

I. - ESPAÑA

SOBRE UN TEXTO REFUNDIDO DE LA LEGISLACION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Ley de 18 de marzo de 1944, que restableció la jurisdicción contencioso-administrativa tras la suspensión impuesta por la guerra, autorizó a la vez al Ministerio de Justicia para la publicación de un texto refundido de la Ley orgánica de esta jurisdicción. Se ha anunciado que, en uso de tal autorización, va a promulgarse inminentemente, en efecto, esa refundición. Según nuestras noticias, la propuesta ha sido elaborada por la Sección 2.^a de la Comisión General de Codificación. Una reflexión sobre este proyecto, formulada, no ya preferentemente, sino exclusivamente, con un único afán constructivo, puede no ser baldía si llama, sobre todo, a la inquietud y a la sabiduría de personas más versadas que puedan ilustrarnos sobre un tema de tan efectiva importancia nacional.

Debe partirse para todo análisis de una afirmación que ya resulta obvia: nuestro sistema contencioso-administrativo es de una imperfección técnica y política no justificable siquiera en la fecha de su origen (aun situándola en 1888), y que comparativamente implica para el Derecho español una situación de manifiesta inferioridad frente a casi la generalidad de los derechos extranjeros. Esta imperfección es de suyo extensa y profunda. Afecta, por una parte, a la llamada clásicamente materia contencioso-administrativa, restringida en nuestro Derecho de una manera drástica. Frente a este criterio, la plenitud del recurso contencioso se ha impuesto en la generalidad de los países civilizados como una implicación misma del fenómeno actual de la extensión de la actividad administrativa. Este aserto tiene la máxima extensión, puesto que comprende a todos los países, sin acepción de sus sistemas políticos (el profesor ROYO-VILLANOVA ha estudiado magistralmente el régimen del recurso en los países totalitarios) (1) e incluso por encima de sus concepciones jurídicas fundamentales; aludimos con esto último al hecho

(1) S. ROYO-VILLANOVA: *Lo contencioso-administrativo en el Estado totalitario*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941. El argumento, por lo demás, es elemental: el recurso contencioso-administrativo no es, como del planteamiento liberal podía parecer, una limitación del Estado, sino una defensa frente a la arbitra-

verdaderamente notable de una auténtica recepción de los principios del Derecho administrativo continental en los países anglosajones, que, concretamente en el supuesto que nos ocupa, ha producido en Estados Unidos, tras una casuista legislación, un texto orgánico tan progresivo como la «Federal Administrative Procedure Act» de 1946 (2), y en Inglaterra coronando la misma tendencia (3), la decisiva «Crown Proceedings Act» de 1947 (4).

En segundo lugar, la tacha de imperfección sustancial del régimen contencioso-administrativo afecta también, y en medida importante, a la organización de la jurisdicción en sí misma. Es bien sabido que nuestro sistema de jurisdicción responde a un arbitrio ideado por SANTAMARÍA DE PAREDES, en virtud del cual pretendió mediar entre los dos tipos que le ofrecía la realidad europea de su tiempo de una jurisdicción contencioso-administrativa encomendada al poder judicial ordinario (Bélgica) y a una jurisdicción administrativa peculiar, concretamente a los Consejos de Estado bajo el paradigma francés. Como en todo arbitrio y como en toda hibridación, el resultado ha sido la infecundidad. La cuestión pareció resumirse en un problema de rivalidad de Cuerpos, de modo que afirmando la procedencia varia de los jueces encargados de conocer los juicios contencioso-administrativos se creyó poder darlo por resuelto. No se vió la cuestión, más sustanciosa, de la organización de un personal verdaderamente técnico en Derecho administrativo capaz de hacer de esta jurisdicción un instrumento vivo. Según nuestra Ley, cuya vigencia es actual, los jueces llamados de procedencia administrativa pueden no ser verdaderos técnicos en Derecho administrativo, sino, como ocurre en muchos casos, simplemente en una práctica administra-

riedad de los funcionarios y justamente en favor del Estado, que debe ser el primer interesado en que sus órganos inferiores no excedan la competencia y las atribuciones que los órganos legislativos superiores les han señalado a través de las determinaciones del ordenamiento. Toda la confusión ha podido existir por el erróneo planteamiento del tema Estado-Derecho; el Derecho no es, en efecto, un artificio para la limitación del Estado, sino, por el contrario, un instrumento del Estado, definido temporalmente de la Justicia, una, y la más eficaz, de las formas de mando.

