

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ACCIONES DECLARATIVAS, CONSTITUTIVAS Y DE CONDENA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PROF. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

SUMARIO

	Pág.
I. Introducción.	45
II. La independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo.	46
1. La independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Poder Judicial	46
2. El Poder Ejecutivo	46
3. El Poder Legislativo	46
III. Las acciones en el proceso administrativo.	47
1. La clasificación de las pretensiones por la tutela solicitada del órgano jurisdiccional	47
2. Admisibilidad de los tres tipos de pretensiones en el proceso administrativo	47
IV. Pretensiones declarativas.	48
1. Las pretensiones declarativas	48
2. Las sentencias declarativas	49
3. Efectos	50
a) Eficacia jurídico-material	50
b) Eficacia jurídico-procesal ejecutiva	50
V. Pretensiones constitutivas.	51
1. Las pretensiones constitutivas	51
2. Eficacia jurídico-material	52
a) Situaciones jurídicas derivadas de actos anulados	52
b) Reconocimiento de una situación jurídica individualizada	52
3. Eficacia jurídico-procesal ejecutiva	54
VI. Pretensiones de condena.	54
1. Las pretensiones de condena	54
a) Que la prestación haya de realizarse por los particulares	55
b) Que la prestación hubiera de realizarse por la administración pública	55
a') Condena al pago de una cantidad de dinero	55
b') Condena a otras prestaciones	55

2.	Eficacia jurídico-material	56
3.	Efectos procesales ejecutivos	56
a)	Efectos ejecutivos de las sentencias de condena	56
b)	Condenas a prestaciones que han de realizar los particulares	56
c)	Condenas al pago de dinero por una entidad pública	56
a')	Condena al pago de cantidad y ejecución	56
b')	Obstáculos a la ejecución de las condenas al pago de cantidades de dinero	57
1.º	La legalidad presupuestaria	57
2.º	La inembargabilidad de los caudales públicos	57
c')	Justificación a estas prerrogativas	57
d')	Las dificultades reales de la efectividad de las condenas al pago de cantidades líquidas	58
e')	La ejecución de condenas al pago de dinero y la reforma de Ley española	58
f')	La ejecución en la reforma de la Ley de Costa Rica	58
d)	Condenas a la entrega de cosas	59
a')	Condena a la entrega de cosas y ejecución	59
b')	La ejecución satisfactiva frente a la administración pública	59
c')	Las medidas de ejecución con la reforma de la Ley española	59
e)	Condena a una conducta distinta	60
a')	Condena a una conducta distinta de dar y ejecución	60
b')	Condena a deshacer	60
c')	Condena a hacer	61
VII.	Epílogo	61
Abreviaturas: LJCR: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica.		
LJE: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española.		

ACCIONES DECLARATIVAS, CONSTITUTIVAS Y DE CONDENA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PROF. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como los demás derechos fundamentales, aparece consagrado, con fórmulas más o menos afortunadas, en todas las constituciones. Desde la de Chile de 1980 a la de Guatemala de 1985, desde la italiana de 1947 a la de la República de Irán de 1979. Todos los Estados, hayan o no suscrito la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Tratado Internacional de Derechos Políticos, reconocen en sus constituciones el derecho a la tutela de los tribunales. Y, en casi todos, no pasa de ser una declaración constitucional que no llega a la realidad social. En términos propios del tema que nos ha correspondido tratar, podríamos decir que estamos ante puros pronunciamientos declarativos, no constitutivos. Y mucho menos de condena.

Vuestra Constitución de 1949 reconoce el derecho en esta bellísima fórmula de su artículo 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

La tutela jurisdiccional efectiva comporta plenas potestades del juez para la total y completa satisfacción de las pretensiones conforme al Ordenamiento Jurídico que ante él se formulen: Comporta la plena jurisdicción del juez para "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", a fin de que el Ordenamiento Jurídico se realice, ponga fin a la situación litigiosa que dio lugar a su intervención y se restablezca el orden jurídico.

Estamos tan acostumbrados los administrativistas a oír, leer y hablar de anulación y plena jurisdicción, como de dos realidades jurisdiccionales radicalmente distintas, que ha llegado a considerarse lo más natural del mundo la distinción, como si únicamente existiera jurisdicción plena al conocer determinadas pretensiones, que así se llaman. Olvidándose el origen histórico de la distinción, que si

pudo resultar justificada como sistema para ir ampliando el ámbito del control jurisdiccional de la administración, resulta absurdo seguir manteniéndola en el momento actual.

No existe más que una jurisdicción. No existe más que una forma de que la tutela jurisdiccional sea efectiva. Y es reconociendo plena jurisdicción a los jueces, cualquiera que sea el orden jurídico en que ha de ejercerse (civil, penal, administrativo). Otra cosa es que, en ejercicio de esa plena jurisdicción, para satisfacer las pretensiones de las partes, baste la simple anulación del acto objeto de impugnación.

El administrado debe poder formular frente a la administración cuantas pretensiones fueren necesarias para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. El juez debe pronunciarse en la sentencia sobre cuantas cuestiones puedan plantearse en orden a la satisfacción de la pretensión. Y el juez debe tener potestades para que lo fallado en la sentencia sea cumplido.

Existe, por tanto, una estricta correlación entre pretensión-fallo y ejecución.

Cuando la tutela se demanda frente a una administración pública, no existe "jurisdicción plena" para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ni siquiera en el contencioso que, tradicionalmente, así se llama. A pesar de las impresionantes conquistas de las legislaciones en la sumisión de los entes públicos al control jurisdiccional, las potestades del juez al dictar sentencia se encuentran cercenadas y a la hora de la efectividad del fallo las garantías quiebran aporadosamente. En consecuencia, lo que se puede pretender del juez frente a la administración no será todo lo que se puede pretender frente a cualquier otro sujeto de Derecho.

A las potestades del órgano del Poder Judicial se opondrán las prerrogativas de los órganos de los demás poderes del Estado.

II. LA INDEPENDENCIA DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

1. La Independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Poder Judicial.

El principio de separación de poderes o, mejor dicho, una peculiar interpretación del principio, ha constituido el principal obstáculo a la tutela jurisdiccional efectiva.

El famoso principio de separación entre administración y justicia conducirá a la interdicción más absoluta de los jueces de perturbar de cualquier forma la actuación de los órganos administrativos. Lo que se traducirá en la exención jurisdiccional de la actividad administrativa. Los jueces no podrán, no ya ejecutar lo juzgado frente a la administración pública, sino que ni siquiera podrán enjuiciar la conformidad a Derecho de la actividad de la administración. Ni juzgar, ni ejecutar lo juzgado.

Tal situación fue siendo superada, mediante una progresiva jurisdiccionalización de los órganos a los que se confiaba el enjuiciamiento de la actividad administrativa y una ampliación de sus potestades. Pero la independencia del Poder Ejecutivo, con justificación de diversa índole (el interés general, las necesidades públicas, la continuidad de los servicios públicos...), aparece siempre detrás de una serie de prerrogativas que constituyen importantes limitaciones del ejercicio de la función jurisdiccional frente a las administraciones públicas.

Mas hoy, los principales obstáculos a una eficaz tutela jurisdiccional frente al Estado, no radican solo en la posición de prerrogativa del Ejecutivo. Radican también —y muy especialmente— en el Legislativo. Quizás, hayamos vuelto a la situación de las repúblicas americanas, que denunciaba Jefferson en 1789 al decir: "la tiranía de los legisladores es actualmente y será todavía por espacio de muchos años, el peligro más tremendo; y la del Poder Ejecutivo vendrá luego pero en periodo más remoto".¹ La tiranía del ejecutivo llegó. Y subsiste. Pero en connivencia con el Legislativo, con el que se ha fundido en los regímenes parlamentarios, quedando únicamente —en tanto queda— el Poder Judicial como independiente del Poder político. En un régimen parlamentario solo existen dos poderes: el político y el jurisdiccional.

2. El Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo o, mejor, la administración pública —y no solo la del Estado— ha sido investida de unas prerrogativas que suponen una nada despreciable esfera de inmunidades frente a los jueces. En tanto subsistan tales prerrogativas y en tanto se ejerciten con la arbitrariedad con que se ejercitan, resulta difícil hablar de tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración.

Los jueces no podrán en sus sentencias hacer pronunciamientos ni adoptar medidas para hacerlas efectivas que podrían hacer y adoptar frente a cualquier otro sujeto. La prohibición de despachar mandamientos de ejecución y de dictar providencias de embargo contra los caudales públicos supondrá limitar enormemente el ámbito de las pretensiones y sentencias de condena frente a la administración pública.

Al lado de estas prerrogativas institucionales que consagran los ordenamientos jurídicos, está la fuerza del Poder Ejecutivo. En él radican los medios coercitivos para hacer efectivos los mandatos, la fuerza para eliminar cualquier resistencia que pueda oponerse a las decisiones del Estado. Cuando el mandamiento es judicial y el obligado es el propio Ejecutivo, nos encontramos con que tiene que obligarse a sí mismo, que la fuerza ha de utilizarse frente a los titulares de sus órganos.

