

REPLICA A NIETO SOBRE EL PRIVILEGIO DE DECISION EJECUTORIA Y EL SISTEMA CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

POR

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ.

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
en la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TESIS EN DISCUSIÓN.—III. EL SIGNIFICADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 1. *La jurisprudencia.* 2. *La doctrina.* 3. *La legislación.*—IV. LA ADMINISTRACIÓN DEMANDANTE: 1. *La administración como parte.* 2. *Administración activa y administración contenciosa.* 3. *Una cita de POSADA HERRERA.*—V. DERECHO PREEXISTENTE, INTERÉS LEGÍTIMO Y CONVENIENCIA PÚBLICA.—VI. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL.—VII. JUECES ADMINISTRATIVOS DE EXCEPCIÓN.—VIII. LO GUBERNATIVO Y LO JUDICIAL EN EL ANTIGUO RÉGIMEN: 1. *El concepto de lo gubernativo.* 2. *La protección contra la ejecución sin proceso. El juicio de despojo y restitución.* 3. *Los órganos judiciales y los gubernativos en las administraciones especializadas.* 4. *Lo judicial y lo gubernativo en la Administración colegiada.*—IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Un trabajo mío sobre *El privilegio de decisión ejecutoria y el proceso contencioso-administrativo*, publicado en el número 56 de esta REVISTA, ha merecido ser objeto de una especial atención por el profesor NIETO, que ha dedicado al mismo un estudio muy detenido en un trabajo monográfico publicado en el número siguiente (1).

Con la claridad expositiva y el rigor científico que es en él habitual, sale NIETO al paso de las tesis por mí mantenidas, que quedan, al menos en apariencia, muy desvirtuadas. Ello no es óbice para que antes de nada exprese mi reconocimiento a quien, como en este caso NIETO, ha asumido el trabajo, el deber y el riesgo de la crítica, de la que, en cualquier caso como sujeto pasivo de la misma, he de ser el principal beneficiario, pues me ha de permitir, bien rectificar o corregir, bien aclarar o apuntalar

(1) *Sobre la tesis de PARADA en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en el núm. 57 de esta REVISTA, págs. 9 a 33.

mis modestas observaciones sobre el tema. Con ello hago explícito, siguiendo a NIETO, mi pesar por la infrecuencia del contraste polémico en la elaboración doctrinal del Derecho, lo que es, a mi juicio, la causa profunda de otros vicios metodológicos que permiten dudar muy seriamente de la actual producción bibliográfica, cuantitativamente importante, suponga un parejo progreso científico; de la misma forma que es lícito dudar de que el exceso de legislación con que hoy se nos asfixia comporte una mayor justicia en las relaciones humanas y tantas veces ni siquiera una mayor claridad en ellas. En una época como la nuestra, de dirigismo y papanatismo cultural, a la que no se sustrae la ciencia jurídica, las actitudes críticas tienen valor por sí mismas, con independencia, incluso, de sus resultados.

Mis coincidencias con NIETO terminan allí donde comienza su versión sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo. El desacuerdo arranca ya de la forma en que presenta mis tesis sobre ese extremo, la influencia que cree en ellas haya podido tener la obra de SANDEVOIR (2), el valor que reconoce y las consecuencias que extrae de las primeras decisiones del Consejo de Estado y, sobre todo, de su escasa atención al tema de la constitucionalidad del sistema contencioso de 1845 y del privilegio de decisión ejecutoria.

