

*Vías procesales contra la Administración Pública:
Un balance crítico de 25 años de aplicación
de la Ley Reguladora de la Jurisdicción
Contencioso-Administrativa
de España*

Juan Alfonso Santamaría Pastor
*Catedrático de Derecho Administrativo
en la Universidad de Valencia, España*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. LA DUALIDAD JURISDICCIONAL
- III. LAS LIMITACIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
 1. *Las deficiencias estructurales*
- IV. ¿CRISIS DE LAS GARANTIAS PROCESALES?

I. INTRODUCCION

Una de las premisas teóricas que, con valor de axioma, ha determinado la construcción de nuestro Derecho administrativo desde sus mismos orígenes ha sido la práctica identificación entre los temas del control de la legalidad y del control jurisdiccional. En efecto en la estructuración racionalista del Estado liberal, el proceso de realización del Derecho se contempla como un mecanismo elemental de interrelación entre los tres poderes clásicos, merced al cual el poder ejecutivo actúa sometido a las normas emanadas del legislativo; sometimiento que el judicial garantiza a través del fallo autoritario y vinculante de los litigios que son planteados ante él.

Pese a su simplicidad —y a su parcial inexactitud— este esquema teórico continúa formando el nervio último de los preceptos que las modernas Constituciones occidentales dedican al diseño del principio de legalidad. La reciente Constitución española de 1978, tras ordenar en su artículo 103 que la Administración debe actuar en todo caso “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, menciona acto seguido como técnica paradigmática para asegurar este sometimiento, la del control jurisdiccional: así, el artículo 106 dispone que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”. El control jurisdiccional de la acción administrativa es, pues, la garantía institucional básica y primaria del principio de legalidad,

que la propia Constitución refuerza convirtiéndola, además, en una de las libertades públicas fundamentales (el derecho a la justicia, art. 24).

Es frecuente escuchar hoy, sin embargo, la tesis de que este esquema se halla en crisis, principalmente en lo que se refiere a la segunda de sus piezas: el contencioso, se dice, el control jurisdiccional de la Administración está superado; sirvió, quizá, en su tiempo, para controlar a las Administraciones de unas sociedades de economía básicamente agraria, que comenzaban el proceso de la Revolución Industrial, pero es una herramienta deficiente para controlar el mastodóntico Estado interventor de la sociedad postindustrial.

No ignoro que la tesis es, en su rotundidad enfática, bastante simplista, y que en ocasiones no hace sino expresar una larvada ideología autoritaria. Pero el rigor intelectual nos impide desecharla sin más: por más que globalmente no sea de recibo, en la tesis misma, o en sus presupuestos de hecho, hay algo de cierto. El rechazo apriorístico de la eutanasia no autoriza al médico a hacer caso omiso de las enfermedades del paciente que agoniza.

Y es que estas "enfermedades" existen. Es cierto que el control contencioso se mueve con especial torpeza en el ámbito de la Administración económica. Y es cierto también, y sobre todo, que el contencioso ha perdido credibilidad: *en el momento actual, la gran masa de ciudadanos no ve ni siente al contencioso como un instrumento efectivo de protección frente a las arbitrariedades de una Administración todopoderosa*. Esta constatación, que es unánime en todos los países europeos, resulta de una gravedad extraordinaria, y sería suicida que los juristas cerráramos los ojos ante tan alarmante evidencia.

Esta cerrazón, sin embargo, sigue siendo la tónica general en Europa. Los juristas del Reino Unido siguen alimentándose del mito de DICEY acerca de la intrínseca superioridad del "rule of law" sobre el "régime administratif"; los autores franceses se resisten aún a poner en cuestión ese orgullo nacional —y espléndido producto de exportación cultural— que es el Conseil d'Etat; los españoles, por último, vivimos aún de la euforia que en su día pudo proporcionar nuestra Ley de 1956, muy superior a la precedente de 1888 (y elaborada, además, por los grandes maestros de nuestra disciplina, lo que le presta una autoridad aún mayor).

Creo que es urgente cerrar esta etapa de optimismo y enfrentarnos a una nueva labor crítica para conseguir restaurar la credibilidad del sistema y hacer que el contencioso sea lo que siempre debió ser: el instrumento principal y efectivo de control de la legalidad y de protección del ciudadano frente a la Administración. Dentro de muy pocos meses, nuestra Ley de lo Contencioso —que es también, en buena parte, la de este bello país— cumplirá su primer cuarto de siglo. Pienso que el mejor homenaje que puede hacerse a sus autores, que son mis maestros y amigos, es analizarla con tanto rigor cuanto respeto; y pienso también que nuestros colegas costarricenses comprenderán que esta labor de autocritica es, para los españoles, la mejor manera de corresponder a su exquisita cortesía y, al tiempo, una invitación a reflexionar y, quizá, a reconsiderar, desde su propia e insustituible experiencia, el modelo jurisdiccional que un día adoptaron.

II. LA DUALIDAD JURISDICCIONAL

Y para comenzar, unas reflexiones sobre un problema aquí inexistente, pero generalizado al otro lado del océano: me refiero al problema de la dualidad (o mejor, pluralidad) de instancias jurisdiccionales para conocer de los litigios en los que la Administración es parte.

