

JUSTICIA ADMINISTRATIVA E IRRESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

Por
J. RAMÓN PARADA

SUMARIO: Origen y desarrollo de la justicia administrativa.—La plenitud de la justicia administrativa en la Constitución de 1978.—La justicia administrativa, una justicia contra los actos y la actividad administrativa que garantiza la inmunidad de sus autores.—Las medidas cautelares. Un diseño de libro que aumentará la saturación de la justicia administrativa.—Un defecto estructural del proceso contencioso-administrativo: un órgano colegiado que reserva su actuación para la fase final del proceso.—Reflexión final y algunas sugerencias.

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La justicia administrativa, en sus orígenes decimonónicos, es, tanto en Francia como en España, que sigue la huella francesa, una consecuencia de un determinado modelo de relaciones entre el poder judicial y el poder ejecutivo, de una concepción pro-administrativa del principio de separación de poderes. El aserto revolucionario de que «juzgar a la administración es administrar» y «la prohibición a los tribunales de conocer de los actos administrativos de cualquier clase que sean», obligan a excepcionar del edificio judicial los asuntos administrativos, de la misma forma que de su ámbito se libra también la justicia militar. Un modelo que prohíbe al poder judicial controlar o enjuiciar al poder ejecutivo, civil y militar, a funcionarios y militares, y que ofrece como alternativa la creación en el seno de éste de jurisdicción propia, en continuidad con los fueros privativos, que es a nuestros efectos lo que es realmente la Jurisdicción administrativa, que Napoleón atribuirá al Consejo de Estado francés, que el pasado año festejó su doscientos aniversario.

Sin embargo, de los rasgos iniciales de la justicia administrativa que, en 1845 (1), recibimos de Francia, con la creación del Consejo de Estado y de los Consejos Provinciales, se desprende que aquella ni

(1) De lo que existe un antecedente en la Constitución de Bayona, que atribuye al Consejo de Estado el conocimiento «de las competencias de jurisdicción entre los Cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa de la Administración, y de la citación a juicios de los agentes y empleados de la Administración Pública» (art. 58).

era una verdadera jurisdicción ni siquiera era administrativa en razón de su competencia.

No era verdadera jurisdicción porque en el Consejo de Estado no hay jueces sino funcionarios, ni se producen sentencias sino consultas, que requieren la aprobación del Jefe de Gobierno para su validez. De aquí que se denominara a sus resoluciones «Reales decretos sentencias».

Tampoco es una justicia administrativa por razón de la materia, pues los asuntos que inicialmente se le atribuyen no son administrativos para la concepción jurídica de la época, sino civiles. La competencia asignada se reduce, prácticamente, como había ocurrido inicialmente en Francia, a los contratos de obras y servicios públicos y a aquellas cuestiones que, a la vista de una demanda, el Ministro determinase, es decir, discrecionalmente, que la cuestión planteada mereciera la calificación de contenciosa (2).

En la época hay, pues, plena conciencia, tanto en Francia como en España (3), que los contratos de obras y servicios públicos son por su naturaleza contratos civiles, de donde resulta que la finalidad de la creación de la justicia administrativa fue realmente la de sustraer a la competencia de los tribunales civiles las controversias sobre los contratos celebrados por la Administración para obras y servicios públicos y para la venta de bienes nacionales (4). En Francia, que no en España, esta amputación de la competencia de la justicia ordinaria tuvo una notable excepción, la expropiación forzosa, que se asignó a la justicia civil por la Ley de 1810 siguiendo el criterio, muy personal, del propio Napoleón (5).

La competencia de la jurisdicción administrativa es, pues, una competencia sobre la actividad logística regulada por el Derecho ci-

(2) Artículo 1 del Real Decreto de 30 de diciembre de 1845: «Corresponde al Consejo Real (llamado de Estado a partir de 1886) conocer en primera y única instancia: 1.º De las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por las direcciones generales de los diferentes ramos de la administración civil; 2.º De las demandas contenciosas a que den lugar las resoluciones de los Ministros de S.M. cuando el Gobierno acuerde previamente someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes.»

(3) PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Instituto García Oviedo de Sevilla, 1963. La legislación española es un trasunto de la francesa. Lo mismo puede decirse de la doctrina administrativa de la época. Los autores españoles, JAVIER DE BURGOS, OLIVAN, POSADA HERRERA y otros, no hacen sino traducir o inspirarse únicamente en la doctrina y la legislación francesas. Como decía este último autor, y gran político, «los españoles cuando no copiamos a los franceses nos equivocamos». Un gran consejo que olvidó la Constitución de 1978, sumiendo a España en un proceso descentralizador de graves consecuencias.

(4) PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Instituto García Oviedo de Sevilla, 1963.

(5) PARADA VÁZQUEZ: «La expropiación urgente», en *Libro Homenaje al Profesor SAYA-CUÉS LASO*, Madrid, 1969.

vil, los actos de gestión (y para la gran operación nacionalizadora de la propiedad de las manos muertas que originó la política desamortizadora), y que dan origen a conflictos o cuestiones de Derecho privado (6). Se excluyen de la materia contencioso-administrativa los actos de poder que para la conciencia jurídica y política de la época no son justiciables, ni ante la justicia ordinaria, obviamente, ni tampoco ante la justicia administrativa. El llamado recurso por exceso de poder no es tal recurso, sino una suerte de denuncia que sirve inicialmente como técnica para controlar desde la alta jerarquía los actos de los subordinados y mantener el buen orden de las competencias de la Administración dentro de sí misma y en sus fronteras con los tribunales ordinarios. Si después el énfasis se puso en la defensa de los intereses de los ciudadanos frente a la Administración al servicio de pretensiones simplemente anulatorias, ello es una derivación o exageración no contemplada en el diseño originario de la justicia administrativa.

En definitiva, la razón de ser de la justicia administrativa no es juzgar a la Administración, sino liberarla de los tribunales ordinarios en lo poco que éstos podían conocer, es decir, de los actos de gestión privada de las Administraciones públicas (los contratos de obras, suministros y servicios públicos). Esta finalidad resulta patente si se tiene en cuenta que el Consejo de Estado es también el órgano consultivo para poner a raya a los tribunales penales o civiles a través de dos formidables técnicas: el sistema de conflictos con los tribunales y la autorización previa para encausar penalmente o accionar civilmente contra los funcionarios. Sobre ambas cuestiones decide el Gobierno previo dictamen del Consejo de Estado (7).

