

# OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela

## I. O novo sistema de recursos administrativos

### 1.1. Introducción: O *status quaestionis* previo e a chegada da Lei 4/1999

É coñecido que a Lei 30/92 naceu cunha pretensión de xeneralidade claramente confesada na súa exposición de motivos, que pregoa a decisión de adapta-lo marco normativo e o réxime xurídico de tódalas administracións públicas ós principios constitucionais. E proclama ademais, respecto da Administración local, que a súa regulación específica contida na Lei de bases «non ofrece dificultade ningunha de adaptación ós obxectivos desta lei e non esixe modificacións específicas».

Consonte con isto, o seu artigo 1 estableceu a aplicabilidade das súas disposicións a tódalas administracións públicas, e inclúense obviamente entre estas (no seu artigo 2) as «entidades que integran a Administración local».

Este afán xeneralizador nas bases do réxime xurídico e do procedemento administrativo común semella, en principio alomenos, irreprochable e cabe cualificalo como positivo. Xustamente o fracaso neste obxectivo e a proliferación de procedementos especiais constituíron durante moito tempo unha das críticas máis duras e repetidas á LPA do 1958.

Sen embargo, a xeneralización abrupta e uniformista dalgúns criterios a tódalas administracións territoriais (obviamente moi diferentes na súa contextura, funcionalidade e intereses) constitúe un risco indubidable se non se modulan axeitadamente os límites do «que debe entenderse por común».

Agora ben, está claro (tralos estudos doutriniais e a propia xurisprudencia do TC, alomenos desde a súa Sentencia 83/1986, do 26 de xuño) que o Estado ten que asumir como «común» calquera garantía básica onde queira que esta estea, sexa en procedemento xeral ou especial.

Desde este criterio parece en principio lóxico que a Lei 30/92, dados os seus afáns de xeneralizar e de homoxeneiza-lo procedemento, fíxase como común todo o relativo á materia de recursos administrativos, cuestión sen dúbida ligada estreitamente ás garantías. Cousa distinta é que tal criterio, probablemente atinado na dialéctica Estado-comunidades autónomas, constituíse un acerto no eido da Administración local. Calquera xuízo que sobre isto se formule debe ser integrado nas críticas doutriniais tradicionais ó noso sistema de recursos administrativos e nas «solucións» que a Lei 30/92 introduciu.

Nesta orde de cousas é coñecida a postura maioritaria da doutrina xurídico-administrativa española en canto á necesidade de revisión da vía administrativa de recurso, postura sostida desde hai xa bastantes anos, moito antes, por suposto, de que a Lei 30/92 estivese sequera en fase de proxecto.

Tal postura crítica víñase centrando, como se sabe, por unha parte, na necesidade de que o exercicio dos dereitos materiais non quedase bloqueado ou impedido polo transcurso dos breves prazos de interposición dos recursos. Esta foi a preocupación que de sempre inquietou, por exemplo, ó profesor Parada. Para el o que había que corrixir (chegado o momento dunha modificación legislativa) non era tanto a esixencia dos recursos previos canto que os recursos administrativos e o propio contencioso se interpuxesen, so pena de caducidade da acción, en prazos diversos dos establecidos para a prescrición dos dereitos materiais. A solución ía, pois, segundo a súa idea, no sentido do vello artigo 142 LPA (hoxe 121), referente ás reclamacións previas á vía xudicial, que é posible reiterar indefinidamente dentro do prazo de prescrición dos dereitos (STS 24 febreiro do 1998).

Pero expresouse tamén outra postura crítica, a do profesor García de Enterría quen, chegando máis lonxe, manifestou que habería que imita-lo sistema francés, onde os recursos administrativos constitúen só unha alternativa pola que o particular pode optar. Isto é, non resulta obrigatorio interpoñer-lo recurso administrativo antes de acudir ó xuíz; trátase dunha simple facultade á que se pode libremente recorrer se ó interesado non lle importa aprazar algún tempo a impugnación xurisdiccional. Este

(segundo dixo hai tempo García de Enterría) debería se-lo noso sistema: configura-la vía administrativa de recursos con carácter facultativo, agás un par de excepcións lóxicas, os casos de tutela dun ente sobre outro e os supostos de autoadministración. E, se non se chegase a tan nova modificación, alomenos revisa-lo sistema da LPA do 58 en dous sentidos: unifica-la vía administrativa nun só recurso seguindo a fórmula do dereito alemán; e, en todo caso, darlle ó recurso administrativo o carácter de acto de avinza civil, que se axusta perfectamente á súa natureza pre-procesual e serviría para evitar unha innecesaria proliferación impugnatoria.

