

LA GARANTIA DE DEFENSA EN JUICIO Y EL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Carlos F. Balbín

Centro de Estudios Institucionales
Argentina.

CONCEPTO DE EJECUTIVIDAD

La ejecutividad puede ser considerada como la capacidad del acto de modificar el ordenamiento jurídico o la posibilidad de ejecutar el acto por la fuerza sin intervención del órgano judicial.

La ejecutividad¹, desde nuestro punto de vista, es aquella potestad por la cual la administración ejecuta forzosamente sus actos, sin intervención de los jueces, imponiéndose coactivamente a la voluntad del obligado. Si admitiésemos la definición contraria, no existiría diferencia objetiva entre el acto de derecho privado y el acto administrativo.

Es importante discernir cuál es el principio² —ejecución forzosa o no—, cuál es el fundamento de dicho principio y cuál es el criterio para establecer las excepciones.

¹ Corresponde aclarar que la doctrina mayoritaria distingue entre ejecutividad —autotutela declarativa— y ejecutoriedad del acto administrativo —autotutela ejecutiva—, pero a los fines de este estudio utilizaré indistintamente los dos términos.

² J. C. Cassagne plantea el siguiente cuadro: el principio es la ejecutividad del acto administrativo; la excepción es la suspensión en caso de lesión a la persona o a la propiedad, y, a su vez, la excepción de la excepción tiene lugar cuando existe una grave lesión al interés público (por ejemplo, dominio público, medidas de policía). Según R. C. Barra, toda norma que expresa la voluntad del Estado goza de ciertas cualidades; entre ellas, la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria. Este autor distingue entre fuerza ejecutoria y ejecutividad del acto administrativo, entendiendo por esta última la imposición por la fuerza del acto administrativo sin intervención judicial previa. La fuerza ejecutoria consiste en que el acto produce sus efectos hasta tanto sea suspendido, revocado o anulado. De acuerdo a esta construcción doctrinal, el acto administrativo posee fuerza ejecutoria aun en caso de nulidad absoluta y manifiesta. Sin embargo, el acto administrativo no tendrá fuerza ejecutoria cuando el particular se opusiere al cumplimiento voluntario del mismo. En esta hipótesis es difícil distinguir entre fuerza ejecutoria y ejecutividad del acto administrativo.

CRITERIOS DE JUSTIFICACION DEL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

a) *La organización del Estado*

Según esta concepción, el principio de ejecutividad encuentra su justificación en la propia organización del Estado. Cada uno de los poderes participa del poder público (identificación entre Estado y poder del Estado) dentro del marco de sus competencias, y ello se traduce en el ejercicio de determinadas prerrogativas. La administración pública participa de ese poder estatal porque es parte del gobierno y, en cierta medida, también participa del poder soberano del Parlamento en el poder público se deduce el principio de irresistibilidad a la ley, del ejercicio del poder público por la administración se infiere el principio de ejecutividad del acto administrativo³.

b) *La autotutela administrativa*

La autotutela es la potestad de la administración pública de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas —incluso innovadoras— sin necesidad de recurrir a los jueces. La doctrina no es pacífica en cuanto a las prerrogativas que comprende esta potestad. Sin embargo, coincide con respecto a la inclusión en ella de la autotutela declarativa —obligatoriedad de los actos administrativos— y de la autotutela ejecutiva —ejecución coactiva por la administración de sus propios actos— (conf. art. 12 LPA).

La autotutela es una construcción jurídica de origen doctrinario no receptada por la legislación, la cual simplemente consagra determinadas prerrogativas administrativas. Este principio debe definirse de acuerdo a los privilegios previstos en cada ordenamiento positivo.

El núcleo de la autotutela está constituido por el carácter declarativo y ejecutivo del acto administrativo, en tanto los otros privilegios constituyen la autotutela reduplicativa o también denominada en segunda potencia (agotamiento de la vía administrativa, potestad sancionatoria, principio *solve et repete*)⁴.

³ Juan SANTAMARÍA PASTOR («Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso», *RAP*, 100-102, vol. II) señala que el reforzamiento de las tendencias autoritarias de los Estados europeos, a partir de 1870, ha tenido lugar a través de un doble proceso. El primero ha consistido en una elaboración doctrinal sustancialista del concepto y régimen del acto administrativo sobre la base de las construcciones pandectistas del negocio jurídico, y el segundo proceso ha consistido en una definición legal del régimen de los actos administrativos y de su impugnación mediante un traslado parcial y sesgado de técnicas procesales típicas.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, pp. 480 y ss.

Por lo expuesto, podría sostenerse que el principio jurídico de autotutela no tiene razón de ser por dos motivos: *en primer término*, no aclarara cuáles son los privilegios comprendidos y el alcance de los mismos; *en segundo término*, la circunstancia de que un privilegio esté incluido en el principio de autotutela no le atribuye ninguna característica o condición especial.

Por tanto, la autotutela sólo podrá ser definida como la sumatoria de prerrogativas administrativas reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo. Esta tesis podría ser contestada con el siguiente argumento: el principio de autotutela no es sólo una construcción doctrinaria, sino que es también el fundamento mismo de la existencia y alcance de los privilegios administrativos⁵.

La autotutela no es un principio constitucional o un principio general de derecho porque no está expresamente prevista en las normas (potestad expresa) ni es una potestad inherente. Pero, aun así, si se considerase que está implícito deberían hacerse dos observaciones. Primero, que ésta es una interpretación difícilmente admisible, porque en un Estado de Derecho aquellas potestades no previstas expresa o implícitamente (potestades inherentes) están vedadas a los poderes públicos. La administración tiene atribuidos determinados fines y se le asignan potestades para el cumplimiento de los mismos. La teoría de las potestades implícitas parte de los fines previstos en el ordenamiento y reconoce prerrogativas tácitas cuando, en caso contrario, se llegaría a una solución absurda o se dejaría sin contenido real a aquellas potestades expresamente reconocidas. Las potestades inherentes son una ampliación de las prerrogativas administrativas en el cumplimiento de los fines propios.

La administración dispone de potestades expresas e inherentes para el cumplimiento de sus cometidos sin que sea necesario recurrir a la «potestad implícita de autotutela».

En segundo término, la determinación de los privilegios comprendidos y el alcance de los mismos, en razón de no constituir el principio de autotutela un principio constitucional o legislativo, es una cuestión de difícil o imposible resolución.

c) *Satisfacción de los intereses generales*

El privilegio de la ejecutividad del acto también podría justificarse en la necesidad de satisfacer los intereses generales (fundamento político), evitando los obstáculos al cumplimiento de los cometidos estatales y las consecuencias negativas de la paralización de la actividad administrativa. Por otra parte, si no admitiésemos el principio de ejecutividad, los servicios o prestaciones estatales se suspenderían por tiempo indeterminado.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (*La formación histórica del principio de autotutela de la administración*) sostiene que los privilegios de la administración tienen sentido en la medida en que se definen como especificaciones de un principio de autotutela administrativa.

nado, en razón del retraso de los tribunales en la administración de justicia.

