

DR 29 1275

¿Cuál es la problemática de la incidencia? Sí, tiene algo que ver con lo anterior. Justamente una de las cuestiones es que una cosa es quién sea el sujeto pasivo del tributo, a efectos jurídicos, digámoslo así, y quién lo sea a efectos económicos. Es decir, quién realmente tiene que ingresar el tributo, pero quién es realmente el que lo paga.

Es decir, esto, como sabemos, en tributos trasladables o repercutibles, o puede ser cualquier, muchos de los impuestos indirectos, al final son satisfechos por el consumidor final, pero son, digamos, ingresados en la hacienda pública en fase mayorista, en fase minorista, es decir, en cualquiera de las fases de producción. Entonces, hay una problemática de quién es el realmente incidido, incide la incidencia, quién paga el impuesto, y quién es el realmente, quién paga el impuesto físicamente, quién lo ingresa en hacienda. Pueden no ser la misma persona, evidentemente.

Por eso, una problemática de incidencia correcta, es decir, saber en cada caso quién debe pagar el impuesto, hacer una correcta y neutral aplicación del impuesto para que la incidencia no distorsione, no distorsione desde el punto de vista económico, ni el consumo ni la producción de un determinado bien, pues es un objetivo a conseguir dentro del sistema tributario ideal. ¿Qué supone minimizar el exceso de gravamen? Sí, el exceso de gravamen supone que muchas veces existe una inadecuada cantidad de tributo que se paga por un determinado bien o servicio, o simplemente con la aplicación de un impuesto. Existe un exceso, hay una pérdida de eficiencia económica por el hecho de haber establecido a veces un gravamen sobre un producto, un gravamen sobre un servicio, y entonces realmente se produce una pérdida de eficiencia.

Al producirse esa pérdida de eficiencia, pues qué duda cabe que se producen distorsiones en el aspecto de que hay un despilfarro de medios, hay un despilfarro, y entonces realmente la demanda de ese bien o servicio puede verse alterada por esa problemática del exceso de gravamen, y esto fiscalmente no es bueno, es decir, que se puede desanimar un determinado consumo de un determinado bien por causa del exceso de gravamen. Entonces debe haber una pérdida de eficiencia que sea mínima. Esto vale también para los impuestos directos, es decir, unos altos tipos de gravamen en un impuesto progresivo, como puede ser el IRPF, puede desanimar determinadas conductas, en el caso sobre todo para las rentas más altas.

Entonces también puede haber unas pérdidas de eficiencias derivadas del exceso de gravamen. El quinto punto que mencionó era la búsqueda de la estabilización y el crecimiento. ¿Qué significado tiene? Sí, bueno, los alumnos de Hacienda Pública ya han estudiado en la primera parte de la asignatura que la rama de la estabilización y la rama del crecimiento son dos de las grandes ramas o funciones de la Hacienda Pública neoclásica, dos de los grandes fines de la Hacienda Pública o de la política del sector público.

Entonces, lógicamente, toda política fiscal que no pase por la consecución de los objetivos

finales de estabilización, es decir, que exista un adecuado nivel de precios y que los recursos económicos, los recursos, los escasos recursos se empleen sin despilfarros, pues no es una buena política fiscal. Y del mismo modo, toda política fiscal debe estar encaminada a un crecimiento económico, es decir, que sea lo suficientemente neutral en ese sentido para no alterar, no alicortar las expectativas de crecimiento por una excesiva carga fiscal o un exceso de gravame. Entonces, pues realmente, las políticas fiscales, aunque no tienen una repercusión tan inmediata como otras medidas, pero realmente sabemos que, bueno, se tarda un poco en ver sus resultados, pero las políticas fiscales deben estar encaminadas, lógicamente, a la consecución del pleno empleo de los recursos y de los recursos escasos de la sociedad y, por supuesto, también a la adecuación del nivel de precios, que los precios no crezcan y, por supuesto, insisto, al crecimiento económico, es decir, a que alguien mejore sin que nadie empeore su situación.

¿Qué debemos entender por administración tributaria justa? Sí, una administración tributaria justa es una administración tributaria que cumple con un principio de no arbitrariedad, es decir, lógicamente su función es la de ser ecuánime, cumplir, lógicamente, los requisitos de equidad horizontal y de equidad vertical y, por supuesto, pues comportarse de modo, insisto, no arbitrario, que siga, lógicamente, unos criterios uniformes y es importante también que todo criterio de la administración tributaria dentro del sistema tributario ideal sea un criterio comprensible para el administrado, es decir, desde siempre se ha dicho que la claridad en la gestión del tributo es un mecanismo importante, es decir, el ciudadano debe de saber cómo, cuándo y de qué manera pagar y sin acudir a complicadas fórmulas, a complicados procesos que no hacen sino, pues, distorsionar el comportamiento de los individuos y el buscar asesoramiento en cuestiones que tenían que ser relativamente simples. Entonces, insisto, que una administración tributaria justa es una administración tributaria no arbitraria que trate con ecuanimidad los mismos casos o los mismos casos debe medirlos con el mismo rasero y, por supuesto, una administración tributaria debe hacer los tributos comprensibles para el individuo. Para algún sistema tributario ideal nos habló también de los bajos costes de administración.