Pois ben, é evidente que a Lei 30/92 asumiu en parte algunhas destas suxestións doutrinais (configuración dun só recurso administrativo, posibilidade doutras formas de impugnación, incluídas a conciliación ou a arbitraje), pero non recolleu, en cambio, a máis importante –e que evitaría problemas– isto é, o carácter opcional do subsecuente recurso administrativo.

Así as cousas, a lei estendeu o seu ámbito indiferentemente a tódalas administracións territoriais; configurou como «común» a existencia dun só recurso administrativo (por aplicación da aludida tese da garantía); e concretouno nos actos que non esgotasen a vía administrativa; nos demais casos, acudiríase directamente ó contencioso.

En efecto, a disposición adicional 10ª da LRX-PAC deulle nova redacción ó artigo 37.1 da Lei xurisdiccional (entón vixente), que quedou así:

«O recurso contencioso-administrativo será admisible en relación coas disposicións e cos actos da Administración que puxeran fin á vía administrativa de conformidade co previsto na Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común». (É dicir, o previsto no artigo 109).

Isto é o que levou de cheo ó grave problema da carencia de superior xerárquico e ás súas consecuencias no ámbito local: práctica interdicción do contencioso.

Sen dúbida, o artigo 37.1 da Lei xurisdiccional imponía (como hoxe fai o 25.1 da Lei 29/98) a ultimación da vía administrativa como paso previo ó contencioso. E, á parte doutros motivos ou causas que esgotan a vía administrativa, é claro tamén que o máis salientable para os nosos efectos (dentro da enumeración do artigo 109 LRX-PAC) é o contido no seu apartado c): que os órganos que dictaran o acto «carezan de superior xerárquico». Porque, sendo isto así, os actos dos alcaldes, do Pleno municipal e da Comisión de Goberno esgotan a vía administrativa (art. 52.2 da LBRL) e non son, polo tanto, susceptibles de recurso administrativo, deste xeito debe acudirse directamente ó contencioso. Xurdiu así, de aquí, unha fonte de conflitos indubidable e de verdadeira transcendencia, porque é precisamente na esfera local onde máis abundan actos administrativos de escasa entidade ou relevancia económica, e polo tanto pouco suscep-

tibles de seren impugnados en vía xudicial. Podería mesmo dicirse (extremando a expresión) que a supresión do recurso administrativo menoscababa aquí a efectividade do dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24 CE. Porque era (e foi) claro que moitos interesados non ían acudir ó contencioso, dado o seu elevado custo e duración, por asuntos de escasa contía, polo que quedaban os seus dereitos sen defensa.

O tema xa se formulara co gallo da reforma que orixinou a Lei de bases de réxime local do 1985, ó suprimi-las reclamacións económico-administrativas nesta esfera, en virtude do disposto no artigo 108. A crítica doutrinal foi practicamente unánime «al entender –di Sánchez Morón– que se privaba a los contribuyentes de una garantía real y efectiva». «De hecho –continúa– una fórmula de recurso administrativo semejante, que en la mayoría de los casos sirve para resolver reclamaciones de escasa cuantía (...) es no sólo útil y viable, sino también más eficaz en la práctica que la garantía judicial, dado el coste mínimo de cualquier proceso contencioso-administrativo».

En similar sentido xa se manifestara tamén o profesor Martínez Lafuente ó aludir a que así:

- se eliminaba unha vía esencialmente gratuíta para o contribuínte;
- se producía unha sobrecarga dos tribunais de xustiza (se ben, dicíase, isto se paliaría coa creación dos xulgados do Contencioso); e
- se vedaba a posibilidade de autodefensa, coa conseguinte desincentivación das reclamacións de pequenas cantidades, co risco de vulneración das garantías do artigo 24 CE.

Doutra banda, a xustificación da reforma no principio de autonomía municipal tampouco foi considerada dabondo pola doutrina, sobre todo a raíz da Sentencia do Tribunal Constitucional do 2 de febreiro de 1981, que entendeu, como é sabido, consonte coa Constitución, a existencia de controis de legalidade sobre a actuación dos entes locais (criterio reiterado noutras posteriores, como a 213, do 11 de novembro de 1988).

E máis adiante, consolidada esta liña polo Texto refundido de 1986 e promulgada no ano 1988 a Lei 39, de facendas locais, a crítica doutrinal seguiu sendo practicamente unánime (Juan José Nieto Montero).

Non vou insistir nesta cuestión específica do sistema de recursos contra os actos tributarios dos entes locais, pero si retoma-la cuestión xeral que nos ocupa. Porque, sen dúbida, a aparición da Lei 30/92, de RX-PAC, veu complicar máis aínda a cuestión e ademais con carácter xeral, como antes dicía. E, neste sentido, está claro que por moito que se critique, e non certamente sen razón, a vía administrativa de recurso, ningunha voz solvente propuxo a súa simple supresión sen matización ningunha, que é o que en definitiva ocorreu na esfera local.