El origen histórico de este problema es bien conocido: en los mismos albores de la Revolución burguesa, los revolucionarios, renuentes ante unos Tribunales que continuaban ocupados por personas afines al Antiguo Régimen, excluyen de la competencia de éstos una buena parte de los procesos que afectaban al actuar inmediato de la Administración, dejando en sus manos los relativos a actividades típica y exclusivamente privadas.

Como casi siempre ocurre en la historia, estas maniobras de desapoderamiento competencial pretenden justificarse a posteriori en razones de índole técnica; ello obliga a utilizar conceptos dogmáticos como criterios de delimitación de la competencia de uno y otro orden jurisdiccional, con lo que los problemas teóricos surgen de inmediato. La necesidad de hallar criterios que permitan al litigante decidir con seguridad el juez al que dirigirse ha provocado una inflación teórica tan voluminosa como estéril: en Italia, el deslinde entre los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo ha determinado una polémica secular que está aún muy lejos de haber finalizado; en Francia, la búsqueda afanosa de un *criterium* mágico del Derecho administrativo no ha dado todavía frutos, tras la crisis de las teorías de los actos de autoridad, del servicio público y de las cláusulas exorbitantes.

¿Qué ha ocurrido en España? Paradójicamente, entre nosotros el problema reviste una mayor dificultad teórica, pero no ha planteado, en la práctica, graves inconvenientes. El artº 1º de nuestra Ley diseña la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre dos conceptos básicos en la disciplina que enseñamos: los de Administración pública y Derecho administrativo. Con ello —ahí es nada— se traslada al campo procesal toda la inacabable discusión dogmática sobre estos conceptos y se garantiza —digámoslo con ironía— la imposibilidad de delimitar con claridad el ámbito de competencia de esta jurisdicción. Pero, como decíamos, esta indefinición no ha acarreado consecuencias alarmantes, ni se ha revelado como un hecho altamente disfuncional en la práctica. No sé si ello será imputable a la tan pregonada irresponsabilidad del temperamento latino, pero he de confesar que en mis años de experiencia forense nunca he podido apreciar en mis compañeros ese sentimiento de angustiada búsqueda de criterios delimitadores que se percibe en la doctrina de otros países. Y ello quizá se deba a dos razones: primera, porque la elección del Juez se realiza, en los casos dudosos que pueden plantearse, en base a la pura intuición jurídica y no a criterios dogmáticos; intuición que no suele fallar, en cuanto se opera sobre contenidos *standard* de la disciplina y mediante una valoración acumulativa y ponderada de los diferentes criterios disponibles; por lo demás, en la mayor parte de los sectores fronterizos, las Leyes respectivas (de Minas, de Aguas, de Montes, de Asociación, etc.), contienen criterios adicionales de delimitación. Y segunda, porque los respectivos órdenes jurisdiccionales no son particu-

lamente rigurosos en la defensa de las competencias ajenas; ello es particularmente cierto en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha venido ampliando sistemáticamente su campo de acción a través de técnicas tanto de origen legal (como la de las cuestiones prejudiciales) cuanto doctrinal o puramente jurisprudencial (así, la teoría de los actos separables o de los vicios de orden público).

En definitiva, pues, la pluralidad jurisdiccional en orden al enjuiciamiento de los actos de las Administraciones públicas quizá no sea un modelo de racionalidad, pero tampoco es un dato que requiera una corrección urgente. Más aún, pienso que la unificación de jurisdicciones, hecha sin más (bien atribuyendo a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de todos los litigios en que la Administración fuera parte, bien suprimiendo aquella y atribuyendo todas las competencias a los tribunales ordinarios) sería altamente perturbadora, dada la extrema diversidad de ambos tipos de procesos, el civil y el contencioso-administrativo. La conversión del Juez contencioso en jurisdicción única para todos los litigios de la Administración pública sólo sería factible previa una reforma en profundidad del proceso contencioso-administrativo, en la línea que más adelante me permitiré apuntar: el problema es más de estructura del proceso que de órgano competente.

En efecto, es preciso resaltar que la polémica decimonónica en torno a la unificación de jurisdicciones ha perdido hoy en España todo sentido. De una parte, la jurisdicción contencioso-administrativa forma parte plenamente del poder judicial: es, por así decirlo, una jurisdicción tan "ordinaria" como la civil, que todavía recaba para sí este honroso calificativo. De otra, sería injusto —por inexacto— afirmar que la Administración recibe por parte de los jueces de lo contencioso un trato de favor de más intensidad que el que recibe de los jueces civiles: la jurisdicción contenciosa ya no es, en modo alguno, un fuero privilegiado en este concreto sentido de presunta parcialidad.