No puede desconocerse el fundamento incuestionable de aquellas prerrogativas. No parece que puede seriamente admitirse la posibilidad del embargo y ejecución sobre bienes muebles e inmuebles que sirven de base a servicios públicos esenciales. De aquí las dificultades para que la regulación del proceso administrativo permita armonizar aquellas prerrogativas con garantías eficaces para la plena satisfacción de las pretensiones fundadas.

3. El Poder Legislativo.

El Legislador puede jugar también un importante papel a la hora de la efectividad de los fallos. Pues es al Parlamento al que corresponde la aprobación de los presupuestos. Y el cumplimiento de las condenas al pago de cantidades líquidas ha de hacerse

1. En carta a MADISON, que cita TORQUEVILLE. Me remito a mi trabajo *Administración Pública y Libertad*, Méjico, 1971, pp. 39 y s.

en la forma y dentro de los límites que permitan las partidas presupuestarias.

En los miembros del Parlamento, investidos de una injustificada inmunidad, radica, por tanto, la potestad de hacer posible el cumplimiento de las condenas. Al menos de las condenas al pago de dinero.

Puede, indudablemente, existir arbitrariedad en las decisiones del Parlamento. En un sistema parlamentario, no es fácil que pueda darse una actitud del Parlamento colaboradora con el Gobierno en la obstaculización de la ejecución de un fallo. Ante una sentencia molesta, que no gusta —pensemos en una sentencia declarando una expropiación ilegal de importantes bienes—, que es contraria a la política del Gobierno, ¿es que se van a dar facilidades para su ejecución? En el Parlamento podrá vociferar la minoría —si la deja el Presidente de la Cámara respectiva—, pero nada más. Y, en último término, acudir a la justicia constitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que, en el mejor de los casos, acabaría en otra sentencia que no tendrá mejor destino que la del juez ordinario ante el bloque de inmunidad parlamentaria.

Pero no siempre los obstáculos a la ejecución provenientes del Parlamento van a obedecer a razones bastardas. Los "representantes del pueblo" pueden también, actuando correctamente, verse en la imposibilidad de poder atender los mandatos judiciales.

Pues es un hecho incuestionable que la mayoría de los Estados, con unos dirigentes que viven en la más insultante opulencia, asumen fines de muy diversa índole en proporción muy superior a los medios de que disponen, lo que se traduce en que la administración incrementa considerablemente su actividad invadiendo todas las esferas, perfeccionando contratos de objeto muy diverso —desde campañas de imagen del Gobierno a la realización de importantes obras—, expropia, produce lesiones patrimoniales. Consecuencia: la asunción de obligaciones costosísimas. Y hay que pagar las deudas que se acumulan. Y los intereses de las deudas.

Pero todo tiene un límite. Hasta la capacidad tributaria del vil y despreciado ciudadano. Hasta la deuda pública, exterior o interna. Por lo que nada tiene de extraño, que los legisladores de un Estado en quiebra se encuentren en la imposibilidad de atender los mandatos judiciales.

III. LAS ACCIONES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

1. La clasificación de las pretensiones por la tutela solicitada del órgano jurisdiccional.

La eficaz tutela de los derechos o intereses puede exigir del tribunal pronunciamientos y, en su caso, actividades de ejecución, de naturaleza muy distinta. El demandante solicitará en cada caso el pronunciamiento o pronunciamientos que considere necesarios en defensa de sus derechos e intereses.

En razón a la naturaleza de la petición y, por tanto, del contenido de la sentencia, se han clasificado las acciones o pretensiones y las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena.

Lo que no supone que en un proceso concreto únicamente pueda pretenderse una sentencia que sea declarativa, constitutiva o de condena. Sino que puede pretenderse una sentencia que contenga pronunciamientos que permitan catalogarse en más de una de las categorías señaladas. Es más, esto será lo normal en un proceso administrativo. Pues, para el pleno restablecimiento de la situación jurídica vul-

nerada, no bastará la anulación del acto administrativo y consiguiente modificación de la relación jurídica dimanante del mismo (lo que sería objeto de una pretensión de sentencia constitutiva), sino la condena de la administración pública demandada a realizar una determinada prestación.

2. Admisibilidad de los tres tipos de pretensiones en el proceso administrativo.

La posición de prerrogativa de las administraciones públicas ha determinado la imposibilidad de admitir en el proceso administrativo los tipos de pretensión que se dan en el proceso civil. Todavía no son admisibles en buen número de legislaciones y, concretamente, en algunas legislaciones de los países americanos de habla española. Pues la evolución legislativa ha seguido derroteros distintos en cada uno de ellos.

No es este el caso de la Ley de Costa Rica. Como tampoco el de la Ley española. A tenor de

nuestras leyes, se puede pretender contra los tribunales frente a una administración pública lo mismo que podría pretenderse frente a cualquier otro sujeto de Derecho. Y los tribunales, por tanto, podrán, para satisfacer aquellas pretensiones, hacer los mismos pronunciamientos que frente a una persona no investida de prerrogativas.

Ahora bien, el alcance y efectividad del fallo no será el mismo que el alcance y efectividad de la sentencia dictada frente a un particular. Un tribunal del orden contencioso-administrativo de España o Costa Rica, puede incuestionablemente dictar sentencias de condena. Puede, incuestionablemente, condenar al Estado o a cualquier otra entidad pública a realizar una prestación. Pero cuando condena al pago de una cantidad líquida, por ejemplo, ¿tiene el mismo alcance que cuando condena al pago de la misma cantidad a un particular?... ¿Tiene el mismo sentido? Porque si lo que caracteriza a una sentencia de condena es la posible ulterior ejecución forzosa del fallo ante la resistencia del obligado, es indudable que la condena en uno y otro caso no será lo mismo. Aunque las expresiones del pronuncia-

miento de la sentencia sean idénticas a las que puede emplear el juez civil en una sentencia frente al particular.

Lo que supone que no existen, propiamente, especialidades en el proceso administrativo declarativo, empleando la expresión "declarativo" en sentido amplio como opuesto a "ejecutivo". Las especialidades existirán en el proceso administrativo de ejecución.

En otras palabras, si los jueces han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el juez administrativo podrá juzgar plenamente; pero no hacer ejecutar lo juzgado. Al menos con plenitud de jurisdicción.

En el proceso administrativo podrá hablarse de pretensiones declarativas, constitutivas y de condena. Pero muy discutiblemente podrá hablarse de pretensiones de ejecución.

A continuación, al estudiar los distintos tipos de pretensiones de cognición, necesariamente ha de hacerse referencia a la eficacia de la sentencia que recaiga sobre ellas, y, por tanto, a su proyección en la ejecución del fallo.

IV. PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Las pretensiones declarativas.

La pretensión es declarativa cuando lo que se pide al órgano judicial es la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Solo se pide una simple declaración sobre una relación jurídica. La finalidad perseguida es la certeza, la desaparición de la incertidumbre o de la inseguridad jurídica en que se halle el demandante. La petición tiende a la constatación de una situación jurídica existente, sin que la imponga a persona determinada, aunque pueda darse interés en que la declaración se haga frente a alguien.

Es indudable que en el ámbito del proceso administrativo, pueden darse pretensiones declarativas. Pero en el sentido estricto señalado, el ámbito de las pretensiones meramente declarativas es sumamente reducido. No pueden clasificarse declarativas muchas acciones que se vienen considerando como tales.

Pues si del acto administrativo que es presupuesto del proceso administrativo deriva una situación jurídica, aun cuando la pretensión deducida

frente al mismo se concretase en pedir pura y simplemente una anulación, la pretensión no sería declarativa, pues la anulación comportaría la extinción de las situaciones jurídicas derivadas del acto y sería constitutiva, como después veremos.

La pretensión será propiamente declarativa si el acto administrativo objeto del "recurso contencioso-administrativo" se hubiese dictado como consecuencia de una petición ante la administración en que se solicitara de ésta, pura y simplemente, una declaración acerca de la existencia o inexistencia de una situación jurídica. El acto que denegará (expresa o presuntamente) la petición, no supondría una transformación de la naturaleza de la petición cuando ésta se formule ante el órgano jurisdiccional. El acto tendría como única finalidad el cumplimiento de un presupuesto procesal. Y la prestación procesal administrativa contendría como primer pedimento, por supuesto, la anulación del acto, y, subsiguientemente la declaración jurisdiccional acerca de la existencia o inexistencia de la relación jurídica que no declaró el acto. No se perseguiría una sentencia que

en su momento fuese susceptible de ejecución, sino una declaración con la que se obtendría el beneficio "de la seguridad jurídica presente y futura, la certidumbre de los derechos y su normal disfrute, previniendo contra la violación de los mismos."²

El acto administrativo objeto de impugnación en el proceso administrativo, al denegar la petición declarativa formulada ante la administración, normalmente comportará algo más que la pura denegación de una declaración: la denegación del reconocimiento de una situación jurídica, con las consecuencias que ello comportaría. Por lo que la tutela jurisdiccional efectiva exigiría que el tribunal no se limitara a la anulación del acto, sino que exigiría el reconocimiento de la situación jurídica individualizada.