Como ten sinalado o profesor González Pérez, trala incidencia no contencioso das prescricións da LRX-PAC, «ante el proceso administrativo exis-

tían dos tipos de actos: unos, respecto de los que no es posible incoar el proceso sin interponer el recurso administrativo previo que ponga fin a la vía administrativa; otros, respecto de los que no es posible recurso administrativo alguno, y no existe otra vía de impugnación ordinaria que la contencioso-administrativa. Que es, justamente, lo contrario a lo que demanda la tutela judicial efectiva...».

Por iso a doutrina se inclinou por outra solución. «Lo más oportuno hubiera sido –escribe Sánchez Morón– preservar el recurso de reposición, entendido como ordinario, con carácter potestativo, al menos en el ámbito de la Administración local». E o propio profesor González Pérez razo con carácter xeral e con evidente ecuanimidade:

«Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del Ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituiría un trámite inútil.»

Non foron estes, sen embargo, os criterios con que a Lei do 92 «mal-resolveu» a cuestión, especialmente grave, como se dixo, no eido local. Non había xeito de defender *contra legem* a pervivencia da reposición contra actos dictados por órgano sen superior xerárquico. E a LRX-PAC non ofrecía vías para instaurar ou entender instaurado algún tipo de filtro administrativo que impedise ou paliase a renuncia de feito a defender multitude de dereitos na vía xudicial. Se ben isto se conseguira –non sen unha traballosa interpretación– no ámbito tributario, non se lograba sen embargo con carácter xeral. Houbo moitos «equilibrios doutrinais» desenvolvidos para entender «reactualizable» o filtro administrativo pola vía das leis sectoriais do artigo 107.2 LRX-PAC, interpretado constructivamente en relación ó 109.c). E, por outra parte, tampouco a comunicación previa do artigo 110.3 do mesmo texto legal (e á que de seguida me referirei) estaba pensada con esa funcionalidade, pois non era dable á Administración, por mor dela, ningún pronunciamento resolutorio que puidese evita-lo proceso, na maior parte dos casos iniciado simultánea ou mesmo anticipadamente á propia comunicación. A posibilidade de revogación, co seguinte efecto de satisfacción da pretensión, só podería darse nos actos

de gravame, evitando o contencioso. Nos demais supostos habería que acudir ós complexos procedementos de revisión dos artigos 102 e 103 LRX-PAC que, nos máis dos casos, supoñen a necesidade de impugnación perante a xurisdicción contencioso-administrativa.

## 2. A reforma que introduce a lei 4/1999

### 2.1. A reposición potestativa

A situación legal era, pois, preocupante. A realidade cotiá amosaba a pervivencia do recurso no ámbito tributario local. Pero a súa necesidade era tal, tamén noutros ámbitos, que as administracións desta orde acudiron neles con toda habitualidade ó «expediente» da corrección de erros, que actuaba así, de forma deturpadora e non sempre como garante para terceiros, como substitutorio do inexistente recurso. Había que afronta-la modificación legislativa pertinente.

Pero, *¿cómo soluciona-la cuestión?*. Tan só había dous camiños ó reforma-la Lei 30/92:

■ Ou ben excepcióna-lo réxime local, mantendo nel o recurso administrativo, ou ben configurar con carácter xeral como potestativo o recurso administrativo.

Pois ben, a Lei 4/99 opta por este segundo camiño. E de certo que a decisión parece positiva: non só se soluciona o problema do ámbito local, senón que, ademais, se atenden outras reiteradas suxestións de orde doutrinal respecto do sistema de recursos. En concreto, ó configurar como potestativo o restaurado recurso de reposición (ó estilo do vello artigo 126 da LPA de 1958) conséguese, de xeito razoable, non alongar innecesariamente a vía administrativa de recurso, agás que ó interesado non lle importe ou, confiando na resolución administrativa que vaia recaer, interpoña se quere a reposición.

Este recurso potestativo de reposición presenta algunhas cuestións tanto de ámbito material como procedementais ou procesuais.

O texto definitivo da Lei 4/99 limita (no seu artigo 116) o obxecto deste recurso ós actos administrativos que lle poñan fin á vía administrativa.

Creo recordar que nalgún dos anteproxectos da reforma este recurso funcionaba, tamén como potestativo, á parte das disposicións administrativas de carácter xeral. Pero isto desapareceu no texto definitivo do artigo 116; ademais o 107.3 di tallantemente que son excepcións e que contra as disposicións administrativas de carácter xeral non caberá recurso en vía administrativa.

A reposición potestativa interponse ante o mesmo órgano que dictou o acto, que é quen ten que resolvelo. O prazo é dun mes, se o acto é expreso; e senón de 3 meses. Non cabe reposición contra a resolución dun

recurso de reposición. E non se poderá interpoñe-lo contencioso ata que se resolva expresamente esta reposición ou se produza a súa desestimación presunta.

