

# PRIVILEGIO DE DECISION EJECUTORIA Y PROCESO CONTENCIOSO (\*)

POR

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

Profesor Adjunto de la Universidad  
de Madrid.

*Pero, aun prescindiendo de esto, aun poniéndonos en el caso de que todas las decisiones de la Administración pudiesen ejecutarse sin perjuicio de tercero, con tal que a éste se le permita reclamar ante los Tribunales, ¿no sería una cosa ridícula, monstruosa, que choca con el sentido común, el decir que la Administración, dirigiéndose al individuo, había de contestar a su reclamación y decirle: "Espera; yo sigo mi camino, porque creo que ese acto es útil al bien común; yo no lo entiendo muy bien, a la verdad, no estoy perfectamente convencida, pero ahí está un Tribunal que decidirá quién de los dos tiene justicia"? Para mí, ésta es la idea más absurda que puede presentarse de la Administración de un país; esta idea la degradaría a los ojos de los administrados, dándole a entender que la Administración no conocía sus intereses ni los derechos de la sociedad.*

(J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, 1843).

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. INEXISTENCIA DEL PRIVILEGIO DE DECISION EJECUTORIA EN LA ADMINISTRACIÓN ACTIVA COMO PREMISA DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ORIGINARIO: a) *La función judicial como poder o facultad de resolver o decidir controversias en forma ejecutoria.* b) *La función judicial como subespecie de la función ejecutiva.* c) *El doble alcance del principio de división de Poderes. Negación de competencia de los Tribunales civiles y penales sobre las controversias en que es parte la Administración Pública o los funcionarios y división de la Administración Pública en activa y contenciosa.* d) *La división de la Administración Pública en activa y contenciosa comportaba una incapacidad de la Administración activa para decidir ejecutoriamente controversias jurídicas, ni siquiera con carácter previo.* e) *Concepto y estructura formal de lo contencioso-administrativo.* f) *El procedimiento contencioso-administrativo como proceso de primer grado o instancia sin carácter revisor.*—III. LA TEORÍA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS DE EXCEPCIÓN COMO ORIGEN DEL PRIVILEGIO DE DECISION EJECUTORIA Y DE LA CONVERSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO EN PROCESO DE APELACIÓN O REVISOR.—IV. EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS DE EXCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA POSTERIOR A 1845. LA GENERALIZACIÓN DEL PRIVILEGIO DE DECISION EJECUTORIA: a) *Anulación o revocación de actos declarativos de dere-*

(\*) Quiero agradecer a mis compañeros de Cátedra José Antonio MANZANEDO MATEOS y Tomás FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la colaboración y estímulo prestados para la redacción de este trabajo.

chos. b) *Ejercicio por vía contenciosa de las facultades de tutela de la Administración Central sobre las Corporaciones Locales.* c) *El origen de los poderes decisorio-ejecutorios en materia de contratos.* d) *La potestad decisorio-ejecutoria en materia penal o sancionatoria.* e) *Ampliación por la legislación administrativa especial de los supuestos en que las autoridades administrativas obran como Jueces de excepción. La distinción entre lo gubernativo y lo contencioso-administrativo.*—V. LAS CAUSAS DE LA GENERALIZACIÓN DE LA FACULTAD DECISORIO-EJECUTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN ACTIVA Y JUSTIFICACIONES DOCTRINALES DEL ABANDONO DE LA DOCTRINA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS DE EXCEPCIÓN O DEL MINISTRO-JUEZ.—VI. EL PROCESO CONTENCIOSO COMO PROCESO DE APELACIÓN O REVISOR DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EJECUTORIOS EN LA LEY SANTAMARÍA DE PAREDES. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.—VII. LAS EXCEPCIONES ACTUALES AL PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN EJECUTORIA COMO SUPERVIVENCIAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ORIGINARIO. EL PROCESO DE LESIVIDAD.—VIII. LAS LÍNEAS DE PROGRESO DE PROCESO CONTENCIOSO.

## I

En contraste con el proceso civil, el proceso contencioso-administrativo ofrece como característica más saliente el que la cuestión litigiosa llega al Tribunal decidida ejecutoriamente por la Administración, que actúa en la fase procesal con poderes incluso superiores a los de un órgano judicial civil de primer grado o instancia. Salvo detalles menores, el sistema suele presentarse por unos y otros, implícita o explícitamente, como el más racional y posible para la justicia administrativa. Tal es el peso de las ideas adquiridas y la forma actual de concebir el Derecho público y la acción del Estado, que propugna, aunque sólo fuera de *lege ferenda*, la reducción del privilegio de decisión ejecutoria de la Administración pública, y del carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, o insinuar la posibilidad de un proceso contencioso entre simples particulares, se aparecería como opiniones arriesgadas para la mentalidad media y, sin duda, además, serían motivo para una acusación de heterodoxia.

Sin embargo, todas esas posibilidades, que ahora se aparecerían como heréticas, *prima facie*, constituyen los elementos teóricos difinitorios del sistema procesal administrativo que se instaura en nuestra patria por la legislación de 1845, copiada más o menos, aunque algo más que algo menos, del sistema francés. Se trata de un proceso contencioso al servicio directo de la resolución de cuestiones conflictivas y no de la apelación o revisión de actos administrativos ejecutorios. Los órganos de la Administración activa carecían del privilegio de decisión ejecutoria sobre situaciones conflictivas, supuesto éste en que únicamente tal privilegio tiene jurídicamente interés y relevancia. El proceso contencioso origi-

nario responde al modelo del proceso civil declarativo de primera instancia. Por ello no hay plazos de interposición del recurso, ni se impugna un acto previo, ni hay recursos o agotamientos de la vía gubernativa, ni la Administración se instala siempre en la confortable posición procesal de demandada. Cabe, por último, un proceso contencioso entre simples particulares (1).

Recordar todo esto puede ser útil para completar algunas investigaciones recientes sobre el origen de nuestro sistema contencioso que reducen toda su rica problemática a las relaciones competenciales entre la jurisdicción civil y la administrativa, o que presentan como cuestión básica y prácticamente única de ésta el de la alternativa organizatoria entre el sistema de justicia retenida frente al de la justicia delegada (2). Pero, sobre todo, recordar el sistema originario, a nivel de sus técnicas procedimentales, puede servir para entrever o imaginar las líneas de progreso de nuestro actual sistema de Justicia administrativa, sistema cuya premisa esencial es que el oponente de la Administración ha de llegar al proceso en la posición de vencido en la primera instancia; vencido y ejecutariado, pues a diferencia de la apelación civil, la interposición del recurso contencioso no suspende la ejecución del acto administrativo recurrido.

Ni que decir tiene que este sistema que otorga a la Administración, a través del privilegio de la decisión ejecutoria y del requisito de la decisión previa un poder judicial superior al de un Juez civil de primer grado o instancia, y además sobre cuestiones litigiosas en que es parte la propia Administración, protege muy cómoda y eficazmente la actividad del Estado, la legal y la ilegal, la justa y la injusta. Pero no es solamente el interés y la protección de una parte lo que puede prevalecer como criterio central de un sistema judicial; al menos la preferencia y el privilegio no tienen por qué jugar general e indiscriminadamente en todos los supuestos. El proceso contencioso ni tiene por qué ser, como es prácticamente ahora, un proceso de apelación, ni tampoco tiene por qué volver a ser un proceso de primera instancia para las controversias

(1) Como ya hizo notar GARCÍA DE ENTERRÍA en *La configuración del recurso de lesividad*, en el núm. 15 de esta REVISTA, págs. 111 y sigs. Advertimos, no obstante, que del presente trabajo se desprenderá una opinión diferente a la de la tesis de este autor sobre el origen del proceso de lesividad.

(2) Así, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, I, 2.º ed., páginas 452 y sigs.; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, en el núm. 49 de esta REVISTA, págs. 143 a 189; NIETO, Alejandro, *Los orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España*, en esta misma REVISTA, núm. 50, páginas 27 a 50.

de Derecho administrativo, como fué teórica y legalmente concebido en sus orígenes.

Pero de esto se trata aquí precisamente: de mostrar la faz primera del proceso contencioso y su evolución posterior. Ello lo haremos en torno al recuerdo de la vieja y olvidada teoría de los *Jueces administrativos de excepción*, doctrina, sin embargo, capital para la comprensión del sistema general contencioso-administrativo y del privilegio de decisión ejecutoria. De paso podremos comprobar, una vez más, que la historia constituye una parte integrante del análisis teórico, al que condiciona y sirve de fundamento; siempre, claro está, que el dato histórico se maneje con rigor metodológico y no, como desgraciadamente es tan frecuente, como puro antecedente, como preámbulo ornamental del libro o del tema, como detalle de elegante erudición en medio de un conjunto de afirmaciones dogmáticas en todo dogmatizante, olvidando que no es la ocurrencia personal, sino la historia la que realmente nos dice y descubre los secretos del nuevo Derecho (2 bis).

## II

La afirmación de que la Administración activa no tenía reconocido el privilegio de decisión ejecutoria en los orígenes del sistema contencioso se fundamenta en que tal poder es un poder y una función judicial. Nos referimos, por supuesto, al poder de decidir controversias, situaciones de conflicto en forma ejecutoria, por lo que no cabe con ello entender negado el principio general de ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos para aquella época; la Administración activa podía evidentemente resolver cuestiones, dictar actos ejecutorios, pero siempre y cuando dichos actos no resolviesen controversias jurídicas, cuestiones conflictivas, en otras palabras, cuestiones contenciosas.

a) La razón, como decíamos, de que se negase a los órganos de la Administración activa el poder de decidir ejecutoriamente controversias jurídicas, situaciones conflictivas, fuera o no parte interesada en las mismas, es que tal poder era un poder típicamente judicial, con el que se identificaba sustancialmente el concepto de función judicial. HENRION DE PENSEY, en un libro clásico sobre la *Autoridad judicial*, afirmaba que *la loi confere une jurisdiction, toutes les fois qu'elle donne le droit*

---

(2 bis) MESTRE, citado por SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine jurisdiction*, "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1964, pág. 15.

*dapliquer les lois aux cas particuliers par des decision dont el le regle la forme et qu'elle prend l'engagement de faire ejecutar*». A este concepto ha de referirse MACAREL (3) en su obra sobre los Tribunales administrativos en 1828, y todavía superado el medio siglo se citará aquel concepto en los diccionarios de la legislación (4).

En nuestra patria, esta es la función judicial que se impone: «Los Tribunales —decía el artículo 245 de la Constitución de Cádiz— no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado», concepto que reiteran todas las Constituciones posteriores y se recoge actualmente en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado. No hay juicio cuando hay acuerdo; juzgar presupone la existencia de una controversia, de una oposición a una pretensión de otro sujeto, de un conflicto, en suma.

b) Decidir ejecutoriamente controversias según y de acuerdo con las Leyes no podía por menos de ser considerada como una especie de la función más general de ejecución de las Leyes. Lo que distingue y tipifica la función judicial es la ejecución de la Ley en los casos de controversia, mientras que otros órganos del Estado ejecutan la Ley en los restantes supuestos; ejecutar la Ley es también, por ello, desarrollar reglamentariamente la Ley y realizar actuaciones o emitir actos y ejecutarlos en casos y supuestos en que no existe conflicto u oposición formalizada de otro sujeto.

Hay, pues, una *ejecución contenciosa* de las Leyes que se identifica y se asigna al Poder judicial; una ejecución de las Leyes cuando no hay oposición, que se llama también *ejecución voluntaria*; y, por último, una *ejecución reglamentaria* de las Leyes. Estas dos últimas formas de ejecución se asignan a lo que orgánicamente se llama poder ejecutivo o Administración pública (5), originando en ésta la que ha de llamarse, como veremos, potestad o poder discrecional.

---

(3) *Des Tribunaux administratifs ou Introduction a l'étude de la Jurisprudence Administrative*, París, 1928, pág. 28. A continuación precisa que esta jurisdicción se divide en voluntaria y contenciosa, y que esta última tiene lugar siempre que el Juez "se pronuncia sobre intereses opuestos, después de debates contradictorios entre dos partes".

(4) Así LAFERRIÈRE, en la voz *Jurisdiction Administrative*, pág. 1026 del *Dictionnaire de l'Administration Française*, de Maurice BLOCK, París, 1862.

Textualmente reproduce este concepto OLIVÁN (*De la Administración Pública*, recogida en GALLOSTRA, *Colección Bibliográfica de lo Contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 316): "La Ley confiere jurisdicción siempre que da derecho de aplicar las Leyes a los casos particulares, por decisiones cuya forma determina y cuya ejecución autoriza".

(5) Queda, no obstante, como es notorio y sabido, una parte de ejecución volun-

c) Del principio de división de poderes suele destacarse el efecto de la exención de los litigios en que es parte la Administración pública de la competencia normal y general de los Tribunales civiles, y esto sobre toda clase de materias, a salvo las cuestiones de propiedad, por considerarse a los Tribunales guardianes y jueces naturales de aquel derecho (6). También el de la defensa de los funcionarios administrativos frente a los Tribunales penales, defensa que se articula con la técnica de la llamada garantía administrativa, en virtud de la cual no es posible encausar o procesar a los funcionarios sin permiso o autorización de la Autoridad administrativa. Ambos efectos del principio de división de poderes los hemos estudiado detenidamente en otros lugares, a los que nos remitimos (7).

Parece, sin embargo, obligado aclarar de una vez frente a tantas explicaciones superficiales del principio de división de poderes, que este principio fué objeto de dos interpretaciones y aplicaciones distintas, durante la Revolución francesa y en los períodos posteriores. Una primera interpretación, según ha puesto de relieve SANDEVOIR (7 bis), es la que tiene lugar ante la Asamblea Constituyente. El principio de división de poderes se entiende, según hemos expuesto en el apartado anterior, de tal forma que toda la *aplicación contenciosa de las Leyes* se asigna al Poder judicial, incluso cuando la Administración es parte en el conflicto. Ello explica que en el primer proyecto sobre organización judicial, presentado a la Asamblea el 22 de diciembre de 1789, se confió lo contencioso-administrativo a los Tribunales de Administración, encuadrados, lo mismo que los Tribunales de Comercio y los Tribunales de Policía, dentro de la organización judicial y absolutamente independientes de la Administración activa; el segundo proyecto que se presenta a la Asamblea sobre la organización judicial, de 5 de julio de 1790, insiste en esta solución, que es la única compatible con el principio de unidad del Poder judicial, salvando la especialización de las diversas materias contenciosas. Si la Asamblea rechaza esta fórmula, no es

---

taria de las Leyes en el poder judicial, relativa a la materia civil y mercantil. La afirmación del texto vale, pues, en cuanto afirmación de principios.

(6) Sobre los criterios de reparto de competencias entre los Tribunales civiles y la Administración y la preponderancia en principio del criterio orgánico, salvo las cuestiones de propiedad, me remito a lo ya expuesto en mi libro *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho especial*, Instituto "García Oviedo", Sevilla, 1963, págs. 32 a 41; 51 a 56, y 93 a 104.

(7) *Los orígenes del contrato*, cit.; *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: Autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas*, en el núm. 31 de esta REVISTA, págs. 95 a 153.

