

## LA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA

### I

El hombre tiene, entre otras desgracias, la de ser administrado. Quizás, la más desagradable de todas las consecuencias del pecado de nuestros primeros padres. Porque estoy convencido de que en el Paraíso no existía Administración pública. No podemos concebir que Dios, con su infinita bondad, hiciera al hombre para necesitar de los servicios públicos. En el Paraíso, el hombre no tendría que acudir a los establecimientos sanitarios de la Seguridad Social a tener que sufrir una operación, ni a la Comisaría de la esquina a requerir los servicios policíacos como consecuencia de un robo, ni al Ayuntamiento para utilizar los servicios de los bomberos, ni a la Inspección de Tributos a presentar su declaración de renta, ni al Alcalde a pedir una licencia de obras... No.

Esto vino después. Por eso, no tenemos más remedio que acudir para explicarlo a lo que acudimos para explicar todas las desgracias que nos afligen en la tierra: a la manzana de Eva. Y decimos que quizás sea la más desagradable de las desgracias, porque es la que más dura. Otras pasan, son temporales. Pero ésta no. El hombre es enfermo, mientras dura la enfermedad; trabajador, mientras trabaja; exilado, mientras dura un régimen político; sancionado, mientras cumple la sanción... Pero es administrado desde que nace hasta que muere. Mejor dicho, desde antes de nacer y hasta después de morir. Porque desde que está en el seno materno, y cuando ya está en la sepultura, merece las preocupaciones del poder público.

Este hombre, este administrado, se ve, por tanto, en la necesidad imperiosa de tener que acudir continuamente a los órganos administrativos, para los fines más diversos.

Y ¿qué es lo que encuentra? ¿Qué es lo primero que se le ofrece?

La ventanilla. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear —y no el menor— para tomar contacto con la Administración pública y obtener una decisión.<sup>1</sup>

Se utiliza el término, por tanto, en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público.<sup>2</sup> Desde aquella tradicional ventanilla por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de Mihura llamado el Sr. Hernández, hasta la más

<sup>1</sup> H. Deroche, *Les mythes administratifs*, París, 1966, p. 111.

<sup>2</sup> H. Deroche, *ob. cit.*, p. 109.

reciente barrera de vidrio de las oficinas de información por la que asoman las piernas de una funcionaria.

El panorama, el aspecto material ha cambiado. No ya por la diferencia que realmente existe —y es de apreciar— entre el funcionario con manguitos y la funcionaria con minifalda, sino también por la que indudablemente existe entre aquellas pequeñas ventanas de madera que podían cerrarse herméticamente a voluntad del funcionario permitiéndole discutir tranquilamente fuera de las miradas impertinentes del administrado la última crisis —ya que entonces no existían quinielas— y las decorativas barreras transparentes que separan hoy las mesas de trabajo del funcionario de la zona maldita del administrado.

Pero, pese a las profundas diferencias materiales, la ventanilla sigue siendo la ventanilla. Cumpliendo una misma función de barrera defensiva, dando al funcionario seguridad y tranquilidad.

Díaz Plaja, en su libro sobre *El español y los siete pecados capitales*, que está batiendo justamente un récord de ediciones, recuerda la escena de la ventanilla, tal y como aparece en la obra de Mihura *Sublime decisión*. La recuerda en el capítulo dedicado a la pereza del español, como si fuera exclusivo del funcionario español. Díaz Plaja, resume así la escena: "El ambiente de la época era de primeros de siglo, pero a nadie engañaba dada la similitud de aquella situación con la que el español ve todos los días. La escena representaba el interior de una oficina del Estado. Había a la derecha una ventanilla a la que se acercaba tímidamente un contribuyente. No le veíamos ni oíamos, pero su presencia se reflejaba en las palabras del funcionario. ¿Qué tripa se le ha roto a Ud.? Sí señor, aquí es donde se entregan esos documentos. Pero para entregar esos documentos no es la hora. La hora es cuando hayamos cerrado. ¿Qué no lo entiende Ud.? ¡Pues es Ud, un animal!"

"Cuando yo era funcionario —decía otro personaje— tenía siempre un bastón a mano. Y al primero que asomaba la cabeza, ¡hála!, un bastonazo... ¡Y así no tenía ni qué hablar!" (Acto II)<sup>3</sup>

Y Díaz Plaja, continúa: "El dibujante Mingote ha presentado docenas de veces al tipo humano del oficinista público, que no siente ninguna afinidad o relación de simpatía con quien aguarda minuto tras minuto. Como en muchos sitios no hay servicio de información ocurre que, tras una cola de media hora, al que espera se le dice que le falta tal o cual sello en su instancia, sello que tiene que ir a buscar y perder el turno, a no ser que el ordenanza —véase Intermediarios— se lo facilite mediante una propina. Estoy seguro de que si se les propusiera a muchas oficinas del Estado...

¿Por qué no redactan unos carteles advirtiendo a la gente de todos los documentos y sellos que necesitan antes de ponerse a la cola?... Le mirarían a uno asombrados. ¿Por qué? Que se entere si quiere, y si no, que se fastidie.

<sup>3</sup> *El español y los siete pecados capitales*, 3a. ed., Madrid, 1968, pp. 262-263.

¡Pues estaría bueno que tuviéramos que hacer de amas de cría de los despiadados!"

Pero no se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión —y no me canso de repetir— los defectos que normalmente atribuimos a nuestra Administración, pueden referirse a cualquier otra. Pues son consustanciales de eso que se llama Administración pública.