(2) Vid. J. L. VILLAR PALASÍ: *La «Federal Administrative Procedure Act» de Estados Unidos*, en «Revista de Administración Pública», número 1, abril 1950, páginas 277 y sigtes.

(3) La proliferación de jurisdicciones administrativas en Inglaterra está estudiada en el libro de W. A. ROBSON: *Justice and Administrative Law*, London, 2.ª edición, 1947. Con ella la clásica distinción frente al régimen administrativo continental ha entrado definitivamente en crisis. Cfr. F. MURILLO FERROL: *El régimen jurídico de la Administración inglesa*, en el mismo número de la «Revista de Administración Pública» citado, págs. 74 y sigtes.

(4) Vid. del mismo W. A. ROBSON: *Administrative Law in England*, en el volumen colectivo *British Government since 1918*, London, 1950; R. McMILLAN BELL: *Crown Proceedings*, London, 1948; G. L. WILLIAMS: *Crown Proceedings*, London, 1948.

tiva, reducida de común a una materia dada, de modo que puede ser más bien una preparación deformadora. A su vez, el personal procedente de la carrera judicial se ve llamado a las salas contencioso-administrativas sin formación especializada ninguna, por cuanto ni se les ha exigido para el ingreso en su carrera ni, por otra parte, han tenido de ella la menor experiencia, que han limitado a los pleitos civiles y criminales; es un hecho que esta formación privatista de nuestros jueces ha implicado y sigue implicando muchas veces un tratamiento inadecuado de nuestro Derecho administrativo, que es justamente, en su origen, en su finalidad y en su estructura, un derecho exorbitante del Derecho común. Con todos los respetos y salvando las excepciones necesarias, podemos decir hoy sin violencia que el resultado de tal sistema ha sido que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa no esté a la altura, no ya de la jurisprudencia contencioso-administrativa de otros países, que ha realizado casi siempre una labor directiva ejemplar ante el carácter abierto y multiforme de los derechos administrativos positivos, sino ni siquiera de la jurisprudencia que en la materia de otros derechos (civil, social, criminal, etc.) han elaborado los Tribunales de nuestro propio país.

Con estos resultados no es osado afirmar que el sistema de organización jurisdiccional está de suyo en crisis, y es, por tanto, casi indiferente notar que además los ejemplos de otros países han hecho del mismo un residuo histórico anacrónico; incluso Bélgica, país en concreto cuyo sistema judicial fascinó a SANTAMARÍA DE PAREDES, hasta el punto de querer salvar para nuestro país sus supuestas excelencias, siendo éste el origen del llamado sistema mixto de nuestra Ley, Bélgica ha abandonado de plano su imperfectísimo sistema judicial con la instauración pura y simple de un Consejo de Estado al modo francés en 1946.

En tercer lugar, todavía dentro de la propia orgánica del sistema, creo que puede afirmarse que la normativa española sobre ejecución de sentencias contencioso-administrativas es acaso la más regresiva entre la de todos los países donde la jurisdicción existe, de tal modo que puede lícitamente preguntarse si no viene a poner en entredicho todo el sistema jurisdiccional al negar prácticamente su verdadera eficacia última.

En lo anterior pueden sintetizarse las imperfecciones institucionales del recurso contencioso-administrativo en nuestra patria. El desglose de la materia de personal por la creación del recurso gubernativo de agravios por la Ley de 18 de marzo de 1944, puede y debe estimarse, según el propio preámbulo de esta Ley, como una restricción circunstancial, justificada en motivos bien concretos. No obstante, si su permanencia se sostuviese más allá de los límites de la discreción, se implicaría una imperfección dogmáticamente de más bulto todavía que las anteriores.

