

DR 29 1255

En este sentido existe también la teoría de los fallos del sector público, en la cual se trata de explicar cómo es el comportamiento de los distintos agentes que funcionan en el sector público. Y se piensa que el comportamiento de políticos, burócratas o simplemente funcionarios públicos no puede lograr tampoco una asignación óptima a este tipo de bienes. Otro problema que puede suponer la intervención del sector público es el tema del excesivo paternalismo, que supone la intervención en relación a estos bienes preferentes e indeseables.

Normalmente, para que funcione el mercado, se piensa que todo individuo es juez de su propio bienestar y cada individuo debe decidir qué es lo que quiere consumir y qué es lo que no. El que el sector público intervenga decidiendo qué cantidades de educación, sanidad e incluso drogas o bebidas alcohólicas debe consumir, deja abierta una puerta a una posible injerencia del sector público en todo tipo de asignaciones. Vamos a finalizar el tiempo que dedicamos a Hacienda Pública.

Ha estado con nosotros el profesor don José Manuel Tránchez para hablarnos de los bienes preferentes y los bienes indeseables o también prohibidos. Muchísimas gracias por habernos acompañado estos minutos en este último programa del primer trimestre del curso. Gracias y muy buenas noches.

Están ustedes en el tiempo de radio de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que desde Radio 3 de Radio Nacional de España les ofrece cada domingo la revista de Derecho desde las 9 y 10 hasta las 10 y 25 de la noche. Tiempo ahora para la asignatura de Derecho Administrativo. La nueva ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es objeto de análisis en los siguientes minutos.

El profesor titular, don Mariano Bacigalupo Saguese, va a comentar algunos aspectos que se han modificado o mejorado, todos ellos relacionados con los procesos contencioso-administrativos. Derecho Administrativo 1 Profesor Bacigalupo, muy buenas noches y bienvenido a la revista de Derecho. Buenas noches, gracias.

La emisión anterior de Derecho Administrativo 1 versó fundamentalmente sobre los aspectos orgánicos de la reforma del contencioso-administrativo operada por la ley 29-1998. Y la de esta noche se centrará, por ello, en sus aspectos propiamente procedimentales. Antes de entrar en materia, ¿cómo valoraría usted tanto cuantitativa como cualitativamente el alcance de esta reforma? Bien, yo creo que para evitar una percepción errónea de la misma, conviene subrayar antes que nada que no todos los avances, mejoras y precisiones que recoge la nueva ley jurisdiccional entrañan verdaderas novedades en relación con la práctica procesal contencioso-administrativa que bajo la decisiva influencia de la Constitución de 1978 ha regido en nuestro país en los últimos lustros.

En realidad, muchas de esas novedades, entre comillas, no suponen sino la incorporación al

derecho positivo escrito de reglas y criterios procesales que la propia jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, ya había extraído, con ocasión de la interpretación conforme a la Constitución de la anterior ley jurisdiccional, de los principios y preceptos constitucionales, en particular de los artículos 9, 24, 103 y 106. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, es evidente que la nueva ley introduce también cambios e innovaciones reales con respecto a la regulación anterior. Aunque conviene tener presente, insisto, que estos en su mayoría tienen un alcance fundamentalmente técnico y no vacilar.

Si le parece, podemos abordar ya algunos de los aspectos que han sido objeto de modificación, mejora o clarificación por parte de la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Podemos comenzar con la regulación del alcance y los límites de esta jurisdicción. Bien, en la misma línea de lo que acabo de comentar hace un instante, cabe señalar que en este punto la nueva ley, más que innovar, lo que hace es clarificar y precisar algunos extremos ya aquilatados por la jurisprudencia anterior a ella.

De ahí que la reformulación extensiva del ámbito propio, es decir, del alcance y los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa que ciertamente contiene la nueva ley, no suponga en realidad sino la consagración normativa de reglas o criterios más o menos consolidados ya en nuestra doctrina. En este sentido, la ley deja claro el sometimiento al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, de los actos, disposiciones y demás actuaciones de naturaleza materialmente administrativa emanadas de cualesquiera sujetos u órganos públicos, aunque no sean o formen parte de las administraciones públicas en sentido estricto. Piénsese, por ejemplo, en la actividad materialmente administrativa de las cámaras legislativas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, del Consejo General del Poder Judicial o de instituciones autonómicas de naturaleza análoga.