Aún así, si la pretensión y el fallo se limitaran al simple reconocimiento de una situación jurídica existente, ello no desvirtuaría su carácter declarativo. Pues la sentencia no produciría el efecto de crear una situación jurídica no existente (lo que determinaría el carácter constitutivo de la pretensión y de la sentencia), sino la simple constatación de la situación jurídica previniendo contra actuaciones futuras. Por ejemplo, la simple declaración de la condición de funcionario público, si solo se pretende esto, y no consecuencias derivadas de ello, que exigieran una prestación (pago de haberes, admisión a un concurso, etc.), en cuyo caso la pretensión —y sentencia— serían de condena.

De lo expuesto se desprende el limitado campo de aplicación de este tipo de pretensiones en el proceso administrativo.

En la ponencia en la Segunda Comisión de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica, se regula expresamente este tipo de pretensión en la proposición de reforma del artículo 22. El apartado 8 de la propuesta de reforma de este artículo, dice:

"El demandante podrá pedir se declare la existencia o contenido, o la inexistencia, de una relación jurídica con la administración, lo mismo que la ilegitimidad de un acto o comportamiento de esta última, sin pedir simultáneamente ni la anulación del acto ni condenatoria alguna, pero ha de demostrar suficientemente legítima-

ción procesal para hacerlo y que son imposibles —por prematuras o tardías— la acción anulatoria o resarcitoria correlativas".

Es indudable que para el ejercicio de este tipo de acción, adquiere especial relieve el tema de la legitimación. El demandante debe ostentar interés directo en la declaración. Pero no parece necesario limitar la legitimación en los términos de la propuesta de la Ponencia.

Quizás, también sea correcto catalogar entre las pretensiones meramente declarativas aquellas en que lo que se solicita del tribunal es la declaración de la nulidad de pleno Derecho. Limitada ésta a los supuestos realmente excepcionales en Derecho Administrativo de nulidad absoluta, parece evidente que cuando la sentencia accede a la pretensión y la estima, declarando la nulidad, no modifica la realidad jurídica material, sino que no hace otra cosa que reconocer cuál era —y es— ésta.

Por último, asimismo podría considerarse meramente declarativa la pretensión de que se declare ilegítimo un acto futuro, a que se refiere el apartado 4 del artículo 22. Ahora bien, en cuanto no se limita la petición al juez a tal declaración y se extiende a ordenar que cese su preparación, se está regulando una pretensión de condena.

2. Las sentencias declarativas.

Serán sentencias declarativas las que satisfacen una pretensión de esta naturaleza. Pero también son declarativas todas las sentencias que deniegan la actuación de la pretensión, cualquiera que fuere la naturaleza de ésta, aunque no sea declarativa.

Si la sentencia no actúa la pretensión, bien porque la declara inadmisile (arts. 59, a) y 60, LJCR; arts. 81, 1, a) y 82, LJE) o porque la desestima o declara improcedente (art. 61, 1, LJCR; art. 83, 1, LJE), la sentencia será declarativa.³

Si la sentencia es estimatoria de la pretensión, como la estimatoria de cualquier otro tipo de pretensión, contendrá un primer pronunciamiento: anulación del acto. El acto que fue el presupuesto que dejó abierta la vía procesal debe quedar anulado. Ahora bien, para que la sentencia sea meramente declarativa en sentido estricto —y no constitutiva—

2. Qué es lo que caracteriza a las pretensiones declarativas. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Pamplona, 1985, I, p. 443. Al estudiarse el proceso administrativo, no suele admitirse la clasificación de acciones civiles. Se parte de criterios distintos. (Cfr. por ejemplo, RAMÍREZ ARCILA, *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas*, Bogotá, 1983, en especial, pp. 117 y ss.

3. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión de la 3ª ed., Madrid, 1977, I, pp. 514 y s.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, p. 901.

es absolutamente necesario que se hubieren limitado a denegar la declaración solicitada de existencia o inexistencia de una situación jurídica.

3. Efectos.

a) Eficacia jurídico-material.

La sentencia meramente declarativa no producirá efectos directos en las relaciones jurídico-materiales. La sentencia no altera la realidad jurídica material existente antes de incoarse el proceso en que se dictó. La realidad jurídica es la misma, antes y después de la sentencia. La sentencia se limita a declarar cuál era y es esta realidad. Únicamente puede producir efectos reflejos o indirectos. Si se declara la existencia de una situación jurídica existente, la sentencia producirá el efecto de dar firmeza a la situación jurídica y podrá servir de base a la posible constancia de la misma en el Registro correspondiente.

b) Eficacia jurídico-procesal ejecutiva.

La sentencia declarativa no es susceptible de ejecución forzosa. Como dice PRIETO CASTRO, "no produce ninguna efectividad fuera de ella misma, y, por tanto, no es susceptible de progresar ni producir una ejecución forzosa".⁴ El proceso tuvo por objeto una pretensión dirigida a obtener una simple declaración. Y, en torno a este objeto, giró toda la actividad de las partes y del juez, y se pronunció la sentencia. La tutela jurisdiccional queda satisfecha con la simple declaración. La certeza se habrá conseguido y se evitará que en actuaciones ulteriores se ponga en entredicho la situación declarada en la sentencia como existente o inexistente.

Ahora bien, si pese a la declaración de la sentencia, se producen actos que desconocen la existencia o inexistencia de la situación jurídica ¿no sería posible acudir a la ejecución forzosa para la anulación del acto? ¿Sería necesario un nuevo proceso contra el acto, después de agotar la vía administrativa, a fin de que prevalezca la declaración de la sentencia?

Es necesario tener en cuenta que en el proceso administrativo, a diferencia del proceso civil, la pretensión por puramente declarativa que sea, se ha formulado frente a la administración pública, des-

pues de haberse instado ante ella y de haberlo denegado por un acto administrativo previo ¿hasta qué punto esta administración pública, que ha sido parte en el proceso y ha sido vencida en el mismo, puede desconocer después el contenido del fallo?

Parece evidente que si el desconocimiento del pronunciamiento de la sentencia fuera por otro acto administrativo puramente declarativo en sentido contrario, se podría instar la anulación de este último en procedimiento de ejecución de sentencia. Pero, normalmente, no ocurrirá así. El desconocimiento de lo declarado en la sentencia tendrá lugar por actos dictados en procedimientos con objeto determinado, por actos que, desconociendo aquella realidad, impongan consecuencias contrarias a lo que la sentencia declaró.

Supongamos, por ejemplo, que la sentencia declarativa se limitó a reconocer que el demandante tenía la condición de funcionario de ese determinado cuerpo y categoría. No se pidió nada más ni, por tanto, la sentencia fue más allá de la simple declaración de que así era.

Pues bien, si años después, la administración pública convoca un concurso en el que se exige para participar aquella concreta condición y no se admite al concurso el que obtuvo sentencia declarativa en tal sentido, por el único motivo de entender que no reunía el requisito, ¿podría instar la anulación de la exclusión, el reconocimiento del derecho a tomar parte en el concurso y la condena a la administración a admitirle en un procedimiento de ejecución forzosa dimanante de la sentencia puramente declarativa dictada hace años? ¿O sería necesario formular una pretensión de condena, que daría lugar a un nuevo proceso?

Aun cuando los puros principios procesales nos dijeran que esto último es lo correcto, dada la amplitud con que se regula en nuestro Ordenamiento el incidente de ejecución, creo que es posible en estos casos evitar el calvario de un nuevo proceso para hacer valer una situación jurídica que ya fue declarada por una sentencia firme.

Ha de admitirse la posibilidad de que, en ejercicio de aquella sentencia declarativa, se impongan a la administración pública las consecuencias derivadas del pronunciamiento declarativo.

4. *Tratado*, cit., I, p. 445.

V. PRETENSIONES CONSTITUTIVAS

1. Las pretensiones constitutivas.

La pretensión es constitutiva cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. Se trata de que la sentencia cree una situación jurídica (constitutiva en sentido estricto), o extinga una situación jurídica (pretensión resolutoria).

Se solicita del órgano judicial una sentencia que, en sí misma, produzca un efecto directo en las relaciones jurídico-materiales, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. De aquí las diferencias de las pretensiones meramente declarativas. Pues mientras la sentencia estimatoria de una pretensión declarativa se limitará a pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica, la sentencia constitutiva determinará la mutación de la realidad jurídico material.

Si las sentencias constitutivas constituyen los supuestos excepcionales en el proceso civil, son el supuesto normal en el proceso administrativo, siempre y cuando se reconozca al propio tribunal potestades para producir este efecto directo.

