

AC 11 49

La administración es un organismo con personalidad jurídica cuya finalidad es el servicio al ciudadano. De que esta finalidad sea operativa se encarga el derecho administrativo, también de excluir toda arbitrariedad sometiendo a derecho cada una de las actuaciones de la administración. Hoy tenemos la oportunidad de hablar con un especialista en derecho administrativo, el profesor Tomás Ramón Fernández, que ha aceptado amablemente la sugerencia del equipo de introducción al derecho de contestar una serie de preguntas que acerquen al alumno a la problemática de la administración.

El profesor Tomás Ramón Fernández es catedrático de Derecho Administrativo en la UNED y ha sido rector de esta universidad. Tiene numerosas publicaciones, entre las que cabe destacar el curso de Derecho Administrativo en colaboración con Eduardo García de Enterría. Profesor Tomás Ramón Fernández, buenas noches.

Para empezar, le haría una primera pregunta sobre lo siguiente. El Estado de Derecho pretende controlar hasta el final la actividad administrativa. ¿Hasta dónde se puede controlar el poder discrecional de la administración? Bien, durante mucho tiempo, durante siglos incluso, ha sido imposible, incluso legalmente estaba prohibido todo control de la actividad discrecional de la administración.

Esto ha continuado entre nosotros en España hasta ni más ni menos la ley de 27 de diciembre de 1956, que es la actual ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de este momento, todo acto de la administración, en principio, sea arreglado o discrecional, es decir, tenga que ajustarse o no en todas sus partes a un patrón establecido por la norma jurídica o conceda a la administración un margen, una libertad de actuación de elección de distintas posibilidades de decisión, todo acto administrativo, toda decisión de la administración es fiscalizable ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa. Esto supone un progreso auténticamente clave en el control de la actividad del poder.

Es difícil decir aquí, en una entrevista de este tipo, cuáles son las técnicas de control de la discrecionalidad, pero, por ejemplo, para que ustedes se hagan una idea, es posible, una de las más llamativas, es lo que se llama la desviación de poder. Es decir, es posible criticar y combatir un acto discrecional de la administración poniendo de relieve que la administración ha seguido, en ese caso concreto, no el fin previsto por la norma, ese interés público concreto que la norma prevé, sino una finalidad distinta. Por ejemplo, en un concurso nombrar a un amigo por el hecho de que es amigo de los miembros del tribunal, en lugar de nombrar a la persona más capacitada.

Esto antes era imposible, ahora es perfectamente habitual y los repertorios de jurisprudencia están llenos de sentencias con supuestos semejantes. La constitución española del 78 reconoce las comunidades autónomas. A partir de este momento, entre la administración del Estado y la administración local, aparece una nueva administración, la autonómica.

Yo le preguntaría, ¿esto complica aún más una posible acción del ciudadano frente a la administración? Bueno, por supuesto que es enormemente compleja la tarea que nos ha tocado a las generaciones de españoles que hoy vivimos, que es transformar ni más ni menos un Estado secularmente centralizado en un Estado de nuevo cuño que está basado sobre la existencia no de un único centro de poder, sino de una pluralidad de centros de poder. Esa operación es enormemente compleja porque requiere una nueva estructuración de todo el Estado y un nuevo proceso de distribución del poder de los poderes públicos entre una pluralidad de instancias políticas. Desde el punto de vista del ciudadano, ello no tiene por qué traducirse en una desventaja o en una mayor dificultad de relación con la administración.

Simplemente ocurrirá que el administrado tiene, según cada territorio, un nuevo y distinto interlocutor para ciertos temas. Pero, más aún, no sólo no tiene que traducirse en ninguna dificultad, sino que este proceso de descentralización del poder político, que supone la instauración de un Estado de las autonomías, tiene que ser beneficioso para el ciudadano, en principio al menos, en tanto en cuanto acerca el poder al ciudadano, en tanto en cuanto acerca el centro de las decisiones que afectan al ciudadano, al ciudadano mismo. Estamos entrevistando al profesor de Derecho Administrativo de la UNED, Tomás Ramón Fernández.

Profesor, la Constitución habla de que ningún ciudadano quedará indefenso. ¿Este principio alcanzó ya alguna aplicación práctica respecto a la administración? Bien, antes decía que desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956, todo acto del poder era susceptible de control ante los tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ahora tengo que decir que esta afirmación de principio admitía en la Ley de 1956 algunas concretas excepciones.