Sigue habiendo, ciertamente, diferencias notorias entre uno y otro tipo de procesos: es un hecho que los privilegios posicionales de la Administración pública son mayores en el proceso contencioso, en el cual aquella se encuentra, por así decirlo, más segura y confortable. Pero este hecho debe ser matizado doblemente: en primer lugar, esta posición de mayor privilegio no denota tanto la intrínseca superioridad del proceso civil cuanto los graves defectos del proceso contencioso, que luego desarrollaré; el problema, por tanto, no es de unificación de jurisdicciones, sino de reforma a fondo del proceso contencioso. Y, en segundo lugar, no debe olvidarse que los privilegios de la Administración alcanzan también al proceso civil: en este orden de cosas, la exigencia de reclamación previa en la vía administrativa, la prohibición de interdictos y la regla de la inembargabilidad de los bienes y fondos públicos no son sino los privilegios más llamativos y notorios entre otros muchos de menor importancia (no conciliación previa, necesidad de autorización para entablar demandas en nombre del Estado y para el allanamiento o desistimiento, fuero territorial de la Hacienda, suspensión de plazos para consulta, reglas especiales en materia de prueba y notificaciones, recursos obligatorios, etc.), que hacen de la Administración un litigante no ciertamente ordinario, en el más estricto sentido de esta expresión.

Es cierto que buena parte de estos privilegios carecen hoy de justificación real: son, más bien, residuos históricos que podrían desaparecer o racionalizarse sin que el interés público y el funcionamiento de los servicios administrativos experimentasen graves quebrantos. Pero es que lo mismo podría decirse de los privilegios que la Administración ostenta en el proceso contencioso: solo tras una reforma sustancial de uno y otro tipo de procesos podría comenzar a pensarse en la unificación de jurisdicciones.

III. LAS LIMITACIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Pero cerremos este paréntesis sobre la dualidad de jurisdicciones y enfrentémonos al proceso contencioso-administrativo en sí, en el examen crítico al que me referí con anterioridad. Para llevarlo a cabo, es necesario distinguir dos planos: el de las *deficiencias estructurales* del proceso, tal y como se derivan de su regulación legal, y el de lo que yo denominaría *picaresca funcional*; esto es, el conjunto de abusos sobrevenidos que vienen propiciados por la particular regulación del proceso, y que determinan una disminución de las posibilidades garantizadoras del mismo.

1. *Las deficiencias estructurales*

1. A la cabeza de las deficiencias estructurales del proceso debe situarse, sin lugar a dudas, el denominado *carácter revisor* de la jurisdicción y del recurso contencioso-administrativo; esto es, su configuración como una técnica impugnatoria *ex post facto* de actos o decisiones plenamente ejecutorios. Mucho se ha escrito sobre ello, por lo que no insistiré en el análisis de esta característica, cuya explicación u origen histórico es evidente, pero que, hoy por hoy, lleva aparejada un sinnúmero de consecuencias harto negativas. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

—El establecimiento de un rígido sistema de plazos preclusivos, como es inherente a toda técnica procesal impugnatoria, que juegan invariablemente a favor de la Administración; plazos fugaces, por otra parte (en cuanto plazos de caducidad, no de prescripción), en los que no cabe interrupción alguna y cuyo más ínfimo quebrantamiento determina la extinción irrevocable del recurso contencioso y la pérdida definitiva del derecho material que en él se ejercita.

—La grave desventaja que supone para el recurrente asumir por necesidad la posición legal de demandante, sobre el que recae el montaje argumental de la impugnación y el peso principal de la carga de la prueba; con la consiguiente distorsión y ambigüedad en aquellos litigios en los que dicha carga de la prueba corresponde íntegramente a la Administración, como ocurre en los procedimientos sancionadores.

—La incapacidad del proceso contencioso para actuar como vía cautelar de daños o agravios futuros (como es normal en el proceso civil), por más que la producción de éstos sea más que razonablemente previsible. Como ha declarado reiteradamente nuestra doctrina jurisprudencial, el recurso es inadmisibile para prevenir agravios potenciales o futuros; lo cual, aunque sea duro decirlo, no significa otra

cosa que los Tribunales están legalmente obligados a permanecer inactivos en tanto que la Administración no ha hecho todo el daño que desee. Hace tiempo, el profesor BENVENUTI expresaba muy gráficamente esta sensación de impotencia: “¿Cuántas veces, en nuestra actividad de profesionales o administradores, no nos ha ocurrido tener que perder el tiempo a causa de una ilegalidad cuya existencia conocíamos antes de que el acto fuese dictado? Hemos tenido que dejar pasar el tiempo, antes de que el acto se dictase, para plantear el recurso jerárquico, dejar pasar el tiempo, para plantear el requerimiento, esperar todavía dos meses y acudir después al Consejo de Estado para oír decir, finalmente, que el acto que sabíamos que era ilegítimo, era efectivamente ilegítimo” (*Atti del Primo Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1957 pág. 144).

—La inutilidad práctica del recurso para hacer frente a la mayor parte de los supuestos de inactividad de la Administración, como ya demostró exhaustivamente hace años el profesor Alejandro Nieto.

—Por último, la limitación de la pretensión u objeto del recurso, que queda por así decir congelada en el *petitum* o suplico planteado en la vía administrativa previa, sin que puedan incorporarse posteriormente peticiones derivadas de situaciones sobrevenidas en el propio curso del proceso, o que simplemente no pudieron contemplarse en las fases iniciales del litigio, cuando su conocimiento por las partes es aún imperfecto o fragmentario.