En cuanto es presupuesto del proceso administrativo, un acto administrativo, que se presume legítimo y es ejecutivo, del mismo dimanar unas relaciones jurídicas. La pretensión dirigida contra el acto, aun cuando se limite a solicitar la anulación, si es estimada, dará lugar a una sentencia que comportará la anulación del acto y, consiguientemente, la extinción de la relación jurídica derivada del mismo. Pero si lo que se pretende no es simplemente la anulación y consiguiente extinción de las relaciones jurídicas, la pretensión —y subsiguiente sentencia estimatoria— pueden determinar la creación o la modificación de la relación jurídica. En efecto:

a) Si el acto administrativo había denegado el reconocimiento de la relación jurídica, por estimar que no se deban las circunstancias que constituirían los requisitos de la misma, y la sentencia considera que se han cumplido estos requisitos, de la misma derivará el nacimiento de la relación jurídica.

La diferencia entre la pretensión —y sentencia— declarativa y la constitutiva dependerá, según se ha dicho, de que la relación jurídica exista o no con anterioridad: mientras en la sentencia declarativa el juez se limita a constatar su extinción, en la constitutiva reconocerá el nacimiento de la situación jurídica.

La diferencia, por supuesto, es sutil. Y cuando nuestras leyes dicen que podrá pedirse el reconocimiento de una situación jurídica, presuponen la existencia del Derecho. El Derecho, la relación jurídica existían antes de que el acto administrativo lo negase. Por lo que la sentencia viene a reconocer lo que ya existía.

b) Si el acto administrativo presupone la existencia de la relación jurídica y el demandante considera que el acto infringe el Ordenamiento Jurídico al configurar alguno de los elementos de la relación, se pretenderá la modificación de la relación a fin de que se ajuste al Ordenamiento Jurídico. La relación jurídica subsistirá después de la sentencia; pero se habrá modificado aquel elemento que infringía el Ordenamiento Jurídico (v. gr. cuantía del justiprecio o de una indemnización, condiciones de una concesión; contenido de una licencia).

Ahora bien, para que pueda hablarse de una sentencia administrativa constitutiva es necesario que la modificación de la relación jurídica sea un efecto directo de la sentencia, que la sentencia en sí misma produzca la modificación de la realidad jurídica. Lo que, por supuesto, todavía no ha sido reconocido al juez en muchos ordenamientos. Pues todavía existen ordenamientos en que las potestades del juez se limitan a la simple anulación del acto y a la declaración del reconocimiento de la relación jurídica o de cómo debe quedar conformada ésta. Pero es la administración pública la que tiene potestades para sustituir el acto anulado por otro que configure la relación jurídica de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico.

c) La pretensión de que se reconozca una situación jurídica no debe limitarse al supuesto de derechos subjetivos en sentido técnico, ni siquiera en el sentido amplio en que lo viene entendiendo la jurisprudencia de nuestros países. Sino que debe admitirse su formulación al titular de un simple interés personal y directo. Pues para que quede satisfecho este interés —y con ello el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva— no bastará en muchos casos con la anulación del acto. Ésta será suficiente, por ejemplo, cuando del acto objeto de impugnación dimanar los efectos perjudiciales a ese interés (actividades molestas, insalubres o peligrosas; prestación de servicios públicos perjudiciales, etc.). Pero no bastará la simple anulación cuando el interés del

demandante resulte lesionado porque la situación jurídica dimanante del acto impugnado no es conforme a ese interés legítimo (v. gr. no recuperación de la posesión de un camino público, trazado de una vía pública...).

De aquí que parezca oportuna la reforma de la Ley en el sentido propuesto por la ponencia de *Eduardo Ortiz*, si bien resulta excesiva la casuística del artículo 22, tal y como se entiende debe ser reformado.

2. Eficacia jurídico-material.

En los ordenamientos jurídicos, como el de Costa Rica, en que el juez administrativo tiene potestades para anular el acto administrativo y, además, reconocer, modificar o extinguir la relación jurídica, la sentencia será constitutiva y producirá directamente efectos en las relaciones jurídico-materiales.

Esta eficacia está sujeta a límites, que vendrán dados en función del contenido del acto administrativo impugnado y del de la pretensión deducida. A tal efecto, hemos de partir de una norma general consagrada en nuestras leyes: que la sentencia que anulare el acto o disposición producirá efectos erga omnes, "producirá efectos —dice la Ley— entre las partes y respecto de las personas afectadas por las mismas". Respecto de esta norma general se imponen las distinciones siguientes:

a) Situaciones jurídicas derivadas de actos anulados.

Las situaciones jurídicas derivadas del acto anulado se extinguen, desaparecen. Si aquellas situaciones jurídicas únicamente afectaban al demandante (v. gr. ordenándole la realización de obras en un edificio de su propiedad, expropiación individual de un derecho de que es titular) por su propio contenido su eficacia no se extenderá a persona distinta del demandante, por no existir otros afectados.

Pero si, por el contrario, el acto afectaba a otras personas (v. gr. sanción colectiva, expropiación de un conjunto de bienes, anulación de un concurso en que habían participado otras personas), y la pretensión no se fundó en motivos propios del demandante (v. gr. que la sanción era improcedente al mismo o la expropiación ilegal en cuanto afectaba a su derecho) sino en infracciones del ordenamiento general que viciaban de invalidez el acto en general, la anulación producirá efectos erga omnes: la sanción quedará sin efecto respecto de todos los sancionados, o la expropiación respecto de todos los bienes expropiados.

b) Reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Si lo que se pretendió —y la sentencia reconoció— fue una situación jurídica individualizada, creando lo denegado por la administración pública o modificando la existente, en principio, no se extiende la eficacia de la sentencia más allá de la persona del demandante. La anulación del acto administrativo impugnado que había denegado la petición previa de reconocimiento o modificación de la situación jurídica no tendrá otro alcance que el puramente procesal de privar de efectos al acto previo, para llegar al pronunciamiento sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo al demandante o de la modificación de la relación jurídica de que era parte. Pero no se extenderá a otras personas que se encuentren en la misma situación, por idéntica que sea.

No obstante, la jurisprudencia española, en aplicación del principio constitucional de igualdad, ha ido progresivamente extendiendo los efectos de la sentencia constitutiva que reconoce un derecho subjetivo al demandante a los que se encuentran en idéntica situación. Pensemos en un colectivo de funcionarios que pretenden el reconocimiento de unos mismos derechos económicos —v. gr. determinados sueldos o retribuciones complementarias— o de otra naturaleza —situación escalafonal, jubilación a determinada edad—. Si solo una parte del colectivo incoó el proceso administrativo en el que se dictó sentencia favorable, ¿hasta qué punto esta sentencia beneficia a los demás?

No son solo los principios generales los que imponen la limitación subjetiva de la eficacia de la sentencia. Sino razones de diversa índole. Como la seguridad jurídica y lo irrazonable que sería que quienes nada arriesgaron obtuvieron los beneficios del fallo. Sin haber realizado gasto alguno, sin haberse enfrentado con la administración —todo proceso supone un enfrentamiento—, se encontrarían con unos derechos por los que no han luchado.

Sin embargo, como he indicado, la jurisprudencia española ha ido ampliando los efectos subjetivos de la sentencia, siempre dentro de los plazos de la prescripción. Pues si una vez dictada sentencia hubiera prescrito el derecho (v. gr. derecho a percepción de determinados haberes), no podrá reconocerse el derecho a los que no incoaron el proceso.

Hay que reconocer que, ante una sentencia desestimatoria, reconociendo una situación jurídica, la administración, en aplicación de los principios señalados, suele extender sus efectos a los no demandantes que se encuentren en idéntica situación, sin necesidad de la intervención judicial. Cuando se trata de funcionarios, la razón es obvia: ¿cómo

va a reconocerlos a los que tuvieron la osadía de oponerse y litigar, y negárselos a los que fueron buenos, fieles y sumisos?

Pero si no ocurre así y la administración se limita a aplicar la sentencia en sus propios términos, ¿cuál es la solución de la jurisprudencia?

La única solución procedente, correcta, sería incoar una nueva petición ante la administración a la que serviría de apoyo la sentencia ya dictada, si bien únicamente como procedente. Y, frente a la denegación expresa o presunta de esta petición, se incoaría un nuevo proceso en el que si la sentencia fuese contradictoria, podría ser impugnada mediante recurso de revisión.

Pero últimamente, el Tribunal Supremo ha llegado a atribuir eficacia erga omnes a la sentencia constitutiva que reconoció unos derechos a los demandantes, permitiéndose la efectividad y extensión de los derechos a favor de terceros en vía de ejecución. En este sentido un Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1985, delimita así la cuestión:

"El problema —dice— consiste en determinar el modo de hacerse extensivos estos efectos, si pueden pedirse directamente en fase de ejecución de sentencia, personándose en ella los afectados, o han de solicitarlo de la administración... y frente a su denegación seguir un proceso diferente".