Finalmente, y en el orden ya de la aplicación, la acumulación de recursos en las Salas del Tribunal Supremo y la consiguiente demora en su fallo durante años, e incluso quinquenios y decenios, puede plantear una duda final casi general sobre la efectividad de la justicia contencioso-administrativa en España (5).

Impuestos de tal realidad, el solo anuncio de la *refundición* de la legislación contencioso-administrativa, entendida esta tarea en un sentido estricto y limitado, ha podido producirnos desencanto. Esta impresión general que sinceramente comienzo declarando, puede luego pretender justificarse en argumentos bien concretos, cuya síntesis podría ser la siguiente:

a) En primer lugar, se observa que la legislación de lo contencioso-administrativo no está de suyo tan dispersa que imponga la necesidad social de una refundición; hay, evidentemente, una única escisión importante, que es la separación de lo contencioso-administrativo central y lo contencioso-administrativo local; pero, si se medita, esta separación no parece fácilmente reconducible a una unidad; consideración que impone otro apartado.

b) En contra de la posibilidad de una refundición de los sistemas central y local de lo contencioso-administrativo son aducibles importantes argumentos formales y de fondo. El argumento formal más obvio es que lo contencioso-administrativo local está inserto dentro de un Código orgánico del régimen local, Código que no solamente cuenta con el vigor de su juventud (16 de diciembre de 1950), sino con el prestigio objetivo, debido a uno de los esfuerzos sistemáticos más concientes, más deliberados y más lúcidos de nuestra legislación administrativa contemporánea, sean cualesquiera sus defectos y el rango de los mismos. Parece evidente que en estas condiciones, cuando acaba de ser establecida una codificación por el criterio material (*Derecho local*), abarcando to-

(5) En Francia ha podido suscitarse la cuestión del retraso en la resolución de los recursos contencioso-administrativos (¿y allí no llega casi nunca a los *dos años!* como algo sustancial a la virtualidad social del Derecho, o, lo que es lo mismo, a la Justicia, en sus términos más simples. Pues es de observar que es precisamente en esta jurisdicción donde la demora en los fallos implica una gravedad singular, dado el carácter no suspensivo del recurso, que no impide que la Administración lleve a ejecución los actos sometidos al proceso e incluso edifique sobre los mismos todo un mundo de imposible rectificación, por la continuidad de su acción ordinaria (artículo 10^o de nuestra Ley, *a contrario*). Esta observación tiene en nuestra patria un alcance aún mayor, dada la naturaleza de nuestro recurso, que es ordinariamente de simple anulación, y el embotamiento que en nuestro Derecho administrativo tienen los arbitrios de responsabilidad civil (art. 1.903 del Código civil). Cfr. LIG-VEAUX: *La justice administrative au ralenti*, Dalloz, 1948, «Chronique», págs. 133 y sigs. G. RIPERT ha ligado concretamente a esta cuestión uno de los graves síntomas que justifica su diagnóstico de una decadencia vertical del Derecho; vid. su impresionante obra *Le déclin du Droit*. París, 1949. págs. 63 y sigs.

das las especialidades formales (Derecho de la organización, procedimiento, contratación, Derecho fiscal..., régimen contencioso-administrativo), no puede decidirse a continuación, por un mero prurito geométrico, el desglose de una de estas especialidades fundamentales para integrarla en un Código distinto presidido por criterio opuesto. Es bien conocida la tendencia contemporánea a la codificación alrededor de fines materiales, que ha dado origen a los Códigos rurales, de la navegación marítima o aérea, de la familia, etc., etc.; reacción justísima en nombre de un sentido orgánico del Derecho antepuesto al criterio académico que desde el individualismo nos legó el siglo XIX, según el cual la codificación se ordenaba verticalmente por especialidades formales. En todo caso, júzguese como se quiera esta tendencia general, es un hecho que en nuestro Derecho ha tenido una feliz realización en la Ley de Régimen Local, especialidad en la cual el principio autonómico proporciona además tantas justificaciones propias; en nombre de estos principios políticos de nuestro Derecho tan recientemente manifestados y concretados, no creemos que la refundición de la legislación contencioso-administrativa deba comprender lo relativo al régimen local. Esta negativa se traduce luego en franca repulsa si lo que se pretende es no propiamente desglosar el Derecho contencioso-administrativo de la Ley de Régimen Local, que seguiría vigente en esta materia, sino, con respecto de la misma, reproducir simplemente sus preceptos en el texto refundido; preceptos que de esta suerte encontrarían una especie de acomodo legal doble y paralelo. ¿En cuál de las dos disposiciones habría que situar su vigencia? La Ley «secundum legem» sería una insólita novedad en la técnica de legiferación si, desde el punto de vista dogmático, el art. 5.º del Código civil y principios de todo orden no concluyesen inevitablemente que un cuerpo legal nuevo «subroga» («subrogatio», por diferencia de la común «abrogatio») los preceptos «refundidos» en él de la normativa anterior.