Había tipos de actos concretos en ciertas materias, por ejemplo en la propia Ley del 56, y aunque esto ya está derogado antes incluso de la Constitución, las materias relativas a la policía de prensa y radio, que estaban exentos de control jurisdiccional. Hoy, tras la aprobación de la Constitución, no hay ya, por efecto de lo que dispone el artículo 24 y el artículo 106 de la Constitución, ningún acto del poder público que esté exento de control ante los tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esto, evidentemente, es un resultado de la propia promulgación de la Constitución y sus aplicaciones prácticas son obvias.

Los sectores que antes estaban exentos de control ahora ya no lo están. El otro día, por ejemplo, en los periódicos, hace solo unos días, y está todavía levantando bastante polémica, la Sala de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de la Audiencia Territorial de Valencia ha anulado una sanción disciplinaria impuesta en el ámbito de la Administración Militar. Ha anulado un arresto.

Antes esto estaba exento de control por los tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y ahora estos tribunales, amparándose y apoyándose en la Constitución, han declarado que también estos actos típicos de la Administración Militar son susceptibles de control. La Administración es donde el ciudadano siente de manera más directa al Estado.

Quiero leer una cita de un profesor francés, Pierre Pactet, que nos parece muy interesante.

Esta es la cita. Ahora le quería preguntar, profesor Tomás Ramón Fernández, nosotros creemos que en España sucedió lo contrario. Es decir, cada cambio político supuso un desmoronamiento de las estructuras administrativas anteriores.

La figura del funcionario cesante, porque no gobiernan los suyos, es una constante en nuestra literatura. Dado que usted es un especialista en la materia, concretamente en la legislación administrativa del XIX, le preguntamos dos cosas. Como primera pregunta, ¿qué opinión le merece este viejo problema español? Y, en segundo lugar, ¿tiende hoy nuestra Administración a una mayor profesionalización y objetividad? Eso que se dice y que es históricamente cierto lo es hasta un determinado periodo.

El problema de las cesantías, que es típico en la literatura española del XIX y que está perfectamente reflejado, por ejemplo, en los episodios nacionales de Pérez Galdós, es un problema que se acaba ya dentro de este siglo justamente con el Estatuto Maura de 1918, que liquida el problema de las cesantías y profesionaliza definitivamente a los funcionarios. Desde 1918, por lo tanto, los funcionarios tienen un estatus profesional garantizado por la ley y ya los cambios de gobierno no suponen una destrucción y sustitución del aparato administrativo. La pregunta tiene quizás una segunda parte en la que se refiere a la objetividad de la Administración.

Esta objetividad de la Administración, lógicamente, va en relación con la primera. Una mayor profesionalización de la Administración pública y de las estructuras burocráticas se traduce al garantizar una mayor independencia del funcionario en una mayor objetividad del ejercicio de la función. Hoy la Constitución Española, el artículo 103, afirma este principio de objetividad e imparcialidad del funcionario que se sustentan, obviamente, sobre la construcción de una carrera administrativa y de unas garantías legales en esa carrera que ponen al funcionario acubierto del cambio político.

En este sentido, ya operando sobre una tradición vieja, la del Estatuto del 18, la Constitución no ha hecho sino afirmar, en principio, esa tradición de mayor profesionalidad de la Administración pública y del colectivo burocrático. El Estado Social de Derecho pretende compaginar libertad y orden público. ¿Cómo es esto posible? Realmente ese es el problema del derecho administrativo.

El derecho administrativo tiene una tarea enormemente difícil desde su propia aparición histórica, que es la de hacer compatible el poder y la libertad. El poder, por esencia, es una capacidad de imposición sobre los ciudadanos. El poder tiende a imponerse.

Eso es, justamente, la esencia del poder. Tiende a no admitir barreras que traben, de alguna manera, la eficacia de las decisiones. Y la libertad del ciudadano es, en principio, una barrera.

El mantener un equilibrio justo entre lo que la garantía de la libertad, de las libertades de los

ciudadanos exige, y lo que exige también la eficacia en la actuación del poder, es justamente la tarea del derecho administrativo. Ese punto de equilibrio se obtiene en cada momento de una manera diferente. Hoy, con la cláusula de Estado Social reconocida en el artículo primero de la Constitución, el poder público en general tiene que ser, necesariamente, por exigencia constitucional, un motor del cambio.

Un motor del cambio en un sentido de mayor libertad, en un sentido de mayor igualdad, de una igualdad real, y no, simplemente, de una igualdad formal. Habrá que construir, a partir de ahí, un nuevo punto de equilibrio entre las necesarias garantías de las libertades, que la Constitución también se encarga de asegurar, y esa necesidad de promover un cambio social, porque la Constitución acepta el sistema social existente, pero lo acepta como un sistema abierto que está sujeto, y debe estar sujeto, a una progresiva transformación. Actualmente, la Administración no es un mero policía, sino que pretende dar al ciudadano toda una serie de servicios públicos que el particular es incapaz de lograr por sí mismo.