Y sobre esta cuestión, el auto, en los fundamentos jurídicos 3º a 5º sienta esta importante doctrina:⁵

"Reiterada jurisprudencia (sentencias de 16 noviembre de 1960, 5 noviembre de 1971, 24 mayo y 22 diciembre 1972, 29 junio 1981) se había inclinado por esta segunda solución, declarando que ante la negativa de la administración, debían interponerse los recursos procedentes y el contencioso-administrativo, en el cual operaría la cosa juzgada y no se podría discutir nuevamente el asunto. Sintetizando los argumentos de estas sentencias se reducen a los siguientes: la necesidad de actos administrativos que materialicen las declaraciones de las sentencias extensibles a otros afectados; que la potestad de hacer ejecutar lo juzgado no llega a la ejecución en un sentido de operaciones físicas o técnicas, que le incumben a la administración, según el art. 103 de la LJ; oportunidad de que las entidades administrativas condenadas en una sentencia, como cualquier otro sujeto puedan cumplir voluntariamente la sentencia;

mayor garantía para los administrados, ya que la complejidad de las medidas que pueden ser tomadas, impone que los actos administrativos donde se concreten puedan ser controlados por el Tribunal sentenciador; por último, que la declaración de cuando la cosa juzgada afecta a terceros, caso del art. 86-2 citado, requiere la confrontación de la sentencia con la petición de los afectados por ella, lo que no es propio de la fase de ejecución.

El art. 117-3 de la Constitución, recogido en el 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985, robustecen la autoridad y la fuerza de los Tribunales, a los que atribuyen en exclusividad la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de procesos, por lo que han desaparecido las diferencias entre ejecución contencioso-administrativa y en el orden civil, siempre que produzcan una merma de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y no se hallen amparadas por leyes acorde con la Constitución en esa línea, las sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1984 y 18 de enero de 1985, declaran que hacer ejecutar lo juzgado supone requerir la colaboración de la administración para que dicte los actos que den efectividad al mandato de la sentencia y que para instarla, se hallan habilitadas las partes interesadas, según el art. 110 de la Ley de la jurisdicción, que pueden ser personas diferentes a quienes fueron parte en el proceso anterior.

Por consiguiente, hay que compatibilizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, con el también constitucional de seguridad jurídica. Sin merma de la posibilidad del Tribunal sentenciador de adoptar todas las medidas precisas para traducir a la realidad las consecuencias de las declaraciones de la sentencia, la administración necesita dictar actos administrativos de obligada emisión y realización material, según le ordene aquél ya que en virtud del principio de legalidad, los entes administrativos no pueden obrar de otra forma. Ahora bien: Si la administración no reconoce los efectos del art. 86-2 de la Ley jurisdiccional, no ha de seguir un nuevo proceso administrativo, lo cual haría poco operativa dicha norma, sino que frente a la negativa, los afectados pueden, conforme a los arts. 103 y siguientes de la citada Ley, instarse dentro de la fase ejecutiva del proceso anterior, para que los efectos de la sentencia les alcance".

5. Cfr. comentario de este Auto en P. GONZÁLEZ SALINAS, *La eficacia jurídica de las sentencias*, REDA, Nº 46.

3. Eficacia jurídico-procesal ejecutiva.

La sentencia constitutiva no requiere ejecución. El efecto ejecutivo no es propio de estas sentencias, sino de la acumulación de una pretensión constitutiva a otra de condena.

Ahora bien, la sentencia constitutiva, como toda sentencia, encierra, además de un juicio lógico, un imperativo de voluntad que satisface la pretensión y que debe ser acatada. Sería inconcebible que ante una actitud de resistencia a respetar la relación jurídica constituida por la sentencia, no fuera admisible una actuación del órgano judicial conducente a que se respetare el fallo. No es que la sentencia constitutiva no excluya la necesidad de realizar actos consecuenciales que no tienen carácter ejecutivo, como dice PRIETO CASTRO, sino más bien de acreditamiento o constancia.⁶ Sino que no excluye la posibilidad de medidas de ejecución. Sin necesidad de que a la pretensión constitutiva se acumule otra de condena y sin que la sentencia contuviera pronunciamiento en tal sentido, el reconocimiento en el fallo de la existencia de una relación jurídica, será título suficiente para toda vía ejecutiva encaminada a acomodar la realidad con aquella relación jurídica.

Es evidente, sin embargo, que será necesaria la pretensión de condena —no bastará la puramente constitutiva— cuando la tutela jurisdiccional comporta necesariamente una prestación de la administración demandada. Por ejemplo, si lo que se discute es el derecho a una indemnización o a percibir unos

haberes, no bastará que la sentencia reconozca el derecho a la indemnización o a los haberes. Será necesario que la administración pague la cantidad correspondiente al demandante. Será necesario que pida —y la sentencia contenga un pronunciamiento en tal sentido— la condena al pago de la cantidad.

En el supuesto de que el demandante omitiera tal petición de condena y se limitase a pedir el reconocimiento del derecho, ¿podrá el juez administrativo dictar sentencia de condena? Y si la sentencia no contuviera pronunciamiento condenatorio, ¿sería imposible la ejecución forzosa sin otra sentencia de condena?

Aunque así se ha estimado a veces, en aplicación de elementales principios procesales, no tendría sentido obligar al que obtuvo sentencia favorable reconociendo un derecho subjetivo a incoar un nuevo proceso en demanda de una sentencia de condena para hacer efectivo lo que ineludiblemente exige el contenido del derecho. Ha de entenderse implícita en la sentencia que se limita a reconocer una situación jurídica la condena a adoptar cuantos actos, medidas y providencias fuesen necesarios para el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el acto impugnado.

Y es que, como regla general, las pretensiones que se formulan en el proceso administrativo, como las que se formulan en el proceso civil, son pretensiones de condena.

A ellas nos referimos a continuación.

VI. PRETENSIONES DE CONDENA

1. Las pretensiones de condena.

La pretensión es de condena cuando lo que se reclama del órgano jurisdiccional es la imposición de una situación jurídica al demandado. Si por ser reconocida por el demandado no se cuestiona la situación jurídica y únicamente se pretende su imposición al mismo, será una pretensión pura de condena; si se cuestionara la situación jurídica, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse primero sobre la situación jurídica y en segundo lugar sobre la prestación que debe realizar el demandado, por lo que será

pretensión declarativa o constitutiva y, además, de condena. Por ejemplo, si la administración pública no discute el derecho a determinados haberes de los demandantes, pero no los paga, la pretensión y la sentencia serán de condena; pero si la administración niega el derecho a los haberes, las pretensiones y la sentencia serán constitutivas (reconocimiento del derecho) y de condena (que se haga efectivo).

La sentencia estimatoria de una pretensión de condena, impone al demandado una situación jurídica, la *condena* a unas prestaciones (positivas o

6. *Tratado*, cit. I, p. 455.

negativas), o a un hacer. No se trata ya de que el demandado respete genéricamente la situación jurídica reconocida en la sentencia; sino de que realice una prestación concreta, positiva o negativa.

Muchas son las modalidades de prestación a que puede ser condenado el demandado en el proceso administrativo, según la función administrativa en cuyo ejercicio se dictó el acto objeto de impugnación. En razón a los efectos ejecutivos de la sentencia (a que después nos referiremos especialmente), ofrece singular importancia la siguiente distinción:

a) Que la prestación haya de realizarse por los particulares.

Aun cuando en un proceso administrativo es parte una administración pública y la petición se dirige frente a un acto de ésta sujeto al Derecho Administrativo, la prestación que, en definitiva, ha de realizarse para restablecer el orden jurídico perturbado puede corresponder a un administrado. A la administración pública que dictó el acto anulado siempre le corresponderá al menos una prestación: la de adoptar las medidas ejecutivas idóneas para que el administrado realice aquello a que viene obligado. Pero es éste, el administrado, el particular, el que ha de ejecutar la prestación.

Los ejemplos son numerosos. Pensemos en la sentencia que condena a ejecutar obras para adecuar un inmueble a la ordenación urbanística, o a la demolición de un inmueble en estado de ruina, o al pago del justiprecio de una expropiación forzosa por razón de interés social de que fue beneficiario un particular. En todos estos supuestos, la persona que ha de realizar la prestación es un particular, no un ente público investido de prerrogativa.

b) Que la prestación hubiera de realizarse por la administración pública.

Las distintas modalidades que puede adoptar la prestación pueden clasificarse en dos grandes grupos, según que consista en la entrega o no en una cantidad de dinero.

a') Condena al pago de una cantidad de dinero.

Las sentencias administrativas acaban frecuentemente en una condena al pago de una cantidad de dinero. Pues, a las dictadas como consecuencia de una pretensión con este objeto, hay que unir las de indemnización cuando no exista otro medio de restaurar el orden jurídico perturbado y las indemnizaciones por responsabilidades en que se incurre en la ejecución de las sentencias.