(7 bis) *Etudes sur le recours de pleine jurisdiction*, Librairie general, París, 1964.

porque viese en ello un atentado al principio de división de poderes, sino más elemental y prácticamente porque temía resaltase demasiado la similitud entre los Tribunales de la Administración y las *Cours des Aides* que se pretendían reprimir. Resultaban ya demasiados Jueces. «*Vous allez etablir quatre-vingt-trois cours des aides* —observaba el diputado PEZOUS— *couvrir la France de juges, acabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de competence*». Por otra parte, con la atribución de algunas cuestiones contenciosas (contribuciones directas y obras públicas) a los Directorios de distrito y de departamento, integrados por miembros elegidos directamente por el pueblo para corto periodo de tiempo, el Juez administrativo presentaba suficientes garantías de imparcialidad. Pero este sistema dejó en todo caso en manos de los Tribunales civiles y penales importantes materias contenciosas en que era parte la Administración, como las contravenciones de *grande voirie*, las contribuciones indirectas, la materia de aduanas y los contratos distintos del de obras públicas.

La segunda versión del principio de división de poderes, según la cual que el Poder judicial decida sobre las cuestiones contenciosas en que es parte la Administración, implica un atentado a la independencia del Poder ejecutivo, no es más que una interpretación *a posteriori* del sistema de justicia administrativa montado por NAPOLEÓN con la creación del Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura formados por funcionarios integrados y dependientes del Poder ejecutivo. «*J'ai besoin* —dirá NAPOLEÓN— *d'un tribunal especial pour le jugement des fonctionnaires publics, pour les appels des Conseils de Prefecture, pour les questions relatives a la fourniture des subsistences, pour certaines violations des lois de l'Etat, pour les cas, par exemple, ou le banque les a violés, pour les grandes affaires de comerce que peut avoir l'Etat de su qualité de domaine y d'administrateur*», reflexiones que ponen de relieve la añoranza en la Administración civil del poder jurisdiccional, que era y es todavía típico en la Administración militar, si bien ahora reducido a sólo las cuestiones penales. Nada más lógico, pues, que NAPOLEÓN, al fin y al cabo oficial de Artillería, organizara la Administración civil sobre la distinción entre potestad de mando y jurisdicción clásica y típica de la Administración militar, y que de la jurisdicción militar tomara asimismo otras nociones sobre la organización de los Tribunales administrativos como su carácter colegiado, y la atribución de la presidencia al órgano de mando (Prefecto y Ministro), o la misma organización del procedimiento, con notoria influencia del principio inquisitivo.

En España, la Constitución de Bayona, con su previsión de un Consejo de Estado con competencia para conocer de las «*competencias de jurisdicción entre los Cuerpos administrativos y judiciales de la parte contenciosa de la Administración, y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública*», responde a la interpretación del principio de división de poderes y a la organización de la Justicia administrativa según el modelo napoleónico. Por el contrario, en la Constitución de Cádiz está recogido el principio de división de poderes en su versión judicialista racional y revolucionaria: el Poder judicial es el único competente para la aplicación contenciosa de las Leyes, y no hay más fueros privativos que el militar y el eclesiástico. La Administración civil y los funcionarios quedaban así sin jurisdicción propia, sometidos a la potestad judicial de los Tribunales ordinarios, previniéndose únicamente, *pero dentro del principio de unidad judicial*, siguiendo la idea de la Constituyente francesa, que pudiesen existir *Tribunales especiales* por la naturaleza de ciertos negocios, el método particular que conviene al fomento de algunos ramos de la industria, justamente con los Reglamentos y Ordenanzas que más que de Derecho privado pertenecen al público de las naciones». La *excepción* del sistema de los Tribunales sólo tenía lugar, insistimos, para la jurisdicción militar, la eclesiástica y *con carácter provisional* para la materia tributaria, pues, según se dice en el Preámbulo, el «*sistema de rentas, mientras no se reforme de raíz*, podrá requerir una excepción de la regla general de Tribunales». Esta *excepción provisional* para la materia tributaria constituía el único quebranto al dogma revolucionario, a la interpretación racionalista de la división de poderes, que postulaba la exclusiva competencia del sistema de Tribunales integrado en el Poder judicial, para decidir ejecutoriamente toda suerte de conflictos jurídicos, o lo que es igual, para la aplicación contenciosa de las Leyes.

Por último, se habrá de volver a la interpretación napoleónica del principio de separación entre Tribunales y Administración, cuando por la legislación de 1845 se instaure la jurisdicción administrativa, como un fuero de la Administración dependiente del Gobierno. Habrá, sin embargo, clara consciencia de que falta para ello un fundamento constitucional expreso, porque tanto la Constitución de 1837 (arts. 63 a 68), como la de 1845 (arts. 66 a 71), siguen la inspiración y adoptan la interpretación judicialista y racional sobre la atribución exclusiva al Poder judicial de la aplicación *contenciosa* de las Leyes. Contra su voluntad, así lo reconoce el propio SILVELA en la proposición de ley presentada al Senado en 1838:



«El que suscribe, sin entrar en demostraciones y limitándose a manifestar su humilde pero meditada opinión, reconoce como un dogma constitucional que el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo de las contiendas administrativas bajo la responsabilidad de sus Ministros.

A la verdad, *este principio no se halla explícito en nuestra Ley fundamental*, como no lo está en ninguna Constitución; mas no por eso deja de estar virtualmente comprendido en todas ellas. Nuestra Constitución quiso los fines; no puede menos de poner los medios. *Si el texto no lo expresa a la letra, así resulta indudablemente de su espíritu».*

Pero la verdad es muy otra. Sólo la Constitución de Bayona autorizó un sistema de Justicia administrativa dependiente del Gobierno. La Constitución de Cádiz y las posteriores no autorizaron excepciones a la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios respecto a los litigios en que la Administración era parte. En otras palabras, la Justicia administrativa que se instaura en 1845, respondiendo a la interpretación napoleónica del principio de separación rigurosa entre los Tribunales y la Administración y admitiendo en consecuencia para ésta un fuero privilegiado, era manifiestamente anticonstitucional. Esto explica los intentos, unas veces logrados y otras frustrados, de quienes a lo largo del siglo XIX pretendieron llevar al Tribunal Supremo y a los Jueces ordinarios el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos, viéndose en el sistema de 1845 un justificado fuero privativo.

Pues bien, *es en su versión llamada francesa o napoleónica* cuando el principio de división de poderes provoca el efecto de una independencia y separación entre Tribunales y la Administración, y asimismo, una separación de funciones, una especialización en el seno de la Administración pública en Administración activa y Administración contenciosa, separación con efectos orgánicos y materiales. La Jurisdicción administrativa o Administración contenciosa nace así como una respuesta o alternativa obligada frente a la incompetencia de los Tribunales para los litigios en que es parte la Administración, respondiendo a la idea y a la técnica de los fueros privativos (8).

(8) Una supervivencia de la técnica de los Juzgados privativos está constituida actualmente por la jurisdicción militar, si bien reducida a la materia penal: Unos mismos funcionarios actúan, a través de técnicas organizatorias diversas, como órganos de la Administración militar y como órganos judiciales. En todo caso, lo que queremos resaltar es que los Consejos de Guerra o Tribunales Militares no revisan o fiscalizan

d) Pero la división Administración activa-Administración contenciosa suponía solamente un principio de especialización funcional dentro del complejo orgánico total de la Administración pública, de tal forma que unos órganos (Consejos de Prefectura y Consejos de Estado, en Francia; Consejos Provinciales y Consejo Real, en España), eran competentes para la ejecución de las Leyes en los casos conflictivos y otros órganos. Ministros, Prefectos o Gobernadores, Alcaldes, etc., aplicaban las Leyes, desarrollándolas reglamentariamente o ejecutándolas en casos concretos cuando no existía oposición de otro sujeto o situación conflictiva. Por ello debe advertirse que no hay la menor subordinación jerárquica, funcional o temporal de unos órganos a otros. *Los órganos contenciosos no fiscalizan ni revisan la actuación de la Administración activa, porque ésta ni tiene competencia ni está procesalmente obligada a decidir previamente lo que es asunto contencioso.*

Ni que decir tiene que los órganos contenciosos son incompetentes para la ejecución o desarrollo reglamentario de las Leyes o para aplicarlas en supuestos de jurisdicción voluntaria, aunque sí tenían atribuidas funciones consultivas (9).

Por ello, mientras que en la actualidad la delimitación de lo contencioso-administrativo deriva todo su interés como concepto que permite precisar los límites de la Jurisdicción contencioso-administrativa frente a la Jurisdicción civil, y no frente a la Administración, supuesto que ésta tiene competencia y decide previamente todo lo que *a posteriori* ha de decidir el Tribunal, el concepto lo contencioso-administrativo en sus orígenes deriva su importancia precisamente como concepto de reparto de competencias dentro de la propia Administración entre sus órganos con-

---

la actuación de las autoridades militares, sino que, como tales, ejercen una competencia propia (contencioso-penal) en forma exclusiva. Una exposición de los fueros privativos existente todavía a mediados del siglo XIX puede verse en DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, págs. 172 a 192.

SILVELA, en el Preámbulo de su proposición de Ley al Congreso de Diputados en 1838, afirmará que "de muy antiguo, a la verdad, existen Juzgados privativos y privilegiados; pero el purgarlos del sinnúmero de imperfecciones por las que obedecen contrariamente a su objeto, el formar una sola y única jurisdicción de muchos de ellos, el convertir aquellos Juzgados pretorianos en solar de justicia administrativa, puede ser una feliz innovación de nuestros días".

(9) Así COLMEIRO (*Derecho administrativo español*, 1850, II, pág. 247) afirma que "los Consejos Provinciales no pueden en ningún caso determinar nada por vía general, limitándose sus facultades a fallar en las cuestiones particulares sometidas a su decisión; de otro modo gozarían estos cuerpos de potestad reglamentaria, y participarían del poder discrecional reservado solamente a la Administración activa". Sobre la naturaleza y alcance de las funciones consultivas de los Consejos Provinciales y Consejo Real, páginas 210 y 189.

tenciosos y sus órganos activos. Estos últimos no pueden decidir controversias y dar a sus decisiones fuerza ejecutoria, lo que es función y competencia exclusiva de los órganos contenciosos.

e) Si el proceso contencioso-administrativo no era un proceso revisor de actos administrativos resolutorios de controversias jurídicas, ¿cuál es su verdadera naturaleza y funcionalidad para la garantía del derecho material cuestionado? La respuesta es muy simple: el proceso contencioso ante los Consejos Provinciales o de Prefectura o el Consejo Real o de Estado es al Derecho administrativo lo que el proceso civil es al Derecho material civil; es decir, un proceso en el que se resuelven *en primer grado* cuestiones contencioso-administrativas entendidas como situaciones conflictivas entre partes en posición de igualdad procesal. Ello impide a cualquiera de ellas alterar la situación de hecho o posesoria existente en el momento en que surge el conflicto, desplazando sobre la otra la carga de accionar y forzándola a acudir al proceso en situación de demandante y desposeído.

La Administración debía adoptar necesariamente la posición de demandante siempre que se encontrase con la oposición de otro sujeto, titular de derechos, que se resistiese a una actuación material o jurídica de la Administración. La posición de demandante la tenía que adoptar con carácter general en ese supuesto y no en casos excepcionales. Sin comprender el sentido de esa impotencia de la Administración activa para resolver por sí, ni siquiera provisionalmente, conflictos jurídicos, no se puede comprender el sentido del sistema procesal contencioso originario, proceso en el que la Administración no es una parte cualificada, ni parte necesaria en el proceso. El proceso contencioso-administrativo, insistimos, es en todo caso similar al proceso civil, con la trascendental consecuencia de que no se puede alterar la situación posesoria previa. La Administración, salvo en los casos que veremos de aplicación de la doctrina de los *Jueces administrativos de excepción*, no puede tomarse la justicia por su mano haciendo uso del privilegio de la decisión ejecutoria, y comparecer en el proceso en las cómodas posiciones respecto al derecho discutido de demandada y poseedora (9 bis).

---

(9 bis) En tal forma estaba arraigada la idea de que decidir *ejecutoriamente* controversias es atribución exclusiva de los Tribunales ordinarios, que durante bastante tiempo los Consejos de Prefectura se negaban a la posibilidad de ejecutar por sí mismos sus propias decisiones. Como señalaba LAFERRIÈRE (*Traité de la Jurisdiction Administrative*, París 1896, 2.<sup>a</sup> ed., tomo I, pág. 223), fueron necesarias varias Leyes, como la de 25 de Floreal del año X sobre contravenciones de *grande voirie*, y varias decisiones del Consejo de Estado, para resolver la cuestión. Todavía en 1814 se producen conflictos de compe-

En la doctrina está muy clara la comprensión de la función jurisdiccional contencioso-administrativa como función judicial resolutoria de situaciones de conflictos en primer grado o instancia y no estrictamente revisora de actos administrativos ejecutorios. El acto administrativo ejecutorio y ya ejecutado no es, como ahora, el protagonista y el objeto prácticamente único del proceso contencioso. Lo es, por el contrario, la situación conflictiva creada por la actuación administrativa presente o por venir. Lo contencioso-administrativo se define más por el primer término —lo contencioso— que por el segundo —lo administrativo—, lo que no podía menos de ser, supuesto que la Jurisdicción administrativa conoce de materias y supuestos típicamente civiles, como contratos y responsabilidad extracontractual, incluso entre simples particulares. Son asuntos contenciosos, dirá COLMEIRO (10), aquellos «en que hay opo-

---

tencia negativos con los Tribunales ordinarios sobre esta cuestión, pues muchos Consejos de Prefectura insistían en la tesis de que el poder de ejecución de sus decisiones correspondía únicamente a los Tribunales.

En la doctrina española se niega igualmente el poder decisorio ejecutivo a los órganos activos de la Administración. SILVELA (op. cit.) afirma que “en vano se alega, como la principal entre otras objeciones, que para que la Administración no encontrase resistencias, bastaría que fueran ejecutivas sus decisiones; y que sólo después de cumplidas empezase el derecho de atacarlas ante los Tribunales de Justicia. Por descontado, no todo lo que se ejecuta se presta a un restablecimiento al ser y estado anterior”. Este principio sólo lo admite en casos excepcionales (vid. *infra* nota 19), como la invasión de una peste, incendios, crecidas extraordinarias de los ríos, etc. Por su parte, POSADA HERRERA afirmará que el privilegio de decisión ejecutoria “es la idea más absurda que puede presentarse de la Administración de un país; la degradaría a los ojos de sus administrados, dándole a entender que la Administración no conocía sus intereses ni los derechos de la sociedad” (*Lecciones de Administración*, 1843, recogido por GALLOSTRA, op. cit., página 205).

(10) Op. cit., tomo II, pág. 223, y añade: “Si la reclamación del particular se funda en un derecho, porque éstos nacen de la Ley, que es superior al Gobierno, y así cuando existen, señalan a la acción administrativa los límites de su competencia”. En otro lugar (tomo II, pág. 219) dirán que “hay una jurisdicción administrativa o un derecho inherente a la Administración de conocer y sentenciar los asuntos contenciosos de este orden, es decir, aquellos que admiten controversia y se ventilan con la solemnidad de los juicios”.

En términos parecidos se expresa GIL DE ZÁRATE (*Administración de los Tribunales Contencioso-administrativos*, en “*Revista Madrid*”, 1838, trabajo recogido en GALLOSTRA, página 151), al afirmar que el litigio “nace desde el momento en que la acción administrativa se encuentra detenida por un derecho particular, que le sale al encuentro, y escudándose con una Ley que le protege, resiste el ataque o exige reparación”.