A Lei de reforma mantén para esta reposición potestativa a mesma flexibilidade substitutoria establecida para o recurso de alzada. Isto é, a reposición potestativa (di o artigo 107.2) poderá ser substituída –mediante leis sectoriais– por outros procedementos impugnatorios; iso si, cumprindo as mesmas condicións que para a substitución da alzada e, desde logo, sen perder nunca o seu carácter potestativo.

## 2.2. A alzada

O proxecto recupera tamén o tradicional recurso de alzada, que regula nos artigos 114 e 115. En todo caso a modificación non é profunda, xa que a regulación establecida para a alzada se corresponde, con diversas matizacións, coa fixada polo texto de 1992 para o recurso chamado entón «ordinario». Estas matizacións consisten no seguinte:

### *No artigo 114*

- incluír expresamente a precisión de que se ha tratar de actos que non poñan fin á vía administrativa;

- e matiza-la consideración de dependencia (para fixa-lo superior xerárquico) que o texto de 1992 lle facía a quen tivera nomeado o presidente dos tribunais e órganos de selección de persoal; o novo texto estende tal consideración a calquera tipo de órganos que actúen con autonomía funcional; e matiza que a dependencia será do órgano a que estean adscritos ou, no seu defecto, de quen teña nomeado ó presidente.

### *No artigo 115*

Son máis importantes:

- O vello artigo 115, que falaba dos motivos do recurso. Agora suprítese este contido. A modificación resulta coherente, porque o novo artigo 107 xa o recolle conxuntamente para a alzada e maila reposición potestativa.

- Pero maior interese ten o contido deste novo artigo 115, que se inclúe como texto en lugar do suprimido para non altera-la numeración de artigos da lei.

Aquí a lei mellora o texto do vello 114.2 e pono en sintonía co novo réxime do silencio. Na redacción do novo artigo 115 destacan, na miña opinión, dun lado a reiteración da afirmación da inexistencia de recursos administrativos posteriores á alzada e, doutro, sobre todo o valor positivo do «dobre silencio» en vía de recurso (art. 115.2 por remisión 43.2).

### 2.3. O recurso extraordinario de revisión

A nova lei non introduce aquí modificacións especialmente relevantes. A máis sobresaínte aféctalles ós motivos do recurso. En concreto, na circunstancia 2ª do número 1 do artigo 118 suprímese a expresión «ou se acheguen», referida a documentos de valor esencial para a resolución do asunto que evidencien erro nesta. A partir de agora, xa que logo, tan só a «aparición» de tales documentos, e non a súa «achega», cualificará adecuadamente este motivo do recurso.

Doutra parte, acláranse as dúbidas suscitadas pola mala redacción do texto do 1992, en canto:

- a natureza do acto recorrible;
- e en canto ó órgano resolutorio do recurso.

Respecto da natureza do acto, substitúese aquela conflictiva expresión de actos que «esgoten a vía administrativa ou contra os que non se interpuxera recurso administrativo en prazo» (expresión utilizada pola versión de 1992) pola de «actos firmes». Isto é correcto: vólvese ó criterio e á expresión da LPA de 1958 e dásele así satisfacción á crítica doutrinal case unánime ó texto de 1992.

Na resposta á segunda das dúbidas suscitadas (isto é, o órgano resolutorio do recurso) a lei de reforma precisa a terminoloxía. Non era doado de entende-lo precepto do 1992 (118.1) ó dicir que o recurso se interpoñía perante o órgano que dictara o acto, pero sen aclarar quen había de resolvelo.

Como na LPA de 1958 a resolución do recurso se lle atribuíu ó órgano-vértice da Administración actuante, a doutrina tivo que interpreta-lo novo texto (impreciso), e chegou á conclusión maioritaria de que a lei configuraba o órgano autor do acto como órgano resolutorio do recurso, tras desbota-la posibilidade de que o competente fose o superior xerárquico do órgano actuante, como fixo o profesor Sánchez Morón trala análise da orixe parlamentaria do precepto.

Pois ben, agora a lei de reforma elimina toda posible dúbida ó dicir expresamente que o recurso poderá interpoñerse perante o órgano que dictase o acto, que tamén será competente para a súa resolución.

A reforma, pois, aclara as cousas (o carácter do acto e do órgano resolutorio), se ben non reconsidera esa decisión de que este recurso extraordinario o resolva o mesmo órgano que dictou o acto, decisión desde logo discutible.