Pero con la justicia administrativa sucedió como con el aprendizaje de brujo que, una vez iniciado el experimento, se fue de las manos y

(6) La necesidad de librar al Estado del fuero civil y encontrar, no obstante, un juez para esos instrumentos necesarios de gobierno se manifiesta en las primeras constituciones latinoamericanas. mucho antes de la puesta en marcha de una justicia administrativa específica, algo muy tardío. Así, el apartado 5 del artículo 147 de la Constitución venezolana de 1830 atribuye a la Corte Suprema de Justicia, y por consiguiente con exclusión de los tribunales civiles ordinarios, «el conocimiento de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder ejecutivo por sí o por medio de agentes», lo que reiterará el artículo 89 de la Constitución de 1874 (párrafo 10). Justamente los contratos son también la primera excepción (*Kendall v. U.S.*, de 1838) que admitió el Tribunal Supremo norteamericano a la «extravagancia» que suponía la pretensión de controlar judicialmente al ejecutivo norteamericano y formulada en *Malbury v. Madison*, en 1803 (amplias referencias en GARCÍA DE ENTERRÍA: *Jueces, Democracia y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996).

(7) Sobre este punto me remito a mi trabajo *La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa para procesar a funcionarios, cuestiones previas y prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, en el núm. 29 de esta REVISTA, 1960.

se independizó de los deseos y proyectos de su creador, y evolucionó por caminos propios y diversos de los planteamientos iniciales. Ese forzado progreso es obra de la presión liberal, que, con intermitencias pero insistentemente, sin abandonar nunca la presa, puso a la justicia administrativa en trance de desarrollarse como una verdadera jurisdicción o desaparecer. Así, en 1868, una revolución radical, «la Gloriosa», suprime la justicia administrativa y pasa sus competencias a la jurisdicción civil (Decreto de Unificación de Fueros de 1868).

De ese naufragio salimos con la Ley de Santamaría de Paredes, de 1888, que da un paso decisivo para configurar una verdadera jurisdicción administrativa. Desde el punto de vista orgánico, instaura el llamado sistema armónico, que reúne en el tribunal contencioso-administrativo a magistrados y funcionarios, lográndose una cierta independencia frente al Gobierno. Funcionalmente amplía sus competencias. Además de los contratos de obras y servicios públicos, es decir, los actos de Derecho privado de gestión, que siguen considerándose de naturaleza civil, conocerá con carácter general de un recurso de plena jurisdicción contra las resoluciones que vulneren los derechos administrativos reconocidos en una disposición general.

No obstante, la Ley tiene todavía un concepto muy restringido de la materia administrativa, de la que resultan excluidos los actos políticos o del Gobierno, las disposiciones de carácter general, la denegación de concesiones de toda especie, las cuestiones relativas a los funcionarios públicos (salvo las de privación de empleo). En cualquier caso, es un contencioso de derechos que no contempla el recurso de anulación. Los actos de poder siguen estando fuera de todo control.

Paradójicamente, son dos dictaduras las que van a dar el mayor impulso a la justicia administrativa, quizás en compensación de la ausencia de derechos políticos. Obras públicas, justicia laboral y administrativa se constituyen así en sucedáneos de los procesos electorales y de la restricción de otros derechos y libertades.

La dictadura de Primo de Rivera (1923-1929) aporta dos sustanciales innovaciones al contencioso-administrativo municipal: la consagración de un recurso de anulación en base al mero interés, es decir, el control de los actos de poder estrictamente tales, y la impugnación directa de los reglamentos y ordenanzas locales.

Será, sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, aprobada en la dictadura del General Franco, la que revolucionará nuestro modelo, que, en teoría al menos, sobrepasa desde entonces al modelo francés. Y ello porque configura la justicia administrativa como un orden judicial independiente, integrado

en el sistema judicial común y, además, servido por magistrados especialistas en Derecho administrativo, a los cuales se debe buena parte del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta ciencia jurídica en España.

De otro lado, el diseño del proceso contencioso-administrativo de la Ley de 1956 trasciende la dicotomía francesa de los recursos de anulación y de plena jurisdicción, otorgando al juez contencioso las más amplias facultades anulatorias, de una parte, y de restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente, de otra.

LA PLENITUD DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La Constitución de 1978 potenció, aún más, la justicia administrativa. Y ello como consecuencia de la enfática afirmación del principio de legalidad como vinculante para todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), el reconocimiento como derecho fundamental de la garantía judicial efectiva (art. 24 CE), la encomienda a los tribunales del control de la potestad reglamentaria y de legalidad de la actuación administrativa, la implantación en defensa de los derechos fundamentales de un recurso de amparo inspirado en los principios de urgencia y sumariedad (art. 53 CE) y, en fin, por la explícita referencia al orden judicial contencioso-administrativo, único orden jurisdiccional que es citado por su nombre y apellidos en el texto constitucional (art. 153 CE). Tal cúmulo de declaraciones ha llevado a la eliminación de las últimas barreras que obstaculizaban el control judicial de la Administración.

Efecto directo de la aplicación de la norma constitucional ha sido la derogación de las excepciones a la justiciabilidad del artículo 40 de la Ley jurisdiccional de 1956, la interpretación restrictiva del concepto del acto político y de la discrecionalidad administrativa, el control jurisdiccional sobre los actos de gestión del Congreso y del Senado y de otros órganos constitucionales, y de toda clase de actos del Consejo General del Poder Judicial. Nada menos que las resoluciones de este órgano constitucional sobre la carrera y sanciones de los jueces son ahora actos administrativos plenamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se da así la paradoja de que el órgano constitucional que nombra y sanciona a los magistrados del Tribunal Supremo es controlado por éste, que revisa, en sede judicial, los mismos nombramientos y sanciones. Algo insólito visto desde los modestos orígenes de la justicia administrativa que quedan reseñados

Al impulso constitucional se debe asimismo la ampliación de las

medidas cautelares, el emplazamiento personal de los demandados e interesados, la ampliación de la legitimación para recurrir a los interesados legítimos y, sobre todo, la configuración de un proceso de corte interdictal, en protección de los derechos fundamentales. Un proceso en el que se elimina la vía administrativa previa a la interposición del contencioso, se abrevian los plazos del proceso ordinario y se facilita la suspensión del acto recurrido.