La expresión acto administrativo debe entenderse referida a “operación” o “hecho” de la Administración. No se trata de un concepto jurídico-formal de los términos actuales. Así, POSADA-HERRERA (op. cit., en GALLOSTRA, pág. 167) afirmará que “todo juicio administrativo tiene que recaer sobre un hecho y un derecho: el hecho será el acto de la autoridad administrativa contra la que reclame el individuo... De manera que para que haya contencioso-administrativo ha de fundarse la parte que reclama en la existencia de un hecho de la Administración que ataca derechos preexistentes”. También OLIVÁN (en

*sición legítima entre el interés público y el privado, entre el individuo y la sociedad*». El conflicto contencioso nace, no de un acto administrativo tal y como ahora lo entendemos, sino de una *actuación* administrativa obstaculizada por la oposición de un tercero, titular de un derecho; no hay, pues, diferencias jurídico-formales entre cuestión contencioso-administrativa y cuestión civil. OLIVÁN (11) hará una exacta y precisa descripción de lo que es la cuestión contenciosa al señalar que «la Administración funciona necesariamente en dos distintas esferas: o caminando directa e indirectamente al sujeto, consulta la utilidad pública, provee a los varios servicios y obra espontáneamente sin haberse visto provocada, o bien encuentra en su marcha los intereses individuales con que roza y reclama contra ella». Es entonces cuando surge la cuestión contenciosa, que consiste en «resolver sobre las reclamaciones que se elevan contra sus propios actos. Entonces el negocio se hace contencioso y tiene cierta analogía con los juicios de los Tribunales en materia civil. Es entre un particular y el público». No se trata, pues, de que lo contencioso no suponga actuaciones o, si se quiere, actos de la Administración; se trata de que esos actos no son ejecutorios si se manifiesta la oposición de un particular; la continuación de la actividad administrativa, la ejecutoriedad del acto sólo podrá tener lugar después de pronunciada la sentencia judicial por el Consejo Provincial o Consejo de Estado. Por lo demás, como es obvio, el ejercicio de las acciones civiles presuponen también actos o actuaciones de los sujetos privados.

La analogía jurídico-formal de la cuestión contenciosa y la cuestión civil se muestra en el uso por la doctrina administrativa de los conceptos jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. De HENRION DE PENSEY pasa a MACAREL (12), y de la doctrina francesa a la española, la idea, tomada de los procesos civiles, de que mientras no hay oposición se está en el caso de la jurisdicción voluntaria, y cuando se manifiesta la oposición se convierte automáticamente la actuación en contenciosa. La Administración activa sólo tendría, pues, jurisdicción voluntaria, sólo puede actuar y ejecutar válidamente sus decisiones si media el asentimiento de los sujetos afectados. Hay jurisdicción administrativa voluntaria, dice HENRION DE PENSEY, «todas las veces que la Administración actúa por la pe-

---

GALLOSTRA, op. cit., pág. 215) identifica acto y "operación": "Lo que en su origen no era más que una operación de la Administración activa, se transforma en contencioso con ocasión del perjuicio que experimenta o pretende experimentar el particular".

(11) *La Administración con relación a España*, edición 1954, págs. 187 y 192.

(12) Op. cit., tomo I, pág. 14. Estos conceptos se toman de HENNECERUS (*Elementum iuris secundum ordinem pandectarum*, libro II). La jurisdicción voluntaria es jurisdicción *inter volentes*, y la contenciosa, *inter nolentes*.

tición de una persona o de varias, *con acuerdo entre ellas y sin contradictor*». MACAREI identifica a su vez jurisdicción voluntaria y discrecional. «*La jurisdiction volontaire ou discretionnaire de l'Administration est exercée, sous l'influence et les ordres du Roy, par les ministres et les agents d'execution qui leur sont subordonnes, tels que les directeurs generaux, les prefects, les sous-prefects, les maires*».

Y es que poder discrecional es también en la época algo opuesto a poder o jurisdicción contenciosa, en cuanto que no hay conflicto sobre derechos. En este sentido señala COLMEIRO (13) «que son actos de imperio las providencias dictadas por el poder administrativo en uso de su *facultad discrecional* para la ejecución de las Leyes. Mas al ejercer estas atribuciones de puro mando puede suscitar reclamaciones que debe suscitar y decidir. En tal caso cambia la naturaleza de sus actos, porque si antes de la oposición se manifestaba en forma de acción, después aparece en forma de juicio». En otro lugar dirá que la Administración «procura la ejecución de las Leyes, dicta Reglamentos, vela por su observancia, expide órdenes generales o particulares, y hace uso, en fin, de cualquier modo de su facultad de puro mando, o ya se reviste con el carácter de juez y decide soberanamente contra sus propios actos. En el primer caso, se derivan sus facultades de poder discrecional; en el segundo, ejerce una verdadera jurisdicción». Es claro, pues, que potestad discrecional o actuación discrecional constituyen un núcleo exento de la jurisdicción contenciosa, mientras no surge la oposición en base a un derecho. Lo discrecional es precisamente toda la actuación administrativa de *ejecución voluntaria de las Leyes*, que se manifiesta en actos reglamentarios o actuaciones singulares sin oposición jurídica, y de aquí su exención jurisdiccional (14).

Otro rasgo definitorio de la cuestión contenciosa es su *carácter ge-*

(13) Op. cit., tomo II, pág. 222.

(14) No obstante, el propio COLMEIRO reconoce también la posibilidad de fiscalización del poder discrecional (tomo II, pág. 223) “Lo contencioso-administrativo supone siempre lesión de un derecho perfecto y absoluto, un derecho de aquellos que la Administración está obligada a respetar. No basta que la reclamación se funde en un agravio causado al derecho del particular con ocasión de un acto administrativo, porque como el poder discrecional alcanza a todas las personas y a todas las cosas de la sociedad, puede modificar por medio de reglamentos o providencias la libertad y propiedad de los administrados”. Se reconoce, sin embargo, contra estos actos el recurso contencioso: “Si pueden ser impugnados por la vía contenciosa los actos de potestad discrecional que fuesen viciosos por *incompetencia o por exceso de poder*. Entonces la Administración vulnera derechos dignos de respeto, ya conociendo las causas extrañas a su autoridad, ya violando las formas protectoras de un interés legítimo. El Consejo Real también declara esta directiva, decidiendo un litigio presentado con motivo de una expropiación intentada para facilitar ciertas mejoras urbanas, donde dice: “Conside-

nérico, es decir, que no hay una lista adecuada y exhaustiva de materias contenciosas. Siempre que «hay oposición legítima entre el interés privado y el público, entre el individuo y la sociedad —señala COLMEIRO (tomo II, pág. 223)—, hay asunto contencioso», y tras enumerar los supuestos más frecuentes de cuestiones, señala que esta enumeración «aprovechará al lector para decidir *cuestiones análogas* de carácter contencioso-administrativo». Por lo demás, esta doctrina era consecuente con la descripción de competencias formulada en el artículo 9 de la Ley de 2 de abril de 1845 para los Consejos Provinciales, cuyo último párrafo, como definen, sometía a su conocimiento cualquier cuestión contenciosa, «*todo lo contencioso de las diferentes ramas de la Administración civil*».

Por último, *la cuestión contencioso-administrativa no comportaba necesariamente la presencia en el conflicto de la Administración activa*. El conflicto podía existir entre simples particulares (15), aparte de los supuestos más frecuentes de pleitos entre la Administración y un particular o entre la Administración Central y los entes locales, cuya naturaleza pública a primeros del siglo XIX era, al menos, discutida. Uno de los supuestos más típicos de cuestión contenciosa entre particulares lo constituían las indemnizaciones de daños debidas por el contratista de obras públicas a particulares ribereños de las obras. Si los particulares no se aquietaban o conformaban con la decisión de la autoridad administrativa, *que ejerce una especie de jurisdicción voluntaria, se convierte en contenciosa la cuestión*. «Las indemnizaciones y resarcimientos de daños y perjuicios ocasionados por las obras públicas sólo pueden solicitarse ante el Gobernador respectivo, ventilándose el asunto, en el caso de que

---

rando que en cuestiones administrativas no sólo los derechos perfectos y absolutos producen acción e indemnización a favor de tercero, sino también los *intereses legítimos* compatibles con el interés público e injustamente hollados a nombre de este interés, etc.” (Real Decreto. Sentencia de 30 de junio de 1847).

Por lo demás, al menos en Francia, el desarrollo de la potestad de los órganos activos de la Administración para decidir ejecutoriamente controversias, parece muy vinculado al desarrollo del recurso por exceso de poder o contencioso de anulación que presupone siempre la existencia de un acto de la Administración sin lesión de derechos, que es el objeto principal y único del proceso. Por el contrario, en el proceso de plena jurisdicción a lo que se reconduce inicialmente todo lo contencioso-administrativo, el objeto del pleito es la situación conflictiva. El sistema actual es, pues, una remodelación del sistema primitivo sobre la técnica procesal del recurso de anulación o exceso de poder.

(15) CIL DE ZÁRATE dirá (*Administración de los Tribunales Contenciosos y Administración*, Madrid, 1831, recogido en GALLOSTRA, 1881, pág. 156), que es cuestión contenciosa: 1.º *Toda cuestión entre particulares*, o entre éstos y la Administración, en que se trate de aplicar inmediatamente una Ley administrativa, o que esté fundada en un acto administrativo, o en que se trate de ventilar por vía contenciosa si el interés público ha de prevalecer sobre el privado, pertenece a los Tribunales administrativos.

se hiciese contencioso, por *no convenirse las partes*, ante el Consejo Provincial» (Real Orden de 28 de junio de 1852). Evidentemente, en el pleito no se impugnaba la decisión del Gobernador, que incluso no podía producirse si las posiciones de las partes se manifestaban, *ab initio*, inconciliables. Pero la cuestión contenciosa o el pleito contencioso no se da frente a la decisión provisional o arbitral de la Administración activa, sino directamente entre los particulares verdaderamente afectados. La Administración no es por ello, como veremos, parte en el proceso. No hay en el proceso revisión o apelación de un acto administrativo, sino conflicto entre dos pretensiones opuestas de particulares que actúan en él como partes principales.

f) Efectivamente, los procedimientos a que habían de ajustarse los Consejos Provinciales y el Consejo Real, regulados por los Decretos de 1 de octubre de 1845 y 30 de diciembre de 1846, son rigurosamente consecuentes con la naturaleza de la cuestión contenciosa, como situación puramente conflictiva.

Por de pronto ha de notarse que no hay en ellos la menor alusión al acto administrativo, que no cuenta sustancialmente en el proceso. El acto administrativo puede dar ocasión al proceso, pero no es el objeto del proceso. COLMEIRO dirá (16) que los Consejos Provinciales «conocerán de las cuestiones que *con ocasión* de un acto administrativo se susciten *entre dos particulares* o establecimientos públicos y entre un particular y la Administración». De ahí se deriva la importante consecuencia de que el proceso contencioso, como ocurre en los procesos civiles de primera instancia, no está sujeto a plazo de interposición que haya de descontarse a partir de la notificación de una decisión administrativa ejecutoria o ejecutoriada. Por lo misma razón tampoco se plantea ningún problema en relación con la suspensión del acto administrativo, porque se respeta, como en el proceso civil, la situación posesoria previa. Asimismo se da una ausencia total de la técnica de la interposición. No existe tampoco vía administrativa previa, ni regulación, ni teorización doctrinal alguna sobre recursos administrativos, habiéndose establecido en la Real Orden de 1 de enero de 1847 que en los pleitos ante los Consejos Provinciales *no era ni siquiera necesario el juicio de conciliación*.

El proceso se inicia, como en los procesos civiles de primera instancia, con la demanda, cuya presentación no está sujeta a más plazo que el que pudiera derivarse del plazo de prescripción del derecho ma-

---

(16) Op. cit., pág. 211.



terial discutido. En cualquier caso, la prescripción del derecho ejercitado no originaría una cuestión previa sobre admisibilidad de la acción procesal, sino que había de resolverse como cuestión de fondo por la sentencia (16 bis).

La posición de demandante corresponde indistintamente a la Administración y a los particulares. La única diferencia radica en que al escrito de iniciación, en el primer caso, se le llama memoria en vez de demanda, diferencia que se aparece como puramente terminológica, supuesto que no se establece un contenido diverso para una y otra, y tanto la demanda como la memoria han de ir acompañadas de los documentos en que el actor funda su derecho.

La regulación del emplazamiento del demandado no tiene las especialidades que ofrece la actual regulación. Con absoluta similitud respecto al proceso civil el emplazamiento del demandado es un emplazamiento personal mediante el traslado de demanda o memoria y de una relación de documentos. No hay, pues, como ahora, un emplazamiento implícito a la Administración por la reclamación del expediente administrativo, ni tampoco un emplazamiento a los particulares presunto o implícito por la publicación del anuncio de interposición del recurso en el *Boletín Oficial del Estado*, técnica esta última, dicho sea de paso,

---

(16 bis) El procedimiento ante los Consejos Provinciales se ajustaba a los siguientes trámites: en los negocios que se entablaban a instancia de la Administración se iniciaba con un escrito o memoria documentada que el jefe político hacía pasar al Consejo, y en los negocios entablados a instancia de particulares o Corporaciones, con la demanda documentada del particular o Corporación (arts. 21 y 22); emplazamiento para contestar a la demanda o a la Memoria documentada, no admitiéndose como excepciones dilatorias más que la incompetencia del Consejo o la falta de personalidad del demandante (art. 33). Tras los escritos de demanda y contestación, el Consejo decidiría sobre la pertinencia de abrir un período probatorio (art. 38); practicada la prueba en su caso, se celebraba la vista, para la cual el jefe político podía nombrar un defensor después de la vista y las diligencias para mejor proveer que el Consejo acordare se dictaba la sentencia a la mayor brevedad. Se regulaba asimismo la actuación en rebeldía y los recursos de interpretación, apelación y nulidad.

El procedimiento ante el Consejo Rcal se ajustaba a los trámites análogos, si bien la regulación era más prolija, sobre todo la regulación de la prueba.

Resta advertir, por último, que el proceso ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real se inspiraba en el proceso civil, sin los rasgos inquisitorios del proceso contencioso francés, en el cual el Juez tiene asignada una actitud positiva en la realización de la prueba y en la dirección del proceso, similar a la del Juez de instrucción en el proceso penal. Por el contrario, el proceso contencioso es en nuestra patria el que responde al modelo típico del procedimiento acusatorio, como el proceso civil, en el que la producción de la prueba o la marcha del proceso resultan de la iniciativa de las partes. Tal carácter persiste todavía en cuanto estime proceso de revisión o de apelación. Y los rasgos inquisitorios compatibles con otros contradictorios persisten en el actual proceso contencioso francés.

que parece partir del absurdo presupuesto de que todos los ciudadanos lean cotidianamente el *Boletín Oficial del Estado*.

La garantía del emplazamiento personal se completa con la de la regulación del procedimiento en rebeldía y la de un recurso de revisión contra la sentencia dictada, estando alguna de las partes en esta situación procesal.

Toda esta regulación denotaba no solamente que entre las partes imperaba un principio de igualdad procesal, sino, también, que el proceso mismo respondía a todas las características de los procesos civiles de primera instancia. Nada, pues, más opuesto al carácter de proceso revisor o de apelación que tiene el actual proceso contencioso.