¿Cómo se puede compaginar la creciente intervención de la Administración en la vida económica de los particulares con la libertad e iniciativa de estos? Eso enlaza con la pregunta anterior. En efecto, hay que buscar un punto de equilibrio nuevo. Hay que buscarlo todos los días, un punto de equilibrio nuevo entre el poder y la libertad.

Hoy el ciudadano, evidentemente, a fines del siglo XX, en todas las sociedades industriales, es una persona enormemente necesitada que no puede afrontar por sus propios medios la solución de sus problemas. Se ha dicho ya desde hace tiempo, la afirmación tiene casi medio siglo, por un ilustre administrativista alemán, que el espacio vital dominado por el individuo, el espacio vital que el individuo controla por sí mismo, es cada vez menor, es enormemente reducido en la sociedad actual, mientras que el espacio vital efectivo, el espacio vital donde el individuo se desenvuelve, es muy grande. En esa distancia, si esto lo miráramos como dos círculos concéntricos, espacio vital dominado por el individuo solo y espacio vital efectivo donde el individuo se mueve pero cuyas claves no domina, lo contemplamos como dos círculos concéntricos en ese segundo círculo entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo es donde actúa la Administración, proporcionando seguridad social, por ejemplo, proporcionando servicios públicos, proporcionando todas aquellas cosas, todos aquellos mecanismos de solución de las necesidades individuales y colectivas que el individuo por sí solo, con sus solas fuerzas, no puede asegurar.

Ese es el gran problema. ¿Cómo se compagina eso con la libertad del individuo? Obviamente, a medida que las intervenciones de la Administración tienen que ser mayores, porque las necesidades del individuo son mayores y tiene que haber más servicios públicos que aseguren al individuo esa infraestructura para su vida personal y colectiva, esto exige mayores intervenciones y, correlativamente, mayores sacrificios de la iniciativa individual. Ese nuevo punto de equilibrio es más o menos el que ya estaba definido por la fuerza de las cosas antes de la promulgación de la Constitución, es una economía mixta en la que se admite, como la Constitución admite, la iniciativa privada, pero se admite también la iniciativa pública y se

admite también que por ley en cada caso se decida una publicación de un sector de actividad concreto antes en manos de los particulares, siempre que se trate de un servicio público esencial.

Eso es lo que dice más o menos el artículo 128 de la Constitución, las dos iniciativas, pública y privada, coexisten hoy y contribuyen hoy a definir el sistema. En qué medida o hasta dónde debe llegar la iniciativa privada y hasta dónde debe llegar la iniciativa pública, eso es un tema que corresponde a la praxis, a la dinámica política de cada momento y ese es justamente una de las claves de los programas políticos, definir el punto de equilibrio en un lugar determinado o en otro según se entienda, desde una perspectiva u otra, que el punto de equilibrio y la compaginación de las dos iniciativas, pública y privada, es más o menos beneficiosa. En función de las circunstancias.

Estamos en el espacio dedicado a introducir al derecho del curso de acceso haciendo una entrevista al profesor Tomás Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la UNED. Profesor Tomás Ramón Fernández, usted tiene experiencia de la administración desde varios campos, como técnico, como investigador y como rector de una universidad. A su entender, ¿cuáles son los defectos más importantes que hay que subsanar a partir de la entrada en vigor de la Constitución? La pregunta realmente es muy amplia.

La administración tiene hoy, hablando muy en general, la administración española tiene hoy un problema grave de escasa productividad, de escasa eficacia del aparato administrativo. Esto es fruto de muchas cosas. En el año 56, que es cuando se inicia prácticamente en España el proceso de modernización jurídica y política, después de salir de la profundísima crisis creada por la guerra civil.

Se inicia un proceso de reforma administrativa que va acompañado inmediatamente después, como recordarán todos, de un proceso de modernización de la economía con el plan llamado de estabilización y luego la etapa de los planes de desarrollo. Un proceso de modernización, de reforma de la administración pública. Es decir, se modificó no sólo los medios personales, la regulación de los medios personales de la administración pública, sino también los medios operativos, los instrumentos de actuación de la administración para la satisfacción de los servicios públicos.

Pero sobre todo se creó un clima de cambio de los comportamientos de la administración y del papel de la administración en la vida colectiva. Ese impulso duró unos cuantos años. Realmente ese impulso acaba a principios de los años 70 y acaba porque se produce, entre otras muchas cosas, porque se produce un acontecimiento que viene a alterar sustancialmente no sólo la vida española y la actuación de la administración pública y de los poderes públicos en la sociedad española, sino también en toda la sociedad occidental.