Esto explica que, no con la agudeza de nuestro Mihura, pero desde otra perspectiva, del fenómeno de la ventanilla haya dicho cosas análogas Henri Deroche, en un libro magnífico sobre los mitos administrativos que vio la luz en 1966.<sup>4</sup> "El funcionario —dice— está protegido por una barrera que no puede ser franqueada sin escándalo. Esta barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de un 'tabú', puesto que detiene las reclamaciones in tempestivas. Los agua-fiestas que protestan abiertamente son raros y parecen tener siempre mala conciencia a los ojos de los que esperan pacientemente su turno... La reclamación violenta es, por otra parte, una maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad." Y concluye: "No hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagando." "Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel —dice Deroche— como dialéctica del señor y del esclavo."

Pero existen, frecuentemente, al lado de la ventanilla, otras puertas, otros accesos a los despachos de los superiores, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: "Prohibida la entrada al público." El "público", naturalmente, es ese administrado simple que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla.

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro "público"; son para otros "administrados", que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración pública, obtienen un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno. Ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puertas les están abiertas. Y si alguien adopta una posición de subordinación no es precisamente el administrado.

Y aún hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido Simenon, en una de sus últimas novelas traducidas al castellano, al hablar de las personas que han llegado a "esa situa-

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, pp. 109-114.

ción... en que un telefonazo sustituye a días o semanas de gestiones. No forman parte del público —dice—. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta porque sería peligroso que estuviesen al corriente".<sup>5</sup>

Es un hecho cierto, incuestionable, que desde la puesta en marcha del mecanismo administrativo, hasta la decisión final y la ejecución y eficacia de la decisión, pasando por las distintas fases, hay dos categorías de administrados. Existen en esta sociedad de consumo. Y existirán en cualquier otro tipo de sociedad. Variarán los criterios de selección para llegar a figurar en la categoría de los privilegiados, variarán los motivos para obtener un trato de favor. Pero éste se dará siempre. En la sociedad de hoy —y repito una vez más, que no me estoy refiriendo a un fenómeno típico español, sino a la sociedad capitalista de consumo— y en la del futuro.

Los criterios que figuran en la categoría de los privilegiados variarán. Quizás en la sociedad del mañana se establezcan en función de la longitud del pelo o en la mayor resistencia a la ducha. No sabemos cuáles serán. Pero sabemos —estamos seguros— que existirán.

Hoy sabemos perfectamente cuáles son:

Existe una íntima relación entre el poder político y el económico. En otra ocasión me refería al contubernio entre políticos y financieros.<sup>6</sup> En realidad es algo más: es que el poder, el verdadero poder es el económico. Por eso, cuando un grupo, un clan, una casta, una clase intenta apoderarse de un Estado, sabe que no es suficiente ni definitivo —con ser muy importante— instalarse en los puestos políticos claves, sino que lo que realmente les dará el poder será adueñarse de la Economía del país.

Y se producen dos facetas del fenómeno altamente sugestivas: por un lado, la utilización de los mecanismos del poder para alimentar y nutrir la voracidad de unas empresas, que adquieren una prosperidad ilimitada, pese a la ineptitud de sus elementos rectores, gracias al decisivo apoyo de las autoridades políticas que manejan una economía más o menos dirigida. Y, por otro lado, el apoyo decidido de esas empresas a los hombres del grupo que aparecen en la primera fila del decorado político, a través de todos los poderosos medios de que dispone, desde la prensa a la intriga solapada.

Se ha referido a este estado de cosas no hace mucho, otro francés, Jacques Mandrin, en un precioso libro sobre esa nueva casta de funcionarios salidos de la Escuela Nacional de Administración pública francesa, a cuyos miembros da el expresivo nombre de "Los mandarines de la Sociedad burguesa". Pues bien, en este libro se refiere a un Estado en el que "los Presidentes de los Consejos

<sup>5</sup> *Las campanas de Bicêtre*, Barcelona, 1966, p. 113.

<sup>6</sup> *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 70-71.

de Administración se olvidan de que son Ministros, pero en que los Ministros no olvidan jamás sus Consejos de Administración.”<sup>7</sup>

Lo cierto es que por este mecanismo de la conquista del poder, mucho más práctico y menos romántico que las marchas fascistas, el grupo se consolida de tal manera, con tan firmes raíces y sólidos fundamentos, que no cabe desmontarle sin una revolución o una guerra. Y ésta es, precisamente, otra baza perfectamente calculada: la de jugar con el temor de los administrados sencillos a la revuelta sangrienta. El pobre administrado, cuya malicia se agota en eludir el pago de unos impuestos —cuyo importe irá a ser repartido en subvenciones o créditos manejados por los grupos que mandan— no llega a conocer la magnitud de la maniobra. Y soporta pacientemente la situación, cueste lo que cueste.

Ante este estado de cosas volvemos los ojos al Derecho. Y nos preguntamos si existe un Decreto que pueda permitir tales situaciones.

Porque una de dos: o falta la norma que consienta tal estado de hecho, o, existiendo, no sirve para nada. Para el caso es lo mismo.

En nuestra época de estudiantes todos nos hemos preguntado más de una vez si podía hablarse de un Derecho internacional público, ante el espectáculo de cómo se infringían alegremente sus normas. Por muchos esfuerzos que hacía Don Antonio de Luna para convencernos de lo contrario, cada vez eran más fuertes nuestras dudas.

Entonces, sin embargo, no dudábamos del derecho administrativo. Podíamos comprenderlo mejor o peor. Pero creíamos que aquellas normas publicadas en el Boletín servían para algo. No se nos decía lo que pasaba con esas normas, la proyección de las mismas en la realidad. Todo lo más que se insinuaba y hasta se nos decía claramente era que, aparte de esas normas, existían otras no publicadas en los Diarios Oficiales que, bajo la etiqueta de instrucciones o circulares y excediéndose del ámbito propio de éstas, regulaban aspectos sustanciales de la actividad administrativa.