2. Estrechamente ligado al carácter revisor del proceso han de destacarse, en segundo lugar, la incidencia de dos fundamentales manifestaciones de la autotutela, cuales son la *ejecutoriedad* del acto administrativo (con su correlato de la regla general de su no suspensión en vía de recurso) y la *imposición de vías administrativas previas* para acceder al proceso contencioso.

Nada puede decirse sobre estos dos datos que no sea, por lo demás, absolutamente notorio. Conjuntamente, forman el primer y mayor privilegio de la Administración, que le confiere una posición de abrumadora superioridad en el marco del proceso; una superioridad de la que, por tanto, puede abusarse, y de la que frecuentemente se abusa. Es en verdad muy fuerte la tentación a practicar una política de hechos consumados: con un recurso normalmente no suspensivo y con la ejecutoriedad en su mano, es lógico y humano que la Administración tienda a crear un estado de cosas irreversible, ejecutando sus actos impugnados con tal intensidad que prive prácticamente de contenido al ulterior recurso contencioso, por cuanto una eventual compensación económica del fallo imposible de cumplir en sus propios términos no puede sustituir en muchos casos el propio objeto del proceso.

Pero la impotencia del recurrente que ve a la Administración caminar decidida hacia la ejecución de sus propios actos, no obstante la interposición del recurso, se acrecienta hasta el límite cuando tal impugnación ha de esperar obligadamente al agotamiento de unos recursos administrativos normalmente ineficaces y, por lo general, al transcurso de los plazos de silencio administrativo para entenderlos desestimados tácitamente. Administrando bien el tiempo, el juego de recursos previos y plazos constituye un seguro de impunidad para la Administración, que durante dicho tiempo tiene manos libres para hacer llegar los hechos a auténticos puntos sin retorno. He

pasado muchas veces por la prueba de tener que explicar esta incomprensible realidad a recurrentes no avezados, y hay que poseer un temperamento de hierro para no incurrir en desaliento y en lo que es a la larga el mejor aliado de la Administración recurrida: la resignación.

3. Pero los quizás principales factores de desaliento de los potenciales recurrentes son, desde mi punto de vista, *el formalismo, el alto coste y la lentitud* del proceso contencioso. Los dos primeros hechos van estrechamente unidos: no pocos ciudadanos sienten auténtica aversión por todo lo judicial, por todo tipo de proceso, al que identifican inconscientemente con el hecho de hallarse encartados en una causa criminal. De lo judicial no se aprecian, desde fuera, más que dos expresiones amenazadoras: de un lado, el formalismo y solemnidad de las vistas públicas; de otro, el guirigay de las dependencias judiciales subalternas. Y todo ello encarece el litigio, aun cuando en determinados procesos, como los de personal, no se requiere la asistencia de Procurador ni de Letrado, prácticamente nadie se aventura en el mar proceloso de un recurso sin una competente dirección letrada —cara, por lógica— sin la cual el naufragio es casi seguro.

Y, por si ello fuera poco, la lentitud de los procesos contenciosos. Una lentitud que puede llegar a aplazar por más de tres años la solución definitiva del litigio; una lentitud que es problema común de todos los países europeos (y de poco sirve el consuelo de la generalidad del mal) y ante el cual se han estrellado todas las medidas desconcentradoras (reforma francesa de 1953 y española de 1973, y creación en Italia de los Tribunales Administrativos Regionales), que no han conseguido sino rebajas mínimas en el promedio de duración de los procesos. Si es cierta —y lo es— la frase aquella de que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia, es particularmente exacta en el proceso contencioso, y sigularmente en aquellos en que el objeto es una cantidad de dinero. La inflación galopante que aqueja a todo el mundo occidental desde 1974 no ha hecho sino agudizar el fenómeno: por más que la Administración está obligada a pagar intereses de demora, estos intereses se calculan normalmente por el tipo de interés básico o legal que señala la autoridad monetaria, que está siempre bastantes puntos por debajo de la tasa real de inflación.

4. Pero el proceso contencioso adolece de otras limitaciones estructurales, que le hacen inhábil para la resolución de determinados tipos de conflictos: son, en particular, las *limitaciones derivadas de la legitimación y del alcance de los fallos*.

Es justo reconocer que, en España al menos, la jurisprudencia contenciosa ha dado pasos de gigante en el tema de la legitimación procesal, mediante una generosa interpretación del concepto de interés legítimo como cualquier tipo de beneficio que pueda obtenerse de la anulación de un acto administrativo. Desgraciadamente, con ello no se puede poner punto final. La sociedad actual nos ofrece determinados tipos de conflictos frente a la Administración que, por su carácter abstracto y general, no pueden ser reconducidos a proceso por cuanto nadie posee un interés de suficiente intensidad como para ser considerado como interés legítimo habilitante del acceso al recurso. Pese a su amplitud, la legitimación procesal continúa montada, sobre un basamento patrimonial: los derechos o intereses no patrimoniales, sociales,

éticos, ecológicos, continúan sin poder llegar a proceso. Y, claro está, estos conflictos terminan desbordándose por cauces de hecho, en ocasiones violentos. Es urgente, pues, la reconversión del proceso para poder asumir en su seno la resolución de estos conflictos, que es la función básica en todos los tiempos de la institución procesal. La doctrina italiana camina valientemente por esta senda a través de su construcción de los intereses difusos, pero las expectativas a corto plazo no son muy esperanzadoras.