Y así llegamos a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, orientada a encajar la norma procesal en el marco constitucional, crea los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo, contempla la litigiosidad entre Administraciones públicas, introduce nuevos cauces para el ejercicio de las pretensiones sobre inactividad y vías de hechos, regula un procedimiento abreviado para las pretensiones que no superen las 500.000 pesetas y sobre cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, introduce una regulación de las medidas cautelares más allá de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado y, en fin, regula de nuevo los trámites de la ejecución de sentencias para asegurar su efectividad.

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, UNA JUSTICIA CONTRA LOS ACTOS
Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA QUE GARANTIZA LA INMUNIDAD
DE SUS AUTORES

Llegados a este punto, no estará de más una mirada sociológica a lo que realmente esté aconteciendo en la justicia administrativa, pues la conclusión que falsamente podría extraerse de esa evolución formal es que todo es positivo. Nada de eso. Hay aspectos muy negativos, pues de poco sirve controlar los actos de poder si lo es al precio de la irresponsabilidad civil, penal y administrativa de quienes los dictan; y de poco vale un sistema teóricamente perfecto de justicia si el legislador ordinario permite evadirlo, en todo o en parte, sometiendo las Administraciones públicas al Derecho privado, o si, como también ocurre, el sistema está bloqueado por una auténtica inundación de recursos que los órganos judiciales son incapaces de evacuar, acumulando retrasos de muchos años en la resolución de los asuntos.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dificultosamente se abre paso y asienta como un orden jurisdiccional propio y específico a cargo de jueces independientes desde los comienzos del constitucionalismo, contrasta con la justicia penal y civil, plenamen-

te consolidadas en los términos actuales desde los comienzos del Estado moderno, lo que acredita que estamos en presencia de una jurisdicción problemática. Tan problemática que en Francia, país de su invención, todavía está ubicada en un órgano administrativo, el Consejo de Estado, que acaba de festejar su doscientos cumpleaños; y en los países anglosajones no tiene una planta propia ni los jueces comunes la asumen, parapetados en la doctrina de que constituye una extravagancia entrometerse en asuntos del ejecutivo (Sentencia *Marbury v. Madison*, de 1803) o en la «del respeto o deferencia» hacia los actos y actividades de la judicial (8).

¡Qué contraste con España y los países latinoamericanos que siguen su modelo de justicia administrativa, donde se admite con naturalidad y sin dramatismo la más completa justiciabilidad de los actos del poder ejecutivo en los asuntos más nimios! ¿Es esto un índice de liberal-progresismo? ¿Es superior nuestro Estado de Derecho? ¿Somos más demócratas que los franceses y los americanos? ¿O es que hay un precio que se paga en otra moneda, una regresión política, jurídica o moral que no aparece a primera vista?

Algo de esto último ocurre, pues no es normal que en el seno de la justicia administrativa no se produzca, como en la justicia civil, penal o laboral, el drama del enfrentamiento humano que caracteriza a todo proceso, el de un cuerpo a cuerpo personal entre un demandante y un demandado, de un acusador y un acusado, un patrono y un obrero, de persona a persona; una lucha en que se juega el

(8) A pesar, desde 1946, de la *Federal Administrative Procedure Act*, que ha previsto un control judicial externo en el artículo 706 de la APA (al determinar que el tribunal que esté conociendo de un asunto administrativo «debe decidir todas las cuestiones relevantes de derecho, interpretar los preceptos constitucionales y legales y determinar el sentido o la aplicabilidad de los términos del acto de una Agencia»), se ha producido un retroceso del control judicial que los tribunales justifican precisamente sobre la base de su incompatibilidad con los poderes «legislativos» y «judiciales» de las agencias, del procedimiento garantista y el *status* de los *Administrative Law Judges*, aplicando la doctrina de la deferencia, según la cual los tribunales deben mostrar un especial respeto a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquéllos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control. En definitiva, nos dice GARCÍA DE ENTERRÍA (*Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996), «la vieja tradición, de *hans-off*, de manos fuera de los asuntos del ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento, la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el ejecutivo, y, en fin, siempre, el principio de división de poderes entendido en el sentido de que todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes y estarían bloqueando el control judicial». Esta tradición se acentúa, como dice este autor, en el *self restraint* que practican ahora los jueces de mayoría conservadora que justifican en el originalismo o interpretación de la Constitución y de sus enmiendas por la intención original de los constituyentes, en el textualismo o literalismo estricto en la interpretación de las leyes, todo lo cual lleva no sólo a una deferencia respecto de las leyes, sino también respecto del ejecutivo. La doctrina de la deferencia se identifica con la sentencia *Chevron v. Natural Resources Council*, de 1984, cuya almendra doctrinal radica en afirmar que un tribunal no puede sustituir con su propia interpretación de un precepto legal la interpretación hecha por el administrador de una agencia.

patrimonio o la libertad personal de alguien en alguna medida. Todos los procesos impresionan, amedrentan, preocupan a quien los padece; en todos menos en el proceso contencioso-administrativo, en que los administradores y autoridades afectados sienten el recurso que se interpone contra sus resoluciones y actividad como algo ajeno, incluso invitan a su interposición para quitarse de en medio a los ciudadanos reclamantes.

La explicación de esa diferente actitud está en que mientras en los procesos civiles, penales o laborales hay alguien que al final responde con su patrimonio o su persona de las consecuencias de la condena, en el proceso contencioso-administrativo el autor del acto que se anula o cuya actividad se reputa dañosa siempre resulta indemne y en su lugar somos condenados los ciudadanos. Ya había advertido HAURIOU que el proceso al acto y las acciones de responsabilidad contra las Administraciones públicas eran una forma de burlar la responsabilidad personal de los políticos y los funcionarios (9). En cierto modo, pues, los procesos contra la Administración se asemejan a aquellos procesos medievales en que se condenaba a las cosas y a los animales. En la justicia administrativa no se condena al autor del acto, sino al acto mismo, y todo acabaría ahí si no fuera porque al final la condena la soportan terceros inocentes, los ciudadanos, que, al fin y al cabo, pagan con los impuestos las consecuencias del fallo judicial, es decir, las disfunciones que en el obrar administrativo originan las condenas de anulación de actos administrativos y de los daños y perjuicios a que es condenada la Administración (10). En

(9) HAURIOU señaló, refiriéndose al Derecho francés, que «históricamente el artículo 75 de la Constitución del año VII y la garantía de los funcionarios son la causa, al menos en la misma medida que el principio de separación de los poderes, de la canalización en nuestro derecho en la teoría del acto; toda la exigencia de represalias ha encontrado su satisfacción en el recurso contra el acto y en las acciones de indemnización contra la Administración» (*Precis de Droit Administratif*, 12.^a ed., París, 1933, pág. 23).