Convén dicir, en todo caso, que este criterio coincide co establecido na adicional 17ª da LOFAXE (L. 6/1997), que formulou o tema de se tal prescrición se debe considerar ou non básica e, como tal, aplicable a tódalas comunidades autónomas. Non comparto este criterio. Entendo que cada CA, a través da súa propia norma de réxime xurídico ou de Goberno e Administración, podería fixa-lo órgano resolutorio do recurso extraor-



dinario de revisión en vía administrativa. Pero, sexa como sexa, a cuestión fundamental non é tanto esta como a de se o criterio de que este recurso o resuelva o mesmo órgano que dictou o acto impugnado *pode* entenderse como correcto.

Argumentouse respecto disto o precedente da LPA do 1958 que, tendo en conta o carácter de actos firmes e os motivos do recurso, lle remitiu a resolución ó ministro, o vértice máximo da organización. E púxose tamén de manifesto a delicada situación que a concorrencia dos motivos 1 e 4 do artigo 118 da LRX-PAC provocaría no órgano resolutorio, fundamentalmente este último, é dicir, nunha resolución que se tivera dictado incorrendo en prevaricación, suborno, violencia, maquinación fraudulenta ou outra conducta punible.

Compréndese a situación tan absurda que se podería chegar a producir se o mesmo órgano prevaricador tivera que resolve-lo recurso que pon en cuestión a legalidade da súa actuación. Certamente esta posibilidade non parece factible, xa que o precepto conclúe, respecto da concorrencia de tales vicios, «e se teña declarado así en virtude de sentenza xudicial firme». Polo tanto, como di Meseguer Yebra, «previamente a la interposición y resolución de este recurso debe existir un previo pronunciamiento judicial en lo penal, de donde se derivan como mínimo penas de inhabilitación especial para el empleo y cargo público de 7 años para el caso de cohecho y la prevaricación (arts. 404 y 419 CP), con lo que el problema quedaría resuelto en este caso a la vista del plazo de 3 meses para la interposición del recurso de revisión desde que la sentencia quede firme, de acuerdo con el art. 118.2º de la L 30/1992).

Mayor conflicto puede plantear la interpretación de qué pueda entenderse incluído dentro de la 'maquinación fraudulenta' o 'conducta punible'. No obstante, y a salvo de lo anteriormente expuesto, no es bueno tampoco para asegurar la imparcialidad y objetividad de la Administración pública que la persona que suceda en un puesto a aquél que haya sido condenado por prevaricador o cualquiera de los supuestos que hemos visto, se encuentre sometida a la presión que supone el «tener» que decidir de los recursos contra los actos dictados por su antecesor. Considero que habría sido más oportuno y acertado haber encomendado esa resolución a un órgano diferente.

Quedamos, pues, atentos a los diferentes pronunciamientos que en lo sucesivo vayan produciéndose por parte de las diferentes administraciones, la opción que las comunidades autónomas escojan en sus propias regulaciones, la evolución de la jurisprudencia y las aportaciones de la doctrina.»

Con todo, este tema non deixa de ser opinable. Non o é en cambio, ó meu ver, outra das modificacións introducidas pola lei de reforma no réxime do recurso de revisión.

Refírome á introducción no artigo 119 dun discutible trámite de inadmisión similar ó que se establece na revisión de oficio de actos nulos (artigo 102.3, en vía de revisión de actos ou disposicións xerais).

#### *Di así o artigo 119.1*

«O órgano competente para a resolución do recurso poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite, sen necesidade de solicitar dictame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, cando o mesmo non se fundamente nalgunha das causas previstas no apartado 1 do artigo anterior ou no suposto de que se desestimaran en canto ó fondo outros recursos substancialmente iguais.»

Trátase dun texto moi similar ó do 102.3. En realidade son preceptos paralelos e non garantes, aínda que si de economía procesual.

Certamente a cuestión resulta máis grave na revisión, xa que supón mesmo un retroceso respecto da interpretación xurisprudencial dos artigos 109 LPA do 58 e mesmo o 102 da LRX-PAC do 1992. Pero tampouco parece moi xustificable este novo 119.1. Ben certo é que a decisión ten que ser motivada. E tamén, ó parecer, existe certo abuso deste recurso. Pero, en todo caso, semella un instrumento dabondo drástico e obstativo.

#### **2.4. Fin da vía administrativa**

Naturalmente, as reformas comentadas ata o de agora obrigan o proxecto a acomoda-lo artigo 109 (actos que poñen fin á vía administrativa) ó novo sistema de recursos, e aprovéitase ademais a cuestión para supli-lo esquecemento do texto do 1992 e incluír, como acto de tal carácter, «os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a condición de finalizadores do procedemento».

Obviamente, a nova lei estase a referir aquí á *terminación convencional* do procedemento do artigo 88, nunca a un procedemento de recurso nin ós seus posibles procedementos substitutivos do 107.2.