Pero además, y en un ámbito muy próximo, es forzoso constatar que el proceso contencioso es prácticamente inútil para la resolución de conflictos generalizados. Con todas sus limitaciones, el sistema funciona cuando el objeto del recurso es una medida claramente individualizada (impugnación de justiprecio de un inmueble, de la sanción impuesta a un funcionario), pero fracasa estrepitosamente cuando la adopción por un ente público de un reglamento o de un determinado criterio interpretativo da lugar a centenares de actos administrativos idénticos. La estructura del proceso, entablado entre partes concretas y determinadas, y la limitación de la eficacia de las sentencias (que sólo surte efectos "entre las partes y respecto de las personas afectadas por las mismas", art. 86, 2 LJCA) obliga, en estos casos, a un absurdo y antieconómico montaje de docenas y aun centenares de procesos idénticos, ante la resistencia de la Administración a acatar con carácter general el criterio ya sentado en las sucesivas Sentencias. Esta obligada proliferación de litigios es disparatada y esterilizadora para los Tribunales, a quienes se sume en una rutina indigna de su función, y gravemente atentatoria contra la justicia misma, al dar lugar a diferencias sangrantes de trato entre las personas que recurrieron y las que no recurrieron, hallándose en la misma situación, o que, aun habiendo recurrido, se ven sorprendidos por un cambio de criterio de la jurisprudencia en una fecha determinada.

5. Podría continuar largo tiempo enumerando otras muchas deficiencias básicas del contencioso, pero el tiempo de que dispongo es limitado; por ello, terminaré este punto de mi exposición aludiendo a la propia *configuración interna del proceso y de su desarrollo*, cuya racionalidad resulta más que cuestionable.

Y es que, en la práctica, muchos de los procesos que se ventilan ante los Tribunales contenciosos tienen una tramitación completamente artificial, que impide un conocimiento completo de los hechos y anula el principio de contradicción. En efecto: para comenzar, el carácter revisor del proceso hace que la pieza básica del mismo sea, absurdamente, la materialidad del expediente remitido por la Administración, en el que se contiene el acto impugnado y las actuaciones previas al mismo: un expediente que, con harta frecuencia, se ofrece a las partes en un estado lastimoso. Es perfectamente habitual que el citado expediente esté desordenado, incompleto, literalmente sucio, repleto de papeles inútiles y sin foliación de ningún tipo, lo que constituye una invitación descarada a los recurrentes desaprensivos para manipularlo, haciendo desaparecer de él los documentos inconvenientes a sus intereses. Con tal frágil basamento, el hallazgo de la verdad procesal es, con frecuencia, un milagro, algo que depende más del azar que del raciocinio.

Por otro lado, el sistema de defensa institucional de la Administración hace que el principio de contradicción brille a veces por su ausencia. La comunicación entre la Administración demandada, el órgano emisor del acto recurrido, y su representación y defensa procesal, es prácticamente nula. El Abogado del Estado, habitualmente ahogado por un trabajo que excede toda capacidad humana, se ve constreñido a responder de forma mecánica y más que sucinta las docenas de demandas que se le trasladan, sin más apoyo que su ingenio y su buen oficio para sacar adelante un acto administrativo basado en un expediente desaliñado e incoherente, relativo a un asunto de cuyas interioridades desconoce prácticamente todo. El auxilio del cliente al Letrado director —esencial, pues nadie conoce el pleito como el recurrente— no existe casi en lo que a la Administración se refiere, la cual queda inerme cuando lo que se discute son básicamente temas de hecho.

Y esta necesaria búsqueda de la verdad se ve dificultada, además, por los escasos poderes inquisitivos conferidos a los Tribunales. Pese a su aparente simplicidad, al proceso ordinario le sobran algunos trámites (normalmente, el de conclusiones), y le falta, en cambio, una fase previa en la que el Tribunal asuma un papel activo, fijando los hechos con ayuda de las partes, determinando concretamente los puntos de controversia y requiriendo, incluso, a la propia Administración para que complete la documentación con los elementos de juicio necesario para fallar el litigio. En la situación actual, el proceso contencioso se reduce a un intercambio de papeles más o menos afortunados y a una decisión final sobre la verdad aparential y convencional extraída también de estos papeles. Y así, la justicia sólo puede resultar del milagro.