(10) Lo advertimos hace ya algún tiempo (*La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas*, en el núm. 31 de esta REVISTA, enero-abril 1960, págs. 95-149): «La amplitud de la fiscalización contencioso-administrativa, con ser importante, no es el único medio para lograr el sometimiento de la Administración al Derecho y una mayor garantía del administrado contra el abuso administrativo. Es necesario que se complete con la revitalización de los propios sistemas de fiscalización administrativa, por medio de la revisión de oficio, de la que es preliminar un buen funcionamiento de los servicios de inspección y control. Pero, sobre todo, y esto es primordial en la materia, es necesario su complemento con la actualización de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios. Olvidar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos es olvidar que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona física, el funcionario. Hacer procesos a los actos y a las normas, en demasía, olvidando las personas de quienes emanan, puede resultar tan absurdo como los antiguos procesos para ajusticiar a las cosas y a los animales. Por ello nos parece oportuno señalar el peligro que para la Administración pública puede derivarse de que la garantía del administrado sea sólo a costa de la anulación de actos y reglamentos administrativos y de las condenas por daños contra la

otras palabras, y con una expresión más vulgar y grosera, en la justicia administrativa el juez condena a la Administración pero con una patada en el trasero de los ciudadanos, sin rozar siquiera la libertad ni el patrimonio de las autoridades y funcionarios responsables de la actividad o los actos en causa. Un endoso jurídicamente diabólico, pues el verdadero autor del acto o actividad dañosa ni es citado a juicio ni es identificado nunca con su nombre y apellidos en la sentencia que condena a la Administración (11).

En esa línea de asegurar, aún más, la irresponsabilidad de los autores de los actos administrativos, objeto del proceso contencioso-administrativo, el Derecho español ha liberado a los funcionarios y autoridades de la acción de responsabilidad directa que había establecido, a través de un proceso especial, la Ley Maura, de 1904, ante la jurisdicción civil, al prescribir la Ley 30/1992 que «los particulares exigirán *directamente* a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las au-

Administración. Y a una inseguridad en la actuación administrativa y a una molestia continua para el administrado conducirá, de manera inevitable, el desarrollo mongólico de la jurisdicción contencioso-administrativa y el raquitismo, por otra parte endémico en nuestro Derecho, de los varios aspectos de la responsabilidad de funcionarios. Por aquel desarrollo y esta atrofia la garantía del administrado corre el riesgo de convertirse en una relación de "continuado tejer y destejer actos y reglamentos" entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Administración en la que, aparte de la carga que supone la impugnación para el administrado, la única perjudicada sería la propia Administración Pública».

(11) Ciertamente que en la justicia civil se sustancian también acciones impugnativas contra actos sin implicar directamente a las personas. Así ocurre en la impugnación de actos sociales de las personas jurídicas, asociaciones o sociedades. Sin embargo, la responsabilidad de los gestores privados se salvaguarda siempre con la acción que los miembros de la persona jurídica, socios o accionistas, pueden interponer contra los gestores, bien por la destitución inmediata de sus cargos. No ocurre así con la clase política y funcional. Su inmunidad a las consecuencias perjudiciales para la Administración por los actos anulados o las condenas de responsabilidad es manifiesta, pues en el Derecho público, en la justicia administrativa, ni cabe la destitución de un responsable político desde la ciudadanía, pues hay que esperar para sustituirle a las próximas elecciones, ni cabe una acción de responsabilidad civil a ejercer directamente por los ciudadanos, similar a la que, por la mala gestión, se configura en el artículo 133 de la Ley española de Sociedades Anónimas, donde se prescribe que los administradores responderán solidariamente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia que deben desempeñar en el cargo, sin que en ningún caso sean exonerados de esta responsabilidad por acuerdo de la Junta General.

A diferencia, pues, de lo que pasa con los cargos de gerentes y directivos de la sociedad mercantil o de las asociaciones privadas, si una Administración es condenada no es posible una destitución de sus directivos desde la ciudadanía, sino a través de los procedimientos y plazos del sistema electoral, en el que no es posible enjuiciar conductas concretas de las que se deriven responsabilidades jurídicas; ni cabe que los ciudadanos, que con sus impuestos sufrirán la mala gestión, o bien terceros acreedores, ejerzan directamente una acción de responsabilidad personal contra el autor del acto. El acto administrativo y la responsabilidad de la Administración son, a la vez que garantía de los ciudadanos, un escudo protector de la responsabilidad de los funcionarios y la autoridad que los engendra, su sistema inmunológico.

toridades y personal a su servicio». Item mas: la Ley situó la acción de regreso frente a la autoridades y funcionarios, cuando por su culpa es condenada la Administración, en la órbita del «podrá», es decir, de la discrecionalidad administrativa, una aberración que ha corregido la Ley 4/1999, de Modificación del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, no obstante, permite matizar el *quantum* de la indemnización exigible a aquéllos en vía de regreso, es decir, que la Administración puede ser condenada por una cantidad y exigir del funcionario una menor; un «regreso asimétrico» (12). En cualquier caso, no tenemos noticia de que la «acción de regreso» simétrica o asimétrica se haya producido una sola vez, ni es previsible que tal suceso acontezca en el futuro. Sería un milagro.

La nueva línea jurisprudencial en materia de prejudicialidad administrativa en el proceso penal podría también servir para poner de actualidad la utilización de la justicia administrativa como parapeto de la responsabilidad penal de los funcionarios, como históricamente se hizo, utilizando al Consejo de Estado, mediante la autorización previa para procesar a los funcionarios y las cuestiones previas administrativas previstas en el anterior y derogado sistema de conflictos para paralizar y enterrar definitivamente los procesos penales (13).

En definitiva, que los funcionarios y autoridades ni responden nunca ante la justicia administrativa, que excluye una acción de responsabilidad civil frente a los mismos, ni responden ante la civil por sus actos y actividad, y están a punto de conseguir que los procesos por prevaricación se supediten a eternos procesos contencioso-administrativos, dando un golpe de gracia al principio de plenitud de la justicia penal.