Hai que observar que serán as leis especiais as que, en cada caso, determinen cando tales acordos, pactos, convenios ou contratos poñen fin á vía administrativa. E que, por suposto, contra tales actos non cabe recurso de alzada, aínda que si o potestativo de reposición.

#### **2.5. A interposición do recurso e a supresión da chamada comunicación previa do artigo 110.3**

O réxime de interposición dos recursos non presenta novidades relevantes, agás a supresión da comunicación previa do 110.3.

Antes diso, nos apartados a) e c) do n.º. 1 do artigo 110 reaxústanse os datos que hai que facer constar no escrito de interposición:

■ Engádesse no a) a *identificación persoal* do recorrente (antes non esixida) e que só a xurisprudencia determinará na súa suficiencia, porque a lei non explicita máis.

■ E no apartado c) incorpórase esa críptica expresión, que antes estaba no a), de «identificación do medio e, de se-lo caso, do lugar que se sinala para efectos de notificacións».

Isto último supón unha ocasión perdida de mellorar esta expresión, que se toma do 59.4, en lugar de corrixila. Non deben esquecerse aquí dúas cousas: primeiro, a contradicción que supón que o Grupo Popular, que no seu día (cando se discutía o texto do 1992, artigo 59.4) tentou suprimir este inciso por inintelixible, o incorpore agora ó artigo 110 sen matización ou aclaración ningunha; e segundo, que esta expresión foi moi criticada por toda a doutrina, xustamente pola súa dificultade de entendemento. Martín Rebollo, por exemplo, escribiu no seu día:

«Recuérdese que el mencionado punto 1 señala que las notificaciones se practicarán “por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción...”. Apela al instrumento concreto mediante el que se realiza la notificación: oficio, carta, telegrama, fax, vía notarial u otros procedimientos. ¿Cómo va a desconocer la Administración “el medio”, entonces?. Probablemente, lo que se quiso señalar, partiendo de la posibilidad de utilizar medios telemáticos, apela al conocimiento, no ya sólo de la vía apropiada (por ej., número de telefax) sino también de su clave de acceso (password) en el supuesto del correo electrónico y la utilización de ordenadores. Pero entonces, si esto es así, habría que señalar dos cosas: que el criterio del domicilio permitiría siempre a la Administración notificar por otro medio más tradicional, tanto si se trata de procedimientos iniciados de oficio, como si es a solicitud del interesado y no es posible realizar la notificación por el medio inicialmente señalado por aquél, y que el desconocimiento “del medio” no debe autorizar a la Administración a deducir la grave consecuencia de la notificación edictal con la merma de garantías que ello supone. Sólo si se desconoce el domicilio o el lugar de trabajo, entrará en juego, a mi juicio, la posibilidad de la notificación edictal.»

Pero máis relevante é a supresión do apartado 3. A lei aproveita o baleiro deixado no texto para consignar expresamente que «os vicios que fagan anulable un acto non poderán ser alegados por quen os tivese causado». Conságrase legalmente, xa que logo, o vello principio «*nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*» (xa recollido xurisprudencialmente, por exemplo, na STS do 21/11/85).

Unha das novidades importantes da Lei 30/92 foi, como resulta sabido, a introducción desa especie de «sucedáneo» ou «resto substitutivo» do entón suprimido recurso de reposición que a lei configurou no seu artigo 110.3 baixo o nome de «comunicación previa».

Este curioso «invento» estaba case fenecido despois dun longo proceso

de dúbidas e traballosos esforzo doutrinal e xurisprudencial acerca de moitas cuestións:

- qué era o que había que comunicar
- se se refería só ós actos expresos ou tamén ós presuntos por silencio
- forma dela
- a quen había que remitirla
- lugar de presentación (¿calquera rexistro ou a Administración actuante nada máis?)
- tempo ou prazo, coa problemática cualificación de «previa» que facía a lei
- e o gran problema da rectificación
- e, por fin, as sentencias do TC, 55, 76 e 89/1996, que viñeron estendelo certificado de defunción (ou case) da certificación previa

E digo case porque, como se sabe, o TC dixo cousas moi positivas, pero non entendeu, sen embargo, procedente á declaración de inconstitucionalidade (STC 89/1996). Acoléndose ó principio de interpretación de todo o ordenamento conforme a Constitución (e, en concreto, á necesidade de interpreta-las normas procesuais no sentido máis favorable á efectividade do dereito á tutela xudicial efectiva), considerou que os artigos 110.3 LRX-PAC e 57.2 f) da LXA non se deben interpretar no sentido dos autos do propoñente, isto é, como determinantes da inadmisión do recurso contencioso e conseguinte impedimento da resolución xudicial sobre o fondo, senón «coa interpretación que vén facer viable esta resolución con plena efectividade do dereito á tutela xudicial que recolle o artigo 24.1 CE e que se traduce nunha configuración da omisión da comunicación previa como defecto emendable». En definitiva, a sentenza proclama que tales preceptos non son inconstitucionais interpretados no sentido de considerar reparable a omisión da comunicación previa.