B. *La pícarasca funcional*

Pero estas deficiencias estructurales del proceso, que conducen tanto a la posible indefensión del recurrente como —paradójicamente— a la dificultad de defensa de la Administración, no son más que un punto de partida. Si ello no deriva en una *debacle* del sistema de grantías, se debe a la pasmosa indiferencia de la Administración y sus servidores hacia la tramitación y resultado final de los recursos interpuestos contra sus actos. Si la Administración se tomase en serio los procesos, con el empeño de un particular que defiende su carrera o su patrimonio, sus posibilidades de impedir el éxito del recurrente son prácticamente ilimitados en la actual situación legal. No es exagerado afirmar que la Administración pierde los contenciosos porque quiere; o quizá por desinterés. Con un mínimo conocimiento de la mecánica del proceso y una cierta dosis de maquiavelismo, la Administración podría impedir, de hecho, siempre o casi siempre, que el recurrente obtuviese satisfacción efectiva a sus pretensiones. Instrumentos no han de faltarle; y, aun a riesgo de descubrir a personas inocentes ciertos malos usos, no resisto la tentación de describir aquí algunos de ellos, auténticos productos de la tan estereotipada agudeza latina, pero por los que no podemos sentirnos en modo alguno orgullosos:

1. En primer lugar, lo que J. GONZALEZ PEREZ ha denominado, con su habitual sentido del humor, *la técnica de las notificaciones del mes de Agosto*; esto

es, el abuso de las resoluciones notificadas en este período del año en el que la actividad profesional de Abogados y Procuradores queda reducida a cero y en el que los eventuales recurrentes no se hallan siquiera en su domicilio habitual. Es, desde luego, una fórmula burda de provocar la caducidad irremediable de los brevísimos plazos de recurso, que pueden consumirse prácticamente durante este período de inactividad estival.

2. En segundo lugar, *el control del expediente y de los hechos*. Habida cuenta de que, dado el carácter revisor del recurso, el proceso contencioso opera casi exclusivamente sobre un expediente cuya formación y remisión se hallan encomendadas al propio órgano administrativo, es obvio que éste dispone de posibilidades ilimitadas para manipularlo, haciendo desaparecer de él todo documento conflictivo o todo informe contrario al tenor del acto impugnado; así como para "prepararlo" (o "afeitarlo", en términos taurinos) adecuadamente en consideración a los intereses de la Administración demandada.

Sin embargo, el que una de las partes pueda prefigurar a su medida el objeto del proceso no es todo: *de facto*, los apartados 2º, 3º y 4º del art. 61 de nuestra Ley de lo Contencioso se hallan en franco desuso. No conozco ningún caso en que un Tribunal haya llegado a multar a un funcionario reticente en el envío de las actuaciones; si sé, en cambio, que son muy frecuentes las ocasiones en que el Tribunal ha de hacer tres o cuatro requerimientos para que el expediente sea remitido (y eso que la Ley admite sólo dos antes de imponer la multa), así como aquellas otras en las que la Administración niega pertinazmente la existencia de antecedentes que le son reclamados y cuya realidad consta indubitadamente. Como tampoco son insólitos los casos en los que la Administración ha llegado a paralizar durante años un litigio, haciendo caso omiso de los atentos oficios que las Salas le dirigían y limitándose a afirmar, con el mayor aplomo, que el expediente no puede enviarse porque se ha perdido.

Y a todo ello ha de sumarse el extraordinario poder que la Administración posee sobre la prueba de los Hechos. Cuando tales hechos constan exclusivamente en un archivo del propio organismo recurrido, sus facultades para negar la evidencia son absolutas: la Administración certifica de su documentación literalmente lo que quiere; lo cual resulta de una gravedad extrema, por ejemplo, en materia de ordenanzas municipales (cuyo contenido no se publica en Boletín Oficial alguno), en donde la Administración certifica como mejor le viene no los hechos, sino el mismo contenido de las normas reglamentarias con arreglo a las cuales ha de decidirse sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo.

3. En tercer lugar, *la técnica de los actos en cascada*, forma perfecta de hacer perder los estribos al recurrente más sereno. Y su instrumentación es muy sencilla: recurrido un acto administrativo, se dicta otro complementario o que lo modifique antes de que se formalice la demanda: con ello, la parte recurrente ha de solicitar la acumulación, lo que suspende el curso de los autos y obliga a recomenzar el proceso (art. 46 LJCA). Basta dictar unos cuantos actos sucesivos para retrasar el proceso uno o dos años.

El sistema, por otra parte, es perfecto en los recursos contra reglamentos. Una vez tramitado todo el proceso, y cuando faltan unos pocos días para que el Tribunal dicte Sentencia, se aprueba y publica un nuevo reglamento, modificando y derogando el anterior, con lo que el recurso en tramitación deviene vacío de contenido y obliga a la parte a iniciar un nuevo recurso de reposición, nuevo recurso contencioso, etc., para que al cabo de otros dos o tres años más la Administración pueda repetir la operación anterior.

4. En cuarto lugar, *la técnica de los recursos múltiples y de unidad del expediente*. Consiste en lo siguiente: la Administración desea paralizar un recurso que sabe va a interponerse contra un determinado acto suyo; entonces, remite el expediente relativo a dicho acto (aparentando error, o acumulando) a otro Tribunal y recurso con el que guarde una relación más o menos lejana. Reclamado el expediente, la Administración comunica que se envió al Tribunal X para surtir efectos en el recurso Y. Como los actos a que se refieren ambos expedientes pueden no guardar la similitud necesaria para acordar su acumulación (máxime, si los recursos obran en Tribunales diversos), la Sala tendrá que comunicar a la parte que su recurso queda en suspenso hasta que, dictada Sentencia en el otro, pueda desglosarse el expediente y reanudarse el trámite. Total, tres años de retraso para empezar un recurso que durará presumiblemente otros tantos.