Sí, es evidente que la eficacia o la eficiencia del sistema tributario ideal debe de pasar por unos bajos costes de administración, es decir, en la hipótesis que hablábamos antes de un gran nivel de comprensión para los individuos, esto facilitará la labor de los mismos y, a su vez, facilitará la labor de quien controla a los individuos, es decir, quien controla el sistema tributario ideal. Entonces, aquellas personas encargadas de revisar los actos tributarios, es evidente que si no ponemos un vigilante por cada uno de los contribuyentes estaríamos incurriendo en costes de administración demasiado altos, es decir, de forma que, en pocas palabras, con pocos controladores el sistema tributario tiene que funcionar. Con bajos costes de administración, por tanto, es decir, con bajos costes de funcionamiento de la administración tributaria, la recaudación debe ser la justa, la ideal, la buena, sin que haya problemas y que, además, al ser los tributos muy comprensibles, muy fácilmente pagables, y el sistema administrativo ser coherente y ágil, pues realmente no habrá problemas, para que todo el mundo pague y todo el

mundo pague lo que tiene que pagar con justicia, y eso llevará consigo una bajada en los costes de administración.

Estamos llegando al final, pero todavía nos quedan dos puntos por ver, el de la flexibilidad. ¿Qué entendemos por ella? La flexibilidad, en el caso de un sistema tributario ideal, significa que se tiene que adecuar a las distintas circunstancias, es decir, esto sí que es difícil, porque ya hablábamos antes de que las medidas de política fiscal no tienen un efecto inmediato, se tarda un poquito en ver su efecto, si hoy ponemos un impuesto y hasta saber cómo se comporta su recaudación, a lo mejor pasa un tiempo, unos meses, a veces hasta unos años. Pero claro, la situación de la sociedad a veces cambia, hay cosas que las circunstancias sociales, la electrónica, la informática, es decir, muchísimas cuestiones van haciendo evolucionar nuestra vida, nuestro mundo, los sistemas de pago, con lo cual mal sistema tributario es aquel que no sabe adecuarse rápidamente a las circunstancias cambiantes de la vida social y a las circunstancias cambiantes del ciclo económico, es decir, en épocas recesivas los impuestos deberían ser expansivos, en épocas expansivas a la inversa, es decir, que la flexibilidad significa eso, adecuarse a las circunstancias del medio.

Y ya por último, y le ruego brevemente a la profesora de Pablo, ¿qué significa la capacidad de redistribución en el campo del sistema tributario? Bien, en lo que hablábamos antes de la distribución, la distribución equitativa también tiene un componente redistributivo, es decir, además hablábamos antes de los objetivos de estabilización y crecimiento, podemos hablar también del objetivo del sector público de redistribución, la redistribución sabemos lo que es, es decir, que los que más capacidad tengan soporten en mayor medida las cargas de sostenimiento del sector público, de forma que paguen más los que menos necesitan a lo mejor del sector público, que son los más poderosos económicamente. Y de esta forma posibilitaremos que los más necesitados de bienes y servicios públicos, que suelen ser habitualmente los menos poderosos económicamente, soporten en mucha menor medida que los más poderosos económicamente las cargas que implican el sostenimiento del gasto público. Eso es lo que significa la capacidad de redistribución.

Un sistema tributario ideal debe ser redistributivo, posiblemente yo me atrevería a decir que fuertemente redistributivo, para conseguir un sistema tributario ideal. En estos breves minutos hemos dado casi de pasada una vista sobre los nueve puntos que se pueden considerar necesarios para un sistema tributario ideal. Con nosotros ha estado el profesor Pablo de Diego, a quien le agradecemos mucho este tiempo que nos ha dedicado.

Muchas gracias a ustedes. Con nosotros se encuentra el profesor de Derecho Administrativo, don Mariano Bacigalupo Saguese, y con él vamos a analizar las medidas cautelares que aparecen en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Una ley que ha introducido importantes mejoras e innovaciones, por tanto una ley fundamental que en su exposición de motivos manifiesta que actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

Oigamos pues cuáles son los aspectos más destacados a los que hace referencia esta nueva ley con relación a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Bienvenido y muy buenas noches, profesor Bacigalupo. Buenas noches.