Tengamos, pues, mucho cuidado con mantener y ampliar sobre estas bases los procesos a los actos administrativos y de condenas sólo para la Administración y de irresponsabilidad de los protagonistas y autores de los actos y actividad administrativos y, al mismo tiempo, hacer de la justicia administrativa una modalidad de la justi-

(12) La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso (art. 145 de la Ley 30/1992).

(13) Amplia información en GARCIA DE ENTERRÍA: *La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación, «REDA»*, núm. 98, abril/junio 1998, págs. 231 y ss.

cia civil, una justicia excesivamente facilitadora de la anulación de actos administrativos y de responsabilidad objetiva de la Administración, porque con ello sólo conseguiremos aumentar nuestras cargas ciudadanas, mientras que los autores de los actos y los perjuicios continuarán, insistimos, en la más absoluta irresponsabilidad, gobernando nuestros destinos.

Además, como decíamos, la justicia administrativa es cada vez más, por el contraste entre su avanzado diseño y la facilidad con que el legislador puede burlarla *in totum* o por su ineficiencia, un tigre de papel.

Una primera forma de evasión de la justicia administrativa se manifiesta en el aumento de los actos administrativos en forma de ley o lo que he llamado las leyes-decreto, porque son leyes que llevan en su interior un vulgar acto administrativo; es el caso de la famosa expropiación del *holding* de Rumasa. El peligro es cada vez mayor; pues a través de los diecisiete Parlamentos autonómicos son muchos los actos administrativos que se pueden inmunizar judicialmente dándoles forma de ley. Las leyes, estatales o autonómicas, aun cuando encubran simples actos administrativos, no son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La burla de la Jurisdicción Administrativa se viene haciendo desde hace varias décadas, a medida que aumentaba su progreso teórico. Ha bastado algo tan simple como una norma legal que dispusiera el sometimiento de un organismo público al Derecho privado o le permitiera utilizar el disfraz de la sociedad mercantil. DEL SAZ (14) lo ha denunciado magistralmente oponiendo a esa perversión el único remedio posible: la garantía constitucional del Derecho administrativo. La huida al Derecho privado hace imposible el control por la justicia administrativa de las Administraciones porque entonces no producen actos administrativos, sino actos privados; pero tampoco la actividad de estos entes puede ser controlada por la justicia civil, puesto que al no haber asociados ni socios nunca se impugnan sus actos ante la justicia civil. SALA ARQUER publicó un trabajo sobre esta evasión con un título suficientemente expresivo, *Huida al derecho privado, huida del derecho* (15), y yo mismo, como otros muchos autores, me he referido a esta cuestión (16). La gran ventaja para los gestores de las sociedades públicas en forma societaria es que, a la vez, se libran de los controles del Derecho administrativo y de su jurisdicción y, de otra, no responden ante ninguna junta general ni su-

(14) «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

(15) «REDA», núm. 75, 1992.

(16) *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

fren las acciones impugnativas de los socios minoritarios. Políticos y funcionarios operando como empresarios inmunes a los mecanismos de control societarios, ése es el cuadro que ofrecen las empresas públicas gestoras de servicios públicos. Esta situación ha sido en parte remediada con la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que somete determinados actos de las Entidades Públicas Empresariales a los principios del Derecho administrativo y de su justicia (los que suponen ejercicio de funciones públicas y los de selección de personal laboral y de contratistas).

LAS MEDIDAS CAUTELARES. UN DISEÑO DE LIBRO QUE AUMENTARÁ
LA SATURACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Incluso aunque no se produjera la huida del Derecho administrativo, de poco sirve el generoso e inmediato acceso a la justicia administrativa si ésta se empantana por sufrir una «inundación» de recursos (350.000 pendientes en este fin de milenio), lo que explica el clamor en la reclamación de medidas cautelares, que ha llevado a solicitarlas en tonos épicos, de la justicia administrativa. Lo difícil no es entrar en la justicia administrativa, que tiene las puertas bien abiertas, sino, como en un laberinto, encontrar la salida. Por ello se busca un atajo de justicia, una respuesta de emergencia, y ésta se ha creído encontrar en *La batalla por las medidas cautelares*, como titula el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA a uno de sus libros. Estas se justifican ni más ni menos que en el escandaloso retraso en el funcionamiento de la justicia administrativa. ¡Si el proceso tiene una duración exorbitante, que al menos el recurrente no lo sufra desde una situación de desposesión de sus bienes y derechos!

Y es que en el contencioso-administrativo tradicional la ejecutoriedad de las disposiciones y actos objeto de recurso contencioso-administrativo, como expresión del beneficio máximo de la autotutela administrativa, ha sido un dogma indiscutible desde que el proceso contencioso-administrativo se configuró como un proceso de apelación frente a una decisión ejecutoria, el acto administrativo, con todas las características propias de las sentencias de primera instancia, más otra singular y de especial gravedad: que el recurso de apelación no suspende la ejecución del acto administrativo y por ello coloca al recurrente en una posición de desposeído y demandante durante toda la tramitación del proceso, posición de desventaja que no sufre quien, condenado en primera instancia en un proceso civil, interpone recurso de apelación que suspende la ejecución de la sentencia.

Sólo a partir de 1888, con la Ley Santamaría de Paredes, se regu-

ló la posibilidad cautelar de la suspensión del acto impugnado, limitada a los supuestos en que la ejecución pudiese producir daños de imposible reparación, a los que a Ley jurisdiccional de 1956 añadió los de «difícil» reparación.

Esta situación no se compaginaba, sin embargo, con el principio de «tutela judicial efectiva», consagrado por el artículo 24 de la Constitución de 1978, inconciliable con la larga duración de los procesos. Por ello, el Tribunal Constitucional, siguiendo una línea marcada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, declaró incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución el derecho a la tutela cautelar (Sentencias de 12 de diciembre de 1991, 10 de febrero de 1992 y 17 de diciembre de 1992) (17).

Con estas decisiones, el Tribunal Constitucional español se puso en línea con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en la Sentencia *Factortame I*, de 1990, declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una ley (en beneficio del derecho de pesca de unos pescadores gallegos) cuando ésta infringe el Derecho comunitario (algo insólito en el Derecho inglés, donde las leyes, según dicen sus juristas, todo lo pueden menos cambiar un hombre en mujer), y ello sobre la base del *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, y del *periculum in mora*, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasaba (18).