Podía preguntarse a la vista de esta regulación sobre cuáles eran sus ventajas en relación con el proceso civil, ventajas que justificaran esa oposición en favor del sistema contencioso-administrativo. Había, sin duda, ventajas procedimentales derivadas de una mayor simplificación de los trámites, incluida la innecesariedad del juicio de conciliación y de reducción de plazos, aunque se respetase el esquema del proceso declarativo civil de primera instancia (17). Pero además de estas ventajas no hay que olvidar que el sistema contencioso atiende sobre todo a la finalidad política de liberar a la Administración de los Tribunales civiles. Por otra parte, los órganos unipersonales de la Administración activa (Gobernadores y Ministros) formaban parte de los órganos contenciosos (Consejos Provinciales y Consejo Real), privilegio nada desdeñable que compensaba sobradamente la falta de aquéllos del poder de resolver controversias (18). La Administración contenciosa era por

---

(17) La diferencia minuciosa con el proceso civil ni tiene interés ni resulta fácil de determinar, dado que en el momento de instaurarse la justicia administrativa en 1845, la primera Ley de Enjuiciamiento Civil estaba en gestación. La Ley de Bases se aprobaría el 13 de mayo de 1855 y el texto articulado lleva fecha de 5 de octubre de 1855. Con anterioridad la regulación de los procedimientos civiles había sufrido las alteraciones propias de la Constitución de 1812, cuyo capítulo II del título V había establecido con bastante minuciosidad los principios a que deberán ajustarse los procedimientos judiciales. Después de 1812 se aprueba la Ley de 9 de octubre de 1892 sobre Audiencias y Juzgados de Primera Instancia; el Decreto de 29 de abril de 1913 se plantea las competencias. Muchas disposiciones son derogadas y puestas en vigor según las propias vicisitudes de la Constitución de 1812. Posteriormente el Real Decreto de 24 de marzo de 1934 suprime Consejos de Castilla e Indias y crea el Tribunal Supremo. Un Decreto de 1834 organiza los Juzgados de Primera Instancia con Jueces-Letrados y dividen a esos efectos el territorio nacional. Un Real Decreto de 1835 aprueba un Reglamento Provincial de la Administración de Justicia. En 1836 se establece la Constitución de Cádiz y las disposiciones de los años 1812 y 1813. Por Ley de 30 de enero de 1838 se aprueba un procedimiento abreviado para los pleitos de menor cuantía. Y, por último, con fecha 30 de septiembre de 1835 se aprueba la Instrucción Provisional del Registro Civil.

(18) Los Consejos Provinciales presididos por el Gobernador estaban formados por

ello, en cierto modo, la misma Administración activa decidiendo sus propios pleitos a través de fórmulas procesales.

### III

La separación dentro de la Administración pública entre órganos activos y contenciosos y la distribución entre unos y otros de competencias de uno u otro carácter constituyó una regla, un principio general, al que se formularon excepciones, que confirman más que cualquier otro argumento la realidad del sistema tal y como lo acabamos de exponer.

Las excepciones consistían en que a los órganos activos de la Administración, por normas concretas y para supuestos singulares, se les reconoció la potestad de resolver ejecutoriamente controversias sobre derechos (19). Ello rompía el esquema general de que el ejercicio de la juris-

---

tres o cuatro vocales nombrados por el Rey, y un número igual de supernumerarios para las suplencias. El Consejo Real se componía a su vez de los Ministros Secretarios de Estado y de Despacho, de treinta Consejeros ordinarios nombrados por el Rey a propuesta del Consejo de Ministros, y de dieciséis Consejeros natos ordinarios nombrados por el Rey entre los jefes principales de cada servicio administrativo. Estos últimos no formaban parte de la sesión de lo contencioso.

(19) Las excepciones a la regla ya se expresan por SILVELA (*Projución de Ley presentada al Congreso de los Diputados en la sesión de 12 de noviembre de 1938, y tomada en consideración en la del 16 del mismo mes*, recogida por GALLOSTRA, op. cit., págs. 40 y 41), al afirmar: "Las Leyes irán indicando, cada día con mayor claridad, los casos en que corresponde conocer al jefe y aquellos en que debe conocer el Consejo. Mas entre tanto, y como reglas supletorias, pudieran adoptarse las siguientes: 1.<sup>a</sup> La jurisdicción voluntaria corresponde exclusivamente al jefe político. 2.<sup>a</sup> De la contenciosa sólo le corresponde conocer en aquellos casos en que las Leyes, por razones especiales, lo prevengan expresamente. 3.<sup>a</sup> Fuera de los casos de que trata la regla anterior, la jurisdicción contenciosa corresponde exclusivamente al Consejo.

A continuación precisa el alcance de esta jurisdicción contenciosa de los jefes políticos y su carácter rigurosamente excepcional: "Lo más sencillo parecía declarar, sin excepción, que lo contencioso perteneciese al Consejo y lo de jurisdicción voluntaria al jefe, pero no siempre es posible lo que más sencillo parece... En la *invasión de una peste*, por ejemplo, se hace indispensable comunicar a la Administración activa la mayor energía y rapidez, sometiéndola al conocimiento de cuestiones que en otro caso decidirían los Tribunales administrativos. En un *incendio* podrá convenir el derribar una casa... En una *crecida extraordinaria* podrá la autoridad, para facilitar el desagüe, ordenar la destrucción de una pared perteneciente a un vecino, sin su consentimiento. La aproximación o la *entrada de los enemigos en territorio nacional*, un terremoto, la crudeza extraordinaria de las estaciones, la eferescencia de las pasiones populares y otras mil causas físicas, morales y políticas, obligarán a la Administración activa a olvidar en muchas ocasiones, los derechos para ocuparse de los intereses; a *ejercer, con la velocidad del rayo, una verdadera jurisdicción contenciosa*. Estos casos deben estar previstos en las Leyes y determinados en ellas, al menos por sus caracteres generales, y el reconocer su existencia, ya que no el enumerarlos, es precisamente el objeto de la regla 2.<sup>a</sup>

dición contenciosa era atribución exclusiva de los Consejos y obligaba a reconocer que los órganos de la Administración activa tenían también poderes judiciales.

Los autores de la época no se llaman a engaño sobre la naturaleza de esos poderes de decidir controversias con fuerza ejecutoria que a los órganos activos de la Administración se les asignan: son poderes judiciales. Se reconoce por ello explícitamente en estos casos a las autoridades administrativas que las ejercen el carácter de *Jueces administrativos de excepción*.

En Francia, de donde nos llega la inspiración, se afirma el carácter de Jueces administrativos de los Alcaldes, de los Prefectos y Subprefectos y de los Ministros, lista que a primeros de siglo se extendía a la Universidad, la «Cours de Comtes», los Obispos, a las autoridades competentes en materia de presos marítimos y a determinadas Comisiones y Consejos (20).

Del Alcalde se dice que es al mismo tiempo que jefe de la Administración municipal, agente del Gobierno oficial del Estado civil, oficial de la policía judicial, *Juez de policía* y *Juez administrativo*. El Alcalde, verdadero y auténtico Juez penal, es órgano de los Tribunales de simple policía, cuya competencia se extiende al conocimiento de las contravenciones, que definidas en el Código penal, se le señala una pena interior a 15 francos o inferior a cinco días de arresto. Las sentencias dictadas por el Alcalde a través del procedimiento señalado en el Código de instrucción criminal, eran recurribles en apelación ante los Tribunales, y en casación si se impone pena de arresto o si la multa y reparaciones civiles exceden de 5 francos. Pero el Alcalde es, como decíamos, *Juez administrativo* y decide controversias con fuerza ejecutoria en diversos supuestos (21).

---

(20) MACAREL, op. cit., págs. 101 a 278. La doctrina se recoge en toda la bibliografía francesa del siglo XIX. Así todavía en E. LAFERRIÈRE (*Traité de la Jurisdiction Administrative*, París, 1896, 2.<sup>a</sup> edición, tomo I, págs. 394 a 962), parte de esas autoridades se denominaban jurisdicciones especiales (Cour des Comtes, Consejos de revisión, Consejos de Instrucción Pública); también DUCROCQ (*Cour de Droit administratif*, París, 1881, páginas 391 a 402), aparte de las jurisdicciones especiales, expone la doctrina de los Jueces administrativos de excepción referida a los Ministros, prefectos, subprefectos y Alcaldes como Jueces en lo contencioso; en este siglo todavía MOREAU (*Droit administratif*, París, 1909, pág. 1203) expone la teoría de la jurisdicción contenciosa ministerial y se pregunta si el prefecto, subprefecto y Alcaldes pueden ser considerados Jueces administrativos.

(21) El Alcalde es *Juez administrativo* y decide controversias con fuerza ejecutoria en los siguientes casos: las cuestiones surgidas entre el particular adjudicatario de un servicio de barcas o balsas de paso y los usuarios del servicio acerca de la percepción y pago de las tasas debidas por el uso del servicio: las cuestiones surgidas entre patro-

También entre las atribuciones del Prefecto se distingue la que éste tiene como representante del Estado, como representante del Departamento, como tutor de los Municipios, y, por último, las atribuciones del Prefecto como *Juez administrativo* (22). Asimismo este carácter se predica de los Ministros cuando ejercen sus competencias al decidir las reclamaciones suscitadas por las decisiones de los Prefectos, o las cuestiones relativas a las deudas de los Municipios, al resolver sobre las deudas del Estado de todo tipo por incompetencia de los Tribunales ordinarios, sobre las cuestiones suscitadas por los contratos de suministros, reclamaciones de pensiones, etc. La importancia mucho más acusada, por razón de la materia y por razón de su posición jerárquica de sus poderes del Ministro, provocará que desde mediados de siglo comience a conocerse en Francia la teoría de los Jueces administrativos de excepción por su expresión más abreviada y característica de la teoría del *Ministro-Juez*.

En España las cosas ocurren de manera similar. COLMEIRO (23), dentro de la parte de su obra dedicada a la jurisdicción administrativa, distingue entre Tribunales administrativos (Consejos Provinciales y Consejo Real) y los *Jueces administrativos de excepción*. Pero merece la pena detenerse un tanto en la justificación que brinda acerca de la existencia de poderes judiciales en los órganos activos de la Administración:

---

nos y obreros con motivo de las inscripciones que se deberían realizar por aquéllos en las cartillas o libretas de trabajo. Con la misma expresión se describen facultades municipales sobre prevención de daños con motivo de transporte de mercancías por circulación rodada en los campos públicos y en materia de urbanismo. Esta enumeración la tomamos del *Dictionaire*, cit., pág. 1.197.

(22) Entre éstos se citan las competencias para decidir las controversias suscitadas entre los asistentes a carreras de caballos, la decisión de las reclamaciones contra las decisiones del subprefecto para asegurar con medidas provisionales la cesación de daños en materia de contravención de *grande voirie*; su competencia sobre controversias originadas por las decisiones de los Alcaldes entre los empleados de la *Regie* y los *stancards*, los relativos a la exactitud de la declaración de precio de venta; la decisión de las cuestiones suscitadas entre los recaudadores de contribuciones en régimen de arrendamiento y los Municipios sobre la recaudación y percepción de las tasas y el sentido e interpretación de las cláusulas de adjudicación de los arriendo recaudatorios; en materia de venta de bienes nacionales, al declarar y dar fuerza ejecutoria a la liquidación de las cantidades debidas por las ventas y asimismo al decidir sobre las dificultades sobrevenidas relativas a la cifra o a la exigibilidad de la deuda. Del *subprefecto* a su vez se afirma su carácter de Juez al decidir, según el Código forestal, sobre las cuestiones suscitadas durante las operaciones de adjudicación de cortas de arbolado en bienes demaniales, y en la que conviene a la validez de dichas operaciones o a la soberanía de los que hubieran hecho las ofertas y sobre las fianzas (*Dictionaire*, cit., pág. 659).

(23) Op. cit., libro V, capítulo VI, De los *Jueces administrativos de excepción*.

«Las autoridades activas mandan, no juzgan; administran, no ejercen jurisdicción. Y en verdad nada parece más contradictorio que el carácter de administrador y juez al mismo tiempo. La Administración pura requiere libertad en el pensamiento, acción rápida y reforma fácil y continua; mientras que todo juicio es lento en sus trámites...

Tales son los principios generales de que se desvía un tanto la Administración *al conceder a las autoridades activas un cierto grado de jurisdicción contenciosa*. Esta excepción puede, sin embargo, justificarse, teniendo en cuenta que hay decisiones urgentes, porque hay necesidad de dirimir pronto ciertas controversias entre los intereses privados y el interés colectivo de la Administración; y *siendo dichos negocios de naturaleza contenciosa*, deben guardarse en su resolución las apariencias de un juicio» (24).

Pero no se crea que esa apariencia de juicio se refiere a aspecto puramente procesal o procedimental. No hay regulado un proceso contencioso-administrativo para estos supuestos y ni siquiera existe en la época que hoy denominamos un procedimiento administrativo. La exigencia de que se guarden las apariencias de un juicio se refiere al efecto posterior a la decisión ejecutoria emanada de estas autoridades. Se trata de que por respeto al derecho de los particulares «las providencias de estos Jueces excepcionales no causen daño irreparable a tercero, por cuyo motivo *casi nunca tienen fuerza de sentencia definitiva*» (25). De aquí la justificación de que frente a las decisiones o sentencias de estos Jueces administrativos de excepción proceda un *recurso de apelación* (26), y de aquí también la explicación de que se considere a los Consejos Provinciales y al Consejo Real como Tribunal de segundo grado, al igual que en Francia al Consejo de Estado. Se trata, pues, de un supuesto de apelación contra una sentencia administrativa, no contra un acto administrativo. Con ello se están poniendo las bases para la posterior conver-

---

(24) Op. cit., II, pág. 248.

(25) Op. cit., II, pág. 248.

(26) Recurso que también se considera extraordinario y excepcional. Así COLMEIRO (op. cit., II, pág. 247), con relación a los Consejos Provinciales, dice que «ejercen una jurisdicción excepcional admitiendo el recurso de apelación: I, contra las providencias de los Gobernadores de provincias... II, contra las providencias de los Ayuntamientos relativas a inclusión en él abiertamente... En ambos casos es verdaderamente excepcional esta jurisdicción, porque siendo *los Consejos Provinciales Tribunales de Primera Instancia, no pueden conocer de ningún asunto en grado de apelación, que no sea en virtud de una delegación, como aquí sucede*».

sión del proceso administrativo en proceso de apelación o revisor de decisiones ejecutorias de la Administración activa.

Para la enumeración concreta de los supuestos en que se da en la Administración activa esa jurisdicción excepcional, COLMEIRO realiza una labor de espigamiento a través de la legislación administrativa para detectar los supuestos en que las autoridades administrativas tenían reconocida la facultad de decidir controversias ejecutoriamente. He aquí su inventario en la edición de 1850 de su *Diccionario administrativo español*:

*Los Alcaldes son Jueces administrativos de excepción* cuando deciden bajo su responsabilidad las reclamaciones de los electores municipales, o cuando realizan los deslindes previos y amojonamientos de las carreteras, sus obras accesorias y terrenos adyacentes, previa citación de los propietarios colindantes. Hay que advertir que los Alcaldes tenían entonces el carácter de Jueces de lo penal, aplicando el libro 2.º del Código relativo a las faltas, con arreglo a procedimiento penal y con apelación de sus sentencias ante los Jueces de primera instancia (27).