La ejecutividad no requiere norma positiva expresa que la consagre, aunque puede existir tal norma en un determinado ordenamiento legal.

d) *La presunción de legitimidad*

Cierto sector de la doctrina considera que la ejecutividad del acto, entendida como la capacidad de modificar el ordenamiento jurídico, es el fundamento de la ejecución forzosa del acto por la propia administración⁶. A su vez, el fundamento de la ejecutividad sería la presunción de legitimidad del acto.

La ejecutividad no puede ser considerada como fundamento suficiente de la ejecución forzosa del acto administrativo porque de ser así tendría que admitirse que los actos de derecho privado, en la medida en que modificasen el ordenamiento jurídico, podrían ser ejecutados forzosamente por la administración o por los particulares.

En el derecho privado existen actos que se presumen válidos y legítimos, pero no por eso gozan del privilegio de ejecutividad.

Una acto administrativo podría ser ejecutivo pero, aun sí, no gozar de la presunción de validez. En este caso se invertiría la carga de la prueba, aunque la administración igualmente podría ejecutar por sí misma ese acto.

e) *El cumplimiento de los cometidos estatales*

Es interesante la construcción de Benvenuti para justificar la ejecución forzosa de los actos administrativos. Este autor sostiene que la autotutela administrativa —ejecución forzosa de los actos— deriva de la presunción de legitimidad, pero, a su vez, admite que esta característica no es una cualidad propia del acto, sino que es consecuencia de la capacidad de la administración pública. En otras palabras, Benvenuti considera que la ejecución forzosa de los actos administrativos se desprende de la organización o estructura de la administración y, en consecuencia, no es necesario su reconocimiento expreso por un texto legal⁷.

Esta tesis no significa admitir una capacidad de la administración metajurídica o una administración sin sujeción a la legalidad, sino que, de acuerdo a la estructura y cometidos que asignamos a la administración, esa capacidad —ejecución forzosa de los actos— se desprende implícitamente de las normas que crean esa estructura o asignan esos cometidos.

⁶ Entrena Cuesta manifiesta que el fundamento inmediato de la ejecutividad es la obligatoriedad del acto administrativo —presunción de legitimidad y validez— y el mediato es el privilegio de autotutela.

⁷ Benvenuti sostiene que el fundamento del principio de ejecutividad se encuentra en la tendencia a la plenitud de las competencias.

El *principio de ejecutividad* es una potestad implícita que se desprende de la asignación de los cometidos estatales y del principio de eficacia de la administración⁸. Es una potestad implícita necesaria —a diferencia del principio de autotutela— para el cumplimiento de los cometidos estatales que prevé la Constitución.

Sandulli señala con acierto que en un Estado de Derecho es inadmisibles considerar a la ejecutividad como un atributo de todos los actos administrativos. El privilegio de coercibilidad de los actos debe ser reconocido, expresa o implícitamente, por ley. La objeción de Sandulli no es insalvable, en la concepción desarrollada en el punto anterior, porque la fuerza ejecutiva de los actos administrativos es reconocida implícitamente por la ley que crea la estructura administrativa o asigna los cometidos a la administración. Sin embargo, deberíamos contestar el siguiente interrogante: un ordenamiento jurídico en el que se pueda inferir implícitamente, de las normas que crean la estructura administrativa o asignan cometidos a la administración, la ejecución forzosa de los actos por la propia administración, ¿viola alguno de los postulados o principios del Estado de Derecho?

CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY QUE CONSAGRA LA EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Es necesario que nos preguntemos si una ley que habilite a la administración a ejecutar por sí misma sus propios actos es o no constitucional.

Para contestar este interrogante es necesario distinguir si en cada caso concreto existen derechos o intereses lesionados por la ejecución forzosa de los actos administrativos.

Los derechos consagrados en el texto constitucional sólo pueden ser reglamentados por leyes sancionadas por el Congreso. El criterio jurisprudencial mayoritario señala que la reglamentación de los derechos debe ser interpretada con criterio restrictivo. Sin embargo, la reglamentación de los derechos no debe ser necesariamente expresa.

Esta es la razón por la cual los actos administrativos que lesionan derechos individuales sólo tendrán fuerza ejecutiva cuando una norma lo prevea, siempre y en la medida en que esta cualidad no desconozca el derecho individual reglamentado (conf. art. 28 CN). En otras palabras, la reglamentación del derecho individual, que consiste en el reconocimiento de la potestad de la administración de ejecutar forzosamente sus actos sin intervención judicial, debe ser razonable (art. 14 CN).

Con respecto a las potestades de los poderes públicos rige el principio según el cual todo aquello que no está permitido está prohibido. En consecuencia, la administración pública para actuar en el ejercicio de

⁸ Según Santamaría Pastor, el privilegio de la no suspensión crea en la administración que lo posee un interés decisivo en la continuación de la lentitud y anquilosamiento del aparato judicial.

potestades públicas necesita una ley previa habilitante. Sin embargo, es obvio que no toda ley habilitante de la actividad de los poderes públicos es constitucional. El límite a la ley habilitante es el respeto a los derechos y garantías constitucionales.

Para una mayor claridad de lo hasta aquí expuesto, conviene plantear algunos ejemplos: podría una ley que reglamenta el derecho de libertad prever la privación de libertad de una persona por un órgano administrativo sin intervención judicial —sanción administrativa privativa de libertad—; sería constitucional una ley que habilite a la administración a ejecutar por sí misma actos administrativos que privasen razonablemente y con carácter temporario de la propiedad a un particular. En el primer caso, si se dictase una ley con ese alcance, sería inconstitucional porque el texto constitucional prevé expresamente que nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita de autoridad competente. En el segundo caso, sería una ley constitucional porque esa reglamentación no desconoce ni tampoco desvirtúa irrazonablemente el derecho de propiedad.

¿Cuál es el fundamento que nos permite distinguir entre el derecho de propiedad y el derecho a la libertad? En otras palabras, ¿por qué una ley que habilite a la administración pública a restringir el derecho de propiedad es constitucional en tanto una ley que concediese igual facultad para restringir el derecho a la libertad sería inconstitucional?

Esto es así porque el derecho a la libertad incide directamente en la esfera de la autonomía individual y, en cambio, el derecho de propiedad incide indirectamente sobre aquél. De lo expuesto surge que, en principio, *una ley que prevea, expresa o implícitamente, la ejecución forzosa de los actos administrativos es constitucional*. Sin embargo, es necesario distinguir entre actos administrativos no sancionatorios que afectan derechos individuales y *actos administrativos sancionatorios*.

I. *Actos administrativos sancionatorios*

Con respecto a éstos, *la administración pública no podrá ejecutarlos por sí misma, sin intervención judicial previa*, porque, entre otras razones, de acuerdo a una interpretación razonable del artículo 95 de la CN, se infiere que el Poder Ejecutivo no puede aplicar penas. El principio de división de poderes no es un argumento suficiente para impedir que la administración dicte y aplique sanciones administrativas, siempre que en ese caso exista la posibilidad de revisión por parte del Poder Judicial.

El juez no sólo decidiría con respecto a la ejecución de la sanción impuesta por la administración, sino que también estaría facultado para conocer sobre la cuestión de fondo —imposición de la sanción administrativa—.