Si al todavía no corrompido estudiante de una Facultad de Derecho se le dijera cuál es el destino último de aquellas normas, le invadiría tal desilusión que le conduciría al abandono de la Facultad o al cinismo más absoluto. Y los cinismos prematuros son malos. El cinismo puede admitirse en la vejez. Pero en los jóvenes es peligroso. Pero, afortunadamente, al creer en aquellas normas, el cinismo y el desengaño tardan años en llegar.

Porque lo cierto es que eso que se llama derecho administrativo es una mezcla de normas de conveniencia y normas incumplidas. Normas a las que muy difícilmente puede calificarse de jurídicas.

Para poder contestar a la pregunta que nos hacíamos —sobre si existía un Derecho administrativo que pudiera permitir tal estado de arbitrariedad— ha

<sup>7</sup> *L'enarchie ou les mandarins de la société bourgeoise*, Eds. “La table ronde”, Paris, 1967, p. 123.

de partirse de algo tan elemental como la noción misma del Derecho. No se trata ni mucho menos de adentrarnos en el campo de la Filosofía del Derecho para buscar el concepto de norma jurídica, sino de algo mucho más sencillo. Partir de la noción de Derecho que nos ofrecen los Tratados y Manuales.

Y para ello permitidme que utilice esa definitiva aportación a la bibliografía española de los últimos treinta años que es el *Derecho Civil* de Federico Castro.

Para que pueda calificarse una norma de jurídica, se necesitan dos cosas: la legalidad y la eficacia; el enraizamiento con la Ley eterna y la proyección en la realidad social. En una palabra: que sea justa y que sea real.

“Si el Derecho fuera tan sólo reglas de conducta impuestas —dice Federico de Castro— y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos. El Derecho necesita algo que legitime su organización, sus mandatos y sus sanciones... Existe una tabla de valores inmutables, su conformidad o su proximidad con ellos legitima el Derecho humano; si de ellos se aparta, si los contradice, quedará sólo una regla con pretensiones de jurídica, pero que ya no merece este calificativo, que no es ya Derecho, que sólo será arbitrariedad y violencia, si se intenta imponer su cumplimiento.”

Pero si una norma no puede calificarse de jurídica sin esa conformidad con los principios inmutables que le confiere legitimidad, tampoco merece tal calificativo sin un aparato de ejecución y aplicación. Porque las “reglas jurídicas se dan para ser cumplidas”. Como decía Ihering, “la realidad es la vida y la verdad del Derecho, es el Derecho mismo”, “lo que no pasa a la realidad, lo que está simplemente en la Ley, en el papel, es sólo un Derecho aparente, son palabras vacías”.

Esto supuesto, ¿podemos seriamente calificar de jurídicas esa serie de normas que reglan la conducta de la Administración pública y que llamamos Derecho Administrativo?

¿Hasta qué punto esa serie de normas están conformes con los principios inmutables del Derecho Natural y son reales y eficaces?

Es obvio que respecto de uno de los destinatarios de la norma, la efectividad está fuera de duda. Cuando la persona que resiste al cumplimiento de alguno de los actos en que se concreta la aplicación del Ordenamiento, se despliega todo el aparato coactivo del poder hasta aplastar el último reducto de resistencia y lograr que resplandezca en todo su vigor el mandato de la autoridad, por arbitrario que sea.

Es cierto que también respecto de estos sujetos que podemos catalogar en la categoría de administrados existen normas jurídicas que han devenido irreales.

Ejemplo expresivo: las dictadas por nuestras autoridades sobre moralidad y buenas costumbres en playas y piscinas, no derogadas formalmente y publicadas recientemente. Pero publicadas en el único lugar en que podían ser publica-

das: en *La Codorniz*. Que, por otro lado, pese a su carácter humorístico, quizás sea la única revista seria que se publica actualmente en España.

No menos expresivo es el precepto de la Ley de Ordenación Universitaria recordado por Martín Retortillo, que exigía a los universitarios la asistencia a los actos académicos con uniforme del S.E.U. o de las Milicias Universitarias, salvo dispensa del Rector. Podéis imaginarnos lo que hubiese ocurrido en cualquiera de nuestras Universidades si alguno de sus Rectores hubiera tenido la idea de recordar la vigencia de aquel precepto, no ahora, en la época de las Asociaciones libres y demás claudicaciones democráticas, sino en la época dorada del Partido Único.<sup>8</sup>

Pero el destinatario de ese Ordenamiento no es, o al menos no lo es de un modo principal, el administrado. Porque el Derecho administrativo está concebido para regular ante todo la actividad de ese otro sujeto de Derecho o de ese otro conjunto de sujetos de Derecho, que se encuadran bajo el nombre de Administración pública.

En el Estado de Derecho, la Administración aparece como sujeto de Derecho sometida al Derecho y a la decisión de los Tribunales que dirimen sus litigios con un tercero.

Esto es lo que nos han enseñado. Esto es lo que se aprende en los libros. Pero la realidad es muy otra.

En el cuadro de ese Ordenamiento al que está sometida la Administración ocupa un lugar preeminente la Ley. Y se nos habla del principio de legalidad.

Los textos constitucionales le consagran. Y las Leyes ordinarias le reiteran hasta la saciedad.

Esa Ley que constituye el eje del Ordenamiento no se dicta por la Administración. La Administración, se nos ha dicho, no crea la Ley, sino que la aplica. La elaboración de la Ley corresponde a los órganos legislativos. Es el pueblo soberano a través de sus representantes el que hace la Ley, que limita y encauza la actividad administrativa.