*Los Gobernadores de provincia se consideran Jueces administrativos* (28) cuando resuelven las instancias sobre inclusión o exclusión de electores en las listas para el nombramiento de Diputados a Cortes y Diputados provinciales, al declarar de oficio o a solicitud de parte la caducidad de una concesión de aguas públicas, si hay oposición del concesionario, y al designar la parte con que cada pueblo ha de contribuir a la construcción de un camino vecinal. Con carácter general señala COLMEIRO los supuestos en que, según las leyes, los Gobernadores son llamados a decidir alguna cuestión contenciosa previo dictamen favorable del Consejo Provincial, ya que sin el dictamen conforme del Consejo Provincial el acuerdo del Gobernador civil no tendría fuerza ejecutoria. Entre estos supuestos enumera COLMEIRO los relativos a las cuestiones surgidas entre los Alcaldes y los Depositarios de fondos municipales sobre pagos de libramientos no ajustados a las partidas del presupuesto, examen y censura de cuentas de los mismos Ayuntamientos y verificación de las condiciones legales de los electores provinciales electos, la distribución entre los pueblos de la cantidad votada por la Diputación Provincial para la construcción de caminos vecinales y en materia de sorteos para el reemplazo del Ejército.

*Los Ministros son Jueces administrativos de excepción* al calificar los títulos de los partícipes legos y al destituir al patrono de un estable-

---

(27) Op. cit., II, pág. 249.

(28) Op. cit., págs. 249 y 250.

cimiento particular de beneficencia contradiciendo con ello la voluntad del fundador (29).

Con los dichos no se agotan todos los supuestos de *Jueces administrativos de excepción*. COLMEIRO (30) continúa su enumeración, afirmando que el Tribunal Mayor de Cuentas del Reino, los Juzgados privados de Hacienda, Marina y otros privilegiados, ejercen también una jurisdicción administrativa especial, y añade: «*Todavía hay ciertas Corporaciones administrativas que poseen, sin ser Tribunales, una parte de la jurisdicción administrativa especial, como son los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales al decidir las instancias de los pueblos agraviados en el repartimiento de las contribuciones de sangre y dinero, cuyos negocios tienen todos los caracteres de lo contencioso-administrativo; si bien la Ley ha querido dejar expedita la acción de gobierno no sujetando su decisión a los mismos trámites y recursos que por regla general se observan en los demás de su índole*».

Todos estos Jueces excepcionales se vertebran e integran en la jurisdicción administrativa en virtud de la consideración que se les reconoce de instancias jurisdiccionales de primer grado; por ello, como dijimos, contra sus decisiones siempre procede el recurso de *apelación* ante el Consejo Real, que actúa como segundo grado de jurisdicción, y en algunos casos, muy excepcionalmente, ante los Consejos Provinciales (31).

---

(29) Op. cit., págs. 250 y 251.

(30) Op. cit., pág. 252.

(31) Del carácter rigurosamente excepcional de la atribución de competencias decisorio-ejecutorias a los órganos activos de la Administración, derivó la falta de previsión de un proceso al que se tuvieran que ajustar dichas autoridades u organismos para su ejercicio. COLMEIRO dirá que "las Leyes no señalan trámites precisos para deducir el particular su derecho ante los Ministros, los Gobernadores de provincia o los Alcaldes de los pueblos cuando proceden como Jueces administrativos de excepción, pero si prescriben reglas de estricta observancia o con respecto a los juicios administrativos, cuando son los Tribunales a quien de ordinario compete la jurisdicción, los encargados de resolver las cuestiones contenciosas". Testimonia este punto de la inexistencia de un procedimiento administrativo y explicará su necesidad y su origen cuando en una etapa posterior ya sea insostenible la afirmación de que las autoridades de la Administración deciden controversias ejecutoriamente sólo en casos excepcionales.

En el Derecho español siempre se da un recurso de apelación ante los Consejos. Por el contrario, en el Derecho francés en determinados casos (recursos contra las decisiones del Tribunal de Cuentas de los Consejeros de la Revisión para el reclutamiento del Ejército y de la Guardia Nacional) sólo procede a un recurso por infracción de Ley o de procedimiento, es decir, un recurso de casación.



## IV

A partir de 1845 se advierte una pugna en el seno de la legislación administrativa entre las normas y las resoluciones jurisprudenciales que son consecuentes con el principio de negar a los órganos de la Administración activa la potestad de decidir controversias jurídicas y aquellas otras normas y pronunciamientos judiciales que le atribuyen esa potestad, aumentando los supuestos en que las autoridades de la Administración activa podían actuar como *Jueces administrativos de excepción*. Se llegará así a una generalización del privilegio de decisión ejecutoria que obliga a abandonar la doctrina del Ministro-Juez, y en último término, el montaje de un proceso contencioso revisor de actos administrativos ejecutorios, lo que tendrá lugar decididamente por la Ley de SANTAMARÍA DE PAREDES. Veámoslo en las materias más sobresalientes del Derecho administrativo.

a) Consecuentemente con el principio general de que la Administración activa no podría decidir ejecutorianamente sobre derechos ajenos, el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 estableció en su artículo 1.º que en los «negocios en que vienen impuestas obligaciones de la Hacienda y particulares causarán estado las resoluciones que en su nombre adopte el Ministro de Hacienda, y serán revocables por vía contenciosa, a que *podrán recurrir contra ellas tanto el Gobierno como los particulares si creyesen perjudicado su derecho*». El artículo 2.º estableció asimismo la necesidad de que el Gobierno acudiese a la vía contenciosa para revocar las resoluciones de los Directores Generales cuando tuvieren «carácter de definitivas y causasen estado con arreglo a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos especiales». Se establece asimismo (art. 3.º) «un plazo de seis meses para la interposición del recurso, que para la Administración activa había de contarse desde el día en que la Administración activa entienda que una providencia anterior causó algún perjuicio y ordene que se provoque su revocación por vía contenciosa».

Este sistema se generaliza para todos los demás Ministerios por Real Decreto de 20 de junio de 1858, y todavía está presente en nuestro Ordenamiento en la regulación de la revocación de actos declaratorios de derechos en los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento administrativo y en la regulación del proceso de la lesividad, verdadera reliquia y testimonio vivo de un sistema procesal ya fenecido.

b) GARCÍA DE ENTERRÍA (32) ha señalado que un «caso típico de recurso interpuesto por la propia Administración en el sistema de las primitivas regulaciones de lo contencioso era del ejercicio la tutela sobre las Corporaciones locales. La Administración Central, con un respeto que sorprende desde las directrices de estricta centralización que domina la legislación local del XIX, debe acudir a los Tribunales contenciosos para obtener la anulación o reforma de las Administraciones locales». La necesidad de acudir a la vía contenciosa para anular los actos de las Corporaciones locales (que se establecía en los artículos 67 y 69 de la Ley de Ayuntamientos de 8 de enero de 1845 y en los artículos 62, 63, 64 y 65 de su Reglamento, y posteriormente en el Título IV de la Ley Municipal de 24 de junio de 1856) no constituye, sin embargo, a nuestro juicio, singularidad alguna ni puede por ello presentarse como un supuesto anómalo digno de ser resaltado; el sistema mismo de lo contencioso negaba con carácter general a la Administración activa esos exorbitantes poderes anulatorios y revocatorios y los había atribuido a la Administración *in sede* contenciosa.

c) En el Derecho francés a los Consejos de Prefectura se atribuye la competencia sobre los contratos de obra pública por la Ley de 28 de *pluviose* del año VIII, mientras que sobre las cuestiones contenciosas relativas a los contratos de suministros previstos por el Decreto de 11 de junio de 1806 se atribuye la competencia a los Ministros, que actúan aquí como Jueces de excepción, como Jueces de primer grado, salvo recurso de apelación al Consejo de Estado.

En nuestra Patria, sin embargo, la legislación sobre los Consejos Provinciales y el Consejo Real atribuye directamente la competencia sobre todo tipo de contratos para obras y servicios públicos al Consejo Provincial y al Consejo Real. Nada, pues, de atribución a la Administración activa de funciones decisorio-ejecutorias, como expresamente, además, lo reiteró el artículo 3 del Real Decreto de 23 de septiembre de 1846 (33).

Pero el Consejo Real había de saltar inmediatamente por encima de ese reparto de competencias, atribuyendo a los Ministros y al Gobierno potestades decisorio-ejecutorias. Como ya expresé más pormenorizadamente en otra ocasión (34), el Consejo Real se pronuncia explícitamente sobre la cuestión en el Real Decreto-sentencia (asunto Eire) de 15 de no-

---

(32) Op. cit., pág. 114.

(33) Así en mi libro *Los orígenes*, cit., págs. 97 a 103 y 157.

(34) *Los orígenes*, cit., pág. 177.

viembre de 1849. He aquí los términos de tan trascendental pronunciamiento :

*«Considerando que el único fundamento de la demanda de Carlos EIRE consiste en suponer que mi Gobierno no está facultado para rescindir por sí y ante sí el contrato celebrado directamente con el demandado, puesto que la rescisión de los contratos es por su naturaleza esencial y exclusivamente contenciosa, cuya doctrina es ilegal e incompetente, porque con arreglo al indicado párrafo 1.º, artículo 1.º, del Reglamento del Consejo Real, en concepto de Tribunal, puede conocer únicamente en primera instancia de las demandas, así como, según el citado artículo 8.º de la Ley del 2 de abril de 1845, los Consejos Provinciales, en igual concepto, sólo pueden conocer de los asuntos contenciosos, todo lo cual supone la facultad que reside en la Administración activa para decidir previamente los mismos asuntos por vía gubernativa».*

En virtud de esta doctrina, los Ministros vendrán a ser considerados Jueces administrativos de excepción en materia de contratos. COLMEIRO ya recoge el supuesto en la edición de su libro de 1850 (35).

Pero además de este reconocimiento jurisprudencial, la atribución de poderes decisorio-ejecutorios en materia de contratos a la Administración activa había de ser pronto favorecida por el Real Decreto firmado por BRAVO MURILLO de 27 de febrero de 1852, primera regulación sistemática del procedimiento de selección de contratistas, cuyo artículo 9 transcribe un precepto similar a la Ordenanza francesa de 1836. El artículo citado no atribuye a la Administración activa facultades decisorio-ejecutivas, pero prevé que se pacte expresamente en el contrato su atribución a los órganos activos de la Administración :

*«En los pliegos de condiciones deberán preverse los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que se hubiese de compeler a aquéllos a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa. Cuando ocurriesen tales casos, las disposiciones gubernativas de la Administración serán ejecutivas».*

---

(35) Op. cit., pág. 251.

De esta forma, apoyada en jurisprudencia del Consejo Real y en las reservas y cláusulas expresas de los contratos, se fué abriendo paso y generalizando la prerrogativa de acción unilateral de la Administración activa en materia de contratos. Esta técnica ha de producir importantes consecuencias en la posterior formulación de la teoría de los contratos administrativos, cuya singularidad se reduce, en último término, en predicar de la Administración activa, que es una parte en el contrato, la detentación de los poderes judiciales de anulación, rescisión e interpretación, y ello por la vía del reconocimiento de la potestad de decisión ejecutoria sobre las cuestiones controvertidas (36).

d) Los franceses han tenido bastante suerte con su Derecho penal. En Francia todavía está vigente el Código penal napoleónico de 1810 y todavía se mantiene el principio de que la materia penal es atribución exclusiva de los Tribunales penales, negándose en consecuencia a la Administración activa la posibilidad de imponer sanciones.

Las infracciones a los Reglamentos de Administración pública se tipifican específica o genéricamente como delitos o contravenciones, y como tales son castigados por los Tribunales.

A mantener la fuerza de ese sistema ha ayudado no poco el que el Código napoleónico haya partido del principio establecido en 1810 en su artículo 484, y hoy vigente en el artículo 486 del Código penal francés, de que las infracciones tipificadas en el Código penal no agotaban la materia penal ni la competencia por ello de los Tribunales penales:

*«Dans toutes les matières qui n'ont pas été reglées par le present Code et qui sont regies par des lois et reglaments particulieres, les Cours et les Tribunaux continuaient de les observer».*

De esta suerte, la materia penal no se subdivide en materia penal propiamente dicha y materia penal administrativa.

Pero este principio general tuvo y tiene algunas, aunque leves, excepciones: las contravenciones de *gran voir*, es decir, ciertos atentados o degradaciones, voluntarias o involuntarias, del dominio público, eran competencia de los Consejos de Prefectura, que imponían las multas pertinentes. Pero esta competencia de los Consejos de Prefectura no era una competencia de segundo grado o revisora de la multa impuesta previamente por la Administración activa, sino que la imponía este Tribunal directamente a través del procedimiento denominado conten-

---

(36) *Los origenes*, cit., págs. 155 a 233.

cioso de represión. A partir de 1926 solamente algunas de estas infracciones de *grande voire* siguen siendo competencia de la jurisdicción administrativa, habiendo pasado en su mayor parte a los Tribunales penales.

Otra excepción al principio de atribución completa al Juez penal de las competencias represivas está en la actualidad constituida por la llamada potestad disciplinaria, sobre funcionarios o sobre los miembros de los Colegios profesionales. Hay aquí, además, privilegio de decisión ejecutoria: la Administración activa impone la sanción a resultados de su impugnación y revisión posterior por la jurisdicción administrativa.

Como se ve, esta competencia represiva de la Administración pública francesa es mínima, aunque hay indicios y tendencias recientes de ampliación que han sido ya denunciadas como atentatorias al sistema de libertades públicas (37).

Esta situación contrasta con la del Derecho español, en donde el desarrollo del poder sancionatorio de la Administración activa es impresionante. Pero ya lo fué, desgraciadamente, en el origen del establecimiento del sistema administrativo. La legislación de 1845 atribuyó ya competencia sancionatoria, con posibilidad de usar el privilegio de decisión ejecutoria, a los órganos activos de la Administración. De esto fué en parte culpable el estado de desorganización de los Tribunales penales (38).

(37) BURDEAU, Georges, *Les libertés publiques*, "Librairie Général de Droit et de Jurisprudence", París, 1966, págs. 39-41. Señala este autor que la sanción normal de la función de policía es la sanción penal prevista por una Ley especial o, en su defecto, la del artículo R. 26, 15, del Código penal, que castiga con multa a aquellos que hubiesen infringido los reglamentos legalmente hechos. Pero admite que, no obstante, "se puede comprobar que existe una tendencia a doblar la sanción normal resultante de la acción del Ministerio Fiscal, por sanciones propiamente administrativas. Esta es una actitud que crea graves problemas en la teoría jurídica, constituye un hecho *de nature a menacer gravement les libertés fondamentales de l'individu*."

"El atentado a las libertades por las sanciones administrativas—sigue diciendo—reside esencialmente en el hecho que los particulares son privados de las garantías tradicionales, especialmente de la protección que se deriva de la competencia de los Tribunales judiciales..." El control del Juez administrativo es menos protector que el de los Tribunales penales, porque de una parte no puede apreciar la oportunidad de la sanción y de otra no puede discutir la gravedad de la sanción en relación a los hechos que se imputaron al recurrente". Por último, la anulación de una sanción administrativa no se produce más que bastante tardíamente, una vez que ha sido ejecutada, por lo que resulta platónica la decisión de anulación".

(38) La potestad penal o sancionadora la justifica SILVELA (op. cit., pág. 45) en los siguientes términos: "Los *Tribunales administrativos* no castigan precisamente por escarmentar; no obran con el fin único o preponderante de que la mala acción lleve tras de sí consecuencias capaces de arredrar a los atrevidos, aunque éste sea indudablemente uno de los efectos de la pena. Su principal objeto, el que verdaderamente se propone obtener, es la reparación del daño: remediar el mal producido, sacando lo necesario del bolsillo del causante. Más bien que un fin moral, tienen una tendencia

A los Gobernadores de provincia, el artículo 4 de la Ley de 2 de abril de 1845 atribuyó competencia para «reprimir y castigar todo desacato a la religión, a la moral, a la decencia pública y cualquier falta de respeto a su autoridad, imponiendo las penas correccionales que en esta Ley se determinan, y sometiendo a la acción de los Tribunales de Justicia los excesos merecedores de mayor castigo». El artículo 5 de esta misma Ley permitía al Gobernador imponer correccionalmente «*multas hasta un máximo de mil reales e imponer en caso de insolvencia la pena de detención, sin que el término de ésta pueda nunca pasar de un mes*». Asimismo este precepto dejaba abierta para su desarrollo posterior la potestad punitiva de los Gobernadores al reconocer su facultad de «aplicar gubernativamente las penas determinadas en las Leyes y disposiciones de policía y buen gobierno».