Si existiese una distinción sustancial entre las penas y las sanciones administrativas no se aplicaría el artículo 95 de la CN, y sólo podría justificarse la no ejecución forzosa de los actos administrativos sancionatorios por aplicación del artículo 14 CN —falta de reglamentación de los

derechos individuales por ley del Congreso o, en su caso, reglamentación irrazonable—.

Sería una reglamentación irrazonable si la ley que consagra la ejecutividad de los actos administrativos no admite el control judicial sobre el ejercicio de la potestad atribuida a la administración.

Corresponde señalar que el derecho a la libertad no admite reglamentación. Por ejemplo, sería inconstitucional la ley que autorizase al Poder Ejecutivo o a un órgano de la administración a dictar actos administrativos, aun en el caso de que no fuesen sancionatorios, que restringiesen el derecho a la libertad. La Constitución ha establecido un conjunto de garantías especiales en la protección de este derecho.

Si se tratase de actos administrativos no sancionatorios que afecten derechos o garantías constitucionales, la administración podrá por sí misma ejecutar forzosamente esos actos. En este caso, no es aplicable el artículo 95 de la CN porque no se trata de la aplicación de una pena —sanción administrativa—.

Sin embargo, aun cuando se tratase de actos administrativos sancionatorios, la administración podrá ejecutarlos por sí misma en caso de urgencia o necesidad debidamente justificada. Por ejemplo, si la autoridad competente en materia de salud detectase la distribución de un producto medicinal cancerígeno en violación de las normas vigentes, creemos conveniente, en función de la preservación de la salud pública, que la administración pueda ejecutar por sí misma el acto administrativo sancionatorio que prohíbe la distribución de ese medicamento. El hecho justificativo que permite a la administración ejecutar por sí misma su propio acto es la urgencia en prohibir la distribución de la sustancia cancerígena.

En el derecho positivo argentino, la ejecutividad de los actos administrativos surge del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Este principio debe ser interpretado de acuerdo al resto del ordenamiento jurídico; de allí que en el caso de aplicación de sanciones administrativas —conforme art. 95 CN— es inadmisibles la ejecución forzosa por la propia administración, salvo que se tratase de casos de urgencia o necesidad.

II. *Actos administrativos no sancionatorios*

Cabría preguntarse si una ley del Congreso, por caso la ley 19549, que autoriza a la administración pública a ejecutar los *actos administrativos no sancionatorios que afectasen derechos o garantías constitucionales*, es o no una ley constitucional. Se trata de la reglamentación de los derechos por ley del Congreso, que delega en el Poder Ejecutivo la ejecución forzosa de determinados actos administrativos. Aun así, cabría preguntarse si el Congreso está facultado para delegar en el Poder Ejecutivo, a través de la reglamentación de los derechos individuales, el ejercicio de la coacción en la esfera de los derechos sin intervención judicial previa.

Podría sostenerse que es inconstitucional porque la reglamentación de los derechos sólo puede ser hecha por ley del Congreso y es una facultad indelegable. Sin embargo, la posibilidad de que la administración aplique actos administrativos no sancionatorios lesivos de derechos individuales —previstos en la ley habilitante— no es inconstitucional siempre que exista una instancia de revisión judicial inmediata a la aplicación de la sanción.

La razón por la cual la administración puede ejecutar por sí misma sus propios actos, salvo las excepciones descritas en los párrafos anteriores, es el cumplimiento de los cometidos estatales. La administración pública debe cumplir con los cometidos que prevén el artículo 86 de la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso, entre ellos la satisfacción de los derechos sociales. En la asignación de cometidos estatales están implícitos aquellos poderes o atribuciones necesarios para su cumplimiento. Con el propósito de constatar si una atribución determinada está implícita o no, debemos contestar el siguiente interrogante, a saber: ¿es imprescindible el ejercicio de ese poder o atribución para el cumplimiento del cometido estatal asignado? En el caso que nos ocupa, la ejecución forzosa del acto administrativo es imprescindible para garantizar la satisfacción de intereses públicos. Si la administración pública debiera recurrir ante un juez en cada oportunidad en que el particular se resistiese al cumplimiento de un acto administrativo, podría paralizarse la actividad de la administración. Supongamos el siguiente ejemplo: el Poder Ejecutivo resuelve construir un hospital. Un grupo de vecinos decide instalarse provisoriamente en el predio donde habrá de construirse el hospital. Sería irrazonable que la administración debiera presentarse ante el juez solicitando que autorice la ejecución forzosa del acto que dispone el desalojo del predio ocupado.

Podría contraargumentarse que el principio de satisfacción de los cometidos estatales no debe relacionarse con los servicios públicos y las prestaciones asistenciales del Estado, sino con las garantías procesales de los particulares (derecho de defensa). Sin embargo, no comparto en todo este criterio porque la suspensión del acto administrativo (garantía procesal de los derechos individuales), como técnica de carácter general, habrá de incidir directa o indirectamente en la prestación de los servicios públicos y de las actividades estatales asistenciales.

El sector de la doctrina que sostiene el principio de suspensión del acto como regla general fundamenta su tesis en los artículos 14, 17, 18 y 95 del texto constitucional, pero este argumento no es insalvable. Los derechos constitucionales no son derechos absolutos, sino de carácter relativo y, consecuentemente, deben ser interpretados como tales. El artículo 95 establece el monopolio jurisdiccional por parte de los jueces y tribunales. Este precepto debe ser interpretado armónicamente con otros artículos y principios constitucionales; si se interpretase literalmente conduciría a consecuencias tales como la negación de los tribunales administrativos jurisdiccionales en el ordenamiento positivo.

En conclusión: algunos autores sostienen que el principio de ejecuti-

Garantía de defensa en juicio y principio de ejecutividad del acto administrativo

vidad no está previsto en el texto constitucional, aunque admiten que éste tampoco lo prohíbe; por tanto, el legislador podrá discrecionalmente consagrarlo por vía legislativa. De lo expuesto se desprende que si el legislador no estableciese el principio de ejecutividad del acto administrativo por ley, la administración no podrá ejecutar por sí misma sus propios actos. *Son tres las hipótesis que podrían plantearse con respecto a la ejecución de los actos administrativos no sancionatorios:*

a) *Que la ley estableciese el principio de ejecutividad.*

Según la doctrina citada —suspensión del acto como principio general—, la ley es constitucional porque la Constitución no prohíbe el principio de ejecutividad de los actos administrativos.

Según nuestro criterio, es constitucional porque la Constitución consagra implícitamente la prerrogativa de la administración de ejecutar sus propios actos (potestad inherente).

b) *Que la ley guardase silencio con respecto al principio de ejecutividad.*

Según cierto sector de la doctrina, en este caso, el acto administrativo no es ejecutivo.

Según nuestro criterio, el acto administrativo es ejecutivo porque esta potestad administrativa se deduce directamente de los preceptos constitucionales. Podría sostenerse que aquélla no es de carácter operativo, sino programático, pero con respecto a las potestades públicas no se puede predicar operatividad o programaticidad, categorización propia de los derechos individuales o sociales, sino que toda norma competencial es operativa salvo que la Constitución estableciere lo contrario.

En conclusión, toda potestad o prerrogativa pública es operativa, es decir, aplicable por sí misma sin necesidad de recepción legal para poder ejercerla.