Pero la realidad es muy distinta. Acudamos de nuevo al libro de Deroche *Los mitos administrativos*. En él encontramos las siguientes afirmaciones: A los Parlamentos se les ha dejado la ilusión del poder. "Pero el verdadero poder es la Administración. Es ella sola, en efecto, la que generalmente concibe la Ley, le da forma ante su presentación al legislador, y quien, por este medio, la acepta o la rechaza. Es todavía ella quien, de todas maneras (aun cuando se le imponga un texto), le interpreta, le adapta, le desvíe a veces de su finalidad, y, en definitiva, le da su verdadero aspecto y su eficacia práctica." "Pero hay más: en la práctica, una Ley jamás logra eficacia en tanto un Decreto de aplicación no se publica en el Diario Oficial, con la firma de los Ministros competentes y el

<sup>8</sup> S. Martín Retortillo, *La doctrina del Ordenamiento jurídico de Santi-Romano*, "Revista de Administración Pública", núm. 39, p. 56.

visado del Consejo de Estado. El poder soberano de la Nación se encuentra así con otro poder más o menos oculto.”<sup>9</sup>

Es por esta razón por la que el Derecho administrativo ha sido el fruto de una lucha titánica frente a la resistencia, pasividad o abierta oposición de los hombres que han ido detentando el Poder. Porque no hay que olvidar que, en definitiva, cada conquista del Derecho administrativo, en la medida que supone una garantía para el administrado, se traduce en una limitación, en una reducción del arbitrio del que manda.

Y como las leyes las hacen precisamente los que mandan, por una redacción muy humana, siempre —salvo rarísimas excepciones— han tratado de evitar las que supongan aumento de garantías.

Es fácil conseguir la sanción de aquellas leyes que supongan aumento de potestades, de intervención de cargas del administrado. Hasta, quizás, las que establezcan eso que está tan de moda: un estatuto de los presos políticos. Porque los que mandan hoy pueden ser los presos políticos del mañana. Por eso es más fácil de conseguir esto, un estatuto del preso político, que un estatuto jurídico del administrado, que garantice a éste frente a los que mandan, cualquiera que sea su filiación política, incluso frente a aquellos de paternidad política desconocida, tan frecuentes hoy en España.

Porque los políticos son siempre los mismos, aunque necesarios. Ya lo decía Echegaray al referirse a la política como “funesta y nefanda” y afirmar: “Más corrupción tiene el abono, y gracias a él hay cosechas; y que con todas sus corrupciones es motor y es freno”.<sup>10</sup>

Por ello, el Derecho administrativo está aún lejos de lo que exigen los elementales principios de Justicia.

En la medida en que el principio de legalidad es falso y es dictado por uno de los sujetos de la relación jurídico-administrativa, es un Derecho parcial. El equilibrio que simboliza la Justicia se rompe a favor de una de las partes, que pueden actuar casi impunemente en perjuicio de la otra.

Ya que es la Administración la que, en definitiva, elabora las normas que limitan y encauzan su actividad, parecería lógico que respetara esas normas ajustadas a sus apetencias y deseos.

Sin embargo, no es así. Es cierto que los administradores no tienen necesidad de atentar contra unas normas dadas a su gusto. Pero cuando, por una u otra razón, no es así y les estorba esa normativa para alcanzar sus fines, entonces, no tienen el menor recato para vulnerar el precepto o preceptos que les molestan.

Y se produce el acto ilegal, el acto que no se ajusta al Ordenamiento.

Surgen entonces los mecanismos para hacer efectivo el principio de sumisión de la Administración al Derecho. Es el conjunto de remedios que se han venido

<sup>9</sup> Dercohe, *Les mythes*, cit., pp. 176-177.

<sup>10</sup> Frase que recuerda Paz Maroto, en su trabajo *Echegaray. El científico, el literato, el político, el hombre*, publicado en “Revista de Obras públicas”, enero, 1968, pp. 27-28.

estudiando bajo la rúbrica común de Justicia Administrativa, protección jurídico-administrativa, régimen jurídico-administrativo, control de la legalidad administrativa y tantas otras expresiones análogas.

En estos mecanismos encuentra el administrado el cauce idóneo para que aquel principio de legalidad sea una realidad, y se restaure el orden jurídico perturbado por la Administración.

Sin embargo, tampoco es así.

Pese a la perfección del sistema —y el sistema español es uno de los más perfectos en el papel—, la Justicia administrativa constituye un calvario para el administrado que no pocas veces conduce a la esterilidad.

Y si esto es así respecto del principio de legalidad, ¿que no podría decirse del principio de igualdad?

El legislador se da perfecta cuenta de las dificultades que su aplicación práctica ofréce. Esto explica que, además de en las Leyes fundamentales, se reitere en las Leyes ordinarias y hasta en las disposiciones reglamentarias, tratando de arbitrar medidas que garanticen su efectividad. Las disposiciones urbanísticas constituyen un fiel exponente de esta preocupación del legislador.

Pero de nada sirve todo esto. La esterilidad es la nota dominante. Y el principio de igualdad, como los demás principios informantes del Ordenamiento jurídico-administrativo, ahí están, encerrados en normas inaplicables, frente a las que se levanta una realidad rabiosamente contraria.

Don Niceto Alcalá-Zamora, al verificar que, como consecuencia de los acontecimientos de 1936, la Constitución de la Segunda República había devenido inaplicable en una y otra zona, se refirió a ella, en una serie de artículos, como una “Constitución intangible y destrozada”.<sup>11</sup> Por desgracia, no son necesarios acaecimientos tan dramáticos como los que vivió España en aquella época, para que unas normas constitucionales devengan ineficaces.

Por eso, si queremos ser consecuentes con la realidad, en lugar de hablar de principios de legalidad, de igualdad, de subsidiariedad, de Administración eficiente y de acceso a la Justicia, como yo mismo he hablado cuando todavía no hace mucho conservaba la ingenuidad de los años de estudiante, tenemos que hablar de los principios de ilegalidad, de desigualdad, de intervención administrativa, de Administración ineficaz y de imposibilidad de acceso a la Justicia.

## II

Uno de estos principios es el de ilegalidad. Porque la realidad es que, pese a todos los resortes que arbitra el Ordenamiento, cuando el político de turno se obstina en mantener una ilegalidad poco o nada puede hacerse.