Por otra parte, un apoyo para ese desarrollo de una potestad sancionadora autónoma en la Administración activa, lo que implicaba y supondría un reconocimiento de funciones judiciales de índole penal, vendrá dado por el artículo 493 del Código penal de 1848, y que permitía el establecimiento por vía reglamentaria de sanciones con límite inferior al de las penas señaladas en el libro de faltas del Código penal, salvo lo dispuesto en Leyes especiales.

Pero ante el Consejo Real se planteó la cuestión de si los Alcaldes podían imponer sanciones con independencia y al margen de los poderes judiciales que tenían atribuidos para el enjuiciamiento de las faltas previstas en el Código penal. Por Real Decreto-sentencia de 31 de octubre de 1849 se resuelve esta grave cuestión en términos rigurosamente favorables a la ampliación de poderes sancionadores de la Administración activa (39).

---

económica. Explicada así la índole de la jurisdicción penal administrativa y demostrado, por tanto, que no afectándose con su ejercicio si no tiene intereses, no ha menester ofrecer a las partes las mismas garantías que la justicia ordinaria, fácil es dar a conocer también su necesidad, sobre todo no teniendo nosotros Jueces de paz, ni Tribunales como los llamados en Francia de *policía concesional*, instituidos con un fin de economía y celeridad, para juzgar, casi siempre, cuestiones de hecho.

Obsérvese, sin embargo, que SILVELA no justifica ni atribuye en su proyecto potestad sancionadora a los órganos activos, sino a los *contenciosos de la Administración*. Por ello en su proyecto (art. 19) atribuye a los Consejos *aplicar* la parte contenciosa y penal en los reglamentos y ordenanzas de caminos... en los reglamentos y ordenanzas para el uso de vías navegables, canales de navegación íntima, riego..., policía de tránsito..., ordenanzas de montes y plantías..., ordenanzas o Leyes de caza y pesca..., ordenanzas de correos.

(39) Considerando que al conferir al Código penal a los Alcaldes la atribución de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que en él se mencionan, ha estado lejos de privarles de los demás caracteres, facultades y atribuciones que a dichos

La doctrina sentada en este Real Decreto-sentencia había de ser el origen del segundo párrafo del artículo 505 del Código penal de 1850, antecedente directo del artículo 603 del Código vigente, que completa lo establecido en el artículo 493 del Código penal de 1848 en los siguientes términos :

«Conforme a este principio (el de que por vía reglamentaria no podían imponerse sanciones superiores a las previstas para las faltas), las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las Leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1845 y cualquiera otras especiales competan a los agentes de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir *gubernativamente* las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas Leyes».

De esta forma se legitima la competencia penal de la Administración pública y, lo que es más grave, se declaró competencia *gubernativa*, es decir, de los órganos activos y no de los contenciosos de la Administración pública, lo que comportaba en la época la imposición de sanciones con ausencia total de procedimiento.

e) Las grandes Leyes administrativas de nuestro siglo XIX habían de

---

funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos.

Que correspondiendo por las Leyes a los Alcaldes y otras autoridades administrativas superiores e inferiores la facultad de imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la administración por Leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se extendiese en el concepto de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas y todas las faltas juzgadas por los Alcaldes con la dependencia y bajo la subordinación de los Jueces de Primera Instancia.

Que esta interpretación acarrearía los graves inconvenientes: 1.º De que se entendiese variada la forma actual de la Administración Pública en su parte más esencial que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes. 2.º De que esto sucediese con motivo de una Ley provisional, en la cual, ni en el Código para cuya observancia fué dictada, no se trató ni discutió de propósito un punto de tanta trascendencia, a fin de evitar los conflictos entre la Administración y la autoridad judicial. 3.º De que con esta doctrina deberían ceñirse y concentrarse en el juicio de los Alcaldes y Tenientes de Alcalde la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los actos todos de autoridad que requiriesen la imposición de multas u otras represiones semejantes señaladas en las Leyes. 4.º De que según esto estarían los agentes y empleados de la Administración, como tales, sometidos a los funcionarios del orden judicial y además sujetos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia y responsabilidad de la Administración consignadas en la Constitución y en las Leyes..."

partir, también, de un criterio diverso al del sistema contencioso original, ampliando notablemente los casos en que la Administración activa disponía de poderes decisorio-ejecutorios. Lo *gubernativo*, término con que se designa esa potestad, se va ampliando y lo contencioso-administrativo va adquiriendo así su carácter revisor.

A este respecto casi todas las Leyes del siglo XIX contienen en sus últimos capítulos unas normas definiendo la competencia entre lo «gubernativo» y lo «contencioso-administrativo», lo contencioso-administrativo y la cuestión civil.

La Ley de Minas de 6 de julio de 1859, por ejemplo, en su capítulo 13, que se refiere a la autoridad y jurisdicción en minería, proclama ya que «todos los expedientes que se instruyan para obtener concesiones en minería son puramente gubernativos. Se resuelven en definitiva por Reales Ordenes que expide el Ministerio de Fomento» (art. 86). Los *conflictos* entre particulares suscitados en los expedientes no se domicilian directamente en lo contencioso, sino que se resuelven gubernativamente, previa audiencia del Consejo de Estado, que actúa aquí como órgano consultivo y no judicial (art. 87). La Administración activa decide ejecutoriamente sobre permisos o negativas de investigación, permisos para abrir socavones o galerías, sobre concesiones de propiedad de minas, escoriales, terreros y galerías generales, a salvo recurso posterior del Consejo de Estado (art. 89). Es, sin embargo, materia contenciosa y conoce directamente el Consejo de Estado de las cuestiones que se promuevan entre la Administración y los concesionarios sobre la inteligencia y cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión».

La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 distingue también entre atribuciones de la Administración (cap. XIV) y competencia de los Tribunales (cap. XV), y llega al límite máximo en la atribución de competencias jurisdiccionales a la Administración activa. Todo lo contencioso-administrativo es previamente gubernativo, y por ello, en el artículo 248 se atribuye a la Administración activa la competencia de resolver definitivamente todas las cuestiones que se susciten en la aplicación de la Ley... y acordar y ejecutar la demarcación, apeo y deslinde de cuanto pertenezca al dominio público. El artículo 253 hace de la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción simplemente revisora de las providencias administrativas (arts. 251 y 253).

Esta distinción entre lo gubernativo y lo contencioso-administrativo en la legislación del siglo XIX no tendría sentido si el sistema de la jurisdicción contenciosa fuera, como es ahora, un proceso esencialmente



revisor, en el cual todo lo contencioso es antes necesariamente gubernativo, y todo lo gubernativo puede ser cuestión contenciosa *a posteriori*.

Con anterioridad a la legislación que hemos citado, la Ley de Administración y Contabilidad de 20 de febrero de 1950 había deslindado perfectamente lo «administrativo» o «gubernativo» frente a lo contencioso-administrativo en forma, como era de esperar, muy favorable a la Administración activa y contraria a la Administración *in sede* contenciosa.

Por de pronto, toda la materia tributaria propiamente dicha se declara gubernativa y se levanta, además, contra su conversión en contencioso-administrativo el obstáculo del principio *solve et repete*. Se declara por ello que «corresponde a la Administración activa» proceder contra los deudores de la Hacienda pública hasta conseguir la cobranza de los créditos liquidados a su favor, *cuyos procedimientos son puramente gubernativos, sin que puedan pasar a contenciosos mientras no se realice el pago o consignación de lo líquido en las Cajas del Tesoro*». Asimismo se declararon puramente gubernativos los procedimientos para el reintegro de la Hacienda pública en los casos de alcances, malversación de fondos o desfalcos, cualquiera que sea su naturaleza y se sigan por la vía de apremio, mientras sólo se dirijan contra los empleados alcanzados o sus bienes y contra los fiadores o personas responsables»...

Serías dificultades originaron las cuestiones conflictivas referentes a venta de bienes nacionales. En principio, por Real Orden de 14 de junio de 1848, como refiere GARCÍA DE ENTERRÍA (40), dictada de conformidad con el Consejo de Estado en Pleno, se declaró «contencioso-administrativo y de la competencia de los Consejos Provinciales, y del Real en su caso, todo lo relativo a la validez o nulidad de las ventas de bienes nacionales, a la interpretación de sus cláusulas, a la designación de la cosa enajenada y declaración de la persona a quien se vendió y a la ejecución del contrato» COLMEIRO (41) dirá que estas cuestiones son de la competencia de los Consejos «*si no hubieran podido terminarse mediante avenencia por la vía gubernativa*». Lo cierto es, sin embargo, que inmediatamente la Administración activa comenzó a decidir estas cuestiones y los Tribunales contenciosos se limitaron a revisar los acuerdos y revisiones previas, justificando y admitiendo esa potestad decisorio-ejecutoria a la Administración activa.

Curiosa es la regulación de la materia relativa a daños y perjuicios. La citada Ley de Administración y Contabilidad de 1950 estableció que «ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o

(40) Op. cit., pág. 122.

(41) Op. cit., tomo II, pág. 196.

a título de equidad es admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funda el reclamante, quedando a éste el recurso que corresponde por la vía contencioso-administrativa, el cual también prescribe por el transcurso de dos años a contar de la misma fecha». Es decir, si en el plazo de un año no se había sustanciado la reclamación en vía gubernativa, o con independencia de ella, cabía siempre plantear directamente la cuestión ante los Consejos.

La tónica general, sin embargo, de la legislación especial, insistimos una vez más, es contraria y denegatoria del sistema contencioso como sistema de resolución de conflictos sin previa resolución de los órganos activos de la Administración. En todo caso, los acontecimientos habían desbordado el esquema inicial de separación de competencias entre los órganos activos y contenciosos de la Administración, y con ello el concepto mismo de lo contencioso-administrativo se iba desplazando hacia su actual configuración como proceso a un acto administrativo ejecutivo. Una drástica y dramática alternativa se ceñía sobre el sistema contencioso: o se derogaban y se dejaban sin efecto las facultades gubernativas de resolver controversias, o se respetaban, en cuyo caso era insostenible continuar con un proceso de primera instancia. SANTAMARÍA DE PAREDES resolverá este nudo gordiano generalizando decididamente la potestad gubernativa de decisión ejecutoria y convirtiendo el proceso contencioso en proceso de apelación o revisor, como más adelante veremos, ratificando la necesidad de la decisión previa gubernativa que habían establecido ya la Real Cédula de 30 de enero de 1855 para la Justicia administrativa en Cuba (art. 120) y el artículo 91 de la Ley de 25 de septiembre de 1963 (41 bis).

## V

Naturalmente que era más cómodo para la Administración activa decidir ejecutoriamente las controversias en los asuntos de su competencia que iniciar el correspondiente proceso ante la Administración con-

---

(41 bis) Artículo 120 de la Real Cédula de 30 de enero de 1855: "Compete a las Reales Audiencias constituídas en acuerdo conocer en la vía contenciosa, después de agotada la gubernativa ante las autoridades gubernativas por su orden jerárquico, de los agravios que se causen a los particulares en la aplicación de las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos administrativos, ofendiendo su verdadero derecho".

Artículo 91 de la Ley de 25 de septiembre de 1863: "No podrá entablarse ninguna demanda ante los Consejos Provinciales sin que el Gobernador hubiese dictado providencia en el asunto que se ventile, salvo que otra cosa disponga una Ley especial".

tenciosa todas las veces que cualquier sujeto hiciera patente su oposición a una actuación administrativa. Las Leyes españolas promulgadas después de 1845, como vimos, fueron condescendientes con esta tendencia natural de ampliación de poder de la Administración activa ampliando «lo gubernativo», que era ampliar los casos en que las autoridades administrativas podían actuar como Jueces administrativos de excepción.

También era más cómodo para la Administración contenciosa, es decir, para los Consejos Provinciales y el Consejo Real, y en general, para los Tribunales administrativos, que todo tipo de asuntos les llegasen decididos en vía gubernativa o primera instancia. Siempre es más cómodo y fácil para cualquier Juez fallar en apelación. Pero, incluso, aunque los Consejos Provinciales y el Consejo Real hubiesen realmente pretendido negar a las autoridades administrativas y reservarse para sí el poder judicial de la decisión ejecutoria, se hubieran impuesto una tarea superior a sus propias fuerzas. No hay que olvidar que desde un punto de vista orgánico la Administración *in sede* contencioso en parte era la misma que la Administración activa; y en parte, estaba por ésta controlado. El Consejo Real lo preside el Presidente del Consejo de Ministros; formaban frente a él, como consejeros, todos los Ministros, y a propuesta del Gobierno el Rey nombraba a los consejeros ordinarios y extraordinarios, aunque éstos no intervenían en los asuntos contenciosos. Asimismo los Consejos Provinciales eran presididos por el Gobernador y formados además por tres a cinco vocales nombrados por el Rey, de los cuales dos, por lo menos, debían ser letrados.

Con esta organización ¿cómo esperar que los Consejos Provinciales y el Consejo Real se opusieran a que las autoridades administrativas decidieran ejecutoriamente fuera de los casos o sólo en los casos en que por la doctrina de los Jueces administrativos de excepción tenían reconocida esta facultad? Pero, además, aunque así lo hubieran pretendido, los Consejos Provinciales y el Consejo Real no hubieran tenido otro camino que la anulación, *a posteriori*, de la resolución que hubiera invadido su competencia decisorio-ejecutoria de primer grado (42), supuesto

---

(42) El peligro de que los órganos activos de la Administración decidieran ejecutoriamente controversias, había sido observado por SILVELA (*op. cit.*, pág. 40): “De dos modos —señala— puede errar el jefe público: o remitiendo al Consejo asuntos de la Administración activa, o juzgando él algunos de los contenciosos. En el primer caso, el Consejo está autorizado expresamente por un artículo para no juzgar, devolviendo el expediente... Si, por la inversa, el jefe político juzga algo de lo contencioso, el Tribunal superior reforma sus decisiones a petición de la parte interesada. Cualquiera de estos dos males es ciertamente menor que el que antes se ha señalado”. Alude SILVELA al riesgo, para él de mayor gravedad, de que el Consejo, al disponer de la iniciativa de resolver por sí mismo cuáles eran asuntos contenciosos y cuáles gubernativos, pudiera paralizar

que el sistema de conflictos regulado por el Real Decreto de 4 de junio de 1847 no había imaginado la posibilidad de cuestiones de competencia dentro de la propia Administración entre la Administración activa y la Administración contenciosa, y mucho menos que por esta última se pudiese provocar un conflicto a las autoridades de la Administración activa, posibilidad negada incluso para los Jueces y Tribunales civiles y penales (43).

Todo favorecía, pues, que la premisa capital del sistema contencioso de otorgar facultades decisorio-ejecutorias de primer grado al Consejo Real y a los Consejos Provinciales, comenzara a ser inmediatamente desbordada tan pronto como fué establecida.