Sin perjuicio de su reconocimiento constitucional, el legislador podrá reglamentar este privilegio siempre y en la medida en que tal reglamentación no negase o contradijese la esencia o núcleo de aquél.

c) *Que la ley estableciese el principio de suspensión del acto administrativo como regla general.*

En principio, una norma legal no podría disponer la suspensión del acto con carácter general, porque el texto constitucional consagra implícitamente el principio contrario de ejecutividad.

Sin embargo, habrá que estudiar caso por caso. El ejemplo típico es el de ejecución de actos administrativos lesivos de derechos fundamentales, en cuyo caso establecer el principio de suspensión del acto no nie-

ga ni desnaturaliza el criterio constitucional implícito de ejecutividad en razón de la naturaleza de los derechos garantizados. En otras palabras, la suspensión de los actos administrativos lesivos de derechos fundamentales constituye una reglamentación razonable por la ley del principio de ejecutividad.

El Poder Legislativo, de acuerdo a lo expuesto hasta aquí, está habilitado para reglamentar los derechos y garantías constitucionales. Esa reglamentación puede consistir en asignar a la administración pública la facultad de ejecutar por sí misma sus propios actos. Sin embargo, cuando se tratare de sanciones administrativas, la administración no podrá aplicar, sin intervención judicial previa, esos actos porque el artículo 95 de nuestra Constitución prohíbe al Poder Ejecutivo aplicar sanciones. Pero aquí se plantea el problema de la constitucionalidad de los tribunales administrativos y de la facultad del Poder Ejecutivo de dictar sanciones administrativas, aun cuando su aplicación estuviese sujeta a la intervención de los jueces. Es difícil justificar la constitucionalidad de estas dos cuestiones salvo que pudiese establecerse una distinción fundada y razonable entre las penas y las sanciones administrativas. En este caso no se violarían los artículos 23 y 95 de la Constitución ni el principio de división de poderes.

En principio, conforme a la forma republicana de gobierno, es conveniente que en todo acto estatal intervengan los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Este principio se justifica por el principio constitucional de división de poderes. En particular, con respecto a la intervención del poder judicial, ésta no sólo se justifica por el principio antes mencionado, sino también por la especificidad de la función que desarrolla. En efecto, el Poder Judicial tiene por función el conocimiento de la verdad material.

En conclusión, el principio de ejecutividad del acto administrativo está consagrado por la propia Constitución y su ejercicio no depende de su recepción legal; sin perjuicio de ello, la ley podrá reglamentarlo. Pero, aun en el caso en que la ley no previese tal potestad, la administración podrá ejecutar por sí misma sus propios actos con las limitaciones que surgen de los demás preceptos constitucionales y del ordenamiento jurídico en general.

LIMITES AL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD

La ejecutividad del acto requiere ciertos presupuestos y, por tanto, su ejercicio no es una prerrogativa arbitraria o enteramente discrecional de la administración; ellos son:

1. competencia del órgano;
2. cumplimiento por la administración del procedimiento legalmente establecido;
3. individualización del sujeto y obligación de una determinada conducta;

Garantía de defensa en juicio y principio de ejecutividad del acto administrativo

4. posibilidad de cumplimiento voluntario de la obligación;
5. incumplimiento por el particular;
6. adecuación del medio ejecutivo al fin.

La ejecutividad ha de ajustarse a una serie de principios y garantías y a un procedimiento previamente reglado. Por otra parte, es necesario que exista una norma tácita o expresa que autorice el empleo de la coacción administrativa. La administración podrá utilizar los medios de coacción previstos por la ley.

Si no se cumpliesen los presupuestos legales, el acto administrativo podría constituir una vía de hecho.

El equilibrio entre los dos principios en tensión —eficacia de la administración y derechos de los particulares— se alcanza a través del principio de ejecutividad del acto administrativo, salvo ejecución de actos administrativos sancionatorios, violación de un derecho fundamental o en caso de causarse perjuicios de difícil o imposible reparación.

En conclusión, el acto administrativo es ejecutivo —por las razones antes expuestas—, sin que este privilegio o prerrogativa esté condicionada a la firmeza del acto en sede administrativa o judicial. La administración, o en su caso el juez, podrán suspender la ejecutividad del acto administrativo de acuerdo a las causales previstas en el artículo 12 LPA.

LA SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La suspensión del acto es aquella técnica, de carácter excepcional, por la cual se suspenden temporariamente los efectos del acto administrativo y cuyo objeto es garantizar la integridad del objeto litigioso hasta que recaiga sentencia. La ejecutividad sin excepciones es inadmisibles en un Estado de Derecho e inconstitucional de acuerdo a los preceptos de las constituciones democráticas y pluralistas. Sin embargo, hay dos cuestiones de difícil interpretación:

1. La primera cuestión que se plantea es si la suspensión debe ser un principio o una medida cautelar de carácter excepcional. Esta distinción es importante porque conduce a consecuencias diversas. Si partimos del concepto de suspensión como regla general, es al Estado a quien corresponderá la carga de probar que la suspensión del acto causa, o habrá de causar, un perjuicio grave al interés público. Por el contrario, si la suspensión es una medida extraordinaria, se invierte la carga de la prueba y es el particular quien deberá probar que la ejecución causa, o podrá causar, un perjuicio grave o irreparable a sus intereses.

El conflicto entre el privilegio de la administración —principio de ejecutividad— y las garantías de los particulares —derecho de defensa en juicio— se resuelve básicamente por la técnica excepcional de la suspensión de los actos administrativos recurridos; ésta ha de ser una técnica extraordinaria y no una regla general.

Esta solución permite satisfacer los intereses estatales —eficacia de la administración, prestaciones estatales asistenciales, prestación regular y continua de los servicios públicos—, respetando los derechos y garantías de los particulares.

2. Una vez dilucidada esa cuestión, el segundo tema es la previsión de los casos e instancias en que procede la medida cautelar de carácter excepcional —suspensión—, es decir, el alcance o extensión de la medida preventiva de acuerdo a los principios y normas constitucionales.

ALCANCE DE LA TÉCNICA DE SUSPENSIÓN

Hay tres cuestiones previas que es necesario estudiar para delimitar el alcance de la suspensión: 1) si esta técnica se aplica a la inactividad administrativa; 2) si procede la suspensión de la suspensión decretada por la administración, y 3) si ésta puede suspender los actos administrativos impugnados de oficio.

1) *Inactividad administrativa*: El interrogante que se plantea es el siguiente: ¿la técnica de suspensión comprende la inactividad administrativa o únicamente los actos administrativos positivos? La suspensión es una técnica de carácter excepcional o cautelar (aunque podría preverse como regla general, en cuyo caso la ejecutividad sería una técnica preventiva de carácter extraordinario), que suspende los efectos del acto administrativo. De acuerdo a la Ley de Procedimientos Administrativos y al Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, no se podrán suspender los actos negativos de la administración, aun cuando pudieren causar o de hecho causaren mayores perjuicios que los actos administrativos positivos⁹.

La suspensión del acto administrativo procede en sede administrativa y/o judicial cuando se causare un perjuicio grave al particular o se alegue fundadamente una nulidad absoluta (conf. art. 12 LPA).