Entre las diversas mejoras e innovaciones introducidas por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, destacan, sin lugar a dudas, la del sistema de tutela cautelar. ¿Por qué era este uno de los aspectos más sobresalientes de la reforma procesal contencioso-administrativa? Bien, la protección cautelar venía siendo, en efecto, una de las manifestaciones de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo respecto de las que el instrumental procesal que la anterior Ley Jurisdiccional de 1956 había puesto a disposición de los órganos de dicha jurisdicción había quedado notoriamente desfasado, sobre todo a la vista de las exigencias planteadas por la garantía de la efectividad de la tutela judicial que, como se sabe, se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución. Dicho desfase, aunque corregido en buena medida en aplicación directa del citado precepto constitucional por la jurisprudencia constitucional y de los propios tribunales ordinarios, venía siendo particularmente grave en materia de tutela cautelar, teniendo en cuenta la insoportable lentitud con la que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se dispensa, desde hace tiempo, como es bien sabido, la tutela judicial de fondo.

De ahí que la doctrina jurídico-administrativa considerase hace un pocos años que la lucha por las medidas cautelares se había convertido en una de las luchas por el derecho más apasionantes de este tiempo y que ya desde principios de los años 80 se reclamase precisamente sobre la base del artículo 24.1 de la Constitución tanto el necesario perfeccionamiento del régimen de suspensión de los actos administrativos como la incorporación al contencioso-administrativo de técnicas de tutela provisional más amplias que de la mera suspensión de los actos administrativos. En síntesis, pues, han sido estos precisamente los dos grandes objetivos de la reforma procesal contencioso-administrativa en materia de tutela cautelar. Así lo reconoce la propia exposición de motivos de la nueva ley al afirmar que esta actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

¿Se puede afirmar, entonces, que la reforma del sistema de tutela cautelar forma parte del proceso de superación del mito del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa? Yo creo que sí. No es necesario recordar que hace ya tiempo que entre los objetivos prioritarios de la reforma procesal contencioso-administrativa figuraba precisamente 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 de plena justiciabilidad del actuar administrativo que se haya presente en los artículos 24 y 106.1 de la Constitución exige que cualquier comportamiento administrativo, activo u omisivo, formal o material, singular o normativo, pueda ser objeto del recurso contencioso-administrativo.

Como es claro, la diversidad de las actuaciones y omisiones que como consecuencia de tal

ampliación pueden ser objeto del recurso contencioso no permite seguir configurando éste como una acción procesal uniforme en la que, como es propio de un sistema revisor objetivo de actos administrativos, sin embargo, la superación de la concepción revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa no obliga sólo a diversificar el sistema de acciones procesales atendiendo a la variedad de las pretensiones ejercitables en el proceso principal. Dicha superación obliga también en paralelo a diversificar las pretensiones ejercitables precisamente en sede cautelar. Como señala la exposición de motivos de la nueva ley, teniendo en cuenta la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso o acto recurrido, no puede constituir ya la única medida cautelar posible.

Y es que, del mismo modo que las sentencias anulatorias no proporcionan una tutela judicial efectiva cuando el recurso contencioso se dirige a contratos denegatorios, la inactividad administrativa o actuaciones materiales limitadoras de derechos de los particulares, tampoco proporciona una tutela cautelar eficaz. En estos casos, la tradicional y hasta ahora en principio única medida cautelar prevista en la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Pues bien, la nueva ley jurisdiccional avanza en buena medida en el diseño no sólo de un nuevo sistema plural de acciones profesales capaz de proporcionar esa tutela judicial efectiva frente a cualesquiera comportamientos ilícitos de la administración, insisto, sean estos formales o materiales, singulares o normativos, activos o omisivos, sino que también avanza en la medida cautelar posible, sino que acoge, por el contrario, el principio de *numerus apertus* o también denominado de medidas innominadas, es decir, de admisibilidad genérica de, en palabras del propio artículo 129.1 de la nueva ley, cuántas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

Resulta decisivo, por lo tanto, saber qué tipo de pretensión cabe ejercitar en cada una de las distintas modalidades del recurso contencioso administrativo previstas en la ley. ¿Cuál sería el proceso principal? Y, en definitiva, ¿cuál sería en cada caso el contenido posible de las medidas cautelares? Si le parece, profesor Bacigalupo, comencemos por las medidas cautelares en los recursos contra actos administrativos. Bien, las medidas cautelares en los recursos contra actos tendrán distinto contenido, suspensivo en unos casos y positivo en otros, según que el acto impugnado sea o bien un acto de gravamen dictado en un procedimiento de ejecución anulatoria, en el segundo pretende, además de la anulación del acto denegatorio, que se condene la administración demandada a llevar a cabo la actuación requerida.