5. Y aún un quinto procedimiento: *La provocación deliberada de fallos de nulidad de actuaciones por la propia Administración*, como medio de dilatar *in aeternum* el conocimiento del fondo. El esquema de esta técnica es también muy simple; supongamos un funcionario que recurre contra una sanción disciplinaria de separación del servicio. Interpuesto el preceptivo recurso administrativo *en plazo*, la Administración lo declara inadmisibile, no resolviendo sobre su contenido, por considerarlo, por ejemplo, interpuesto *fuera de plazo*. El funcionario acude al proceso contencioso, y el Tribunal —supongamos que dos años después— declara la nulidad del acto de inadmisión, por estar el recurso efectivamente interpuesto dentro de plazo; pero no entra en el fondo, que no fue discutido en la vía administrativa (carácter revisor), y lo remite a la Administración para que resuelva sobre el contenido material del recurso. La Administración ejecuta, examina el recurso y nuevamente lo declara inadmisibile, esta vez por falta de legitimación activa, supongamos: nuevo recurso contencioso y nuevo fallo de nulidad de actuaciones —después de otros dos años—. Evidentemente, hasta que la Administración agote todos los posibles motivos de improcedencia formal del recurso (defecto de capacidad, acto consentido, defecto de representación, etc.), el funcionario habrá rebasado con creces la edad de su jubilación forzosa, si es que ha dispuesto entre tanto de medios económicos y resistencia psíquica suficiente para mantener una serie de recursos sucesivos.

IV. ¿CRISIS DE LAS GARANTIAS PROCESALES?

Hasta aquí, un panorama rápido y fragmentario de los principales problemas que ofrece la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo en España.

Pienso, por lo demás, que muchos de estos problemas son comunes a otros países, en cuanto consecuencia directa del modelo contencioso francés, que tantos hemos heredado.

El balance, desde luego, es aparentemente demoledor. Si mi exposición finalizara aquí, daría la impresión de que, a mi juicio, el contencioso no tiene arreglo posible; y justificaría, además, el sentimiento de desesperanza y abandono que en este ámbito se observa en la generalidad de los Gobiernos y de la respectiva clase política. El proceso contencioso es muy complicado, se dice (en verdad, se desconoce); es muy difícil y delicado reformar la pesada máquina judicial, enormemente apegada a sus tradiciones rituales; hay siempre temas legislativos más importantes o urgentes. En conclusión: la posible reforma se aplaza resignadamente y, en su lugar, se hace algo muy semejante a lo que hacían hace dos o tres siglos los monarcas absolutos europeos: en lugar de reformar las instituciones que no funcionan, se crean otras para cubrir las tareas o las necesidades que aquellas son incapaces de satisfacer. Aquí puede encontrarse una de las causas de la asombrosa expansión de la figura del Ombudsman, también creado muy recientemente en España por nuestra Constitución de 1978, o de instituciones similares.

No está en mi talante negar *a priori* validez a toda innovación institucional como la que acabo de mencionar. Personalmente, tengo dudas sobre su eficacia fuera del singular ámbito cultural de los países sajones o germánicos, pero admito que su futuro puede resultar a la postre feliz. Lo que quiero decir es que me parece de entrada una mala técnica la de lo que en España llamamos albarda sobre albarda; esto es, la superposición de instituciones que cumplen fines semejantes, sin antes haber intentado agotar las posibilidades funcionales de la más antigua. Bienvenido sea, pues, nuestro flamante Ombudsman o Defensor del Pueblo, pero entremos también a reformar y potenciar nuestra jurisdicción contenciosa, muchas de cuyas virtualidades están aún por descubrir.

¿Y cuáles han de ser las líneas maestras de esta reforma? Sin pretender trazar aquí una especie de proyecto alternativo, como dirían los alemanes, ni diseñar en detalle un modelo de reforma, creo que los principios básicos de esta reconsideración del sistema serían los siguientes:

En primer término, *la atenuación del carácter revisor del proceso contencioso*. Es necesario reimplantar el viejo modelo del contencioso de plena jurisdicción no impugnatorio, como proceso declarativo *ex ante* y limitar las consecuencias de la asimilación del recurso anulatorio a la apelación procesal, configurando los plazos de recurso como plazos de prescripción, con una amplitud mayor que la que actualmente poseen. La técnica de la caducidad y del acto consentido carecen, a mi entender, de toda justificación sólida.

En segundo lugar, *una reconsideración global del carácter no suspensivo del recurso contencioso*. Las soluciones son múltiples: desde conferir efecto suspensivo *ex lege* al recurso en determinados supuestos a invertir en otros la carga de la prueba, forzando a la Administración a acreditar las razones en virtud de las cuales la suspensión produciría un evidente y grave trastorno en el funcionamiento de los servicios públicos. Esta es la línea ya avanzada en España por la Ley de 26 de

Diciembre de 1978, sobre protección jurisdiccional de las libertades públicas, cuya corta experiencia ha demostrado que la Administración no sufre, en realidad, ningún quebranto especial por el hecho de conferir carácter suspensivo al recurso. Más aún: fuera ya de estos supuestos especiales, que requieren una protección judicial especialmente enérgica, el resto de los procesos debería insertar en su mismo comienzo un trámite o incidente obligatorio en el que el Juez, oyendo a las partes, decidiese necesariamente sobre la conveniencia o no de suspender el acto impugnado, ponderando los distintos intereses en juego.