Este último punto es, a mi juicio, el más importante y a él todo se reduce, porque de lo que se trata en último término es de averiguar, nada más y nada menos, que de dónde le viene y en dónde se ampara y justifica ese poder de la Administración de decidir y ejecutar sus decisiones, violentando la libertad y la propiedad de los ciudadanos, ese privilegio de hacerse justicia a sí misma, que repugna abiertamente con la condición de sujeto de derecho, de persona jurídica, que se predica de la Administración; privilegio que contradice también la atribución exclusiva que desde Cádiz hasta la Ley orgánica del Estado, nuestros textos constitucionales han hecho en favor de los Jueces y Tribunales de la potestad de decidir ejecutoriamente los conflictos jurídicos. Si las fórmulas constitucionales sobre el concepto de jurisdicción son las mismas en 1812

(2) *Etudes sur les recours de pleine jurisdiction*. "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", París, 1964. De este autor he tomado el simple dato histórico de que en el primer precepto sobre organización judicial presentado a la Asamblea francesa 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, en la organización judicial común y absolutamente independientes de la administración activa; así como de las razones por las que se rebasa esta fórmula. Por lo demás el libro de SANDEVOIR, poco o nada tiene que ver con el privilegio de decisión ejecutoria que es el objeto y tema fundamental de mi trabajo.

que las vigentes en 1969 (3), es obvio que la investigación histórica sobre su alcance y significado adquiere un valor decisivo para entender la situación presente y dictar un veredicto de constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre los actuales poderes judiciales de la Administración y de la configuración de la Jurisdicción contencioso-administrativa como una jurisdicción revisora, eufemismo que encubre su verdadero carácter de órgano judicial de apelación o segunda instancia, y el reconocimiento de poderes judiciales de primer grado a la Administración Pública.

Quizá la posibilidad de ofrecer nuevos datos en torno al punto central de la articulación entre el poder judicial y la Administración en el momento del paso del Antiguo Régimen al Estado Constitucional, pueda justificarme de alguna manera ante el paciente lector del hecho de la tramitación de esta polémica con NIETO por los cauces del proceso ordinario de mayor cuantía y de la insistencia en mis puntos de vista a través del trámite de réplica.

II. LAS TESIS EN DISCUSIÓN.

NIETO reduce a cuatro puntos las tesis centrales de mi trabajo, reducción que no ha escapado en este caso al conocido peligro de todas las simplificaciones de ofrecer una versión algo alterada, resultado del que muy posiblemente sea yo mismo culpable por no haber aclarado convenientemente el alcance de los conceptos de decisión ejecutoria, actos ejecutivos y actos previos, aclaración que juzgo ahora indispensable y previa al examen de cualquier otro extremo.

Se trata, ante todo, de tomar conciencia de que la singularidad del proceso contencioso-administrativo frente al proceso civil no ha consistido ahora ni nunca en la exigencia o no de una denegación previa del demandado a la pretensión del actor. Esa exigencia de un acto denegatorio de la pretensión es requisito tanto del proceso administrativo como del civil, ya que este último no puede iniciarse sin previa denegación del demandado manifestada, expresa o tácitamente, en el juicio de conciliación. En este sentido también el proceso civil es revisor.

Pero la diferencia actual en este punto entre el actor desestimatorio previo del proceso civil y el acto administrativo previo al proceso ad-

(3) La Ley orgánica del Estado sigue definiendo la función judicial como la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 31), lo mismo que la Constitución de Cádiz y las Constituciones posteriores.

ministrativo consiste únicamente en que el primero no llega nunca a convertirse en acto *consentido y firme* por el transcurso de un plazo perentorio fijado para la interposición de la acción judicial. Esa diferencia con el proceso civil he sostenido y mantengo que no se daba en los orígenes del proceso contencioso-administrativo, según su legislación de 1845, y que por ello, según veremos, la identidad entre uno y otro proceso era absoluta en este punto.

En segundo lugar, aclaro el alcance de los términos ejecución forzosa y acto ejecutorio, pues es frecuente incluir como efectos de lo uno y de lo otro simples consecuencias de una posición de hecho dominante en el seno de la relación jurídica, de lo que se benefician por igual los actos de los particulares y los actos de la Administración (4). Así, por ejemplo, un simple particular lleva a efecto su decisión de impedir la entrada en el inmueble que posee a un tercero o el acreedor prendario hace suyo el objeto de la prenda, o lleva a efecto la resolución de un contrato al no cumplir su prestación, o un empresario ejecuta su decisión de despido al dejar de pagar al trabajador.