El Tribunal Supremo se inspiró en alguno de estos precedentes, como revelan los Autos de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de

(17) Ni siquiera el legislador, dice la STC de 17 de diciembre de 1992, «puede eliminar la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el recurso contencioso-administrativo, pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas de la Administración, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva». En otra Sentencia, la de 29 de abril de 1993, el Tribunal Constitucional declaró conforme al artículo 24 una medida cautelar positiva por la cual la Sala de Sevilla sustituyó por su propia autoridad una Orden de servicios mínimos dictada por la Junta de Andalucía en vísperas de una huelga general, fijando por sí misma el contenido razonable de esos servicios mínimos. En la misma Sentencia citada de 17 de diciembre de 1992, el Tribunal afirma que «la prerrogativa de la ejecutoriedad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular... las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige, el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo presente en el artículo 106.1». Otra Sentencia constitucional, la de 10 de febrero de 1992, ha declarado que el juicio ejecutivo es una medida cautelar, del género de los juicios provisionales antes aludidos, lo que justifica el llamado *référé provision*, esto es, ordenar el pago anticipado de una deuda cuando su título parece especialmente bien fundamentado.

(18) Asimismo, en la Sentencia *Zuckerfabrik*, de 1991, la Justicia europea admitió que un Tribunal nacional pueda suspender, con los mismos requisitos, una norma comunitaria. La Sentencia *Atlanta*, de 1995, admitió que un Tribunal nacional dicte cautelarmente normas provisionales en sustitución de las comunitarias impugnadas. En fin, la Sentencia *Antonissen*, de 1997, ha admitido el *référé provision* o pago anticipado de deudas exigidas a la propia Comunidad antes de llegar a la sentencia de fondo.

1991. No obstante, con posterioridad surgió una línea doctrinal descalificadora de los elementos sustentadores de las medidas cautelares, del *fumus boni iuris* y la imposibilidad de anticipar el fallo del proceso antes del debate plenario. Una tendencia jurisprudencial que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 ha frenado con una nueva regulación de las medidas cautelares. Su Exposición de Motivos afirma «*que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que la adopción de medidas provisionales no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario*». De aquí que «*teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o del acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo... corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas inaudita parte... así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho*».

La petición de la medida cautelar puede hacerse «en cualquier estado del proceso» (por lo que hay que entender que también es admisible la petición si el proceso estuviera en fase de recurso). No obstante, se excepciona el caso de que se impugne una disposición general, supuesto en el cual la petición de medida cautelar ha de hacerse precisamente en los escritos de interposición o demanda (art. 129.2).

No existe, por otra parte, un *numerus clausus* en la configuración de medidas cautelares pues «*los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*» (art. 129). Cabe, por tanto, en la fórmula pedir la suspensión del acto o cualquier medida positiva, incluso condenas cautelares de hacer o de no hacer. Es posible sustituir la disposición impugnada —aunque sólo con efectos sobre el recurrente, salvo que éste represente intereses colectivos— por una regulación provisional. Y dentro de las medidas cautelares positivas es posible solicitar una medida cautelar de provisión anticipada de una deuda, cuando la negación de la Administración resulte claramente dolosa o infundada, y, en fin, cualquier otra medida que resulte pertinente a la finalidad de preservar los efectos de la sentencia futura.

En cuanto a los criterios para otorgar la medida cautelar, el artículo 130 preceptúa, de forma un tanto imprecisa, que el juez o Tribunal debe otorgar la medida cuando «previa valoración circunstan-

ciada de todos los intereses en conflicto, resulte que, de no otorgarse la medida cautelar, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». Pero, incluso en ese caso, la medida cautelar puede denegarse «cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada» (19).

El incidente cautelar se tramita en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, y estará en vigor hasta que recaiga sentencia firme en el proceso, aunque podrán ser modificadas o revocadas en el curso de éste si cambiaran las circunstancias, no «en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso» (arts. 131 y 132). La medida podrá incluir cautelas para evitar «o paliar» perjuicios de terceros e ir acompañada —no necesariamente— de una caución para responder de los eventuales perjuicios, los cuales, concluido el proceso, podrán ser reclamados en un incidente en el plazo de un año (art. 133).

La Ley regula también las llamadas medidas cautelares «provisionalísimas», que se caracterizan por adoptarse *inaudita parte*, dadas «circunstancias de especial urgencia», citándose en la misma resolu-

(19) Como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien seguimos, la fórmula excesivamente vaga, que deja una excesiva libertad de apreciación al juez, parece proceder del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en materia de recurso de amparo («cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad», y la misma excepción para denegarla), pero aunque parecería que ha querido apartarse del *criterium* que, tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como nuestro Tribunal Constitucional, como la generalidad de las legislaciones y jurisprudencias de nuestra área, han establecido para determinar la procedencia del auxilio constitucional, el doble requisito del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho o seriedad de la pretensión frente a la debilidad o convencionalismo de la oposición, por una parte, y, por otra, el *periculum mora*, o urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables, lo cierto es que la fórmula del artículo 129, bien interpretada, admite exactamente la misma aplicación. Cuando el precepto habla de que hay que evitar que pierda «su finalidad legítima» el recurso, obliga a un juicio de legitimidad (aparente, manifiesta, porque no puede ser otra en esa fase) de la pretensión. La ponderación de intereses obliga a una estimación de la urgencia o *periculum*, debiendo destacarse que la exigencia expresa de que el posible perjuicio al interés público debe ser «ponderada en forma circunstanciada» impide una actitud que no ha sido infrecuente en ciertas decisiones, la de estimar que la Administración por sí misma encarna siempre el interés general, con cita del artículo 106.1 de la Constitución. Los intereses generales o de tercero que, si se dan los requisitos propios de la procedencia de la medida cautelar, pueden oponerse a ésta han de ser, según vemos, «circunstanciados», específicos, además de motivados, lo que excluye cualquier invocación general y apodíctica. Por lo demás, el perjuicio ha de ser «grave», no cualquier incomodidad. Advierte el mismo autor que la doctrina del *fumus* es la utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya doctrina es vinculante para los jueces nacionales siempre que esté presente algún elemento de Derecho comunitario, lo que es hoy tan común (p. ej., toda la legislación de contratos, la legislación medio-ambiental, sectores liberalizados —electricidad, telecomunicaciones, hidrocarburos, etc.—), así como utilizada por el Tribunal Constitucional, que también vincula (art. 5 LOPJ) a todos los jueces.

