de una ejecución material propiamente dicha, es decir, el derribo material de un edificio declarado legalmente en estado de ruina.<sup>46</sup> Esto último fue denunciado hace ya muchos años por

44. Beltrán de Felipe, M., *op. cit.*, pág. 388 y ss.

45. Piense el lector en el problema que se le plantea al funcionario que obtiene el título de Doctor en Medicina y la Administración sanitaria se niega a reconocerlo y hacerlo constar en su hoja de servicios y en el Registro correspondiente. Acto debido y reglado que, no obstante, puede serle negado por acto expreso y presunto.

46. Roca Roca, E., *El expediente contradictorio de ruina*, ed. Santillana, Madrid, 1966.

A. Nieto García<sup>47</sup> y cobra actualidad cada vez que se estudia el problema de la inejecución de sentencias por la Administración. M. Beltrán de Felipe propone como solución, ante la inactividad material de la Administración condenada, la subrogación de un tercero en el puesto de aquélla ya que no es dable que el propio juez o tribunal construya la carretera o intervenga quirúrgicamente de apendicitis a un niño de sólo diez años a quien los facultativos de la Seguridad Social por azar se negasen a intervenir. Es evidente que el *ars medica* es algo que el juez desconoce. Sobre el particular decía A. Nieto García hace más de treinta años:

«En algunos supuestos —cuando se trata de un acto administrativo o en general de una actividad jurídica— la resolución judicial es tan factible como la administrativa hasta tal punto que tanto vale, por ejemplo, un nombramiento funcional o un reconocimiento de deuda realizado por un órgano o por otro. Pero en algunos casos —cuando se trata de una actividad fáctica (inactividad fáctica)— la resolución judicial queda prácticamente en el vacío, puesto que si la pretensión se refiere a una falta de prestación de un servicio público no hay sentencia que pueda sustituir la intervención quirúrgica no realizada o la paralización de todo un quirófano.»

4. El capítulo cuarto —y último de esta obra— versa sobre la posible reconstrucción del proceso contencioso-administrativo de ejecución forzosa mediante el poder de sustitución con especial referencia a la refutación de algunas posibles objeciones a los argumentos en pro del poder de sustitución (la operativi-

dad práctica del poder de sustitución, la crítica de Sandulli a los órganos jurisdiccionales que no deben ir más allá de lo que disponen las leyes, el poder de sustitución como aspecto parcial y secundario del control judicial de la Administración, el excesivo protagonismo o activismo judicial, la mentalidad de la *sola notione* y la síntesis de las objeciones y reafirmación de los argumentos presentados) y el nuevo enfoque del problema con el dilema del poder de sustitución y la eficacia de la Administración<sup>48</sup> (el poder de sustitución puede hacer que la Administración sea más eficaz aunque no es la solución a su mal funcionamiento).<sup>49</sup>

Según el autor de la obra comentada, hay autores que, aun reconociendo la conveniencia de una extensión total del poder de sustitución en el ámbito del proceso administrativo ejecutivo, se muestran escépticos ante su abierto reconocimiento legal, y ello en base a:

— Carencia de medios (humanos, presupuestarios, materiales) de la Administración de Justicia. Cargar a los tribunales contencioso-administrativos con un nuevo pleito (pues el proceso de ejecución a mi juicio es algo más que un mero incidente), de la Administración de Justicia, en su actual estado de lentitud y mal funcionamiento podría no servir para mejorar la ejecución forzosa de las sentencias.

— Algunas de las soluciones (la técnica del comisario, o el recurso a una Administración tercera por medio del deber de colaboración del art. 118 CE) carecen de arraigo en la práctica judicial y de respaldo legislativo claro y expreso, y por consiguiente los obstáculos e inconvenientes prácticos con que su aplicación pudiera topar serían muy difícilmente su-

47. Nieto García, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», RAP núm. 37, 1962.

48. Que no es propiamente un dilema.

49. Beltrán de Felipe, M., *op. cit.*, pág. 435 y ss.

perables (como por ejemplo la negativa de un órgano en principio no implicado en el pleito a prestar la colaboración requerida, o las dificultades para el desarrollo de la labor pericial, o el recurso contra los actos o actuaciones del pleito).