Se acaba, sencillamente, la inercia del desarrollo de los años 60. Un desarrollo que había disfrutado todos los países europeos sobre la base de la disponibilidad de una energía barata, entonces el petróleo. Un desarrollo sustancialmente cuantitativo que había conseguido elevar

de una manera muy importante el nivel de vida y había conseguido recuperar en muy buena parte el nivel y la potencia económica de todos los países europeos enormemente postrados después de la Segunda Guerra Mundial.

Este cambio de una sociedad en alegre y continuo crecimiento, que es la sociedad europea de los años 60 y también por arrastre la sociedad española, exige, y este paso de una sociedad de este tipo y de un desarrollo económico de este tipo a una sociedad en la que el desarrollo económico es casi igual a cero, pues obliga a un replanteamiento profundo de todos los mecanismos, de todos los operadores sociales, de todos los mecanismos operativos en el ámbito social. Y por supuesto también obliga a un replanteamiento profundo del papel del Estado y por supuesto a un replanteamiento también ya una nueva organización de la administración pública, que en definitiva es la parte esencial del aparato del Estado, el mecanismo o los mecanismos operativos de los poderes públicos. Esto todavía no se ha hecho y esto es la tarea que hay que hacer.

Hay que montar o reorganizar la administración y ponerla a punto para un orden de necesidades que ya no es ni va a ser el orden de necesidades de los años 60, que es un orden de necesidades diferente, el orden propio de una economía en crisis o en dificultades. Esto exige probablemente más intervenciones en algunos sectores, exige quizás menos en otros, exige un nuevo modo de afrontar los problemas de la administración. La administración no puede seguir siendo muy probablemente un edificio que crece continuamente por agregación a medida que se le van añadiendo nuevas funciones.

Hoy el peso de los gastos de funcionamiento de la administración en los presupuestos generales del Estado es enorme. La administración no puede seguir creciendo indefinidamente. La administración no puede seguir empleando personas indefinidamente en un país que tiene, en un Estado que tiene un déficit de más de un billón de pesetas.

Estos temas hay que planteárselos de un modo muy serio y en profundidad. Hay que idear una nueva operativa para la administración pública y esto es fundamentalmente la tarea, así dicha simplemente pero enormemente compleja en cuanto a su realización, que hoy hay que abordar en esta materia. Hay principios que doctrinalmente ya no se admiten, por ejemplo el principio administrativo de paga y protesta o reclama.

Sin embargo en la práctica sigue dándose. Si tienes una multa contra tu coche primero la tienes que pagar y luego tienes que ir a explicar tu postura porque no la pagaste, etc. ¿Qué pasa con este tema? Bueno, técnicamente la respuesta tendría que desdoblarse en dos niveles.

Ese principio de paga y reclama, de solver repete, tiene un primer nivel en el que prácticamente la cuestión está resuelta. Para recurrir, no ante la administración sino ante los tribunales, contra un acto de la administración que comporta para el recurrente el pago de una cantidad de dinero, antes era común el obligar al recurrente a pagar primero o acreditar que había pagado. En algunos casos simplemente a depositar esa cantidad de dinero, no a pagarla.

Esto prácticamente está liquidado. Es hoy ya inconstitucional, por contrario al artículo 24 de la constitución que garantiza el acceso de todos a la tutela de los tribunales, esta práctica, esta exigencia de solver repete. Pero hay otro segundo nivel que es más discutible que éste, porque no comporta de suyo una limitación del acceso a la justicia, que está ahora mismo en revisión.

Que es el siguiente. Los actos de la administración se benefician tradicionalmente en la ley de una presunción de legitimidad. Se entiende, en principio se presume, y es necesario probar lo contrario para destruir esa presunción, se presume que los actos del poder público son legítimos.

Porque se entiende también, obviamente por definición, que los poderes públicos actúan en el interés público, en el interés general. Esa presunción de legitimidad de los actos administrativos, de las decisiones administrativas, deriva o tiene como consecuencia el que los actos de la administración sean inmediatamente ejecutivos como lo son las sentencias de los tribunales civiles. Y esto en buena parte tiene que ser así, porque piensen ustedes, por ejemplo, que si no existiera tal cosa, simplemente el Estado no podría financiarse.