ción que las otorga a las partes a una comparecencia en plazo de tres días, tras de la cual se adopta la resolución definitiva (mantener, modificar o levantar la medida). Se contempla también la posibilidad de una medida cautelar anticipada a la interposición del recurso, pero sólo en los casos de los recursos contra la inactividad y por vía de hecho; dicha interposición debe hacerse, en tal caso, en plazo de diez días desde la adopción de la medida cautelar, a la vez que ratificar la petición, procediéndose en los tres días siguientes a la comparecencia de las partes, como en el caso anterior (arts. 135 y 136). Pero nada dice la Ley acerca de si la petición de la medida cautelar, en tanto no haya sido resuelta por el juez o Tribunal, impide como regla a la Administración ejecutar el acto cuestionado, tal y como se había recogido en la jurisprudencia anterior, sancionada expresamente por la STC de 20 de mayo de 1996 en base al argumento de que mientras se toma la decisión sobre la medida cautelar no pueda impedirse esta misma, ejecutando el acto, pues entonces la Administración se habría convertido en juez y parte.

El auto que acuerde la medida cautelar «se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento», según las reglas de la ejecución de sentencias firmes; si se ha suspendido una disposición general, el auto deberá publicarse en el diario oficial correspondiente (art. 134).

UN DEFECTO ESTRUCTURAL DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: UN ÓRGANO COLEGIADO QUE RESERVA SU ACTUACIÓN PARA LA FASE FINAL DEL PROCESO

El diseño en sí mismo de este proceso cautelar que acabamos de ver no es objetable en líneas generales. Pero, sin perjuicio de que produzca alivio concreto a este o aquel litigante, la cuestión es si lo producirá sobre el sistema en su conjunto y no originará una mayor saturación de expedientes a sumar a los que ya padece el inundado y agobiado sistema de la justicia administrativa. Pues hay que pensar que la generosa regulación cautelar estimulará, de una parte, la puesta en marcha de pretensiones cautelares que antes no se producían y, de otra, no limitará los procesos principales, que seguirán su curso de forma paralela. ¿No es esto fomentar el incremento de la inundación? ¿Acaso no hubiera sido mejor hacer del proceso cautelar una primera instancia simplificada que determinase la legítima situación posesoria sobre la pretensión discutida, antes que un proceso paralelo al proceso principal y duplicador de las pocas energías y de la baja respuesta del sistema judicial?

Pienso que sí, que la generalización de proceso abreviado, hoy aplicable a asuntos de menor cuantía, y ante un juez unipersonal que resolviera sumariamente sobre la situación posesoria del derecho o pretensión discutida que es objeto del proceso cautelar e, incluso, sobre el fondo, mediante sentencia que devendría firme y definitiva si no se recurre ante un órgano colegiado, eliminaría la necesidad misma del proceso cautelar paralelo y reduplicador del proceso principal y desanimaría la continuación de los litigios en muchos casos. Es un error que el proceso contencioso-administrativo común se continúe tramitando en primera instancia ante un órgano colegiado que implica triplicar el coste de personal y que es una consecuencia más de considerar el proceso administrativo como una segunda instancia de apelación contra un acto-sentencia; una solución contraria a la común en los procesos civiles y laborales, e incluso penales, para la mayoría de los delitos.

De comenzar el proceso contencioso-administrativo por una fase sumaria ante un juez unipersonal se comenzaría a atajar ese mal endémico de la justicia administrativa española, una justicia de salón cuyo proceso, una imitación de la apelación civil, consiste en una acumulación de escritos (interposición, expediente administrativo, demanda, contestación, eventuales pruebas, conclusiones) y en la que un órgano colegiado decisor aparece al final de la representación, años después de iniciado el pleito, para fallar sobre un montón de papeles que antes ni siquiera había leído.

REFLEXIÓN FINAL Y ALGUNAS SUGERENCIAS

Con la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de abril, se colman prácticamente todas las aspiraciones que la doctrina española, desde una perspectiva dogmática y garantista, había reclamado al legislador en los últimos tiempos y, en especial, las relativas a una respuesta del proceso contencioso al reconocimiento de cauces específicos para sustanciar las pretensiones sobre la inactividad de la Administración, la vía de hecho y la tutela cautelar. Los viejos privilegios procesales de la Administración, inmune a acciones de tipo interdictal que pudieran paralizar la acción administrativa, han sido formalmente abatidos sin necesidad de recurrir al juez civil. Pero ¿lo serán también materialmente? Permítanme que lo dude.

La inmunidad de la Administración frente a la Justicia ha encontrado en el crecimiento imparable de la litigiosidad y en la propia inoperancia de los tribunales una nueva línea defensiva, un parapeto

más consolador y tranquilizante para la clase funcionarial y política, que es la que firma las resoluciones administrativas, a sabiendas de que *no les alcanzará responsabilidad personal alguna por un resultado judicial desfavorable y, además, porque serán otros, y quizás del partido contrario, y en todo caso los ciudadanos, quienes cargarán con las consecuencias dentro de muchos años. ¡A qué preocuparse!* Al «Vuelva usted mañana» de Larra le ha sustituido el «Recurra y déjeme en paz».

Para el ciudadano recurrente, sobre cuyas esperanzas en obtener una respuesta coherente y rápida de la justicia se está ensayando una nueva Ley jurisdiccional y sus medidas cautelares, las cosas no irán, pensamos, mejor que cuando la justicia administrativa nació en el comienzo del Estado constitucional, como un simple fuero de la Administración para proteger a los titulares de derechos que contrataban con la Administración. Al menos éstos sabían que las pocas oportunidades de recurso tenían respuesta dentro de un plazo razonable y no eran, como ahora, cartas incontestadas, como las que, en Navidad, los niños pobres escriben a los Reyes Magos o a Santa Claus y por las que, no lo saben, hay que pagar un alto precio en paciencia, dinero y frustración (20).