Asimismo, el objeto del recurso contencioso-administrativo no se limita ya tan sólo a los actos administrativos, a las disposiciones generales de rango inferior a la ley y los contratos públicos. Por el contrario, este recurso puede tener por objeto la actividad o inactividad administrativa de cualquier clase, incluidas, así pues, las meras actuaciones materiales y las omisiones de actuaciones debidas, a cuyo efecto la ley articula nuevos tipos de acciones procesales que permiten ejercitar otras pretensiones distintas de la meramente anulatoria. Teniendo en cuenta su carácter tradicionalmente polémico, parece igualmente oportuno aludir a la cuestión de la justiciabilidad de los llamados actos políticos, esto es, aquellos dictados por el Gobierno de la Nación o los gobiernos autonómicos en el ejercicio de su función constitucional o estatutaria de dirección política.

En sintonía con el criterio ya sostenido con anterioridad por la jurisprudencia contencioso-administrativa, la nueva ley señala a este respecto una serie de aspectos sobre los que siempre será posible el control judicial de tales actos, por amplia que sea la discrecionalidad política atribuida al Gobierno en su adopción, a saber, los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones que pudieran proceder. Y finalmente, para evitar la dispersión de acciones que existía hasta fechas recientes y garantizar

la uniformidad jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, la ley concentra ahora en la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de la misma, salvo, obviamente, en los casos en que ésta deriva de la comisión de una infracción penal, excluyendo, por lo tanto, que aquellas, es decir, las administraciones públicas, puedan ser demandadas por este motivo ante el orden jurisdiccional civil o social. Antes hizo mención a la regulación extensiva del objeto del recurso contencioso-administrativo.

¿Podría detenerse un poquito más en este aspecto? Bien, hace ya tiempo que entre los objetivos prioritarios de la reforma procesal contencioso-administrativa figuraba, en efecto, el de la superación de la tradicional concepción del recurso contencioso-administrativo como un cauce exclusivamente revisor de actos administrativos previos. En este sentido, venía siendo ampliamente compartido el punto de vista según el cual el mandato constitucional de plena justiciabilidad del actual administrativo, que se puede inferir a partir de los artículos 24 y 106 de la Constitución, exige que cualquier comportamiento administrativo, sea activo o omisivo, sea formal o material, sea singular o normativo, pueda ser objeto del recurso contencioso-administrativo. Como es claro, esta concepción renovadora de la jurisdicción contenciosa no se agota en la reformulación extensiva de su ámbito objetivo, al que me acabo de referir antes.

La diversidad de las actuaciones y omisiones que como consecuencia de tal ampliación pueden ser ahora objeto del recurso contencioso-administrativo no permite seguir configurando éste como una acción procesal uniforme en la que, como es propio de un sistema revisor objetivo de actos administrativos, predomina la pretensión anulatoria. Por el contrario, es inherente a la ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo la necesidad de diferenciar las pretensiones deducibles en relación con la actividad e inactividad administrativas. Ciertamente, no es la pretensión de anulación, ni lo es tampoco correlativamente la sentencia anulatoria, la que permite obtener una tutela judicial efectiva frente a la denegación por la administración de una actuación formal o material requerida por el particular o frente a actuaciones materiales limitadoras de sus derechos subjetivos.

Menos aún lo es como es obvio frente a la mera inactividad administrativa. Pues bien, la nueva ley jurisdiccional avanza decididamente en el diseño de un nuevo sistema plural de acciones procesales capaz de proporcionar una tutela judicial efectiva frente a cualesquiera comportamientos ilícitos de la administración. En este sentido, la ley prevé ahora cuatro tipos de acciones procesales o modalidades diferentes del recurso contencioso administrativo que tienden a cubrir todo el espectro de la actividad e inactividad administrativas.

A saber, en primer lugar, el tradicional recurso contra actos administrativos, ya sean estos expresos o presuntos. En segundo lugar, el recurso que de manera directa o indirecta versa sobre la legalidad de una disposición de rango inferior a la ley. En tercer lugar, el recurso contra la inactividad administrativa.

Y en cuarto y último lugar, el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de

vía de hecho. Esto es, actuaciones materiales que, cabeciendo de la necesaria cobertura jurídica, limitan o menoscaban derechos o intereses legítimos de los ciudadanos. Como es claro, en los dos últimos supuestos, el recurrente ejercita pretensiones de condena y no meramente anulatorias de actos previos.