Las cosas ocurrieron como, dadas todas estas condicionantes, tenían

---

“cuando a bien tuviese, o sin quererlo, la acción del Gobierno; que, como tantas veces se ha repetido, debe quedar siempre libre”.

De aquí que en el artículo 18 del proyecto SILVELA y en los Reglamentos de los Consejos Provinciales y del Consejo Real se otorgase al jefe político o al Ministro la facultad de decidir a la vista de la demanda, si el asunto era gubernativo o contencioso. Así, en los artículos 24 y 25 del Reglamento de los Consejos Provinciales de 1 de octubre de 1845, se estableció que “si en vista de la demanda decidiere el jefe político que el asunto que la motiva es de su exclusiva competencia, lo resolverá gubernativamente por sí y comunicará su resolución al demandante. Cuando éste insista en que el asunto no es de la competencia del jefe político, sino de la del Consejo Provincial, podrá recurrir al Ministerio de la Gobernación de la Península, por el que, oído el Consejo Real se decidirá lo conveniente. Si el jefe político estimare el asunto de la competencia, mandará que se dé cuenta a éste de la demanda, por la Secretaria del mismo Consejo”.

Una regulación similar se contiene en el artículo 52 del Reglamento del Consejo Real, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846: “Si en vista de la demanda estimara el Ministro de la Corona que procede la vía contenciosa, remitirá el expediente al Consejo para el curso correspondiente. Si el Ministro de la Corona no lo estimare así, desde luego, oírá gubernativamente al Consejo sobre esta cuestión previa, y la resolverá, en vista de la consulta, sin ulterior recurso”.

A POSADA HERRERA no le satisfacía este sistema, que dejaba, en cierto modo, indefenso al particular: “Yo creo —afirma— (op. cit., en GALLOSTRA, pág. 218) que no se debe cerrar al interés individual una puerta, cuando puede tener dos abiertas a la vez. Si el individuo desconfía de que el jefe político cumpla con su deber y remita pronto el negocio al Tribunal; si el individuo se queja tal vez de este mismo jefe, ¿por qué no se le ha de dar esta garantía, permitiéndole ir directamente al Tribunal contencioso-administrativo? Por otra parte, es necesario, en cualquier sistema que se adopte, conceder al individuo particular la facultad de acudir al Tribunal para quejarse del jefe político que no remitió pronto su solicitud. Y puesto que el jefe político no remita prontamente el expediente o no responda a la solicitud del interesado, se ha de permitir de necesidad que acuda al Tribunal, mejor es concedérselo desde luego y poner en su mano que elija cualquiera de los medios que tiene de obrar”.

(43) En este sentido, el artículo 2.º del Real Decreto de 4 de junio de 1847, citado en el texto, estableció que las cuestiones de atribuciones que se originen entre dichas autoridades (administrativas y los Tribunales civiles y especiales) sólo los Gobernadores pueden promover contienda de competencia; y éstas únicamente deben suscitarse para reclamar los negocios cuyo conocimiento les corresponde o puede corresponder en sus respectivas provincias, o a la Administración civil en general.

que ocurrir. Pero lo que sorprende es que suceso tan importante como el nacimiento del poder general de decisión ejecutoria para todas las autoridades de la Administración, lo que suponía la alteración total del sistema contencioso, haya pasado inadvertido para la doctrina. Después de COLMEIRO y COS GAYÓN, que publica su diccionario *Manual de Derecho administrativo español* en 1860, no se vuelve a hablar de los Jueces administrativos de excepción, teoría que había que atacar y justificar expresamente su abandono para que la facultad de decisión ejecutoria generalizada fuese admisible.

En Francia, por el contrario, la teoría no se abandonó sin las debidas justificaciones. El primer ataque importante viene, al parecer, según cuenta LAFERRIÈRE (44), de M. BOUCHENE-LEFER, en un artículo publicado en la *Revue Pratique de Droit Français*, en 1863. Dentro del Consejo de Estado tampoco parecía satisfacer ya la teoría del Ministro-Juez. AUCOC, en unas conferencias que pronuncia en «l'École de Ponts et Chaussées», niega la teoría del Ministro-Juez en todos los casos en que hasta entonces se había admitido, salvo en los supuestos en que el Ministro resuelve por su potestad jerárquica contra las decisiones de sus subordinados. Antiguos expositores de la doctrina le abandonan posteriormente: así, DUCROCQ, en la edición de 1874 de su *Cours de Droit Administratif*.

Las razones de este abandono de la teoría del Ministro-Juez las resume magistralmente LAFERRIÈRE en la siguiente forma: Las autoridades administrativas y el Ministro pronuncian sus decisiones de oficio y no a petición de parte, como los Jueces; el Juez es sólo Juez y no parte en el asunto que él mismo decide como Ministro; el Juez, una vez pronunciada su sentencia, se desentiende de ella y no se persona como el Ministro en calidad de parte en el proceso de apelación; el Juez no puede volverse atrás de sus decisiones, mientras el Ministro puede revocarlas; las decisiones de los Ministros no tienen que ser motivadas y fundadas como las sentencias de los Jueces; por último, la circunstancia de que las decisiones de las autoridades administrativas tengan fuerza ejecutoria es algo natural en los poderes del Administrador, que es una parte de la autoridad ejecutiva del Estado.

Desde un punto de vista formal, este análisis diferenciador entre las sentencias de los Jueces y las decisiones de las autoridades administrativas es perfecto. Pero la simple consecuencia de este análisis acerca de que no hay similitud entre la función de un Juez y la de una autoridad

---

(44) Op. cit., tomo I, pág. 452.

administrativa es insatisfactoria, porque el razonamiento se para en su punto de más interés, sin sacar todas las consecuencias de ese análisis, que obligarían precisamente a sostener que los poderes de decisión ejecutoria de las autoridades administrativas no son similares a la de los Jueces, *por ser superiores a las de éstas*. En efecto, si el Ministro o la autoridad administrativa estatuye y decide de oficio, a lo que no llega el poder del Juez civil; si además decide ejecutoriamente sobre cuestiones en que es parte interesada; si puede sostener en el proceso de apelación la validez de su propia decisión de primera instancia, compareciendo en él como parte procesal; si puede revocar su propia decisión ejecutoria; si puede dictar la sentencia sin la carga de una motivación y fundamentación adecuada; si puede hacer todo esto, a lo que el Juez no puede llegar, es que el Ministro o, en general, la autoridad administrativa con competencias decisorio-ejecutorias, es más, tiene más poder judicial, que el propio Juez de primer grado o instancia.

Pero este ataque a la teoría del Ministro-Juez es posible no sólo porque se da de lado a este aspecto nada desdeñable de la cuestión de que la autoridad administrativa tiene poderes judiciales superiores al Juez, sino también porque se margina y se huye de analizar la cuestión desde la perspectiva del concepto de función judicial vigente en todo el siglo XIX, como función o poder de decidir controversias jurídicas y ejecutar la decisión.

Sólo ocultando estos dos datos era posible justificar la generalización de poderes decisorio-ejecutorios en las autoridades de la Administración activa, sin que se resistieran y quebraran los más elementales principios del liberalismo jurídico que habían tolerado esos poderes decisorios de la Administración activa sólo en casos excepcionales.

## VI

Ni que decir tiene que cuando se aprueba la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES, por declaraciones legales o pronunciamientos jurisprudenciales, todo lo contencioso-administrativo era ya previamente «gubernativo» por una extensión desmesurada, por una generalización, en suma, de los supuestos en que las autoridades de la Administración activa actuaban como *Jueces administrativos de excepción*. Hasta tal punto es esto evidente, que hasta la propia terminología de *Jueces administrativos de excepción* desaparece de la literatura jurídica española sin la menor resistencia, sin suscitar debate alguno.

SANTAMARÍA DE PAREDES liquidará definitivamente la cuestión. Tras su aparente y declarada neutralidad sobre el concepto de lo contencioso-administrativo, que proclama en su famoso Discurso ante la Cámara el 14 de diciembre de 1887, viene a defender un concepto del mismo precisamente de signo inverso al de la legislación de 1845: así justificará la no definición de lo contencioso-administrativo en la Ley, alegando que no era satisfactoria una enumeración casuística y porque tampoco era propio de una Ley dar definiciones generales necesariamente científicas. Pero de las condiciones de admisibilidad del recurso y de lo que en otros lugares del mismo expone se deduce que su concepto de lo contencioso-administrativo apenas tenía nada que ver con las ideas de primeros y mediados de siglo. Lo contencioso se define ya por la revisión de decisiones administrativas previas y ejecutorias.

No hay, por otra parte, la menor alusión en su Discurso a la teoría de los Jueces administrativos de excepción. No hay tampoco la menor teorización y justificación sobre el privilegio de la decisión previa ejecutoria administrativa. Tal poder en la Administración activa se da por supuesto. No se discute. Todo el esfuerzo argumental de SANTAMARÍA DE PAREDES parte de que *«la Administración ha obrado ya; ha vencido las resistencias que se presentaban para el cumplimiento de la Ley; la Administración ha resuelto todas las dificultades que coinciden en su aplicación; ya no se trata de impedir el cumplimiento de la Ley, sino de juzgar el acto administrativo»* (45).

Partiendo de aquí, todo se reduce a determinar quién juzgará la actuación administrativa en una especie de segundo grado jurisdiccional, en ese proceso de apelación a que sustancialmente se reduce el proceso contencioso. Y entonces la discusión es puramente organizatoria. ¿Quién

---

(45) El Discurso está publicado como apéndice a su libro *Curso de Derecho administrativo* (4.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1884, págs. 839 a 874). La preocupación de asegurar el privilegio de decisión ejecutoria es lo que lleva a atribuir la competencia sobre contratos para obras y servicios públicos, aun reconociendo su naturaleza civil: "Creemos, pues, que en buenos principios, como cree el mismo partido conservador, o al menos algunos de sus dignísimos individuos, como el señor conde de TEJADA DE VALDOSERA, y como afirma la Comisión de Notables en el Preámbulo de su proyecto, que los contratos de servicios públicos son materia de la jurisdicción ordinaria, sin que por esto se entienda, debo añadir, que tales contratos pierdan su efectividad, y ni que por ello pueda privarse a la Administración de la facultad de obligar a su cumplimiento por la vía de apremio, ni de modificarlos, suspenderlos o rescindirlos, si lo exigiere el interés público".

Al margen de la cuestión central de este trabajo, aventuramos la opinión de que ni del discurso de SANTAMARÍA DE PAREDES, ni del sistema de la Ley de 1888, se deduce la imposibilidad de un recurso de simple anulación, además del recurso de plena jurisdicción. No se oponía a ello, en efecto, la consecución del recurso contencioso-administrativo a la fiscalización exclusiva de la potestad reglada, dado que el concepto de ésta, inspirado

¿juzgará aquella decisión ejecutoria?; ¿será la misma Administración infractora (sistema administrativo puro) o un Tribunal contencioso-administrativo dentro del Consejo de Estado, con jurisdicción delegada (sistema administrativo ecléctico)?; ¿se podrá admitir un proceso revisor por Jueces comunes, a lo que se opone el principio de división de poderes? (sistema judicial puro); ¿o debe, por el contrario, atribuirse la jurisdicción administrativa a un Tribunal especial que no pertenezca al orden administrativo ni al judicial? (sistema armónico). Esta es la solución que propone, que hace aprobar a la Cámara, y de la que en parte, a nivel de Tribunal Supremo, todavía vivimos.

Todo el discurso de SANTAMARÍA DE PAREDES girará en torno a la jus-

---

en VIVIEN, llega a incluir las condiciones establecidas sobre el fin, la competencia y el procedimiento y los requisitos de validez de los actos administrativos: "Es reglada la potestad —afirma— cuando *por no haber estas razones especiales que escapan a la previsión*, o por estimar conveniente encauzar la acción administrativa a fin de evitar el *abuso*, se la fijan límites, se la prescriben condiciones, ya obligando a oír a determinados Cuerpos, ya exigiendo la aprobación o el asentimiento de una autoridad superior, ya estableciendo ciertos requisitos, sin los cuales el acto administrativo no es válido; y desde el instante en que existen estas condiciones, estos requisitos, estos trámites, ya la Administración tiene que sujetarse indefectiblemente a ellos, quedando convertida su facultad discrecional en reglada". Según el Reglamento de la Ley de 1890 (art. 4), correspondían a su vez a la potestad discrecional: 1.º Las cuestiones pertenecientes al *orden público o de gobierno*, y las *disposiciones de carácter general* relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puedan dar lugar; 2.º Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por Leyes especiales; 3.º Las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no prefijados por una Ley o un Reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales.

Tampoco se oponía a la admisión de un recurso de anulación el requisito de que la "resolución administrativa vulnere un derecho de carácter administrativo", porque el término "derecho" no se emplea en sentido técnico como derecho subjetivo, opuesto al concepto de simple interés. Por el contrario, "derecho" es aquí *sinónimo* de regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesto a regla o norma de Derecho civil. En este sentido, afirma SANTAMARÍA DE PAREDES en el Discurso que "se entenderá lesionado el derecho del particular cuando previamente la Ley o el Reglamento haya fijado ciertas condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa, y la autoridad haya faltado a ellas en *perjuicio del particular que haga la reclamación*. Y para que no haya duda alguna, confirmamos por modo negativo la definición, excluyendo de lo contencioso-administrativo todos aquellos asuntos que se refieren a la potestad discrecional de la Administración, o en que haya obrado como persona jurídica, o en que, aun obrando como poder público, haya lastimado derechos civiles". Al comentar este mismo requisito en su obra (pág. 791), *no distingue entre derecho o interés, sino que únicamente aclara que por falta de este requisito "no cabe recurso contencioso-administrativo en las cuestiones de índole civil o criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria u otras jurisdicciones"*.

Por último, y volviendo al tema de la decisión ejecutoria, SANTAMARÍA DE PAREDES (página 68) distingue dentro de la potestad jurisdiccional entre lo contencioso-administrativo y la jurisdicción en vía administrativa, o sea, la facultad que tiene la Administración de decidir sobre el derecho que debe aplicarse en un caso concreto, dentro de su función ejecutiva; y de obrar en consecuencia.



tificación de la conveniencia de ese Tribunal armónico, formado por lo más selecto de los Tribunales civiles, que representaría al interés privado, y lo más selecto de los funcionarios civiles, que representarían al interés público.

Pero apenas hay en el discurso unas palabras que justifiquen las innovaciones ciertamente trascendentales del procedimiento, pues nada menos que la regulación se hace ya, conforme al carácter revisor de la jurisdicción, siguiendo el modelo de los procesos civiles de apelación, frente al modelo procesal de la legislación de 1845, que se inspiraba en el proceso civil declarativo de primera instancia, como dijimos.

A semejanza de los procesos civiles de apelación, el recurso se generaliza sobre un simple escrito de interposición contra la sentencia. Se señala un plazo para la interposición, el de tres meses, plazo sólo operante en los procesos de impugnación y no en los de primera instancia. El Tribunal *a quo*, es decir, la Administración activa, remite los autos, o lo que es igual, el expediente administrativo, al Tribunal *ad quem* (arts. 387 y 391, Ley de Enjuiciamiento civil). Como en el proceso civil de apelación (arts. 855 y 888, Ley de Enjuiciamiento civil), el expediente administrativo se traslada a las partes. A su vista se instruyen las partes o se redactan los escritos de demanda y contestación a la demanda, etcétera.