Si el Estado gira, el Ministerio de Hacienda gira unas liquidaciones tributarias, todos los ciudadanos, y no existiera esa presunción de legitimidad y esa ejecutividad de la decisión, de la liquidación, antes de que sea incluso confrontada por un juez, resultaría que todos los ciudadanos, simplemente por llenar un folio y poner una póliza de 25 pesetas en el folio en cuestión, podríamos retardar durante dos, tres o cuatro años lo que tarde en resolverse el pleito. Ante los tribunales, el pago de la liquidación. Si todos los ciudadanos hiciéramos lo mismo, evidentemente el Estado no recaudaría nada y no podría afrontar, y Estado somos todos, no podría afrontar la financiación de los servicios públicos.

Lo que sí hay es una revisión parcial de esta ejecutividad de ciertos actos administrativos. Por ejemplo, el acto que impone una sanción y que exige el pago de una multa, el Tribunal Constitucional ya ha empezado a decir que ese acto no debe ser ejecutado, la multa no debe ser cobrada en tanto no se resuelvan los recursos interpuestos. Esto es una auténtica revolución en el derecho administrativo.

Probablemente, seguramente esto es correcto, porque la potestad sancionadora de la administración en España es una potestad hipertrofiada que no resiste, no tiene comparación con una potestad semejante en otras administraciones de los países de nuestra órbita cultural. El tema está así, está simplemente iniciándose. Hay, como digo, sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que han negado constitucionalidad a la ejecución de las sanciones con carácter previo a la resolución de los recursos, pero esto solo para las sanciones.

Repito que los actos de la administración se benefician genéricamente de una presunción de legitimidad que no es gratuita, que está fundada justamente en que la administración es una organización servicial de la comunidad que atiende por hipótesis al interés general, no al interés particular. El interés particular debe ser sacrificado al interés general en la decisión de los conflictos que se produzcan y no podría funcionar de ninguna otra manera la

administración si las decisiones suyas en general no fueran inmediatamente ejecutivas. Repito el ejemplo de que el Estado no podría financiarse si sus liquidaciones tributarias no fueran inmediatamente ejecutivas porque todos los ciudadanos retrasaríamos su pago, obteniendo el correspondiente beneficio, aunque solo sea de la inflación anual, durante dos y tres años simplemente por interponer un recurso con una póliza de 25 pesetas.

Y el Estado entonces entraría en un auténtico crack. Y Estado somos todos. Para terminar, una última pregunta.

¿Qué significa el derecho administrativo para la formación del jurista de hoy? Una importancia que no recogen los planes de estudio actuales. Es muy difícil realmente explicar hoy lo que significa hoy el derecho administrativo en dos cursos como está en efecto situado dentro de los planes de estudio de la carrera de Derecho. Y es muy importante para la formación de un jurista de hoy, aunque solo sea para proporcionar al estudiante respuestas ante problemas absolutamente cotidianos.

Con la administración estamos topando todos los días, durante muchísimas veces, desde que nos levantamos hasta que nos acostamos. Cuando damos el grifo está llegando el agua gracias a un servicio público, el de abastecimiento de agua, y cuando damos la luz también estamos poniendo en marcha un servicio público determinado. Cuando vamos a la calle y cruzamos el semáforo nos encontramos con órdenes transmitidas por la administración que regulan el tráfico.

Nos encontramos con el guardia de la esquina, que si aparcamos mal el coche nos pone una multa antes de ir a trabajar, y así sucesivamente a lo largo del día nos estamos encontrando continuamente con la administración. Esto quiere decir que continuamente se nos están planteando problemas jurídico-administrativos, algunos triviales evidentemente, como son triviales en el orden civil o mercantil comprar el periódico cuando salimos al kiosco por la mañana. Pero en la formación de un jurista de hoy es absolutamente capital saber que son cosas tales como una licencia de construcción o un plan de urbanismo que están condicionando absolutamente la vida personal y colectiva, y respecto de lo cual el jurista debe tener una idea.

Aunque quizás una idea, y una idea bastante más precisa que la que necesita tener de otras muchas instituciones, por ejemplo civiles, que figuran en los libros de texto de derecho civil y que duran su estudio en los planes de estudio en las facultades de derecho cuatro años, pero que pasa un hombre por la vida 50, 60, 70, 80 años sin haberlas tenido que utilizar nunca y sin haberlas encontrado nunca. Porque la mayor parte de los ciudadanos ni heredamos ni dejamos nada en herencia a nuestros hijos, no hacemos ningún régimen económico matrimonial sino que se nos aplica el régimen de gananciales del código civil y no realizamos a lo largo de nuestra vida más que una ínfima porción de los contratos previstos o regulados en el código civil, el arrendamiento y la compraventa, pero probablemente ninguno más. Yo creo, por lo tanto, que el derecho administrativo hoy es absolutamente capital en la formación de un jurista

actual y es absolutamente imprescindible para entender la sociedad actual desde un punto de vista jurídico.