c) Pero aun cuando ninguna razón formal, como la aducida, impidiera la refundición de los regímenes contencioso-administrativos local y central, habría una razón de fondo evidente para impedir esta unificación, y es que tales regímenes se inspiran en principios contrarios, evidentemente mucho más progresivos los del régimen local, de forma que sin sacrificio de alguno de ellos no es posible comprenderlos en un solo texto. La pretendida «refundición» no pasaría de ser una «yuxtaposición» externa de cosas distintas e impenetrables, como agua y aceite. Es de observar que el texto único ofrecería un contraste tan acusado entre la agudización de garantías frente a las autoridades locales y la restricción frente a las centrales, que podría legítimamente plantearse la cuestión de si no se trataba de la mente legal de una discriminación

consciente que en el fondo vestía de altruísmo un simple y nudo criterio antiautonómico.

d) Por lo demás, entender la labor de refundición como una tarea de mera recopilación, sin variar nunca «ni en un ápice» los preceptos antiguos, nos parece una concepción estrecha y equivocada. Esta puede ser tarea de un editor privado, pero no del legislador, señor del Derecho. Aun sin imponer novedades en cuanto al régimen, nada justifica un respeto escrupuloso y firme a las antiguas redacciones en cuanto que se trata precisamente de ofrecer un texto nuevo. Gran parte de los viejos e inconcusos argumentos que MARTÍNEZ MARINA esgrimió hace siglo y medio frente a REGUERA VALDELOMAR por su trabajo en la Novísima Recopilación, podrían ser aquí aplicados. La rectificación de equívocos o confusiones, la depuración de tecnicismos, la simplificación del instrumento legislativo en su conjunto, he ahí incluso las razones sustanciales de los llamados textos refundidos.

e) El anterior argumento puede aún especificarse en otro sentido, imponiendo una atención cuidadosa a la vida jurisprudencial con que los preceptos antiguos se han desenvuelto. Esto llevaría forzosamente a una ampliación de muchos de ellos, a una aclaración del sentido de otros, así como, en bastantes casos, a limitarse a formalizar la partida de defunción de otros que fueron siempre inoperantes. Lo cual no sería, evidentemente, modificar el régimen vigente, introducir una verdadera alteración normativa, por cuanto el Derecho no es en ningún caso una simple enunciación de palabras en un texto legal, sino el mandato social efectivo e imperante: la Ley, pues, y todos sus complementos pragmáticos que posibilitan, condicionan y miden su eficacia (6). «*Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*» (PAULO, en D., I, 17) —no de la regla se deduce el derecho, sino que del derecho tal cual es se infiere la regla—. Esta tarea hubiera significado en este caso nada menos que un paso trascendental al servicio de nuestro sistema contencioso; me estoy refiriendo a la importantísima tendencia que se ha abierto paso en nuestro Tribunal Supremo, según la cual se ha afirmado, para decirlo en los propios términos de una sentencia reciente, «la competencia de la jurisdicción para conocer de los vicios e imperfecciones en que incurra la Administración al tramitar los expedientes gubernativos determinantes de las resoluciones recaídas, incluso en los casos en que carezcan