En definitiva, no es por el simple camino de diseñar procesos más garantistas, trasladando miméticamente algunas piezas del viejo, que no del nuevo (21), proceso civil a la justicia administrativa,

(20) Por lo que leemos en el periódico argentino «La Razón» (15 de enero de 2000), la situación que origina la litigiosidad contra el Estado todavía puede ser peor. Según el columnista Juan ALEMANN: «Existe una gran cantidad de juicios entablados contra el Estado Nacional o sus dependencias, que éste generalmente pierde. En la mayoría de los casos, simplemente el Estado no tiene razón, y en otros se ha defendido mal. Frecuentemente los abogados del Estado, por supuesto exceso de tareas, dejan vencer los plazos procesales. En otros casos hay connivencia con la otra parte, difícil de probar. Y en otros simplemente no hay defensa, porque cuando hace unos dos años se pasó la defensa del Estado de la Procuración General de la Nación a la Procuración del Tesoro, ésta no designó defensores en todos los casos, especialmente en el interior, por falta de recursos presupuestarios para ello. Es uno de los tantos absurdos que existen en el Estado. De todos modos estos juicios avanzan a paso muy lento, y los jueces suelen proteger al Estado, haciendo lugar a cuanta medida dilatoria reclaman sus defensores. Pero esta estrategia, de tirar las cosas hacia adelante, es altamente irracional. Implica algo así como esconder la basura bajo la alfombra, genera mayor gasto público (por honorarios, costas judiciales, intereses y eventualmente daños y perjuicios relacionados con la mora en el pago) y, lo que es lo más grave de todo, hace que la Argentina no pueda ser calificada como un Estado de derecho, lo que implica un «costo argentino» oculto, que recarga intereses y encarece operaciones con el Estado. Pareciera que finalmente se ha reconocido que el problema existe y no puede soslayarse. Por ello el Gobierno propone en un proyecto de ley, paralizar los juicios contra el Estado por 180 días hábiles (que equivalen a unos 9 meses), prorrogables por otro período igual. Este plazo, que en los hechos no cambia mucho las cosas, dado el ritmo lento de avance de estas causas, serviría para encarar una solución de fondo del tema. Si esto se logra, la medida se justifica. Si sólo es para ganar tiempo, no.»

(21) En éste se incorpora al proceso ordinario el trámite de la audiencia previa al juicio, posterior a la contestación a la demanda, y que tiene por finalidad «intentar un acuer-

por donde se conseguirá un mayor sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Sin renunciar a ello, habrá que pensar también en cambiar las bases mismas del Derecho administrativo para responsabilizar a los gestores públicos de sus actos, pues sobre la irresponsabilidad personal no es posible construir ningún sistema jurídico decente y mínimamente eficaz. En este sentido se impone abrir de nuevo la acción directa de responsabilidad frente a las autoridades y funcionarios ante la justicia civil en los casos de dolo y negligencia grave y prescribir que en los procesos en reclamación por daños contra la Administración el juez se pronuncie siempre sobre la eventual falta personal de las autoridades y funcionarios (algo que en Francia es misión que cumple el Tribunal de Conflictos y de lo que aquí nadie se ocupa) y, si la apreciare, condene a su autor y sólo de forma subsidiaria a la Administración, como es regla en materia penal (art. 121 del Código penal). Habrá, en fin, que conseguir que el juez actúe al principio y no al final del proceso, pues tan importante como sentenciar es resolver sobre la situación posesoria, instruir y seguir el proceso y, en todo caso, primero va el buey y después la carreta.

Imagino las objeciones a estas insólitas propuestas: una personalización de la responsabilidad obligaría a la clase política responsable de los organismos públicos a distraer su tiempo en la litigiosidad que engendran los servicios a su cargo. Cierto y verdad; pero también lo es que atender las reclamaciones judiciales de los ciudadanos y seguir su curso es parte fundamental de la función de administrar en el Estado de Derecho y no es legítimo desentenderse de ella y descargarla en servicios de recursos, expertos en justificar lo injustificable y, ya en el proceso, en un cuerpo de letrados burócratas, dependientes de otra Administración y no del organismo en causa y que siguen los procesos (por regla general y salvando meritorias actuaciones) de forma rutinaria, confiando en que el juez, independiente sí, pero también funcionario y parte del Estado, suplirá su desidia. Hasta tal punto llega la despreocupación de la autoridad por los procesos en que sus actos están en causa que ni designa su defensor, ni éste depende de él, ni le da cuenta del curso del proceso y hasta desconoce su identidad (22).

do o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba» (art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(22) La reciente Ley 52/1997, de 17 de diciembre, de Asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, sigue atribuyendo al Servicio Jurídico del Estado, a cargo del Cuerpo de Abogados del Estado, y en los términos tradicionales, el monopolio de la defensa jurídica del Estado, sólo exceptuado en favor de los Letrados de la Seguridad Social.

No menos descartable es la objeción sobre la inhibición resolutoria que pudiera originar potenciar la responsabilidad personal de las autoridades y funcionarios. No es para tanto, y en eso ya estamos, pues la responsabilidad se produce por resolver y actuar como por no hacerlo (el Tribunal Supremo ya acepta la tesis de la prevaricación omisiva); pero sólo responsabilizando a los titulares de la competencia se conseguirá que les preocupe mínimamente la existencia de reclamaciones y recursos contra su gestión y se tomen en serio la dirección y disciplina de los funcionarios a su cargo, corrigiendo su tendencia a actuar siempre como jefes interinos, pendientes únicamente de salir ilesos de cada organismo, para no perjudicar sus posibilidades de ascenso en el maratón de la política.

Y habrá que reorientar el esfuerzo de la Ciencia y el Derecho administrativos hacia el perfeccionamiento de las estructuras de los organismos y de los servicios públicos y hacia la perfección moral y profesional de los funcionarios, cuya carencia es la causa última de la ilegalidad y de los perjuicios que sufren los ciudadanos, profesionalidad y espíritu de servicio que, de darse en términos ejemplares, harían inútil, o reducirían sustancialmente, la necesidad misma de la justicia administrativa. Una tarea para la que no es instrumento bastante la dogmática jurídica y la ciencia procesal en la que, como juristas que ante todo, y para desgracia para el país, somos los administrativistas, nos hemos instalado en las últimas décadas con tanto confort y provecho personal como escaso sentido de la responsabilidad. Una consideración que, como es público y notorio, para nada afecta al Profesor Alejandro NIETO, al que estas páginas están dedicadas.