De ahí que el artículo 131 de la nueva ley jurisdiccional no limite la tutela cautelar, a diferencia del artículo 122 de la ley de 1956, a la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso como única medida cautelar posible. Por el contrario, el citado precepto habla genéricamente de la actividad denegada sin prejuzgar cual sea en cada caso su contenido, suspensivo o positivo. De este modo, la ley admite que también en los recursos contra actos cabe adoptar, en particular cuando el mismo se dirige contra un acto denegatorio, medidas cautelares positivas.

Ahora bien, ¿cuál es el contenido posible de estas últimas? Concretamente, según la nueva ley, poco se dice acerca de cuál sea el contenido posible de las medidas cautelares positivas. En

efecto, el artículo 129.1 se limita a autorizar la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. La única indicación más precisa la hallamos ahora en la exposición de motivos de la ley donde se afirma que no existen especiales restricciones para la adopción de la medida judicial en cuanto a la determinación del contenido de las medidas cautelares que en cada caso proceda a adoptar.

Nos acaba de hablar del contenido posible de las medidas cautelares, en particular de las positivas, pero ¿cuáles son los criterios por los que se rige su adopción o no en cada caso? Bien, por lo que se refiere a los criterios para el otorgamiento de la tutela cautelar en los recursos, el criterio común para la adopción de cualesquiera medidas cautelares es el indicado en su artículo 131, esto es, el peligro de frustración de la finalidad legítima del recurso, el llamado *periculum in mora* y la ponderación de los intereses en conflicto. Ello no es del todo cierto, pues la nueva ley opta por un criterio distinto, o sea, ver una formulación contra la inactividad y la vía de hechos administrativos. En efecto, según el artículo 136.1 de la nueva ley, en estos dos últimos supuestos la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los preceptos que los regulan.

Es decir, el otorgamiento de la tutela cautelar no se condiciona en estos casos a la existencia de una apariencia de buen derecho, sino, además, a que el recurso no carezca manifiestamente de fundamento. La pregunta que suscita la diversa regulación de los criterios que deben servir de guía a la adopción de las medidas cautelares en los artículos 131 y 136.1 de la nueva ley jurisdiccional es, pues, ineludible. ¿Qué razón justifica que la apariencia de buen derecho sí sea el criterio decisivo para la adopción de las medidas cautelares? ¿Qué va a pasar ahora de la tutela cautelar que acaba de aludir a los recursos contra la inactividad y la vía del hecho administrativo, por cierto, de las mayores novedades que incorpora la nueva ley? Bien, por lo que se refiere a la tutela cautelar frente a la inactividad, el artículo 136.1 de la nueva ley no precisa cuál es el contenido posible de las medidas cautelares para que la omisión no se impugna a su través acto alguno, ni siquiera presunto susceptible de ser suspendido.

Y, en segundo lugar, porque en cualquier caso jamás una medida suspensiva conseguiría proporcionar la protección cautelar que en estos supuestos resulta necesaria para, como dice el artículo 129 de la ley, asegurar la efectividad en los recursos contra la inactividad administrativa, coincide en lo esencial con el ya tratado de las medidas cautelares asimismo positivas en los recursos contra actos denegatorios. En cuanto a la tutela cautelar frente a las actuaciones materiales que constituyen vía de hecho, se ha de tener en cuenta que, dado que en los recursos contra las mismas el objeto de la pretensión principal radica en que se condena o se puede otorgarse, puesto que aquí no puede operar en ausencia de acto administrativo la medida cautelar suspensiva, a través de una medida cautelar positiva, aunque eso sí de carácter meramente conservativo y no anticipatorio, es decir, la condena cautelar a la administración demandada a cesar inmediatamente en la actuación material recurrida. Y ya para concluir, profesor Bacigalupo, ¿cabe destacar alguna otra de las medidas importantes, la primera de las cuales ya había sido incorporada por la jurisprudencia, aunque aún muy puntual y tímidamente a nuestra práctica profesal? Por un lado, la posibilidad prevista en el artículo 135

de la ley de que se adopten, sin oír a la parte contraria, medidas provisionales en tanto se sustancia el propio incidente cautelar a fin de asegurar las medidas, incluso con carácter previo a la interposición del recurso, eso sí, tan solo en los supuestos de inactividad o vía de hecho administrativas.

Pues muchísimas gracias, profesor Bacigalupo, por habernos dedicado estos minutos a conocer un poco más las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Muchas gracias a ustedes. Seguimos con la revista de Derecho y ahora vamos a analizar en Derecho Penal uno de los delitos que encierra una gran complejidad, los delitos societarios.

Oigamos a continuación al profesor titular de Derecho Penal, don Alfonso Serrano. Muy buenas noches y bienvenido.