<sup>11</sup> En artículos publicados en la Revista “Hoy”, Méjico, julio-agosto, 1938, cits, por Alcalá Zamora (hijo), en *Justice penale de guerre civile*, en “Revue de Science Criminelle et de Droit pénale comparé”, octubre-diciembre, 1938, p. 639.

El camino del administrado para intentar que se restablezca el orden jurídico perturbado por la conducta arbitraria de algún administrador. Ha de atravesar la siguiente carrera de obstáculos:

- 1º La necesidad de agotar la vía administrativa.
  - 2º Agotada ésta, a veces se encuentra con el muro infranqueable de las materias exclusivas.
  - 3º Cuando no es así y es posible el acceso a los Tribunales, ha de superar las zancadillas que, con resabios del formalismo tradicional, utilizan los defensores del acto administrativo.
  - 4º Y cuando después de todo esto se obtiene una sentencia favorable, llega el momento culminante de la ejecución.
- Ocupémonos un poco de este vía crucis administrativo. No existe terminología más apropiada para referirse a una Administración dominada por miembros de un importante Instituto religioso.

#### *1º Estación. De la necesidad del administrado de agotar la vía administrativa*

Para que el administrado que mantiene un litigio con la Administración pueda llegar a plantearle en el ambiente claro y diáfano y someterle a la decisión serena y ponderada de verdaderos jueces, es necesario que previamente le plantee ante la propia Administración.

Antes de poder plantear el litigio a la consideración serena e imparcial del Juez, tiene que someterle a la decisión apasionada y parcial del administrador.

Sin la existencia de un acto previo no es admisible, al menos en nuestro Ordenamiento, la iniciación del proceso administrativo. Y en la inmensa mayoría de los casos, ni siquiera el acto es suficiente, sino que es necesario algo más: la interposición de algún recurso ante un órgano de la Administración que dictó el acto, bien ante los propios órganos de gestión o ante órganos más o menos especializados, que, bajo la dependencia de los respectivos Ministros, reciben el nombre de Tribunales.

Naturalmente, en la tramitación de esta vía aquellos principios de celeridad y eficacia de que habla la Ley española de procedimiento administrativo, se traducen en el transcurso de meses, y, a veces, hasta de años, sin que el administrado cuente con la resolución oportuna.

Para remediar esta situación la doctrina administrativa inventó eso que, muy expresivamente, se llama "silencio administrativo" y de lo que el hombre de la calle tiene una noción que se aproxima mucho más a la realidad que la que se enseña en las Facultades de Derecho.

Ahora bien, según la Ley española, para que, en aplicación del silencio administrativo, pueda entenderse denegada una petición y agotada la vía administrativa, se requiere como mínimo el transcurso de los plazos siguientes: tres meses desde la presentación de la petición; denuncia de la mora, y transcurso de otros

tres meses. Así habremos obtenido la presunción de una denegación; pero si el acto que se presume adoptado es susceptible de recurso de alzada, es necesario interponer este recurso que sólo se presumirá denegado cuando transcurran otros tres meses.

Total: que para agotar la vía administrativa, para que podamos presumir dictada una decisión que nos abra las puertas del proceso es necesario un plazo mínimo de 9 meses. Es decir, igual al que la naturaleza exige para hacer un hombre.

Y existen vías administrativas para las que, según alguna interpretación errónea —que ha tenido acogida en la jurisprudencia—, no se reconoce aplicación a la doctrina del silencio administrativo: tal es el caso del procedimiento económico-administrativo. De prevalecer esta doctrina errónea bastante difundida, podría impedirse impunemente el acceso a la vía jurisdiccional. Bastará con el cómodo y sencillo procedimiento de no dictar resolución.

Pero no es esto lo grave, con serlo mucho, de la exigencia de agotar la vía administrativa. La gravedad no está en que haya que esperar el plazo mínimo de 9 meses, o el que quieran los Tribunales económico-administrativos para dictar resolución. Lo grave está en la facilidad con que se defrauda la buena fe y confianza del administrado.

Porque el administrado acude a la vía administrativa en la inmensa mayoría de los casos sin la asistencia de técnicos, sino por su cuenta y riesgo. Él no sabe nada de la mecánica del silencio administrativo. Por lo que, ante la confiada espera en la resolución expresa, puede ocurrir que deje transcurrir los plazos que le reconoce el Ordenamiento para iniciar la vía procesal frente a la denegación presunta sin deducir el correspondiente escrito de interposición, con lo que queda a merced de que efectivamente se dicte la resolución expresa para poder lograr la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa.

En los textos legales tal posibilidad no existe. Porque el silencio administrativo se configura como una garantía para el administrado. Transcurridos los plazos previstos en la norma, el administrado puede, si lo desea, entender denegada su petición a efectos de deducir el recurso procedente o esperar que la Administración cumpla la obligación de resolver.

Ahora bien, ¿qué medios arbitra la Ley para hacer efectiva esta categórica obligación? Existe, naturalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad. Pero no parece que nadie confíe en esta teórica medida. Por ello es necesario regular otras que, al menos, garanticen al particular frente a la inactividad de la Administración.

Para remediar esta situación únicamente caben dos soluciones:

a) Si existe obligación de resolver expresamente, es lógico que los plazos para deducir los oportunos recursos no caduquen hasta que los mismos transcurran desde la notificación de la resolución expresa.

Por tanto, si en virtud del silencio lo que se reconoce al particular es la posibilidad de recurrir anticipadamente por la presunción legal de la denegación, el plazo no debe caducar hasta que, producida la notificación, transcurra el plazo previsto por la Ley. Es decir, no debe existir plazo alguno a contar desde la denegación presunta por silencio administrativo. Si éste es una ficción en favor del particular, cuando opte por esperar a que la Administración cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se canse de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición, o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta.

Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución.

b) La otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la Ley de procedimiento administrativo (art. 49, párrafo 3º), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique la resolución, a partir de este momento, quedan abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda.

Cualquiera de estas soluciones podría zanjar definitivamente la cuestión. Y así lo propusimos cuando se iba a abordar la revisión de la Ley de procedimiento administrativo. Pero como tantas otras veces no se quiso adoptar ninguna de las únicas soluciones efectivas. La revisión de 1963 se contentó con establecer una fórmula platónica sobre responsabilidad personal del funcionario.

No se quiso privar a los administradores de la posibilidad que le brinda la normativa vigente de dejar sin resolver un expediente, impidiendo al administrado el acceso a la vía judicial.

#### *2º Estación. Del obstáculo de las materias excluidas*

Agotada al fin la vía administrativa, y en camino ya hacia la vía procesal surge a veces la muralla insuperable de las "materias excluidas". Afortunadamente, su número ha quedado reducido al mínimo. Pero todavía existe un reducto inexpugnable de materias en las que la Administración puede hacer libremente lo que le venga en gana, al saber que no existe posibilidad de control jurisprudencial alguno.

Existe una lucha titánica contra este último reducto. Y en algunos Ordenamientos hasta se ha conseguido la victoria definitiva, al consagrarse solemnemente en sus Constituciones que "contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses

legítimos ante los órganos de la jurisdicción". Así, el art. 113 de la constitución italiana, que concluye con esta categórica norma. "Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos."<sup>12</sup>

Pero todavía queda mucho que recorrer en esta *lucha contra las inmundicias del poder en el Derecho administrativo*.<sup>13</sup>

### 3<sup>a</sup> Estación. Los requisitos procesales

Para que pueda llegarse a que el Tribunal examine la cuestión que el recurso contencioso-administrativo plantea es necesario que concurren las circunstancias que se conocen con el nombre de requisitos procesales.

Naturalmente, se trata de requisitos para ordenar y encauzar el acceso a la vía jurisdiccional, no para obstaculizarla. El preámbulo de la ley española de la jurisdicción, constituye una pieza magistral acerca de cómo deben entenderse e interpretarse los requisitos procesales.

Sin embargo, pese a los principios informantes de nuestro Derecho procesal administrativo, los defensores de la Administración saben manejar los requisitos procesales a las mil maravillas, para impedir el acceso a la Justicia de las pretensiones de los administrados.

Si bien, a raíz de publicarse la Ley de 1956 pudo observarse una corriente anticonformista, últimamente se ha producido un reconocimiento del formalismo, alegándose todos los motivos de inadmisibilidad inimaginables, frente al que han reaccionado magníficamente los Jueces.<sup>14</sup>

Y existe algún requisito procesal que constituye un atentado a la Justicia. Tal es el caso del *solve et repete*. Al mismo me he referido en más de una ocasión.<sup>15</sup> Y es necesario que lo hagamos una vez más.

Este privilegio procesal de la Administración pública, que tantas veces constituye un obstáculo insuperable para que los Tribunales lleven a cabo su misión, carece de razón de ser. No existe ni un solo argumento válido para justificar el principio.

Bien está que el acto administrativo, goce del privilegio de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio. Bien está que se presuma legítimo y que puedan emplearse todos los poderosos aparatos coactivos de que dispone la Administración para poder llevarlos a puro y debido efecto.

<sup>12</sup> González Pérez, *Derecho procesal administrativo* 2a. ed., Madrid, 1964, I, pp. 148-150, donde puede encontrarse una referencia general del problema.

<sup>13</sup> Es el título del trabajo de García de Enterría, publicado en "Revista de Administración pública", núm. 38, p. 193.

<sup>14</sup> Al problema me he referido en mi trabajo *El principio antiformalista de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Rev. Administración pública núm. 57, pp. 183 y ss.

<sup>15</sup> González Pérez, *Hacienda y proceso*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, pp. 642-645.

Pero una cosa es esto y otra muy distinta que ese cumplimiento del acto constituya nada menos que un requisito esencial para que los Tribunales puedan examinar la pretensión deducida contra el mismo.

Si aquello —la ejecutoriedad— responde a uno de los principios esenciales del régimen administrativo, esto no responde a nada.

De aquí las críticas, podemos decir que unánimes, de la doctrina, que se ha enfrentado seria y objetivamente con el tema.

Entre nosotros, en un reciente y logrado trabajo, ha resumido Mendizábal Allende con estas gráficas palabras la crítica unánime al principio: "Desde una perspectiva trascendental no admite defensa alguna. No sólo es ajeno a las exigencias inmanentes a la organización administrativa, sino que resulta contrario al principio de igualdad consagrado tradicionalmente en todas nuestras Leyes constitucionales desde 1812 hasta hoy. Efectivamente, infringe tal elemental principio fundamental en dos facetas: 1) En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes. La posición de supremacía de la Administración pública que, como gráficamente se ha dicho, por mucho que consienta en agacharse es siempre un gigante, y sus inmediatas consecuencias (presunción de legitimidad y potestad ejecutoria), se ve reforzada por un obstáculo defensivo de gran envergadura. 2) Significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. El previo pago significa un mayor gravamen para el cuidado menos afortunado, como cualquier economista podría corroborar, en virtud de la llamada "Ley de utilidad decreciente". No enerva esta conclusión la circunstancia de que se exima del requisito a quienes pidan y consigan la declaración de pobreza para litigar, pues resulta notorio que muchas personas legalmente "ricas" son realmente "pobres", dados los estrictos límites del beneficio mencionado."<sup>16</sup>

En armonía con la posición crítica y siguiendo el principio central del favorable enjuiciamiento de los actos administrativos, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 introdujo una modificación sustancial. En la nueva regulación, el *solvet et repete* ya no es un requisito del "recurso contencioso-administrativo", el previo pago no se regula —a diferencia de la vieja Ley— con los requisitos del recurso. Se limita a enumerar, entre los documentos que han de acompañar al escrito de iniciación del proceso "el documento acreditativo del pago", y esto es siempre, no con carácter general, sino —según expresión del precepto legal— "en los casos en que proceda con arreglo a las leyes".