Usted, profesor Bacigalupo, acaba de mencionar el recurso contra reglamentos. ¿Qué novedades introduce la ley en este punto? Bien, la nueva ley jurisdiccional mantiene en principio la doble vía impugnatoria de los recursos directo e indirecto contra reglamentos, a los que me he referido antes, así como la regla complementaria de que la no utilización del recurso directo o aún su desestimación, no impiden la del recurso directo. Ambas reglas añaden ahora, sin embargo, otras dos nuevas, con el objeto de que toda impugnación de una disposición de carácter general, esto es, no sólo la impugnación directa de las mismas, acabe conduciendo siempre, sin perjuicio de su enjuiciamiento por el juez o tribunal, competente para decidir sobre la legalidad del acto de aplicación del reglamento cuya invalidez se aduce a una decisión judicial clara y única de efectos generales con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o internidad en torno a la validez y vigencia de las normas.

Así, cuando el recurso se dirige contra un acto de aplicación de una disposición general, pero se funde en la invalidez de esta última, este es el recurso indirecto, la sentencia que lo estime continuará limitándose en principio a anular el acto de aplicación, salvo que, y aquí radica la primera de las dos nuevas reglas que introduce la nueva ley jurisdiccional del 98, salvo que el órgano jurisdiccional que esté conociendo del recurso indirecto, en cualquier grado o instancia, sea el Tribunal Supremo o, en todo caso, competente también para conocer del recurso directo contra esa misma disposición general aplicada, en cuyo caso declarará también la nulidad de la misma, de no concurrir ninguno de los dos supuestos a los que acabo de hacer referencia, caso este al que se refiere ya la segunda de las dos nuevas reglas introducidas por la nueva ley jurisdiccional, el juez o tribunal que hubiera dictado sentencia firme estimatoria del recurso indirecto, esto es una sentencia meramente anulatoria del acto de aplicación impugnado por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición. Si este estima la cuestión, declarará no ser conforme a ese derecho y anulará total o parcialmente aquel o aquellos precedentes de la disposición general objeto de la cuestión, cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para estimar el recurso indirecto, es decir, para anular el acto de aplicación impugnado en el proceso acuo. La cuestión de ilegalidad como nuevo procedimiento especial constituye así pues una de las más destacables novedades introducidas por la nueva ley jurisdiccional de 1998.

Y ya pasando a la regulación del procedimiento contencioso administrativo en sentido estricto, ¿qué novedades cabe destacar al respecto? ¿Qué aporta esta nueva ley? Bien, una primera novedad muy importante teniendo en cuenta el problema estructural de primer orden que afecta a nuestra jurisdicción contencioso administrativa, que es el volumen de trabajo que soporta y la consiguiente lentitud de su funcionamiento, radica precisamente en la introducción de un procedimiento abreviado, basado en la agilidad inherente al principio de oralidad, si bien

eso sí, este procedimiento está previsto tan solo para determinadas materias de cuantía determinada y limitada. En la misma línea de procurar la rápida resolución de los procesos, la ley arbitra a sí misma una serie de facultades en manos de las partes o del órgano judicial, tales como la posibilidad, en algunos casos, de iniciar el recurso directamente mediante demanda, la de solicitar que se falle el recurso sin necesidad de prueba vista o conclusiones, o en fin, la de llevar a cabo un intento de conciliación que haga innecesario el proceso. Por lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones judiciales, la nueva ley se atiene en general al sistema anteriormente vigente, si bien introduce algunas novedades, motivadas unas por la creación de los juzgados unipersonales de lo contencioso administrativo, que lleva aparejada la introducción del recurso de apelación contra sus resoluciones en determinados casos, y otras por la experiencia derivada de la introducción en 1992 del recurso de casación, cuya regulación experimenta, sí, algunos cambios, la mayoría de ellos debido precisamente a la sobrecarga de trabajo que padece la Sala Tercera del Tribunal Supremo en línea restrictiva.

En este punto es importante subrayar también que la ley introduce una nueva modalidad de recurso de casación para unificación de doctrina en materia de derecho autonómico, cuyo conocimiento corresponde no al Tribunal Supremo, sino a los propios Tribunales Superiores de Justicia. La nueva ley ha mejorado a sí mismo el sistema de ejecución de las sentencias estimatorias en lo contencioso administrativo, desde siempre uno de los aspectos peor regulados de esta jurisdicción. Ahora la ley compensa al interesado económicamente frente a cualquier retraso injustificado en la ejecución, previene frente a las ejecuciones aparentes, declarando la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a los pronunciamientos y estableciendo una forma ágil para anularlos, y especifica las formas posibles de ejecución forzosa de aquellas sentencias que condena la Administración a realizar una actividad o dictar un acto, otorgando a los órganos judiciales, sin perjuicio obviamente de las consecuencias que para los funcionarios y autoridades puedan derivarse en el ámbito penal, potestades sancionadoras y coercitivas que permitan lograr la efectividad de lo mandado.