Y justamente respecto de estas sentencias se plantean las dificultades dimanantes de las prerrogativas de las administraciones públicas en el ámbito presupuestario.

b') Condena a otras prestaciones.

Cuando las prestaciones que hubiere de realizar la administración pública son de naturaleza distinta a las del pago de una cantidad de dinero, las dificultades de su ejecución derivan, más que de prerrogativas legales, de la prepotencia de quien tiene en sus manos los resortes de la fuerza.

Las prestaciones a que puede venir obligada la administración para —en frase de nuestras leyes— el reconocimiento de la situación jurídica individualizada y "el pleno restablecimiento de la misma" son tan variadas que no es posible una clasificación. Pueden ir desde la simple abstención de cualquier actuación obstaculizadora de la actividad declarada legítima por la sentencia, hasta la entrega a un concesionario de la gestión de un servicio público de que fue separado. Quizás, la distinción más importante a efectos prácticos sea entre prestaciones que puedan ser realizadas o no por persona distinta a la administración obligada.

Exponente de la infinita variedad de pretensiones de condena posibles es la redacción propuesta por la Ponencia presentada a la Segunda Comisión de la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica a que antes me he referido. La nueva redacción que se propone del artículo 22 por el *profesor Ortiz*, sacrificando la técnica legislativa a fin de reflejar en el texto los supuestos que pueden plantearse, contiene una prolija enumeración de las más importantes y sobre las que la dificultad de admisión por los tribunales puede prevalecer por la tradición jurisprudencial. Ejemplo expresivo lo constituyen los apartados 2 y 3 de este artículo, tal y como figuran en la propuesta.

Creo, sin embargo, que la casuística de este artículo, como la del artículo 82 al regular los correlativos pronunciamientos de la sentencia es excesiva. No es necesario descender a tanto detalle. Se puede, sin olvidar la técnica legislativa, limitarse a fórmulas más generales, que, sin llegar a lo que constituye una desconfianza en la capacidad del juzgador sean lo suficientemente expresivas para que éste pueda dictar los pronunciamientos y condenar a la administración a realizar todas las prestaciones que exija la satisfacción, no solo de los derechos subjetivos, sino también de los intereses legítimos.

Quizás, el supuesto en que sí parece imprescindible la referencia expresa es el del acto discrecional, tal y como se regula en el inciso primero del

número 2 del artículo 22, según la redacción propuesta en la reforma. Aparte, naturalmente, el ya señalado anteriormente, de no limitar el reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas, a los casos de derechos subjetivos en sentido técnico, sino que debe extenderse a la condena a realizar todo aquello que exija la satisfacción de los intereses legítimos.

2. Eficacia jurídico-material.

Las sentencias de condena no producen efectos directos en la realidad jurídico-material. A diferencia de las constitutivas —que crean, modifican o extinguen una situación jurídica—, las de condena se limitan a imponer una situación jurídica ya existente.

Como antes se ha dicho, las sentencias administrativas estimatorias, por lo general, tienen un doble carácter: son constitutivas, en cuanto crean o modifican las relaciones jurídicas dimanantes del acto administrativo objeto de impugnación; y en cuanto condenan a realizar las prestaciones necesarias para la plena eficacia en la realidad material de la innovación producida en la realidad jurídica son de condena.

3. Efectos procesales ejecutivos.

a) Efectos ejecutivos de las sentencias de condena.

La sentencia que estima una pretensión de condena contiene un mandato al demandado para que realice el contenido de la condena. Si el obligado cumple el mandato, se agota la eficacia de la sentencia; si el obligado la incumple, provoca la actuación de los órganos ejecutivos. La sentencia pasa a ser el título de ejecución, la sentencia legítima la adopción de medidas encaminadas a la plena realización del fallo.

Y llegamos al momento en que se produce la más grave quiebra del Estado de Derecho. No solo en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de una reglamentación adecuada o en los que existe una reserva expresa de la competencia ejecutiva a favor de la administración,⁷ sino en aquellos en que se ha llegado a reconocer a los tribunales la potestad de hacer ejecutar lo juzgado sin distinción alguna y, por tanto, frente a la administración pública. Pues a la hora de descender a lo que pueda hacer

un juez ante la resistencia de la administración pública a cumplir los fallos, se acaba reconociendo la impotencia del Poder Judicial para lograr que se cumplan sus mandamientos, y todo culmina en la responsabilidad de los titulares de los órganos competentes para realizar aquellas actividades no susceptibles de sustitución a que obliga la condena.

De aquí la importancia del examen en concreto de la proyección ejecutiva de las sentencias, según las modalidades de condena.

b) Condenas a prestaciones que han de realizar los particulares.

En estos supuestos, si la administración no procede a la ejecución forzosa frente al obligado, utilizando en cada caso el medio de ejecución adecuado, debe prescindirse de la intervención de la administración y procederse a la ejecución procesal de la sentencia frente al particular obligado. Podrán seguirse las vías procesales de ejecución previstas en la legislación procesal civil sin especialidad alguna. Bastará con eliminar toda intervención obstaculizadora de la administración —si efectivamente lo es— y acudir a los tribunales para la ejecución del fallo.

Será la parte que obtuvo la sentencia estimatoria la que decidirá el procedimiento a seguir.

Las dificultades surgen cuando es la administración pública la que ha de realizar la prestación que constituye el contenido de la condena. Dependerán en gran medida del tipo de prestación exigido.

c) Condenas al pago de dinero por una entidad pública.

a') Condena al pago de cantidad y ejecución.

Si a lo que condena la sentencia es a dar una cantidad de dinero, su efectividad se conseguirá entregando al que obtuvo la sentencia favorable esa cantidad. La ejecución forzosa tenderá a satisfacer al acreedor con la entrega del dinero. Para ello, será necesario obtener del obligado el dinero o bienes que, una vez enajenados, se traduzcan en dinero. Por esta razón se llama a este tipo de ejecución expropiatoria: para obtener la cantidad de dinero que ha de ser entregada al ejecutante, han de ser expropiados los bienes del ejecutado, y, a través del embargo y, sobre todo, de su realización forzosa, liquidados y convertidos en el dinero que se precisa.⁸

7. Una breve referencia a los mismos en mi trabajo, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá, 1985, pp. 384 y s.

8. GUASP, *Derecho Procesal Administrativo*, cit. II, p. 200.

b') Obstáculos a la ejecución de las condenas al pago de cantidades de dinero.

A la ejecución procesal de las condenas a las entidades públicas a pagar cantidades de dinero, se oponen dos principios consagrados en casi todos los ordenamientos:

1.º La legalidad presupuestaria.

Las administraciones públicas únicamente pueden hacer efectivas las obligaciones de pago dentro de los límites de sus presupuestos respectivos, debidamente aprobados. Firme una sentencia de condena al pago de una cantidad líquida, será exigible de las haciendas públicas; pero su cumplimiento dependerá de que exista partida presupuestaria prevista, con fondos suficientes.

Si no existe (lo que constituirá el supuesto normal) no existirá otra alternativa que esperar a incluir la partida en el primer presupuesto ordinario o la aprobación de un suplemento de crédito. Que no dependerá de los órganos administrativos.

De aquí que los ordenamientos del proceso administrativo traten de garantizar que no se paralice y siga con la debida diligencia la tramitación del correspondiente suplemento de crédito.

Lo que da lugar a que aquellos que han obtenido sentencia favorable, esperen pacientemente a que haya partidas presupuestarias para cobrar el justiprecio, la indemnización, la devolución del importe indebidamente exigido o la certificación de un contrato de obra. Y, naturalmente, quien logrará hacer efectivo el crédito no será el primero en el tiempo. Sino el de mayor influencia, mejor defendido o que utiliza otros medios menos confesables por caer en el ámbito penal. Con lo que se infringe, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino el derecho a la igualdad ante la Ley.

2.º La inembargabilidad de los caudales públicos.

El otro principio que obstaculiza la ejecución personal de las sentencias de condena es el que

proscribe el embargo y despachar mandamientos de ejecución contra los caudales públicos.

Exista o no partida presupuestaria suficiente, no es posible la ejecución contra los caudales públicos ni el embargo de los bienes de las entidades públicas ni su ulterior realización para convertirlos en dinero.

c') Justificación a estas prerrogativas.

Ha llegado a considerarse que tales prerrogativas son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva y la atribución a los tribunales y juzgados de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, sin establecer distinción a favor de los entes públicos.⁹

Ha de reconocerse, sin embargo, el incuestionable fundamento de aquellos principios. No se puede, indiscriminadamente, dirigir la ejecución forzosa frente a cualquier tipo de bien de las entidades públicas. No ya respecto de los afectos a un servicio público, sino respecto de los puramente patrimoniales.