Por iso a sentenza, sen embargo, non podía producir enteira satisfacción. Resolveu certamente, e xa é moito, as dúbidas que poderían subsistir respecto da rectificación. Pero non acabou co inútil atranco procesual que a comunicación previa implicaba. Non se entende ben, pois, por qué, recoñecendo o TC que os fins da comunicación «son perfectamente alcanzables sen ela» (simplemente coa reclamación do expediente), se acolle á doutrina de que a validez da lei ten que ser preservada cando o seu texto non impide unha interpretación axeitada á Constitución, para manter tan absurda esixencia. Máxime cando para iso tivo que seguir, como se ten dito, múltiples «itinerarios interpretativos» dirixidos a salva-la literalidade legal da esixencia previa da comunicación.

Pois ben, a reforma remata á fin con esta absurda esixencia, por entendela (di a exposición de motivos) «non só innecesaria, senón probablemente obstaculizadora dun proceso xudicial áxil e breve».

## 2.6. Os retoques na suspensión do acto en vía de recurso

O proxecto mantén no artigo 111, en termos xerais, o réxime da suspensión en vía de recurso, como se sabe, tradicionalmente non moi satisfactoria pola pulsión da executoriedade e a innegable necesidade de cohonesta-los intereses públicos e os particulares do solicitante. Consérvase, xa que logo, a regra xeral da non suspensión e permanecen invariables os motivos que a poden fundamentar. A nova lei límitase aquí a algunhas matizacións:

a) Recolle algúns criterios manifestados reiteradamente sobre a tutela cautelar; e permite, no momento de dictala, adopta-las medidas deste carácter que sexan necesarias para protexe-lo interese público ou de terceiros e a eficiencia da resolución recorrida; somete o seu outorgamento, cando dela poidan xurdir «prexuízos de calquera natureza», á necesaria prestación de caución ou garantía suficiente, nos termos que, di, se establecerán regulamentariamente.

b) Doutra parte, e na mesma liña dos criterios xurisprudenciais, autorízase a posibilidade de que a suspensión, no marco do principio de razoabilidade, poida prolongarse sen solución de continuidade ata a sede xurisdiccional.

Trátase, sen dúbida, de dous criterios equilibrados e positivos en materia de suspensión. Pero trátase dunha reforma moi curta neste punto. Para avalia-lo seu alcance habería que botarlle unha ollada á situación actual en España do instituto suspensorio, á súa operatividade e ás demandas doutrinais ó respecto.

Non hai tempo para facer isto. Só se realizarán dúas reflexións de contraste. No noso país as cousas veñen de lonxe e non se acaba de establecer un réxime xeneroso da suspensión. O tema enmárcase no máis xeral das medidas cautelares, e latexa no fondo de tal resistencia o vello principio de executividade e presunción de lexitimidade dos actos administrativos.

É, en definitiva, onde se sustenta un case nulo xogo no noso dereito, o que Santamaría ten chamado «técnicas de bloqueo de la ejecutividad y de la acción de oficio»: a vía interdictal e a suspensión.

En efecto, hai xa anos que o profesor Santamaría Pastor (non o primeiro no tempo, pero si na énfase) denunciou, na súa análise das «técnicas de contención de la ejecutoriedad» do acto, o case nulo xogo da suspensión da efectividade, tanto na vía do recurso administrativo como contencioso. Cualificou a suspensión de «cauce inédito», denunciou respecto do artigo 116 da LPA o perigo de que se convertese nunha «especulación vacía» e criticou con abondosas razóns o restrictivo uso xurisprudencial das potestades conferidas polo artigo 122 da Lei xurisdiccional. Xa entón afirmaría que «no me ofrece la menor duda de que la potestad que el artículo 116 confiere es de ejercicio obligatorio, pues la solución contraria lleva a resultados absurdos».

«Si la Administración constata, ante un recurso, que el acto impugnado puede efectivamente causar daños de imposible o difícil reparación no puede negarse legítimamente a suspender invocando una facultad discrecional: puede suspender –está habilitado para ello, al contrario de lo que ocurre al órgano *a quo* en la alzada– pero también debe suspender. Evidentemente, la regla de la ejecutoriedad no puede llevarse tan lejos que conduzca a atribuir a un órgano facultades *in límite* para causar perjuicios irreparables a los particulares. Y lo mismo ocurre respecto de la segunda causa de suspensión: si el recurrente alega como fundamento de su pretensión la concurrencia de vicios de nulidad en el acto impugnado, y esta alegación es razonable y presenta cierta consistencia –es decir, no se trata de *mero usus fori*, triquiñuela dialéctica o abuso de la terminología–, la autoridad debe suspender.»