De este modo desaparece en nuestro Ordenamiento el *solve et repete* como presupuesto procesal. Lo único que perdura es la exigencia de acompañar, pero sólo cuando proceda en cada caso según la Ley reguladora del tributo, el documento que justifique el pago, cuya omisión es susceptible de subsanación (art. 57, párrafo 2, e) y 3º).

<sup>16</sup> *Significado actual del principio solve et repete*. "Revista de Administración Pública" núm. 43, p. 155.

Sin embargo, este paso decisivo del texto legal no ha sabido ser aprovechado por la jurisprudencia de aquella Sala de nuestro Alto Tribunal, que ha de conocer precisamente de los asuntos tributarios.

La actitud de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo ante la norma contenida en el art. 57, párrafo segundo, apartado e) de nuestra Ley jurisdiccional es muy diferente. En efecto:

a) El precepto legal se aplica a cualquier tipo de "recursos contencioso-administrativos", abstracción hecha en la materia que constituye su objeto y del órgano de que emane el acto impugnado.

b) Sin embargo, al interpretar ese precepto legal único, las Salas Tercera y Cuarta de nuestro Tribunal Supremo han llegado a resultados harto distintos. Es cierto que ambas Salas, al señalar el Criterio que debe presidir la interpretación del precepto, no dudan en proclamar el criterio restrictivo, como las sentencias de la Sala Tercera de 7 de abril de 1962 (de que fue ponente Jiménez Asenjo), que proclamó que, "en todo caso, la duda debe ser resuelta a favor de los recurrentes, puesto que, en definitiva, dicha condición constituye un obstáculo al libre acceso de los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa expreso en la fórmula *solve et repete*, de la cual aquél requisito es su manifestación más expresiva y debe por ello ser interpretada restrictivamente".

Pero, a pesar de partir una y otra Sala del mismo principio de interpretación, al enfrentarse con aquel precepto el distinto criterio de las Salas repercute en la aplicación. Y así como la Sala Cuarta considera cumplido el requisito con la simple consignación o depósito de la cantidad litigiosa, la Sala Tercera sigue con el criterio formalista tradicional de entender que únicamente se cumple con el requisito cuando se efectúa el pago en firme. El hecho se destaca por el Magistrado, Mendizábal Allende, al enfrentarse en un estudio exhaustivo, con la jurisprudencia de ambas salas.<sup>17</sup>

Para enjuiciar debidamente aquella actitud jurisprudencial de apego al principio en su concepción tradicional, confróntese con la jurisprudencia italiana, que ha llegado a calificar el principio de *solve et repete* como anticonstitucional, en una memorable sentencia que la doctrina ha destacado como se merece. Pues no puede ser más contrario al principio de igualdad ante la Ley un precepto como el de *solve et repete*; para ciertas fortunas no supondría la menor molestia el tener que pagar antes de recurrir; para otras supondrá una grave carga, y para otras, la imposibilidad de acudir a los Tribunales para defenderse de las arbitrariedades de la Administración.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Significado actual del principio*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, pp. 60-62; Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, pp. 101-102.

*4º Estación. De la efectividad de los fallos*

Dictada la sentencia, y, en su caso, reconocido el Derecho del administrado, el pleno restablecimiento de la Justicia encuentra o suele encontrar serios obstáculos. Es el momento culminante del Estado de Derecho. Aquel en que el Estado se hace justicia a sí mismo.

a) Pues bien, es un hecho incuestionable, cualquiera que sea el régimen político y el sistema administrativo, que las sentencias que contienen una condena de la Administración pública, sólo son cumplidas cuando no está decidida a lo contrario la autoridad o el político de turno.

Repite —quiero que esto quede bien claro—, esta afirmación es válida respecto de cualquier sistema político y administrativo.

Desde que se inventó eso que se ha llamado Estado de Derecho, la doctrina, de buena fe, con una ingenuidad, sorprendente, ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de sentencias, en la convicción de que es el momento de la verdad en el control jurisdiccional de la Administración. Pues sólo en ese momento puede verificarse si los Tribunales sirven para algo más que para sentar declaraciones platónicas.

Pero mucho más hábiles que los buenos de los doctrinarios para buscar fórmulas de garantías son los legisladores para matizarlas y los encargados de aplicarlas para eludirlas.

De aquí que los primeros, después de páginas y páginas dedicadas al tema, al final tengan que llegar a la desoladora conclusión de que, en definitiva, el problema radique en la moralidad pública y en la educación ciudadana de políticos y funcionarios.

En este orden de ideas hay que reconocer que, en teoría, nuestro ordenamiento es, sin género de dudas, de los más perfectos. Pues contiene medidas expeditas que muy pocos sistemas consagran, al menos con la claridad con que se encuentran formuladas en el nuestro.

Porque, en efecto, cuando una sentencia no llega a ejecutarse, cuando lo dispuesto en el fallo no se cumple, la responsable es siempre una persona física concreta y perfectamente determinable: el titular del órgano administrativo al que corresponda la ejecución. Por lo que cuando las demás medidas falten, siempre quedará una cuya eficacia es incuestionable: el procesamiento de la persona a la que pueda imputarse la inejecución.

Nuestra Ley de la jurisdicción en su art. 110, párrafo 3º, no puede ser más expresiva. Cuando transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia sin que se hubiese ejecutado, "se deducirá el tanto de culpa que correspondiese por delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente". Obsérvese bien, que el precepto emplea la fórmula imperativa: se deducirá.