Por lo que se ha propuesto como posibles soluciones que la orden de ejecución forzosa, el embargo, el apremio, se ejercitará, no sobre cualquier fondo público, sino sobre el Banco de España o el equivalente de cada Estado, regulador de la tesorería del Estado, consignándose estos pagos contablemente como anticipos de tesorería.¹⁰

Lo que constituye, en definitiva, dirigir la ejecución forzosa contra caudales públicos, y, por tanto, la supresión de los principios expuestos.

Existe otra solución a que me he referido reiteradamente y que se ha tratado de consagrar en las leyes: la consignación de una partida —suficientemente dotada— destinada exclusivamente a hacer efectivas las condenas de los tribunales, sobre la que pudieran despacharse mandamientos de ejecución.¹¹

9. En la Memoria del Consejo del Poder Judicial de 1982 (pago 81) se dice que estas prerrogativas "carentes de encaje constitucional, pero de algún modo constituye una grave limitación a la independencia de los Jueces y Tribunales". Me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela judicial*, Madrid, 1984, pp. 135 y ss.

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid 1981, II, pp. 563 y ss; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la administración en el panorama europeo*, REDA, 1980, pp. 31 y ss; CANO MATA, *Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la administración, como manifestación del principio de tutela judicial efectiva*, RAD, Nº 103, pp. 42 y s.

11. Así, en *El Proceso Administrativo y la Constitución*, incluido como estudio preliminar en mis *Comentarios a la LJ*, Madrid, 1978, pp. 96 y s.

d') Las dificultades reales de la efectividad de las condenas al pago de cantidades líquidas.

Pero la dificultad, mejor, la imposibilidad de que las sentencias de condena al pago de cantidades líquidas se hagan efectivas frente a la administración radica en causas muy distintas.

Y no son otras que la asunción por el Estado de fines que exceden con mucho sus posibilidades reales. Asume la ejecución de obras, realiza prestaciones, organiza servicios sin contar con medios suficientes.

Si no le es posible consignar partidas suficientes para las necesidades reales presupuestadas, ¿cómo va a poder consignar en la cuantía realmente exigida una fabulosa partida para responder de las hipotéticas condenas de los tribunales que se produzcan durante el ejercicio?

Y ¿cuáles serían las consecuencias a la economía nacional si se admitiera la ejecución sobre el banco regulador de la tesorería del Estado?

No nos engañemos. La mayoría de los Estados se encuentran en un estado tal de insolvencia, que podríamos calificarle de quiebra. Y de quiebra fraudulenta.

Pues bien, ante estas situaciones de insolvencia, no son válidos los procesos de ejecución singular. Sino los procesos de ejecución colectiva. Único modo de evitar la tremenda desigualdad que supone que algunos, los más avisados o con menos escrúpulos, hagan efectivo en su totalidad en plazos más que razonables sus créditos, mientras otros no los harán efectivos jamás, o después de muchos años de insistencia, paciencia y resignación.

Esta es la razón de que en tanto subsista la política de muchos Estados, por mucho que nos esforcemos en arbitrar fórmulas legales encaminadas a reforzar las potestades de los tribunales en los procesos de ejecución singular, no será posible la tutela judicial efectiva ni respetar el principio de igualdad ante la Ley.

e') La ejecución de condenas al pago de dinero y la reforma de Ley española.

No obstante las dificultades, se sigue intentando que las regulaciones sobre el proceso administrativo consagren fórmulas más eficaces para garantizar la ejecución de las sentencias.

Como sabéis, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial en España, está corriendo el plazo de un año para que el Gobierno remita a las Cortes un proyecto de nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con este motivo, se han ido

elaborando distintos anteproyectos de ley, en los que se trata de facilitar la ejecución. En el último de los anteproyectos elaborados, al menos, el último que ya conozco, en uno de sus artículos (el 101) aparecen estas medidas:

1.ª Que en los presupuestos de todas las administraciones públicas figure necesariamente una partida de gastos para la ejecución de sentencias definitivas y ejecutorias de los tribunales contenciosos administrativos cuando el contenido sea patrimonial.

2.ª Que la sentencia equivaldrá a todos los efectos a la orden del pago correspondiente, según la Ley General Presupuestaria.

3.ª Que las partidas presupuestarias tendrán la condición de automáticamente ampliables en función de la cuantía de la sentencia, con cargo a las mismas.

4.ª Que en todo caso se abonarán al reclamante desde el día en que nació el derecho a ser pagado hasta aquel en que el pago se haga efectivo. Estos intereses se calcularán al interés del Banco de España.

Salvo la última, dudo mucho que lleguen a obtener la sanción legislativa estas revolucionarias medidas. Y creo que algunas son más que discutibles. Como esa ampliación automática de las partidas presupuestarias. La única medida que ofrece ciertas garantías sería la primera si realmente fuese vinculante para el Parlamento y si se estableciera cómo debería cuantificarse la partida de gastos en relación con el importe total del presupuesto.

f') La ejecución en la reforma de la Ley de Costa Rica.

En la reforma del artículo 23 de vuestra Ley que se propone en la Ponencia del *profesor Ortiz*, trata de dejarse abierta la vía de la ejecución forzosa, en los siguientes términos (apartado 3):

"Podrán embargarse y rematarse, dentro de la vía ejecutiva contra la administración, todos sus bienes de Derecho Privado que no sean indispensables, ni estén específicamente adaptados al cumplimiento de un fin público determinado a su cargo, en el momento en que se notifica su embargo. Se entienden comprendidos en este concepto los fondos pecuniarios, las cuentas corrientes y los valores documentales de la administración que no estén afectados a un fin específico por Ley o acto administrativo eficaz".

Respecto de esta reforma me permito señalar:

—Que considero muy discutible la oportunidad de privar a los bienes de los entes públicos de esta prerrogativa, aunque "no sean indispensables, ni estén específicamente adaptados, al cumplimiento de un fin público determinado a su cargo".

—Que, aun cuando se admitiera, ante la situación económica de los entes públicos provocada por una política de asumir fines para los que carecen de medios, muy pronto les veríamos totalmente privados de estos bienes patrimoniales, haciéndoles imposible la normal prestación de los servicios públicos.

—Que, como después se señala, ante la pluralidad de acreedores, la ejecución singular conduciría a situaciones de manifiesta desigualdad en contra del administrado menos diligente o peor defendido.

d) Condenas a la entrega de cosas.

a') Condena a la entrega de cosas y ejecución.

Si la sentencia condena a la entrega, no de dinero, sino de cosa distinta, la ejecución se concretará en la dación de una cosa específica. Las actuaciones procesales de esta ejecución, que la doctrina procesal denomina satisfactiva, se dirigirán a entregar la cosa determinada en la sentencia. Lo que exigirá el apoderamiento de la cosa por el órgano jurisdiccional y su entrega al ejecutante.¹²

La ejecución forzosa no puede ser más simple y sencilla: una vez localizada la cosa, se procederá a poner al demandante en la posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias que solicite.

b') La ejecución satisfactiva frente a la administración pública.

El hecho de que la cosa, mueble o inmueble, se encuentre en poder de un ente público no constituye razón suficiente para alterar el régimen general de la ejecución satisfactiva, tal y como se regula en las leyes procesales civiles.

Si la administración pública no pone al demandante en la inmediata posesión de la cosa, lo hará el órgano jurisdiccional.

Las leyes procesales administrativas —así la LJ española, artículo 107—,¹³ al regular la imposibilidad de ejecutar la sentencia, no se refiere tan sólo a la imposibilidad material —desaparición física de la cosa, destrucción del inmueble— sino a "imposibilidad legal". Por tanto, cuando una modificación operada de conformidad a la ley hiciere imposible la recuperación de la cosa por un particular, se transformaría la entrega en el pago de una cantidad de dinero. Por ejemplo, si expropiada una parcela urbana, se ha convertido después de los correspondientes procedimientos y ejecuciones materiales en una plaza o calle pública. No tendría sentido restituir al expropiado la cosa, alterando toda la red viaria de un planteamiento urbanístico.

Pero, salvo los supuestos de imposibilidad legal, ha de rechazarse cualquier obstáculo a la ejecución procesal. El juez tiene plenas potestades para adoptar cuantas medidas y diligencias fuesen necesarias para vencer las resistencias que surjan para poner al demandante en posesión de la cosa. La fuerza pública deberá asistir al juez y actuar bajo sus órdenes.

Aquí, las dificultades de la ejecución no son legales. No dimanen de prerrogativas que el Ordenamiento reconozca a los entes públicos. Sino de situaciones de hecho. Pues, como antes decíamos, en definitiva estas fuerzas de seguridad que constituyen el instrumento para ejercer la coacción necesaria para cumplir los mandatos judiciales son del Ejecutivo, que es el obligado a la ejecución.

En épocas de falta de autoridad no es infrecuente que no se empleen los resortes que tienen el poder para vencer resistencias, incluso de particulares que no se resisten a desalojar un bien ocupado en cumplimiento de un acto administrativo que ha sido anulado por la jurisdicción. Y no solo porque el Ejecutivo se resista a los mandatos judiciales. Sino porque los propios jueces no se atreven a adoptar las órdenes precisas.

c') Las medidas de ejecución con la reforma de la Ley española.