Las organizaciones privadas (asociaciones, comunidades, sociedades) dictan actos cuya inmediata eficacia material deriva precisamente de la situación de preeminencia o posesoria que detentan respecto de la organización y sus miembros. Así, el acuerdo de exclusión de un socio, el de no pago de beneficios sociales al propietario de una acción, etc., se llevan inmediatamente a efecto, sin necesidad de impedir auxilio judicial alguno, sin necesidad de ejecución forzosa (5).

Lo dicho permite explicar similares comportamientos de la Administración cuando lleva a efecto buena parte de sus decisiones, en razón de su posición de hecho dominante sobre el dominio público y los servicios públicos y su propia organización. No hay necesidad alguna de recurrir al concepto de la decisión ejecutoria o a los medios de la ejecución for-

(4) Es cierto que a nivel de legislación ordinaria, la ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración, está reconocida y regulada en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo con carácter general, lo que constituye una singularidad del Derecho español respecto de otras legislaciones. (LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3.^a edición, tomo I, págs. 267 a 270; LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en Droit français en anglais*).

(5) El artículo 62 de la Ley de sociedades anónimas preceptúa que el acta de la junta general de accionistas tendrá fuerza ejecutoria a partir de la fecha de su aprobación; la regla 4.^a del artículo 16 de la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, establece que son impugnables ante la autoridad judicial, los acuerdos de la comunidad de propietarios, precisando que los acuerdos serán provisionalmente ejecutivos, salvo que el juez ordene su suspensión; lo mismo viene a decir respecto de los acuerdos de las asociaciones el artículo 6 de su Ley básica.

zosa para explicar o para conseguir llevar a efecto decisiones como la expulsión de un funcionario o cualquier sanción sobre el mismo, o bien sobre la organización de los servicios o sobre los derechos de los administrados a las prestaciones administrativas.

La ejecución forzosa opera sólo en los casos en que es necesario el uso de la fuerza física violentando la libertad, la propiedad, el domicilio, los derechos fundamentales en suma del obligado o destinatario del acto. La ejecución forzosa de los actos jurídicos es, pues, una cuestión límite porque implica el reconocimiento a un sujeto de derecho de la posibilidad del uso de la fuerza para alterar situaciones posesorias sobre derechos fundamentales que, por principio, están bajo la salvaguardia y protección del Juez (6).

Tras esta larga aclaración he aquí las obligadas precisiones en relación con la cuestión discutida: he querido decir, y esto es la conclusión que elevo a definitiva, que a diferencia de la situación actual en que se admite pacíficamente que la Administración pública en el Derecho español tiene con carácter general reconocido el privilegio de la ejecutoriedad de sus actos sin recurso al Juez, tal privilegio no le tenía atribuido en 1845, porque la ejecución forzosa era una función exclusivamente

(6) Idea claramente expuesta por VEDEL (*Droit administratif*), "Presses Universitaires de France", 1964, pág. 169): "En efecto, es necesario comprender que el efecto primero y desde un punto de vista jurídico esencial de una decisión ejecutoria es de modificar unilateralmente el ordenamiento jurídico. Pero este efecto, que es uno de los aspectos de la ejecución de la decisión, no supone por sí mismo el empleo de la fuerza: el nombramiento de un funcionario, un reglamento de policía, producen primeramente el efecto de crear derechos y obligaciones y este efecto es producido con independencia del problema de la ejecución forzosa. Aún más, en ciertos casos, las decisiones no producen otro efecto que la modificación del ordenamiento jurídico: por ejemplo, la *collation de l'honorariat* a un funcionario. De otra parte, por numerosos actos, la ejecución material es posible sin recurso a la fuerza. La revocación de un funcionario es materialmente ejecutada por el simple hecho de su desinvestidura y la suspensión de pago de una indemnización...