En punto del sistema de ejecución de sentencias, la ley ha introducido igualmente como novedad importante dirigida a evitar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa, la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme en materia de personal o tributaria a personas distintas de las partes que se encuentren en situación idéntica a estas. Y no deberíamos concluir este sintético repaso a algunas de las más relevantes novedades introducidas por la nueva ley de jurisdicción contencioso-administrativa sin una mención, siquiera breve porque ya el tiempo estamos prácticamente superado, a la regulación de las medidas cautelares, capitales en una jurisdicción que, aunque resulte triste recordarlo, destaca sobre todo por la lentitud con la que en ella acostumbra a dispensarse la tutela judicial de fondo. Sí, en efecto, la superación de la concepción revisora de la jurisdicción contenciosa a la que ya me he referido antes no obliga sólo a diversificar, como dije, el sistema de acciones procesales atendiendo la variedad de las pretensiones ejercitables en el proceso principal, sino que obliga también en paralelo a diversificar las pretensiones ejercitables en vía cautelar, como señala la exposición de motivos de la nueva ley jurisdiccional teniendo en

cuenta la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible.

A ello cabe añadir la posibilidad que la misma introduce de que en casos de especial urgencia se acuerden, sin necesidad de oír a la parte contraria, medidas cautelares provisionales, en tanto se tramite el propio incidente de tutela cautelar, así como la de adoptarlas incluso con carácter previo a la interposición del recurso principal en los supuestos de inactividad o vía de hecho administrativa. Pero bueno, no quiero extenderme más en este punto, puesto que las medidas cautelares constituirán el objeto de una futura emisión. Pues muchísimas gracias.

Lo agradezco que no se extienda más, puesto que el tiempo que dedicamos a Administrativo 1 lo hemos superado con creces. Gracias por haber estado aquí estos minutos, profesor Bacigalupe. A vosotros, adiós.

Seguimos en la revista de Derecho que les estamos ofreciendo desde Radio 3 FM de Radio Nacional de España. A continuación, el profesor titular de Derecho Penal, don Alfonso Serrano Gómez, explica los elementos que integran el delito de apropiación indebida. Un delito que se considera como tal a partir de un valor de 50.000 pesetas.

Les dejamos con el profesor Serrano Gómez, don Alfonso Serrano. Buenas noches y bienvenido. Buenas noches.

En Derecho Penal 2 me voy a ocupar hoy del delito de apropiación indebida. Como ustedes saben, dispone el artículo 252 del Código Penal que serán castigados los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeran dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa, mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negar haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 50.000 pesetas, ya que cuando la cantidad no sea superior a 50.000 pesetas estaremos ante una falta de estafa. En la estafa, a diferencia de lo que ocurre en la apropiación indebida, para distinguir ambas figuras, se utiliza el engaño para producir error en otro, obteniendo así un desplazamiento patrimonial en beneficio propio del tercero.

En la apropiación indebida, por el contrario, no hay engaño, pero sí un abuso de confianza, y en base a la misma se incorpora al patrimonio, dinero, efectos, etc. El bien jurídico protegido es el patrimonio del perjudicado por el delito. La acción consiste en apropiarse o distraer en perjuicio de otro dinero, efectos, etc., que se hubieran recibido por cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, y además, también, negarse a haberlos recibido.

Repito, siempre que el valor esté de 50.000 pesetas. La diferencia con la falta es cuantitativa y no cualitativa, porque los elementos que constituyen la falta son los mismos que los que constituyen el delito, aunque la diferencia hemos visto que es el límite de las 50.000 pesetas. Esto ocurre también en otros supuestos del Código Penal, como, por ejemplo, la diferencia

entre el hurto constitutivo de delito y el hurto constitutivo de falta.

Visto lo que dispone el artículo 252, resulta que los elementos que integran el delito de apropiación indebida son haber sido dinero, efectos, valores, etc. En segundo lugar, el dinero, efectos, tiene que haberse recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos. El artículo 252 contempla un sistema de números apertos en cuanto se recoge con demasiada extensión una serie de actos o negocios jurídicos de los que se deriva la obligación de devolver algo a su legítimo destinatario.