(6) Un ejemplo ofrecido por el propio Ministerio de Justicia bien recientemente recoge esta concepción con el mismo alcance que se propone en el texto; aludimos al caso del restablecimiento de la legislación nobiliaria por la Ley de 4 de mayo de 1948; en aplicación de esta Ley, el Decreto de 4 de junio de 1948 derogó, además de otros preceptos procedimentales, el art. 18 del R. D. de 27 de mayo de 1912 (con rango de ley por la Ley de Presupuestos de 1914), que enunciaba el importantísimo precepto de la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, sancionando simplemente un criterio jurisprudencial uniforme y sostenido.

éstas de alguno de los tres indispensables requisitos del artículo 1.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo o se halle incluido en el art. 4.º» (Sent. de 20 de junio de 1951, Sala 4.ª) (7). La trascendencia de esta doctrina jurisprudencial consciente y sostenida, verdaderamente encomiable en nuestro Tribunal, no hubiera precisado más que una simple formulación expresa, así como un perfilamiento progresivo de sus condiciones y efectos, para de este modo pasar a través de la promulgación solemne de la ley al conocimiento efectivo y general de los administrados.

f) Por otra parte, el recoger en un texto orgánico y definitivo preceptos dictados con un claro, consciente y expreso sentido circunstancial, encontraría también una difícil justificación. Nos referimos, en primer lugar, el art. 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, que desglosó de la jurisdicción contencioso-administrativa la materia de personal para integrarla en el recurso gubernativo de agravios. Las dos razones justificativas de esta medida han sido expresas en el legislador y son éstas: por una parte, aliviar la jurisdicción contenciosa del volumen de asuntos que la abruma, y en segundo lugar, atemperarse a las entonces recientes circunstancias de una reorganización de la Administración, como consecuencia de nuestra guerra de liberación. Cabe preguntarse si razones tan circunstanciales pueden seguir operantes durante mucho tiempo, e incluso, más en concreto, si no está cerca ya la hora de cerrar el período excepcional y extraordinario justificado en las mismas. Sobre estas dos interrogantes podrían acaso ofrecerse contestaciones y matices diversos; lo que en ningún caso sería justificable es que con el pretexto meramente formal y académico de una refundición legislativa se dé carta de naturaleza definitiva en nuestro Derecho, institucionándolo *in perpetuum*, a un expediente transitorio que no cuenta a su favor con razón ninguna permanente. En efecto, ni en los principios políticos generales, ni en los particulares relativos al derecho de funcionarios, ni en la comparación —que resultaría discriminatoria— con el derecho de los empleados privados, o con el ejemplo de los demás países, puede encontrarse justificación a esa posible solución como definitiva. Y, finalmente, si de lo

(7) Esta tendencia, que constituye quizá la primera aportación seria de nuestro Tribunal Supremo al régimen contencioso-administrativo español, ha sido resaltada por los comentaristas de la Jurisprudencia: M. BALLBE (en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»), GARRIDO FALLA (en «Revista de Derecho Privado») y SERRANO GUIRADO (en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA). Vid. especialmente este último, *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo* (en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 4, abril 1951, págs. 129 y sigs.), y sus notas en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 5, agosto 1951, págs. 256 y sigs., así como el artículo de F. LEIRA, donde se analiza sustantivamente esta materia, *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho administrativo* (en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 52, agosto 1950, págs. 497 y sigs.).

que se tratara es de partir la materia contencioso-administrativa entre el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado (aun cuando esto debería llevar al sistema llamado de «jurisdicción delegada») el criterio de partición no podría ser más convencional, además de contrario a los principios legislativos enunciados sobre el particular en la disposición que definió el actual sistema jurisdiccional (8).