En España el anteproyecto de ley a que antes me he referido, trata de superar las dificultades señaladas con medidas que podrían ser aplicables también a la ejecución transformativa, a que después aludiremos.

12. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II, pp. 223 y ss.

13. Cfr. comentario al art. 107 en mis *Comentarios a la LJ*, cit.

Estas medidas son:

1.^a Reconocer al tribunal potestad para ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de los agentes de la administración (art. 103). Se trata de reducir todo lo posible los supuestos en que haya de acudir a los agentes de la administración. Pero, desgraciadamente, será el supuesto más frecuente. Pues los medios de que disponen los tribunales no son los más idóneos para vencer las resistencias de los órganos del Ejecutivo.

2.^a Si el tribunal requiere la colaboración de los agentes de la administración, estos "no podrán excusarse de ello bajo ningún precepto". Y si concurren circunstancias que impidieran la colaboración, el superior jerárquico del obligado lo expondrá al tribunal, dentro de los 5 días siguientes al requerimiento, con expresión de los medios sustitutorios que estime procedentes, a fin de previa audiencia de las partes, adoptar la resolución que proceda.

Pero al final se acaba siempre en lo mismo: responsabilidad civil y criminal. Responsabilidad criminal que, si se exigiera debidamente, podría ser enormemente eficaz. El problema radica en que apenas sí se utiliza. Se ha llegado a calificar de "burla nacional" la norma que obliga a dedicar tanto de culpa al tribunal del orden penal. Esto explica que en el anteproyecto de reforma de la Ley española a que me he referido, se trate de reforzar la automatización de la medida en los siguientes términos (art. 105,3):

"Transcurridos los plazos fijados por el Tribunal sin que se hubiese ejecutado por el órgano competente la actividad requerida, se apercibirá a sus titulares para que procedan a su inmediato cumplimiento y, si transcurriesen cinco días desde el apercibimiento sin haberlo efectuado, se deducirá el tanto de culpa que correspondiese y se remitirá al día siguiente al Tribunal competente".

e) Condena a una conducta distinta.

a') Condena a una conducta distinta de dar y ejecución.

Si la sentencia condena a hacer algo distinto a la consistente en dar (dinero u otra cosa), la ejecu-

ción se concretará en la realización de la conducta a que se condenó al demandado.

Las actuaciones procesales de esta ejecución que la doctrina procesal denomina transformativa no tratarán de conseguir que se entregue algo al ejecutante, sino algo distinto al dar; no se limitará al acto aislado de una dación o entrega, sino que supone o puede suponer conducta más extensa transformadora de la realidad material.¹⁴

El pleno restablecimiento y reconocimiento de la situación jurídica individualizada reconocida en la sentencia (en términos del art. 62, a) de la Ley de Costa Rica de 1966 y del art. 84,b) de la Ley española de 1956), puede exigir la realización de algo distinto a la entrega de dinero o de una cosa específica. Muchas y varias son las conductas físicas posibles a que puede venir obligada la administración pública y a cuya realización tiende la ejecución. Pero pueden reconducirse a dos grupos, según que consista en deshacer o hacer algo.

b') Condena a deshacer.

Si como consecuencia del acto administrativo anulado por la sentencia se hubiere ejecutado materialmente algo que contraviniera el Ordenamiento Jurídico, el restablecimiento de la situación jurídica anterior obligará a deshacer lo indebidamente hecho. Asimismo, si la sentencia hubiera condenado a no hacer algo y el condenado lo hiciere, la ejecución se concretará en deshacer lo hecho. Sin embargo, en el Derecho español existe un precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que parece impedir al juez la destrucción material: el artículo 925, que dispone que "si el condenado no hace alguna cosa que quebrantare la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios, los que se indemnizarán al que hubiera obtenido la ejecutoria". Al comentar este artículo, se ha dicho que la Ley adopta un criterio desacertado, puesto que ningún inconveniente habría de autorizar al juez a la destrucción material de lo indebidamente hecho, cuando el título de ejecución así lo establece.¹⁵

Realmente, no existe inconveniente alguno en que el juez administrativo pueda, en ejercicio de sus potestades, proceder a que se deshaga lo indebidamente hecho, a través de los agentes que estime

14. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II, pp. 230 y ss.

15. Así, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II, p. 236.

oportuno, si no lo hace voluntariamente la administración pública condenada, a costa de ésta. Por lo que la ejecución transformativa se convertiría en una ejecución expropiativa. Como también se produciría esta transformación en los casos de imposibilidad legal de ejecución material.

La jurisprudencia española ha incluido en este supuesto el de modificación legislativa, pues sería absurdo deshacer algo que puede volver a hacerse a tenor de la nueva normativa.

c') Condena a hacer.

Se impone la distinción entre dos subgrupos distintos, según que el hacer a cargo de la administración condenada lo tenga que hacer ella exclusivamente, por no ser jurídica o económicamente igual que lo haga otra persona, o que, por no darse estas circunstancias, pueda hacerlo cualquiera.

a") Si se trata de hacer algo que sólo puede hacerse por la administración, y no cabe la ejecución subsidiaria, en el proceso administrativo, no se reducen las posibilidades ejecutivas a sustituir la prestación por la indemnización de daños y perjuicios. Pues, como antes señalamos, en caso de incumplimiento dentro de los plazos fijados y del apercibimiento, se prevé se deduzca el tanto de culpa frente al titular del órgano responsable.

Últimamente, en el proceso civil se está imponiendo una medida que hace tiempo fue propuesta por la doctrina para el proceso administrativo como una de las más eficaces para el complemento de las condenas a hacer algo en que no se pueda sustituir a la administración: la multa coercitiva al titular del órgano.

Sin embargo, no está entre las innovaciones del anteproyecto de la nueva Ley española de la Jurisdicción.

b") Si se trata de hacer algo en que es posible la sustitución, no hay razón alguna para privar al juez de la plenitud de potestades para hacer ejecutar lo juzgado.

Si la administración condenada no realiza aquello a que viene obligada para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada, "se hará a su costa", dice la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 924). El tribunal adoptará las medidas que sean necesarias para que se realice a costa de la administración.

Una vez más, se acaba en la ejecución expropiativa, por lo que ésta constituye la ejecución ordinaria. La obligación de hacer transforma en obligación de indemnizar.

VII. EPÍLOGO

He tratado de ofreceros un resumen de los problemas que plantea la regulación del proceso administrativo en uno de los aspectos de mayor trascendencia para que pueda hablarse de una tutela jurisdiccional efectiva. Y, por tanto, uno en los que la regulación actual resulta más afectada por la reforma que estáis estudiando.

Pero no hay que esperar demasiado de las reformas legislativas. Pues es incuestionable que hemos llegado a unas regulaciones del proceso administrativo que, rectamente interpretadas y aplicadas, conferirían al administrado una efectiva tutela jurisdiccional.

Si en la realidad no es así, no es por defecto de las instituciones procesales, ni por las prerrogativas que todavía ostentan las administraciones públicas. Las causas son muy distintas. Y no son ni mucho menos las más importantes el abuso de esas prerro-

gativas, la arbitrariedad de los políticos y la falta de decisión de los jueces al no ejercer hasta sus últimas consecuencias las potestades que les reconoce la ley.

La causa última de la quiebra de la tutela jurisdiccional efectiva no es otra que la de la falta de medios económicos de unos Estados en verdadera situación de quiebra. Que es como se encuentran la inmensa mayoría. Lo que les impide dotar a la administración de justicia de los elementos necesarios para superar la desesperante lentitud de los procesos, y poder cumplir las condenas al pago de dinero, en que acaban la inmensa mayoría de las ejecuciones.

No sé si habréis observado cómo acaban los Congresos, Encuentros o Asambleas que se celebran en los más distintos sectores: pidiendo al Estado una mayor atención presupuestaria. Si es sobre

comunicaciones y transportes, se piden mejores carreteras, o aeropuertos, o ferrocarriles. Si es sobre educación, pidiendo más universidades y escuelas, laboratorios mejor dotados, profesores mejor pagados. Si es sobre sanidad, lo que se pide es más y mejores hospitales, con todas las conquistas de la técnica moderna, con más camas, con más personal sanitario preparado.

Pero los Estados tienen unos medios limitados. No pueden hacer todo lo que se les demanda. No

todo lo que quieran los políticos. Por lo que se impone la sensatez y la prudencia al asumir fines y funciones, y la máxima austeridad en la gestión.

No quiere esto decir que debamos renunciar a todo esfuerzo dirigido a perfeccionar nuestros procesos administrativos. Pues por alto que sea el nivel alcanzado por nuestras leyes, siempre será posible dar un paso más en esta lucha por garantizar la sumisión de la administración pública al Derecho en que estamos empeñados.