El artículo 243 del Código Procesal, que prescribe que el recurso de apelación procederá siempre en efecto suspensivo, no es aplicable en caso de impugnación en sede judicial de un acto administrativo. En este caso se trata de la interposición de una acción judicial y no de un recurso procesal.

La tutela judicial cautelar está limitada a la técnica de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos positivos. En consecuencia, sería necesario crear otras técnicas garantistas, como, por ejemplo, prever por la ley la suspensión de los actos negativos de la administración.

⁹ El ordenamiento jurídico prevé múltiples técnicas de control del acto administrativo, control de los elementos reglados del acto discrecional, desviación del poder, hechos determinantes, conceptos jurídicos indeterminados, aplicación de los principios que informan el ordenamiento jurídico, etc.

Sin embargo, podría sostenerse que la suspensión —tal como está prevista por la legislación vigente— es una técnica aplicable a la inactividad administrativa. Esta tesis se apoya en el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial y en el siguiente razonamiento: si los tribunales admiten el control jurisdiccional de la inactividad, debe admitirse también la aplicación de la medida cautelar en cuestión. Este último argumento es inadmisibles, porque del control jurisdiccional de los actos negativos no se puede deducir necesariamente que la técnica de la suspensión se aplique a esa materia¹⁰.

La ausencia de determinadas medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos podría solucionarse por aplicación del artículo 36 del Código Procesal.

2) *Suspensión de la suspensión*: Otra cuestión que plantea dudas es la suspensión de la resolución de suspensión de un acto administrativo. Un ejemplo es el siguiente: si el Estado provincial impugna un acto de una municipalidad podrá por sí misma suspenderlo previo conocimiento del órgano jurisdiccional competente, pero una vez que interviene el tribunal se cuestiona si éste podrá suspender la resolución de suspensión del acto adoptada por el Estado provincial. La respuesta debía ser afirmativa porque el juez, en razón de las facultades que le corresponden en el conocimiento y juzgamiento de los hechos, puede revisar todas las cuestiones que le sean sometidas conforme a derecho y adoptar las medidas cautelares previstas por la ley (art. 36 CPCC). La facultad otorgada a los tribunales de suspender la ejecución del acto o disposición objeto del recurso puede ser ejercida en el proceso contencioso-administrativo porque la ley no prevé limitación alguna.

3) *Suspensión de los actos administrativos impugnados de oficio*: Por último, corresponde analizar si la administración puede suspender los actos administrativos impugnados de oficio (acción de lesividad). Durante la tramitación del proceso de declaración de oficio de nulidad o anulabilidad de un acto, la administración puede suspender sus efectos aplicando las causales de suspensión (art. 12 LPA), que se causare o pudiere causar un perjuicio de difícil o imposible reparación al interés público. Si no se admitiese la suspensión, el acto impugnado podría haber producido todos sus efectos y de nada serviría el acuerdo revocatorio posterior.

La medida cautelar de suspensión no se aplica por dos causas: *a)* por la naturaleza del acto de que se trate, o *b)* porque la ley así lo dispusiere. Con respecto a la naturaleza, no se suspenderán los actos administrativos ejecutados, los actos administrativos futuros, en razón del principio revisor de la jurisdicción contenciosa, y aquellos actos con respecto a los cuales hubiere recaído sentencia judicial.

En caso de ejecución parcial, es posible la suspensión de los demás efectos del acto aún no ejecutados.

¹⁰ Si se aceptase el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, se debería rechazar de plano la suspensión de los actos administrativos negativos.

LA SUSPENSIÓN EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL

La Ley Santamaría de Paredes, de 1888, disponía en su artículo 100: «Los tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en vía contenciosa, cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a resueltas el que hubiere pedido la suspensión. Si el fiscal se opusiese a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a cabo sin acuerdo del gobernador o del gobierno... Cuando la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior puede seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el tribunal a dar curso a las resoluciones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio o Autoridad a quien incumba resolverlas.»

Los tribunales, de acuerdo a esta ley, tenían una facultad limitada para resolver los incidentes de suspensión porque cuando mediaba oposición del fiscal decidía la autoridad gubernativa. Durante la vigencia de la Ley Paredes, el TS admitió la suspensión de las resoluciones administrativas en la medida en que el acto causaba estado y producía o podía producir daños irreparables.

El artículo 122.2 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1956, vigente, establece que «procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil».

El ámbito de aplicación del principio de ejecución (art. 122.1) y de la medida cautelar de suspensión (art. 122.2) comprende a los actos administrativos, reglamentos y órdenes ministeriales.

La *Ley de Procedimiento Administrativo* (art. 116) contiene una disposición de carácter imperativo dirigida a la administración pública; cuando pudiere producirse un perjuicio de difícil o imposible reparación, la administración deberá suspender la ejecución del acto administrativo. El citado artículo utiliza el término «podrá», pero la doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpretan este concepto como una obligación y no como una mera disposición de carácter facultativo o discrecional de la administración. Los daños no deben ser sólo alegados, sino por lo menos sucintamente probados y razonados.

Por otra parte, ese mismo precepto prevé como una de las causales de suspensión la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (art. 47.1). Esto se justifica porque el legislador ha considerado que la ejecutividad de los actos es una consecuencia de su presunción de validez, y el acto nulo de pleno derecho no se presume válido y, por tanto, no es ejecutivo. Pero, aun así, este principio —inejecutividad del acto nulo de pleno derecho— es inoperante porque la administración puede imponer el cumplimiento de ese acto por el ejercicio de su prerrogativa de acción de oficio. En principio, el juez en lo contencioso-administrativo no podría valorar las causas de nulidad en el incidente de suspensión porque estaría prejuzgando la validez del acto. Sin embargo, podía con-

testarse que el acto nulo de pleno derecho es manifiestamente ilegal y, consecuentemente, se traslada la presunción de validez del acto a la pretensión del particular solicitante de la suspensión. En este caso, no se suspendería temporariamente la eficacia del acto administrativo, sino que se reconocería que esa misma eficacia nunca ha existido.

Otro sector de la doctrina considera que el hecho de que la autoridad judicial que haya de resolver la pretensión haga un primer juicio, sobre la consistencia o razonabilidad de la alegación del particular con respecto a la nulidad de pleno derecho del acto, no supone prejuzgar la cuestión de fondo ni reconocer que la eficacia del mismo nunca ha existido.

Cano Mata¹¹ propone incluir entre las causas de suspensión de los actos recurridos jurisdiccionalmente la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 116 LPA, siendo necesario un primer juicio del órgano jurisdiccional, sin prejuzgar el fondo de la cuestión que se discute.

Díaz Delgado y Escuin Palop, en su artículo «La suspensión de los actos administrativos recurridos», formulan la siguiente observación que es aplicable a las tesis que admiten como causal de suspensión la nulidad de pleno derecho del acto: «Es, pues, la falta de datos ocasionada por el momento procesal, en que se plantea y resuelve la suspensión, lo que reduce la efectividad del esfuerzo doctrinal encaminado a perfilar la nulidad de los actos administrativos, de forma que se pueda efectuar su clara distinción con la anulabilidad»¹².