— La legislación procesal vigente (LJCA y LEC) no está específicamente adaptada a interpretaciones avanzadas a aquel texto porque siguen formalmente vigentes reglas como el art. 103 LJCA que, en manos de una Sala con puntos de vista no demasiado avanzados, podrían frenar cualquier tipo de medidas, y la LEC porque los artículos que regulan la ejecución forzosa de las condenas de hacer (art. 924 y ss. LEC) son demasiado escuetos, y no precisan cuál es la función del órgano judicial ni cuáles las medidas concretas a adoptar.

— Las medidas de intimación previas a la sustitución (embargos preventivos, multas, *astreintes*, tanto de culpa penal, etc.) ni son empleados habitualmente —al menos con la intensidad necesaria— por los tribunales ni, cuando se aplican, suelen surtir el efecto persuasivo deseado. Basta con leer las sucesivas providencias y resoluciones que integran los antecedentes de hecho de los autos de ejecución para darse cuenta de su nula o poca eficacia. Y se ha escrito que «la peor solución es que el tanto de culpa penal no llegue a producir efecto alguno», tal vez por el descrédito que ello causa al prestigio de los tribunales.

Todos estos argumentos son refutados por el autor del libro que estoy comentando con una extensión extraordinaria.

4.1. Resalta M. Beltrán de Miguel que sus propuestas podrían ser tildadas como

una seria rémora de la eficacia y rapidez en la gestión de los servicios públicos por la Administración, asunto este abordado por A. Nieto García, M. Sánchez Morón<sup>50</sup> y L. Martín-Retortillo Baquer, entre otros muchos.<sup>51</sup> Las objeciones consistirían en afirmar que:

— la Administración actuaría bajo sospecha permanente,

— y de modo más temeroso, lento e ineficaz (pues sabría que la censura del juez sería severa y costosa),

— no tendría las iniciativas o la capacidad decisoria suficiente para desempeñar el papel activo que la Constitución (y la sociedad) le demanda,

— y se vería presionada en exceso por unos jueces más celosos de preservar los derechos de los ciudadanos (en realidad, de los litigantes que pueden costearse un pleito largo y complejo) que de permitirle a la Administración un margen de maniobra en tanto que actor principal de la vida económica y social a través de la prestación de servicios públicos.

Esto podría finalmente conducir a un desequilibrio de los poderes del Estado según la crítica mayoritaria que un exacerbado *decisionismo judicial* comportaría necesariamente. Está claro, en todo caso, que es menester desechar la vieja idea según la cual, dictada la sentencia por el juez o tribunal, éstos se desentienden de la ejecución material de la misma puesto que es la Administración, que tiene la fuerza policial de su mano, quien debe proceder a la ejecución de todo lo ordenado en las resoluciones firmes de los jueces y tribunales. Son pocos hoy día los procesalistas que sostienen un enfoque tan parco y raquítico de estos problemas que son de primer orden en un Estado

50. Sánchez Morón, M., *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, ed. Instituto de España-Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

51. Weil, P., *Derecho administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1986 (prólogo de L. Martín-Retortillo Baquer).

social y democrático de Derecho. Esto no ofrece dudas razonables.<sup>52</sup>

#### IV

Hasta aquí lo más destacado del libro de M. Beltrán de Felipe. Como dije al comienzo de esta recensión, tres son los problemas más importantes que se plantea el derecho administrativo en la tarea de refundación del mismo de la que ha hablado hace un par de años T.R. Fernández Rodríguez:<sup>53</sup> la indemnización por las actividades lesivas de los tres poderes públicos clásicos (porque el problema de los poderes fácticos se canaliza por otras vías) como quería M. Hariou pero en un sentido más moderno y actual,<sup>54</sup> la instauración de una justicia cautelar administrati-

va acorde con los principios constitucionales y un sistema de ejecución de sentencias administrativas que garantice y observe también estos principios constitucionales (especialmente el de tutela judicial efectiva: art. 24.1 CE).