Otros preceptos de la misma Ley de 18 de marzo de 1944, como los relativos a responsabilidad política, depuración, etc., no tendría sentido ninguno perpetuarlos, cuando ya han sido felizmente pasadas las circunstancias en que podían tener aplicación.

g) Todas las anteriores son razones de fondo, atañentes todas a los principios mismos de la obra legislativa. En otros aspectos, la discusión y el análisis de los tecnicismos concretos podría llenar muchas páginas, dada la extensión de la ley. Nos referiremos únicamente, para no apartarnos del terreno general, a dos puntos: en primer lugar, al temor de que se otorgue el máximo espaldarazo legal al lamentable error que ha seguido parte de nuestra doctrina al confundir los recursos subjetivo y objetivo con los procesos franceses de plena jurisdicción y de anulación, confusión que puede solventarse con la lectura de cualquier manual de ese Derecho; en segundo lugar, las inconsecuencias a que puede conducir el método recopilatorio al dejar suponer, por ejemplo, que el recurso objetivo pueda interponerse contra resoluciones que no causen estado, o al enumerar entre las materias excluidas de lo contencioso-administrativo, una serie de cuestiones de personal, a las cuales, en todo caso, cogería la exclusión general que atañe a las materias de este objeto.

(8) A. PÉREZ HERNÁNDEZ, en *La naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Publicaciones del Consejo de Estado, Madrid, 1950. ha propuesto reservar al actual recurso de agravios la materia contencioso-objetiva. Con las limitaciones de una jurisdicción retenida se seguiría un criterio de partición justificado en razones sustanciales y prestigiado y contrastado, además, por el ejemplo de un Derecho tan maduro y tan fino como el italiano; sistema, además, de actualidad por haber sido acogido por la reciente reforma belga, aludida en el texto más atrás. Como se indica en el texto, este mismo sistema fué el que quiso establecerse en España cuando la jurisdicción contencioso-administrativa de nuestra Ley (recursos subjetivos) se separó definitivamente del Consejo de Estado para atribuírsela al Tribunal Supremo, contando incluso con una definición legal que no llegó a aplicación por falta de disposiciones de desarrollo. En efecto, se suele olvidar que la ley que consagró esa separación de lo contencioso del Consejo es la propia Ley Silvela-Maura de 5 de abril de 1904 (artículo adicional número 1.^o). Ley que es orgánica del Consejo de Estado, y que, a cambio de esa separación, atribuyó a éste competencia para conocer de los «abusos de poder... según las disposiciones... que en lo sucesivo se dicten» (art. 27, número 4). La relación entre una y otra cuestión no puede ser más expresa, de modo que puede sostenerse que en el perfilamiento positivo de nuestro sistema contencioso actual está incluido este criterio de partición de la jurisdicción entre el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, pendiente únicamente de ser llevado a una efectividad práctica. Este argumento plantea, sin duda, exigencias concretas.

En conclusión del análisis parece que puede deducirse que la obra de una refundición legislativa de lo contencioso-administrativo, no encuentra a su favor justificaciones que impongan, no ya su necesidad, sino ni siquiera, acaso, su oportunidad. A favor de este juicio cuenta, además de todas las razones específicas aludidas, una razón general de cierto relieve: si refundir un sistema normativo determinado implica darle nueva vida, remozarle y prestigiarle, preparándole para un largo futuro, esto no es deseable para nuestro sistema actual de lo contencioso-administrativo, cuya única justificación precisamente puede estar en un conservadurismo estricto, en una falta de actividad legislativa. La tarea no está, evidentemente, a la altura de la vocación de nuestro siglo por la justicia y la ciencia del Derecho.

Queda una última razón formal, el precepto de la Ley de 18 de marzo de 1944, que parece imponer la labor refundidora. Frente a ésto, bastará observar sencillamente que dicha ley no impone, sino que simplemente «autoriza» la refundición. Todos los motivos de oportunidad son, por tanto, legítimos en este punto. Por lo demás, de más transcendencia que este precepto y más imperativo en su exigencia de desarrollo y aplicación, es el art. 17 del Fuero de los españoles, que al reconocer el derecho a la seguridad jurídica y el principio objetivo del mantenimiento del Derecho por los órganos públicos, está imponiendo la necesidad de un sistema contencioso-administrativo progresivo, coherente y, sobre todo, pleno y eficaz.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA Y CARANDE

Letrado del Consejo de Estado