El principio general —tal como he expresado en el presente trabajo— es el de ejecutividad del acto administrativo (art. 116 LPA y art. 122 LJCA); sin embargo, se han dictado leyes que en determinadas materias han modificado este principio.

1) Probablemente la más significativa sea la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 1978¹³, que en su artículo 7.4 dispone que «... la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá acordarse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse».

En el caso de sanciones de orden público, la suspensión no depende del acuerdo de la Sala, sino que es automática (art. 7.5). Esta ley establece el principio contrario al de la LPA y LJCA —el actor deberá probar la dificultad o imposibilidad en la reparación del daño y, por su parte, la administración deberá acreditar que la inejecución del acto lesiona gravemente el interés público—. En la Ley de Protección de los Derechos

¹¹ CANO MATA, «Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa», *REDA*, 37.

¹² DÍAZ DELGADO Y ESCUIN PALOP, «La suspensión de los actos administrativos recurridos», *RAP*, 117.

¹³ La LPJDF comprende los derechos previstos en: artículo 1.2 de la Ley; Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, y disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Fundamentales se presume, salvo prueba en contrario, el primero de los condicionantes; por ello el actor no deberá probar la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para obtener la suspensión del acto.

2) La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1979, que establece como regla la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos recurrido en amparo, cuando aquél «hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Pero, aun así, podría denegarse la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

El principio general es la no suspensión salvo que la ejecución causare un perjuicio al recurrente.

3) Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre. Los recursos administrativos y jurisdiccionales contra las sanciones disciplinarias suspenderán la ejecución salvo que se tratase de actos de indisciplina grave. El principio es la suspensión del acto administrativo sancionatorio.

4) Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial 1/1980, de 10 de enero. Esta ley limita la potestad de autotutela en materia sancionatoria a los actos firmes, que son aquellos actos insusceptibles de recursos administrativos o jurisdiccionales.

5) Ley de Procedimiento Económico-Administrativo 39/1980, de 5 de julio. Establece la suspensión de los actos tributarios recurridos siempre que se hubiere garantizado el importe de la deuda (art. 22).

6) El artículo 161.2 de la Constitución establece la suspensión de disposiciones y resoluciones dictadas por las Comunidades Autónomas e impugnadas por el gobierno.

En sentido contrario a las normas mencionadas, la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, de 1979, y la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 1985, disponen que en ningún caso se suspenderán las resoluciones administrativas adoptadas.

A pesar de las modificaciones que en esta materia han introducido los textos legales comentados, el principio de ejecutividad de los actos administrativos está vigente. Este criterio es compartido por la jurisprudencia más reciente.

INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES Y EL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los tribunales españoles, en particular desde la sanción de la Constitución de 1978, han adoptado un criterio más flexible con respecto al alcance de la causal de suspensión del artículo 122 de la Ley jurisdiccional —daños de difícil o imposible reparación—.

Según González Pérez, los principios del TS con respecto a la interpretación de los «daños causados o que pudiere causar la ejecución del acto administrativo» son:

- a) Distinción entre perjuicios susceptibles e insusceptibles de evaluación económica.
- b) En caso de perjuicios no susceptibles de evaluación económica se suspenderá el acto.
- c) Si, por el contrario, los perjuicios son susceptibles de evaluación, el acto no se suspenderá salvo que:
 - su evaluación fuese dificultosa (Auto TS 23 junio 1972/Auto TS 17 junio 1980);
 - la reparación de los perjuicios resultare más gravosa que la ejecución (Auto TS 3 mayo 1979), o
 - se presumiese la insolvencia de la entidad que deberá indemnizar.

En un principio, la decisión judicial sobre suspensión de los actos administrativos era discrecional, pero desde el Auto del TS de 5 de marzo de 1980 el criterio es el siguiente:

«Los tribunales de lo contencioso-administrativo han de atenerse a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley jurisdiccional, cuyo párrafo segundo, bien expresivo por cierto, impide dejar sin protección a los interesados, siempre que el perjuicio potencial se aprecie como irreparable, o de reparación difícil.»

La jurisprudencia del TS ha establecido diversos criterios para determinar si, en un caso concreto, procede o no la suspensión del acto:

1. Casos de reparación imposible en razón de la naturaleza del acto impugnado (actos administrativos que ordenen una demolición o que imponen la realización de obras en un edificio para el que se solicita la declaración de ruina).
2. Valoración del alcance del interés público comprometido.
3. Dificultad de evaluación del daño o perjuicio. «La posibilidad de evaluación económica de los daños y la presunción de solvencia de la administración no obliga a negar la suspensión por ese solo hecho,

muchas veces es imposible fijar el *quantum* de los daños a indemnizar» (Auto del TS de 17 de junio de 1980). Esta jurisprudencia del TS se apoya en la Exposición de Motivos de la LJCA.

4. Situación de insolvencia del particular como consecuencia de la ejecución del acto (Autos de 2 de abril y 1 de octubre de 1984).

5. Incidencia del acto administrativo sobre terceros.

Algunos autores consideran que el criterio jurisprudencial no consiste en valorar si el daño de ejecución es o no reparable, sino en una ponderación de los intereses contrapuestos. Es necesario que la administración pondere explícitamente la repercusión para el interés público de la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de que la decisión corresponda al juez.

La cuantía de la caución que deberá prestar el particular que solicitar la suspensión del acto, si de la misma pudiere derivarse perjuicio al interés público o de terceros (art. 124.1 LJCA), según el criterio jurisprudencial, debe ser razonable. De lo contrario haría inútil la propia suspensión decretada, al no poder el interesado prestar fianza por ser excesiva.

Con respecto a los actos administrativos sancionatorios, el TS desde 1982 (sentencias de 17 y 21 de julio) estimó que sólo son ejecutivos cuando hubieren ganado firmeza en sede judicial. Esta corriente jurisprudencial no considera derogados los artículos 116 LPA y 122 LJCA, pero en el caso de las sanciones administrativas su no suspensión —desde su punto de vista— violaría el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la sentencia de 17 de julio de 1982, el Tribunal describe el proceso legislativo de limitación del privilegio de ejecutividad y argumenta sobre la aplicabilidad directa del artículo 24.1 de la Constitución (acceso al proceso y garantía de la utilidad de la decisión jurisprudencial). Se trataba de una sanción disciplinaria de suspensión de un funcionario por dos años. Conviene precisar que el fallo no cuestiona la constitucionalidad de las reglas de autotutela declarativa y ejecutiva, sino que se plantea hasta qué punto una manifestación concreta de esta última —el principio de no suspensión del acto administrativo sancionatorio— podría violar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con respecto a los fundamentos, señala que así como es imprescindible una sentencia firme para imponer la suspensión de funciones a un funcionario público por la comisión de un delito, también *será necesario un acto firme —en sede judicial— para suspenderlo* por haber cometido una infracción administrativa: «... sin que pueda bastar, a tal efecto, con la solución, de naturaleza o carácter subsidiario, de indemnización de daños y perjuicios a cargo de la administración para el caso de imposibilidad de reparación *in natura*, pues el ejercicio de la acción resarcitoria, aparte de las dificultades para su éxito, no puede sustituir a determinadas privaciones como sería en este caso la de los derechos y prerrogativas anejas a la condición de funcionario público durante el tiempo de la suspensión y la pérdida del concreto puesto de trabajo desempeñado». La misma sentencia agrega: «... parece evidente que la imposición

del cumplimiento inmediato de la sanción, sin esperar a su firmeza, al funcionario recurrente, vulnera el artículo 24.1 de la Constitución...».