A este último capítulo o aspecto está dedicado el libro comentado. Empero, un sabor agridulce queda al lector después de la lectura de este grueso volumen. Al menos es esta mi impresión. Me explico. Los tres aspectos de la justicia administrativa que he reseñado como proble-

máticos tienen solución —aunque no fácil— y en ello será importante el diseño que el derecho positivo dé finalmente a los mismos a través del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que se está tramitando a toda prisa dada la correlación de fuerzas políticas y lo delicado e inestable de la posición del Gobierno en estos momentos<sup>55</sup> en el Congreso de los Diputados. El propio presidente del Gobierno manifestó hace unos días que era objetivo del Gabinete socialista sacar adelante este proyecto de la ley antes de la disolución de las cámaras a finales de marzo de 1996.<sup>56</sup> Tengo que confesar que no conozco sino detalles de este proyecto de ley por la prensa y ya he visto algunos extremos insatisfactorios para mi concepción del proceso administrativo que no concuerdan con lo que hasta aquí llevo dicho.<sup>57</sup>

Me refiero, *in concreto*, a que el autor no parece resolver el grave problema de la inactividad administrativa en fase de ejecución de sentencias al no sopesar debidamente el binomio garantía-eficacia. Este es el grave problema que está hoy planteado y del que se viene hablando ya desde hace unos años.<sup>58</sup> Ni la Administración puede realizar cualquier actividad a todo precio, ni la doctrina, los jueces ni los ciudadanos pueden pretender el control de la actividad de aquélla hasta en sus

52. Gimeno Sendra, V., Garberi Llobregat, J., y González-Cuellas, N., *Derecho procesal administrativo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

53. Fernández Rodríguez, T.R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 130.

54. Jiménez Lechuga, F.J., *op. cit.*

55. Tenga en cuenta el lector que escribo estas páginas en los primeros días del mes de octubre de 1995.

56. Es posible que este trabajo sea publicado después de la celebración de las Elecciones Generales previstas para la primavera de 1996 por el Sr. González Márquez dada la lentitud habitual de las editoriales debida a varios factores cuyo análisis resultaría *hic et nunc* impertinente.

57. Tampoco el autor hace referencia al proyecto de ley jurisdiccional que ahora se tramita. Sí hace referencias, empero, al de 1986. Vid. también Cordon Moreno, F., *El proceso administrativo*, ed. La Ley, Madrid, 1989.

58. Recuerdo al lector la polémica que sostienen sobre el particular T. R. Fernández Rodríguez y L. Parejo Alfonso.

más ínfimos detalles. Lo primero está prohibido porque produciría resultados indeseables y contrarios a los más elementales principios informadores del Estado de derecho; lo segundo, como bien se comprenderá, también es inadmisibles, ya que produciría la paralización de casi todos los servicios públicos. Además, como atinadamente ha puesto de relieve hace tres años entre nosotros M. Sánchez Morón,<sup>59</sup> hay otro tipo de controles en una sociedad democrática avanzada. Aquí —en las tesis de este autor— hay un *tufillo* eficientista que no me gusta nada. También un poco en la posición del profesor L. Parejo Alfonso.<sup>60</sup> Pero hay que reconocer a estos autores que sus tesis tienen algo de renovación y estas aportaciones también tienen algo que contar en esa refundación del derecho administrativo de la que habla T.R. Fernández, según ya

nos consta.<sup>61</sup> L. Martín Rebollo, empero, insite en la idea de robustecer el control judicial para el supuesto de que el conflicto se haya planteado. Esto parece querer indicar que si es posible debe llegarse antes a otra solución. ¿Podría tener en esto algún peso la reforma de la justicia cautelar y la creación de los juzgados de lo contencioso? El control de la Administración municipal mejoraría indudablemente.<sup>62</sup>

Forzoso es, pues, recomendar muy vivamente la lectura de este nuevo libro de M. Beltrán de Felipe,<sup>63</sup> porque como el propio E. García de Enterría dice en el prólogo, trata el autor con mente joven viejos y conocidos problemas aportando una nota de originalidad digna de aprecio y encomio.

Francisco-Javier Jiménez Lechuga

59. Sánchez Morón, M., *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, ed. Instituto de España-Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

60. Parejo Alfonso, L., *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1983.

61. Fernández Rodríguez, T.R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

62. Ha escrito L. Martín Rebollo, *Constitución, derecho administrativo y Estado autonómico*, ed. Asamblea de Cantabria, Santander, 1990 (pág. 94):

«La justicia administrativa no es ciertamente una panacea, no sirve para facilitar una verdadera garantía de las relaciones normales entre la Administración y los ciudadanos. Apela a lo patológico donde quedan varados, sin respuesta, cientos de casos que no acceden a ella. Pero en la medida en que se trata de la más tangible garantía y el más eficaz medio de control de que disponemos una vez producido el conflicto, es preciso robustecerla.»

63. En realidad cabe hablar de publicaciones ya que el autor tiene otros trabajos publicados según me consta.