Las posibilidades de la apropiación indebida son inmensas, incluso para los que cuando terminan la carrera ejerzan como abogados, hay alguna sentencia de letrados que se han quedado con cantidades de sus clientes, por ejemplo, han cobrado depósitos que deben reintegrar a sus clientes y se han quedado con ellos, con lo cual han cometido un delito de apropiación indebida e incluso, repito, que ha habido alguna condena de letrados por apropiación de dinero de sus clientes. La jurisprudencia se ha pronunciado ampliamente sobre los presupuestos que contempla bajo el término depósito, comisión o administración, que incluso se extiende a otros títulos, lo que conduce a una inseguridad jurídica, porque no es fácil en algunos casos determinar qué situaciones dan lugar al delito de apropiación indebida. Esto se complica todavía más al haber incorporado el nuevo Código Penal de 1995 la referencia a activos patrimoniales y valores.

Con el sistema de conceptos atractos utilizado por legislador, se corre el riesgo de perseguirse penalmente cualquier incumplimiento de obligación civil. El principio de intervención mínima del derecho penal impide interpretar de modo extensivo el catálogo de supuestos previstos en el artículo 252. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se pronuncian en la línea de no aplicar los catálogos a conductas punibles cuando ello no sea necesario.

¿Qué hay que entender por administración? La realidad de los administradores resulta extraordinariamente compleja a los efectos del artículo 252. La jurisprudencia admite que a un insupuesto de administración irregular la conducta normalmente quedaría fuera del Código Penal. El tema de los administradores en las sociedades con frecuencia presenta dificultades, no existiendo tampoco un concepto claro de administrador.

El Código Penal de 1995 derogó el artículo sexto de la ley de 27 de julio de 1968 que se ocupaba de las cantidades anticipadas para viviendas, lo cual ha dado lugar a infinidad de delitos de apropiación indebidas, algunos realmente escandalosos por la cuantía de las cantidades apropiadas. No obstante, tales conductas ya encajaban dentro del artículo 252. No obstante, vamos del vigente artículo 252 antes 535 del Código Penal derogado, texto refundido de 1973.

Por la importancia de este tema quiero hacer referencia a una sentencia reciente de 27 de noviembre de 1998. Dice que en realidad la derogación citada carece de relevancia. Se está refiriendo al artículo sexto de la ley de 1968.

Pues la norma derogada constituía una redundancia desde el momento en que la doctrina

jurisprudencial venía considerando que nos encontramos ante un delito de apropiación indebida. En el ámbito jurídico penal, apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese dueño, prescindiendo con ello de la limitación del título de recepción. La fórmula amplia utilizada permite incluir los supuestos de entrega anticipada de cantidades a cuenta a los promotores y constructores con el destino específico de la construcción de viviendas.

Lo que hace el constructor es que lo dedica a otros fines o incluso se apropia de forma definitiva, pero no es necesaria la apropiación definitiva, sino que es suficiente con darles otro destino. La responsabilidad de los administradores es muy compleja en las sociedades, pues los administradores pueden responder frente a la sociedad los accionistas y los acreedores. En cuanto a la reclamación de los accionistas de una sociedad anónima que consideren haber sido perjudicados a consecuencia de una deficiente administración, deberán hacerlo en principio a través del sistema establecido en la Ley de Sociedades Anónimas respecto de los administradores.

La verdad es que pueden ir directamente a una querrela, a pesar de lo que el diga la Ley de Sociedades Anónimas, donde, en principio, han de reclamar los accionistas que se consideren perjudicados. El tercero de los elementos es la negativa haberlo recibido. El cuarto, el apropiarse o distraer ha de ser con ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

Con respecto al ánimo de lucro, la verdad es que el artículo 252 no hace referencia a este ánimo de lucro, como eso ocurre en nuestro precepto del Código Penal. La jurisprudencia viene sosteniendo que el ánimo de lucro va más allá del beneficio económico, abarcando la utilidad de cualquier clase que se pueda obtener. De otra parte, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el ánimo de lucro se presupone salvo prueba en contrario.

El código el ánimo de lucro aparece en el delito de robo, extorsión y estafa, por ejemplo. Sin embargo, no ocurre lo mismo en otros contra el patrimonio donde igualmente se busca la obtención de un beneficio económico, como ocurre en este caso de la apropiación indebida en su artículo 252. Tampoco en los delitos de usurpación, artículo 245 y siguientes, defraudación de fluido eléctrico y análogos e insolvencia expunible.

Sin duda, en todos ellos se persigue un ánimo de lucro, a pesar de que el legislador no lo recoja de forma expresa. También se incluye en el ánimo de lucro la conciencia y voluntad de disponer de la cosa como propia, que constituye en este caso la voluntad de privar de forma definitiva el titular de los bienes de los mismos mediante la apropiación o, como apuntaba antes, el uso indebido. Y en segundo lugar, la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio por lo menos de forma transitoria.