La segunda consecuencia de que el proceso contencioso se configure como un proceso revisor de decisiones ejecutorias y del reconocimiento generalizado de ese poder decisorio-ejecutorio en la Administración, es la necesidad, sentida inmediatamente, de establecer un procedimiento para que se acomode a él la Administración en esa su actuación pseudo o quasi-jurisdiccional de primera instancia. Un procedimiento administrativo general no era necesario cuando estaba en su apogeo la teoría de los *Jueces administrativos de excepción*, y la Administración activa no decide ejecutoriamente más que en contados y limitados supuestos. La generalización de la facultad decisorio-ejecutoria que la Ley de lo Contencioso de 13 de septiembre de 1888 suponía obliga a pensar en ello. Así, sin que ello sea ninguna casualidad, se aprueba un año después, el 19 de octubre de 1889, una Ley de Bases sobre procedimiento administrativo, procedimiento cuya necesidad el propio SANTAMARÍA DE PAREDES se había encargado de defender, justificándolo en su discurso, en la existencia de procedimiento para los otros dos poderes, el legislativo y el judicial. Y asimismo en las dificultades con que tropieza el poder administrativo en su actuación, que unas veces consisten en la oscuridad de la Ley y en otras ocasiones *«en la oposición de los llamados a obedecer-*

la», descubriendo así la naturaleza judicial o contenciosa de las cuestiones que han de decidirse a través del procedimiento administrativo.

La consecuencia inmediata del abandono de la doctrina del Ministro-Juez no es, por paradójico que parezca, negadora de las potestades judiciales en la Administración activa, sino todo lo contrario. La teoría del Ministro-Juez o de los Jueces administrativos de excepción proclamaba ante todo la *excepcionalidad* de los poderes *decisorio-ejecutorios* en la Administración activa. Su abandono supone sólo el abandono de ese carácter excepcional, y por ello la generalización del privilegio de decisión ejecutoria; ahora, la Administración es siempre Juez de *premier resort*, según la terminología y la concepción doctrinal de lo judicial en la primera mitad del siglo XIX, naciendo la teoría del acto administrativo de la *decisión exécutoire* y del requisito procesal de la *decisión préalable* (46).

Puede decirse, por ello, que el precio que la Administración ha exigido para dejarse enjuiciar definitivamente por los Tribunales de justicia integrados en el Poder judicial e independientes del Gobierno, será precisamente este de hacerse reconocer a sí misma potestades judiciales. Sale de aquí una nueva versión del principio de decisión de poderes sobre la idea del reparto de las funciones jurisdiccionales entre la Administración y el Poder judicial, producto de una transacción o equilibrio entre la concepción racional y judicialista de la Constituyente francesa y de las Constituciones españolas, y la versión de justicia administrativa dependiente del Gobierno, a modo de fuero privativo, que introduce NAPOLEÓN y que se consagra en nuestra Constitución de Bayona.

---

(46) La generalización del privilegio de decisión ejecutoria en la Administración provoca automáticamente la conversión del proceso contencioso, como vimos, en proceso de apelación o revisor. Esto, a su vez, comporta el nacimiento de otro de los requisitos procedimentales más típicos del sistema actual, el de la *decisión préalable*. Si la Administración no ha resuelto espontáneamente una cuestión, es preciso provocarla. No es imaginable llegar a un proceso de apelación ante el Tribunal contencioso sin que se haya sustanciado el primer grado o instancia de la jurisdicción. En Francia, como es sabido, el requisito de la decisión previa no se implanta con carácter general hasta la reforma de 1953 (art. 3 del Decreto de 30 de septiembre). Evidentemente que esta regla no ofrece interés especial en el contencioso de anulación, que presupone siempre una decisión administrativa cuya anulación se pretende; pero sí lo tiene, y mucho, en el recurso de plena jurisdicción, porque impide el ejercicio pronto e inmediato de la acción ante los Tribunales administrativos.

## VII

Pero la generalización del privilegio de decisión ejecutoria no ha sido, por ventura, ni absoluta, ni absoluto es, felizmente, el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. Tres excepciones a ambos principios podemos encontrar en el Derecho español vigente; excepciones que no son otra cosa que pervivencias de aquel proceso contencioso originario en la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956.

El primero de ellos está constituido por el *proceso de lesividad*, reliquia y testimonio de una concepción de la Administración activa y del proceso contencioso, hoy completamente olvidada. Ninguna explicación válida puede darse del proceso de lesividad que no sea la de una muestra todavía viva de un sistema procesal en el que la Administración no podía, con carácter previo al proceso, resolver el conflicto o controversia jurídica, desconocer el derecho real o presunto de su oponente, y comparecer siempre en el proceso en las cómodas posiciones de demandada y poseedora (47). Por el procedimiento de lesividad está ahora obligada la Administración a ejercitar la oportuna acción ante el Tribunal pidiendo la anulación del acto declarativo de derechos, asumiendo la posición procesal de demandante, supuesto absolutamente normal en el sistema contencioso-administrativo originario, como hemos visto.

Otra excepción está constituida por el procedimiento especial de suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales por infracción manifiesta de las Leyes, regulado en los artículos 118 a 120 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa. La Administración Central carece también del privilegio de anular los actos de las Corporaciones locales, y ha de remitir al Tribunal contencioso el expediente para que éste resuelva sobre el fondo. No hay aquí tampoco decisión previa de anulación, sino únicamente suspensión del acuerdo presuntamente ilegal. En este procedimiento es el Abogado del Estado quien informa a la Sala en pri-

---

(47) De aquí que no podamos compartir la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA en su citado trabajo sobre la *Configuración del recurso de lesividad*, en base a la cual la Administración gozaba *ab initio* en nuestro sistema contencioso de una facultad revocatoria de sus actos declarativos de derechos. Este trabajo, que ha inspirado en buena parte este estudio y del que hemos tomado muchos de los datos en él manejados, no ha tenido en cuenta la teoría de los *Jueces administrativos de excepción*, negadora precisamente de dichas potestades, como afirmaron en la época los Decretos de 21 de mayo de 1853 y 20 de junio de 1858. La Administración no podía entonces revocar derechos adquiridos, porque ello implicaba por esencia una cuestión contenciosa, ya que constituye una elemental presunción la de que cualquier persona se opone a ser desposeída de sus derechos en forma unilateral por otro sujeto.

mer lugar, asumiendo por ello la Administración también aquí la posición de demandante.

Técnica similar parece ser, aunque no querida de propósito, la adoptada con respecto a la disolución de Asociaciones por la Ley de 24 de diciembre de 1964, de tal forma que la autoridad gubernativa no puede disolver por sí misma la Asociación, debiendo remitir el expediente en que se ha acordado la suspensión al Tribunal contencioso para que éste decida sobre la disolución (48).

## VIII

A la vista de lo expuesto cabe preguntarse si es posible seguir considerando —como enfáticamente lo afirma la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional— el proceso contencioso-administrativo como una primera instancia jurisdiccional, supuesto el concepto de jurisdicción que se formula en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado como facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado y la compatibilidad del mismo con la generalización del privilegio de la decisión ejecutoria en manos de la Administración.

En segundo lugar, podría cuestionarse cara al futuro sobre la conveniencia de restringir los poderes decisorio-ejecutorios de la Administración y extender la técnica del proceso de lesividad a otros casos en que

---

(48) De esta Ley lo que interesa destacar a nuestros efectos es que la disolución de una asociación es materia reservada a la competencia exclusiva de la autoridad judicial (párrafo V, art. 10) y en principio a las tres jurisdicciones: penal, civil o contencioso-administrativa. La jurisdicción penal, cuando ello sea consecuencia de una condena por delito de los miembros responsables de la asociación; la jurisdicción civil, cuando un particular haya ejecutado esa pretensión de disolución de la asociación a través del correspondiente juicio declarativo, y la jurisdicción contenciosa en los demás supuestos y siempre que “sea parte la Administración”. Ahora bien, el artículo 10, apartado 5, respondiendo a la regulación tradicional, reserva siempre a los Tribunales la posibilidad de dictar el *decreto de disolución*, y en consecuencia parece que esta medida no puede ser tomada por el Gobernador haciendo uso de su privilegio de decisión ejecutoria. Lo que no resuelve la Ley es el problema relativo al procedimiento que ha de seguir el Tribunal contencioso una vez que la autoridad gubernativa le remita el expediente en que ha acordado la suspensión y pretende además que se decrete la disolución. El citado párrafo 5 del artículo 10 se limita a decir que a efectos de la competencia exclusiva del Tribunal sobre la disolución que “los acuerdos de suspensión serán comunicados a la autoridad judicial competente dentro del término de tres días”. Pero ¿qué procedimiento ha de seguir el Tribunal Contencioso? A falta de normas específicas parece que deberá seguirse el procedimiento antes aludido de los artículos 118 y siguientes de la Ley jurisdiccional.

la importancia del derecho o conflicto aconseje que sea un Tribunal y no la Administración la que por sí y ante sí resuelva la controversia jurídica con fuerza ejecutoria.

Respecto a lo primero, es fácil demostrar que la Administración activa tiene poderes muy superiores a los de un órgano judicial, civil o penal, de primer grado o instancia, a través del privilegio de la decisión ejecutoria. La Administración decide la controversia jurídica entre los particulares o entre ella y otro sujeto, y puede ejecutar lo decidido; además, puede revocar lo hecho, puede defender su decisión ante el Tribunal, puede actuar de oficio. La decisión administrativa no se suspende como la judicial por la interposición del recurso, ni como en ésta el ejercicio mismo del derecho de recurso puede quedar en ocasiones enervado por el no cumplimiento voluntario de la decisión (*principle solve et repete*).

Si, pues, función jurisdiccional es «juzgar y ejecutar lo juzgado», conforme a nuestra tradición constitucional, la Administración tiene poderes judiciales superiores a los de los órganos judiciales de primera instancia. Resultan por ello de una gran pobreza argumental las razones de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, en su intento de demostración de la tesis contraria:

«Pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto— la expresión recurso contencioso, se dice—, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo. *Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es la de examinar las pretensiones que deduzca la activa por razón de un acto administrativo. La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique que sea impertinente la prueba, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional*».

Como puede observarse, la Exposición de Motivos de esta Ley huye de analizar el contenido y efectos del acto administrativo y huye asimismo de la comparación que es ciertamente peligrosa para la tesis que mantiene del proceso contencioso-administrativo con el proceso de apelación. Por lo demás, esa tesis, por lo que hemos expuesto, es históricamente falsa: los recursos ante los Consejos Provinciales y de Prefectura en Francia y ante el Consejo Real o de Estado en Francia, contra las decisiones de los Alcaldes, Gobernadores, Ministros, etc., es decir, los recursos frente a las decisiones ejecutorias de la Administración activa, se consideraban recursos de apelación.

Pero cara al futuro parece, por la trayectoria expuesta, que el aumento de las garantías de los particulares en la justicia administrativa poco puede esperar de la dialéctica justicia retenida justicia-delegada, como no sea la de independizar el nombramiento de Magistrados de las Salas de lo Contencioso de la influencia del Ejecutivo. Tampoco puede esperarse una mejora de las garantías con la ampliación de los actos impugnables y de los motivos de impugnación, supuesto que es posible la impugnación de Reglamentos, que está admitido el recurso de anulación, y que la discrecionalidad administrativa puede controlarse, entre otros motivos, por desviación de poder.

No es por estos caminos, a nuestro juicio, donde es posible imaginar un mayor perfeccionamiento de la justicia administrativa. Es en la rotura o quiebra del privilegio de decisión ejecutoria y del acto previo que obliga al administrado a llegar al proceso contencioso en la posición de *vencido* y *apelante*, donde la garantía puede encontrar algún desarrollo. Es forzoso para ello, si no con carácter general, sí, al menos, negar a la Administración el privilegio de decisión ejecutoria en más supuestos que en el de revocación de actos administrativos declaratorios de derecho, o anulación de actos de las Corporaciones locales. Si se niega en estos casos, ¿por qué ha de admitirse en supuestos de mayor gravedad? Debería negarse también, a nuestro juicio, en todos aquellos en que la trascendencia de la medida a tomar o la importancia del conflicto planteado así lo aconsejen. Determinadas sanciones, especialmente graves por su cuantía o por la índole del derecho que extinguen, determinadas resoluciones que afectan a la propiedad más directamente vinculada a la persona, etc.

La negación del privilegio de decisión ejecutoria en mayor número de supuestos podía ser compensada con la habilitación de un proceso contencioso más abreviado, en el que compareciendo la Administración

como demandante y previa audiencia del interesado o interesados, la sentencia del Tribunal sirviera de título decisorio-ejecutorio. Ello pondría a los administrados a cubierto de múltiples abusos, derivados de la facilidad con que cualquier autoridad o funcionario puede hacer uso del poder netamente judicial de la decisión ejecutoria.

Si el sistema contencioso no se hiciera siempre dependiente del requisito de la *decisión prealable*, o acto previo, podría imaginarse la habilitación de un proceso sumario de tipo interdictal por el que los particulares tuvieran un acceso inmediato a la jurisdicción contenciosa, para protegerse de actuaciones administrativas que constituyan manifiestas vías de hecho o supusieran una grave de competencias de los Tribunales de cualquier orden, supliéndose así con ventaja la posibilidad actual del ejercicio de acciones interdictales ante los Jueces civiles de Primera Instancia. Y también para los supuestos de inactividad de la Administración debería administrarse un recurso directo, pues de otra forma la pasividad administrativa no puede ser nunca enjuiciada debidamente, como NIETO (49) ha demostrado con todo rigor.

Por último, debe admitirse la posibilidad de procesos contencioso-administrativos entre simples particulares, sin la necesaria presencia de la Administración como parte principal en el proceso, para aquellos supuestos en que el acto administrativo decide una controversia entre simples particulares, sin que exista o esté presente en la controversia un interés público, supuestos más frecuentes de los que se cree. Sirva de ejemplo el supuesto en que la Administración decide entre dos particulares sobre la procedencia del derecho de réplica, o sobre el resultante del justiprecio en las expropiaciones entre particulares por causa de interés social, sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción de una marca en el Registro de la Propiedad Industrial, etc. En estos casos la presencia de la Administración en el proceso es a todas luces anómala: ¿qué le va ni le viene a la Administración el hecho de que un periódico sea o no obligado a insertar una nota de réplica a instancia y beneficio de otro particular?; ¿qué le puede importar que el justiprecio que un particular haya de pagar a otro, sea éste o aquél, si se trata en ambos casos de aplicar unas normas objetivas y para la Administración no pueden derivarse ni

---

(49) En *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en el número 37 de esta REVISTA, año 1962, págs. 75 a 126. En este trabajo puede verse un estudio prácticamente exhaustivo sobre la cuestión en el Derecho español y comparado. Particularmente interesante es la exposición del sistema de acciones en el Derecho alemán y suizo, que bien podían inspirar la reforma de nuestro sistema dentro de la orientación que propugnamos en el texto.

derechos ni obligaciones, sea cualquiera el contenido de la sentencia? Entonces, ¿cómo puede justificarse su presencia en el proceso?

Todas esas posibilidades, proceso en el que fuere demandante la Administración, proceso sin acto previo, proceso contencioso entre particulares, estaban presentes en la primitiva concepción del sistema de Justicia administrativa. Se trata, pues, de desempolvar viejas técnicas y conceptos cara al futuro, sin olvidar las mejoras del sistema derivadas de la fiscalización del poder discrecional y reglamentario de la Administración y de la especialización de la Magistratura de los Tribunales contencioso-administrativos lo que se ha hecho compatible con el principio de unidad judicial.