Mas es lo cierto que, a pesar de tan drástico precepto, aun cuando transcurran

seis meses y hasta seis años desde que la Administración recibe el testimonio de una sentencia sin que se ejecute, aun cuando estén perfectamente determinadas la persona física a la que puede imputarse el incumplimiento, aun cuando lo pida y lo reitere la parte, no se deduce ningún tanto de culpa.

Me estoy refiriendo, claro está, al supuesto de que fuese condenada la Administración del Estado. Pues cuando lo es la Administración Local, la actuación jurisdiccional es muy distinta.

b) Estas dificultades, genéricas de toda clase de sentencias condenatorias de la Administración, se dan más atenuadas en materia tributaria.

Cuando como consecuencia de un fallo ha de devolverse al contribuyente la cantidad ingresada indebidamente en ejecución de la liquidación anulada, los órganos de la Hacienda Pública suelen dar cumplimiento al fallo en plazos prudenciales. Pero cuando la ejecución del fallo ha de realizarse fuera del ámbito tributario, el panorama es radicalmente distinto.

Cuando el objeto de la sentencia se traduce en una obligación de pago de cantidad líquida, este pago deberá acordarse y verificarse dentro de los límites que permiten los presupuestos, y cuando fuere preciso un crédito, suplemento de crédito o presupuesto extraordinario, se iniciará su tramitación dentro del mes siguiente al día de la notificación de la sentencia, sin que pueda interrumpirse por ningún concepto.

Pese a estas categóricas normas del art. 108 de la Ley jurisdiccional, todos sabemos al gigantesca hazaña que supone lograr que el administrado obtenga el pago en cumplimiento de una sentencia.

Precisamente por ello, para superarlo, se intentó aprovechar la ocasión que brindaba la promulgación de una serie de disposiciones básicas mediante la consagración de una expedita medida que no ofrecía dificultad alguna, no ponía en peligro al tesoro público y simplificaba al máximo el procedimiento.

En definitiva, se quería aplicar a todas las esferas administrativas principio análogo al que rige en el ámbito estrictamente tributario.

Se trataba de lo siguiente: que en los presupuestos del Estado y de las demás entidades públicas se consignará una partida fija en un tanto por mil del total, destinada a la ejecución de las sentencias de los Tribunales de lo contencioso-administrativo que contuviere condenada al pago de cantidad líquida. El problema radicaba en consignar cantidad suficiente. Pues conseguido esto, todo quedaba reducido a verificar la sentencia y ordenar el pago.

Esto se intentó, primero, al elaborar el anteproyecto de la Ley de expropiación forzosa a, fin de asegurar el pronto pago de los justiprecios fijados en vía procesal, y las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad administrativa, si bien con pretensión en generalidad. Por segunda vez se intentó al elaborar la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, y por último, forzando mucho las cosas, con motivo de la Ley de procedimiento administrativo de 1958. Pero en todas las ocasiones quedaron en buenos intentos.

El resultado no es otro que el mantenimiento del calvario que supone la ejecución de las sentencias.

Existen expropiaciones cuyo justo precio han fijado los Tribunales hace varios años, muchos años —podrían citarse ejemplos a miles—, sin que el expropiado vea la más remota posibilidad de cobrar.

Y no digamos las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad patrimonial. En el Ministerio de Hacienda, se duermen los expedientes de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito, bajo el pretexto de la austeridad, o cualquier otro slogan político de moda. Si el Estado quiere austeridad, que la logre a costa de sus gastos; pero no para eludir responsabilidades.

c) Y queda una última quiebra del sistema: la deficiente regulación de la responsabilidad administrativa.

Cuando, después de ese calvario que supone la vía administrativa, el procedimiento económico-administrativo, el contencioso-administrativo y la ejecución, el administrado logra, al fin, recobrar aquella cantidad que tuvo que ingresar en virtud de una liquidación ilegal, ¿qué es lo que consigue? La devolución de una cifra igual a aquella de que se vio privado. Pero lo único igual es la cifra. Pues, es una caricatura del valor de la manera que sufrió su patrimonio.

Para convencernos de esta afirmación bastará con acudir a los índices de precios del Instituto de Estadística. Sin tener en cuenta el legítimo lucro cesante de que se ha visto privado el administrado, limitándonos únicamente a confrontar el diferente valor del dinero al cabo de varios años, podremos calibrar la magnitud de la injusta lesión patrimonial sufrida.

Sin embargo, tal y como está regulada la responsabilidad administrativa, o mejor dicho, tal y como se interpreta nuestro Ordenamiento jurídico sobre la materia, lo único cierto es que el contribuyente que tiene la desgracia de sufrir una liquidación tributaria ilegal, cuando logre la devolución de la cantidad ingresada obtendrá únicamente esto: la cantidad pura y simple. Ni una peseta más. Ni lucro cesante, ni indemnización por la devaluación de la moneda ni siquiera el interés legal del dinero durante el plazo que se vio privado del mismo. Y, por el contrario, habrá sufrido los gastos nada despreciables del proceso, ya que la condena en costas de la Administración es un sueño irrealizable.

Uno de los filósofos de moda terminó una conferencia sobre *El problema de la violencia en la oposición*, con estas palabras: "Y aunque no veamos que esa oposición sirva para nada, hemos de seguir oponiéndonos, si aún queremos trabajar y ser felices como seres humanos. Pues ya no lo podemos en alianza con el sistema."<sup>19</sup>

También nosotros hemos de concluir que, aunque no veamos que nuestro trabajo sirva para algo, hemos de seguir trabajando, para ser consecuentes con nuestra vocación de juristas.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ

<sup>19</sup> Marcuse, publicada en *El final de la utopía*, Barcelona, 1968, p. 62.