En tercer lugar, la *conversión de los recursos administrativos previos en trámites puramente potestativos*, a emplear discrecionalmente por el recurrente en aquellos supuestos en que existiesen posibilidades auténticas de arreglo extrajudicial del conflicto. Es esta una medida urgente y capital, que abreviaría de modo considerable la duración de los procesos y que, al tiempo resolvería el insoluble problema de los Servicios de Recursos de los Departamentos Ministeriales, hoy materialmente asfixiados por una montaña de impugnaciones a las que no se puede dar contestación, en modo alguno, en el plazo de silencio que la Ley establece.

En cuarto lugar, la *remodelación de la legitimación procesal*, que, sin caer en el extremo de la acción popular, proporcionase un cauce impugnatorio a los intereses difusos a que antes me referí. Y, al propio tiempo, remodelar también el tema de la eficacia subjetiva y objetiva de las Sentencias, en el sentido de establecer una vinculación más estrecha de la Administración a la doctrina establecida en los fallos de los Tribunales contenciosos, en el sentido de quedar formalmente obligada a acatar sus criterios en todos los supuestos análogos que se le planteen.

Y, por último, una reforma profunda de los propios trámites integrantes del proceso y de la propia mecánica del trabajo judicial. Esta propuesta comprendería un conjunto de modificaciones prolijas de la vigente Ley que, obviamente, no pueden desarrollarse aquí. A título de ejemplo mencionaremos que es preciso garantizar una observancia más rigurosa de los plazos procesales, fundamentalmente en lo que se refiere a la actuación procesal de los órganos administrativos: no tiene sentido que el mero transcurso del plazo para formalizar la demanda, sin hacerlo, produzca la caducidad irrevocable del recurso, y que la Administración o su representante procesal puedan consumir meses en hacer lo propio o en remitir el expediente. Y una segunda reforma, en este mismo orden de cosas, debe afectar, como decía, al sistema mismo de trabajo de los Jueces. Por más que su honestidad laboral y su espíritu de servicio sean dignos de toda alabanza, la figura del Juez que examina por sí solo las actuaciones y redacta por sí su proyecto de Sentencia es hoy un anacronismo histórico. En los niveles superiores de la jurisdicción contenciosa, el juez integrante del Tribunal debe trabajar auxiliado por un conjunto de expertos en la materia que desbrocen su trabajo y cooperen a la formación de la doctrina contenida en las Sentencias, y que, por otra parte, no tienen por qué ser necesariamente, a su vez, jueces. Es esta la línea que marcan todos los Tribunales internacionales, y aun los de algunos países (como la Corte Suprema de Estados Unidos), y es la única vía que permite hacer frente a la masificación de los recursos sin mengua de la calidad del trabajo judicial.

Quizá no sean estas todas las medidas necesarias para lograr una jurisdicción contencioso-administrativa que se halle a la altura de los tiempos; de lo que no tengo dudas es de que las enunciadas cambiarían por completo su faz actual, haciéndola más asequible al ciudadano y más eficaz en el cumplimiento de su función garantizadora del principio de legalidad; algo que los poderes públicos no deben echar en saco roto, por cuanto ellos serían los primeros beneficiarios de esta reforma. Es incomprensible cómo a estas alturas del siglo XX hay aún políticos y administradores que contemplan con hostilidad la labor de los Tribunales contenciosos, considerándolos poco menos que sus enemigos naturales, y que reputan como una ofensa el hecho de interponer recursos contra sus actos y reglamentos. Es incomprensible, a la inversa, cómo no han alcanzado a apreciar el papel capital que el contencioso-administrativo desempeña como cauce de integración, racionalización y moderación de los conflictos que el actuar de la Administración suscita, conflictos que estallan por la vía de hecho si no encuentran un sistema formalizado de planteamiento y resolución como es —o debe ser— el proceso. Es hora de recordar, una vez más, que el contencioso no es un juguete dialéctico de profesores de Derecho administrativo ni una simple forma de vida de una clase profesional. Es una pieza política de importancia esencial, el instrumento básico de reducción de los conflictos que suscita la intervención del Estado en la sociedad civil. Es necesario, es urgente conseguir que el ciudadano termine de ver en la jurisdicción contenciosa lo que esta quizá nunca ha sido del todo: la cobertura imparcial y ágil a través de la cual puede defender su status, sus libertades y su patrimonio de las acciones de una Administración que, por la fuerza misma de las cosas, es cada vez más irracional y errática en su comportamiento. Ello me hace recordar una frase muy divulgada que el profesor Roland DRAGO ponía como colofón a su prólogo de la tesis de Andrés LEGRAND: "Le meilleur ombudsman c'est le Conseil d'Etat". Más que una verdad actual, creo que esta afirmación sigue siendo hoy un bello objetivo. Pero creo que valen la pena todos los esfuerzos que los juristas hagamos por convertirlo en realidad.