Sen embargo, no longo cuarto de século transcorrido desde entón, pouco se avanzou na orde lexislativa e pouco na xurisprudencial. Si, en cambio, un amplo sector da doutrina se ten esforzado infatigablemente no que xa toicamente se chama «a batalla polas medidas cautelares». García de Enterría destacou sobresaintemente neste empeño e boa proba diso son os estudos recollidos no libro que leva por título xustamente a afortunada expresión que antecede. A idea central de todos eles é a necesidade de poñer á disposición do xuíz contencioso toda «una panoplia de medidas cautelares» das que hoxe o noso sistema carece. A única medida cautelar realmente existente é –di– a suspensión, que non resulta eficaz «frente a denegaciones, frente a inactividades, frente a decisiones que a veces son adoptadas como un abuso, cínico incluso, de la potestad de la decisión previa y que echa resueltamente sobre los administrados la obligación de emprender largos recursos al final de los cuales, problemáticamente, podrá encontrar una reparación».

É claro que isto non se concilia co principio de tutela xudicial efectiva do artigo 24 da CE como ten escrito García de Enterría:

«Hay que decir resueltamente que el mantenimiento del sistema estricto de la decisión previa no puede sostenerse más que al precio de un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del juez contencioso. Este sistema debe comprender toda la amplia gama de medidas conservatorias pero también y, sobre todo, de medidas cautelares de prestación positiva, que son perfectamente conocidas, por ejemplo, en el derecho anglosajón (que, por cierto, pasó a ser en muchas partes superior al modelo francés, luego hablaré de esto, después de la revolución realizada por los jueces y luego confirmada legislativamente por una Lei de 1981, sistema de la *application for judicial review*) y en el derecho común de todos los Estados (es curioso que, en Francia, el espectacular desarrollo de los procesos de *référé*, que incluye el *référé provision*, no está extendido al contencioso-administrativo). Si nos situamos de nuevo en el derecho español y recordamos nuestro planteamiento, la efectividad de una tutela judicial, no existe el menor problema de poner a disposición del juez una

amplia gama de medidas cautelares, única forma de luchar contra el uso abusivo de la decisión previa como arma utilizada fuera de su justificación material.»

A consagración en Francia dunha nova concepción das medidas cautelares (constitucionalizadas) determinou unha reinsistencia do autor citado, que nun novo estudio analizou a aplicación ordinaria do artigo 24 CE e a súa utilización por parte do Tribunal Constitucional nas súas sentencias do 10 de febreiro do 1990 e 12 do decembro do 1991; frustración total ou parcial ou simple demérito da tutela de fondo como causa da medida cautelar previa e o *fumus boni iuris* como condición.

Mais, a pesar desta decidida ofensiva doutrinal e do exemplo do dereito europeo, a nosa situación en canto á utilización práctica de medidas cautelares segue a ser decepcionante. A suspensión, especialmente en vía administrativa, é ben demostrativa do que digo.

Así as cousas, non constituiría unha inxenuidade pensar que a actual reforma abordase esta cuestión con máis decisión e xenerosidade. Pero xa vimos o que fai: moi pouca cousa, e de simple retoque. Non se flexibiliza o réxime, por máis que se retoquen as medidas provisionais do artigo 72, aínda que sen reducir en absoluto os instrumentos que xa elas achegan para asegura-la eficacia da resolución recorrida.

É obvio que non se quere potencia-la suspensión, nin sequera no ámbito da potestade sancionadora ou disciplinaria, na liña emprendida pola fenecida Lei de protección xurisdiccional do 1978 (artigo 7) e logo abandonada, aínda que podería ter servido alomenos como pauta do desexable réxime xeral da suspensión.

Un caso especialmente grave, que resalta Parada, é o da executoriedade dos actos sancionadores, con escasísimo xogo da suspensión, de non doada avinza co artigo 24 CE. Tras moitas vacilacións xurisprudenciais, impúxose á fin o sorprendente criterio da Sentencia do TC 66/1984, do 8 de xuño, segundo o cal:

«o artigo 24 da Constitución non descarta a executividade inmediata da sanción, non obstante a presentación de recursos contra os actos sancionadores, pois o dereito á tutela xudicial efectiva satisfaise facilitando que a executividade poida ser sometida á decisión dun tribunal e que este, coa información e contradicción que resulte mester, resolva sobre a suspensión.»

## 2.7. Previsións transitorias respecto dos recursos

Malia que a disposición transitoria segunda prevé con carácter xeral que a nova lei non afectará os procedementos iniciados antes da súa entrada en vigor, no tema de recursos establece sen embargo que si será de aplicación o novo sistema. A previsión dise que está adoptada pola transcendencia que os recursos teñen de cara á garantía dos cidadáns. 