La eficacia de la administración —según el criterio del Tribunal— es desplazada en caso de conflicto por las garantías procesales o el principio de tutela judicial efectiva. Esta interpretación de los tribunales hace desaparecer el principio de ejecutividad del acto. Sin embargo, en el caso concreto, la administración podría lograr una eficacia mínima e inmediata a través de la medida cautelar de suspensión provisional del funcionario.

En otras palabras, el acto administrativo sancionatorio sólo es ejecutivo cuando fuese firme en sede judicial; por tanto, la administración no podrá ejecutar sus propios actos hasta tanto el juez en lo contencioso-administrativo se pronunciase sobre el fondo de la cuestión en la sentencia.

El Tribunal Constitucional reaccionó ante esta corriente por sentencia 66/1984, de 6 de junio, que es, sin duda, fundamental en la interpretación de esta materia. En ese caso, el demandante, promotor de un régimen de viviendas de protección oficial, recurrió dos sanciones impuestas por el delegado provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; una vez desestimados los recursos en vía administrativa interpuso recurso contencioso-administrativo. El recurrente argumentó que es improcedente la ejecución provisional de la sanción, en tanto la legalidad del acto estuviese pendiente de decisión jurisdiccional por el órgano competente y que la ejecución comportaría un perjuicio de difícil reparación. En otras palabras, la presunción de legalidad y la ejecución de los actos está en conflicto con el principio de presunción de inocencia. El TS desestimó la petición del particular. Este solicitó ante el Tribunal Constitucional la nulidad de los citados autos y la suspensión de las resoluciones sancionatorias hasta que hubiere sentencia firme.

El TC hizo hincapié en la especial relación de sujeción existente entre el sancionado y la administración pública, y en la naturaleza de la sanción impuesta, cuyo objeto era proteger los propios intereses de la administración y no el orden general.

«El derecho a la tutela judicial se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (STC 66/1984).

Algunos autores sostienen que para ejecutar una sanción administrativa es necesario que el particular pueda revisar jurisdiccionalmente, por vía incidental, la propia ejecutividad del acto administrativo. Y agregan —de acuerdo a su peculiar interpretación de la STC 66/1984— que hasta que el particular impugne y el juez resuelva ese incidente, la administración no podrá ejecutar sus propios actos. En otros términos, y tomando como punto de partida el artículo 123.1 LJCA, que dispone que la suspensión del acto podrá peticionarse en cualquier instancia del

proceso, la ejecutividad del acto sancionatorio pasará a depender de la voluntad del particular. Si el actor decide impugnar por vía incidental la ejecutividad (es un cuestionamiento en abstracto porque en el caso concreto la sanción no se ejecuta) y el juez resolviese en favor de aquélla, el acto sería ejecutorio; caso contrario, la administración no podría ejecutar sus propios actos. López Ramón, en su artículo «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», comenta con cierta ambigüedad: «En consecuencia, la potestad de autotutela ejecutiva deja de existir, en buena medida, como tal potestad, en materia sancionatoria, al depender su procedencia de la voluntad de la persona legitimada de no recurrir la sanción solicitando su suspensión. Sólo frente al sancionado que consienta la sanción parece disponer la administración de la plenitud de la potestad ejecutiva.»

El principio —de acuerdo a esta interpretación— sería la suspensión del acto administrativo sancionatorio en el procedimiento y en el proceso administrativo, salvo que el particular, una vez agotada la vía administrativa y previo al proceso o durante su tramitación, impugnase incidentalmente la ejecutividad del acto, en cuyo caso el juez podría decretar la ejecutividad del mismo.

En conclusión, el acto administrativo se suspende en el procedimiento y en el proceso administrativo, hasta tanto se dicte sentencia judicial y sólo se ejecutará, previamente a la sentencia judicial, en dos hipótesis:

1) Si el particular no impugnase jurisdiccionalmente el acto y, en consecuencia, vencieren los plazos.

2) En caso de impugnación por vía incidental, en el proceso administrativo, de la ejecutividad del acto, siempre que el tribunal resolviese por la potestad administrativa, en cuyo caso el acto será ejecutivo a partir de esa instancia.

Este es el criterio del TS (sentencias de 17 y 21 de julio de 1982) y la interpretación de la STC 66/1984, según cierto sector de la doctrina.

Esta interpretación contradice el propio texto de la sentencia 66/1984, en cuanto esta última dispone que: «La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva», y agrega: «sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreciar otros, tanto generales como de terceros».

Si sólo se admitiese la hipótesis del punto 2), la administración estaría imposibilitada de ejecutar sus propios actos en caso de que el particular no impugnase la resolución en vía recursiva o, una vez agotada la vía administrativa, no lo cuestionase judicialmente. Esta última conclusión es inadmisibles; por tanto, la interpretación en cuestión podría ser reformulada en los siguientes términos —conforme hipótesis 1) y 2)—: el acto administrativo es ejecutivo salvo que el particular lo impugnase, en cuyo caso sólo será ejecutivo si se plantea el incidente de ejecu-

tividad durante el proceso administrativo y el juez resuelve por la ejecutividad.

Otra interpretación de la STC 66/1984 es la siguiente: la administración sólo podría ejecutar sus actos una vez que el particular estuviese en condiciones de impugnar jurisdiccionalmente —sede judicial—, por vía incidental, la ejecutividad del acto administrativo. En otras palabras, el acto no es ejecutivo durante el procedimiento, pero una vez agotada la vía administrativa (acto firme en sede administrativa) sería ejecutivo, sin necesidad de que el particular plantease el incidente de ejecutoriedad y el juez resolviese esta cuestión. Sin perjuicio de ello, el particular podrá solicitar la suspensión del acto administrativo.

Esta interpretación no es contradictoria con la sentencia del TC, pero sí —desde mi punto de vista— incorrecta. En verdad, en la sentencia 66/1984 se discute si el acto administrativo es ejecutivo o no durante el proceso administrativo y no se cuestiona si tiene este carácter o no en sede administrativa (procedimiento administrativo). Sin embargo, algunos autores consideran erróneamente que la doctrina del TC sobre ejecutividad del acto administrativo en vía judicial —adecuación de esta potestad a las garantías procesales constitucionales— es aplicable, en iguales términos, a la vía administrativa y, por tanto, concluyen que hasta tanto no se hubiere agotado la vía administrativa no se podrá ejecutar el acto.

Esta interpretación podría expresarse, con mayor precisión, en los siguientes términos: el acto administrativo es ejecutivo salvo que el particular lo impugnase, en cuyo caso sólo será ejecutivo una vez agotada la vía administrativa. De lo contrario, el acto administrativo no cuestionado por el particular en vía recursiva (tampoco podrá impugnarlo en vía judicial porque el procedimiento administrativo es un presupuesto necesario del acceso a la justicia) no será ejecutivo y la administración nunca podrá imponerlo coactivamente al particular, salvo que se admitiese que la administración podrá concurrir ante el juez a efectos de solicitar la ejecutividad del acto no impugnado.

El TC sostiene que la ejecutividad del acto administrativo, una vez que el particular estuviere en condiciones de impugnar jurisdiccionalmente el acto (sede judicial), no transgrede el artículo 24.1 de la Constitución, pero nada dice con respecto a la violación del derecho a la tutela judicial efectiva por el ejercicio de la autotutela durante el procedimiento recursivo administrativo (agotamiento de la vía administrativa) o previamente a la impugnación administrativa del acto.

La interpretación correcta de la sentencia 66/1984 es la siguiente: durante el proceso administrativo (impugnación ante el juez), el acto es ejecutivo y esta ejecutividad no lesiona el derecho a la presunción de inocencia (art. 25.2) ni el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), porque el particular podrá impugnar por vía incidental ante el mismo juez la vigencia de esa prerrogativa en el caso concreto. La sentencia nada dice con respecto al principio de ejecutividad previamente o durante el procedimiento administrativo o en caso de que el particular no impugnase en sede administrativa el acto, en cuyo caso tampoco podrá hacerlo en principio en sede judicial (art. 40 LJCA). Tampoco se

pronuncia con respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad —por violación del art. 24.1— del ejercicio de la potestad de ejecutividad con carácter previo al agotamiento de la vía administrativa. El Tribunal Supremo adaptó su doctrina a la del TC por Auto de 17 de octubre de 1986 y sentencia del 9 de diciembre de 1986. Esta última señala que

«... la plenitud de la tutela jurisdiccional consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución a que todos los ciudadanos tienen derecho, no precisa en ningún supuesto entender desaparecida del ordenamiento jurídico la potestad administrativa de autotutela, pues lo que aquella plenitud de tutela exige es que el juez, ante los concretos intereses en juego, preserve el resultado del proceso, de suerte que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la plenitud de amparo».

El interrogante sobre la constitucionalidad del principio de ejecutividad del acto en sede administrativa o en caso de no impugnación por el interesado, es contestado por el Tribunal Constitucional en los Autos Cutty Shark y Banana Joes, de 6 de octubre de 1988. En el primero, el actor solicitó que «se declare la nulidad radical de las resoluciones impugnadas por vulnerar expresamente el derecho a someter ante los tribunales competentes la procedencia o no de la suspensión de la ejecución inmediata de un acto administrativo limitador de sus derechos subjetivos antes que dicha ejecución sea llevada a cabo», y agrega que la ejecutividad de los actos administrativos de naturaleza sancionadora antes de que pueda someterse la posibilidad de suspensión a un órgano imparcial como lo son los tribunales de justicia, significa también la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Por su parte, en los Autos Banana Joes, los recurrentes alegaron que «el acuerdo sancionador no sólo fue ejecutado sin aguardar a que adquiriera firmeza, primero en vía administrativa y luego, en su caso, en vía judicial, sino que se hizo imposibilitando el ejercicio de su derecho a someter la procedencia de la suspensión de la ejecución inmediata del acto a la actividad jurisdiccional de los tribunales competentes».

La contestación del Tribunal es idéntica en los dos Autos:

«En consecuencia, la ejecutividad de los actos administrativos no resulta incompatible con la tutela judicial efectiva, ni dicha ejecutividad queda condicionada a la firmeza del acto, ya que, si así fuera, la ejecutividad quedaría radicalmente eliminada y las facultades de los tribunales contencioso-administrativos, en orden a valorar los efectos derivados de la ejecución o de la suspensión del acto, privadas de sentido y de operatividad.»

El Tribunal señala que *la ejecutividad no está condicionada a la firmeza del acto*; por tanto, la administración podrá ejecutar sus propios actos aun cuando no se hubiere interpuesto recurso administrativo, hubieren vencido los plazos para hacerlo o no se hubiere agotado la vía

Garantía de defensa en juicio y principio de ejecutividad del acto administrativo

administrativa; de lo contrario, el Tribunal hubiera hecho la distinción entre firmeza administrativa y firmeza judicial del acto. Por tanto, el acto administrativo es siempre ejecutivo —regla general—, excepto que el órgano administrativo competente o el juez interviniente resolviesen lo contrario. Este principio no viola el artículo 24.1 porque se reconocen excepciones y se garantiza el derecho del particular a cuestionar (administrativa y judicialmente) la ejecutividad del acto en razón de los daños o perjuicios de difícil o imposible reparación que pudiere causarle.

De acuerdo a lo expuesto, se plantean dos interrogantes:

1) ¿El acto administrativo es ejecutivo aun cuando no se hubiere agotado la vía judicial o es necesario el pronunciamiento por sentencia judicial?

2) ¿El acto administrativo es ejecutivo previamente al procedimiento administrativo o durante su tramitación, o sólo una vez que se hubiera agotado la vía administrativa?

La primera cuestión no merece mayor atención porque, a pesar de la doctrina del Tribunal Supremo desde el año 1982, que desconoce el principio de ejecutividad del acto administrativo, el Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el ejercicio de esa prerrogativa no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares.

Con respecto al segundo punto, el acto administrativo es ejecutivo desde su notificación; en otras palabras, no es necesario agotar la vía administrativa para ejecutar el acto.

Los argumentos decisivos en favor de esta tesis son los siguientes:

a) La Ley de Procedimiento Administrativo señala que «... la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiere causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47 de esta ley» (art. 116).

Esta disposición establece una directiva de carácter obligatorio para el funcionario competente en la resolución del recurso.

b) En caso de lesión a los derechos fundamentales se prevé un procedimiento especial (Ley 62/1978), cuya regla es la suspensión del acto salvo que se causare o pudiere causar perjuicio grave al interés público (se invierte, por tanto, la carga de la prueba). Constituye una limitación importante al principio de ejecutividad que encuentra justificación en la naturaleza del bien jurídico tutelado —los derechos fundamentales—.

c) La eficacia en la prestación de los servicios públicos y servicios asistenciales y el hecho de evitar obstáculos a la administración en el cumplimiento de sus fines o cometidos.

CONCLUSION

En principio, el acto administrativo es ejecutivo salvo que causare un perjuicio de imposible o difícil reparación (art. 12 LPA).

Los tribunales, a efectos de acordar la suspensión del acto administrativo, deberán tener en cuenta el principio de proporcionalidad, es decir, si la medida coactiva (apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva, etc.) se adecúa o no a la finalidad del acto.

Por otra parte, los perjuicios que se causaren al particular en razón de la ejecución del acto son reparables por vía de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. El equilibrio entre los dos principios en tensión —eficacia de la administración y derechos de los particulares— se alcanza a través del principio de ejecutividad del acto administrativo salvo ejecución de actos administrativos sancionatorios, violación de un derecho fundamental o en caso de causarse perjuicios de difícil o imposible reparación.

En conclusión, el acto administrativo es ejecutivo —por las razones expuestas—, sin que este privilegio o prerrogativa esté condicionado a la firmeza del acto en sede administrativa o judicial. La administración, o en su caso el juez, podrán suspender la ejecutividad del acto administrativo de acuerdo a las causales previstas en la ley.