La Administración ¿tiene el derecho de usar de la fuerza pública que detenta para ejecutar sus decisiones en relación con los administrados recalcitrantes? La respuesta a esta cuestión depende de dos órdenes de cuestiones contradictorias. De una parte, la ejecución forzosa supone con frecuencia un atentado a derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad de domicilio, etc.); pero es un principio en una sociedad civilizada que esos atentados no puedan ser realizados sin el control y la autorización del juez. Esta idea es, en principio, válida, incluso cuando se trata de ejecutar una decisión administrativa, porque ésta, aunque se presuma legal, no tiene por esto fuerza plena de verdad legal y la acción de la Administración por ser depositaria de la fuerza pública corre el riesgo de emplearse con facilidad en su beneficio. Este primer orden de consideraciones conduciría a decidir que la Administración no puede recurrir a la ejecución forzosa que después de haber conseguido una condena del administrado recalcitrante ante un juez".

judicial y porque el sistema contencioso-administrativo que se inaugura en esa fecha obligaba a la Administración activa a respetar las situaciones posesorias que sólo podía remover mediante el ejercicio de la oportuna acción ante su propia jurisdicción (Consejos Provinciales, Consejo Real), tomando la iniciativa procesal; únicamente ese privilegio estaba reconocido en casos muy especiales que son precisamente los que en la época se conocen y agrupan en la doctrina de los *Jueces administrativos de excepción*. Dicho en otras palabras: cuando el particular desde una situación posesoria se oponía a la actividad de la Administración, ésta no podía recurrir al cómodo expediente actual de alterar a través de una ejecución forzosa ese estado posesorio y trasladar al particular la carga de accionar ante la jurisdicción administrativa, sino que era ella misma la que tenía que adoptar la función de demandante y obtener el título ejecutorio que no era otro que la sentencia judicial.

En resumen, la situación de las partes en el proceso contencioso de 1845 era la misma que la que se da en el proceso civil: el demandante o accionante debe antes de accionar formular una reclamación previa al demandado (juicio de conciliación o reclamación o recurso gubernativa), sin que la negativa del demandado tenga otra significación que el de un simple requisito procesal que puede ser reiterado cuantas veces se quiera, pues la desestimación no adquiere por el transcurso de un plazo el valor de acto firme y consentido y por ello no se convierte nunca en judicialmente inatacable: en segundo lugar, la carga de accionar responde a aquel que pretende una alteración de la situación posesoria cuando la otra parte se opone a su remoción.

III. EL SIGNIFICADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Dentro del sistema anteriormente descrito el acto administrativo, el acto de la Administración, no tiene respecto del proceso virtualidades superiores a la de los actos privados y por ello la afirmación de NIETO de que la jurisdicción contencioso-administrativa nace en 1845 como revisora de actos administrativos, sólo la admito y entiendo con el sentido y alcance que podría darse a la pareja afirmación de que la jurisdicción civil es revisora de actos privados y de comportamientos de los particulares.

Hubiera preferido que en el orden de exposición de los argumentos contrarios a mi tesis NIETO hubiera seguido el orden por mí iniciado y en consecuencia hubiese arrancado de los principios ordenadores de la

división de poderes, del concepto constitucional de función jurisdiccional para seguir con las regulaciones de las Leyes y Reglamentos reguladores de la composición y procedimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del Consejo Real (Ley de 6 de julio de 1945 y Real Decreto de 30 de diciembre de 1846) y de los Consejos Provinciales (Ley de 2 de abril y Reglamento de 1 de octubre de 1845), para terminar, por último, exponiendo la doctrina jurisprudencial aplicativa de esos principios y normas.

Parece que ese orden era obligado en función de la aparición cronológica de los datos relevantes en esta discusión y sobre todo de la superior jerarquía de los principios y normas constitucionales sobre las Leyes ordinarias, y de éstas sobre las decisiones judiciales que por principio han de acomodarse a aquéllas. Era obligado también seguir ese orden porque a él se ajustaba el trabajo inicial de la polémica.

NIETO, sin embargo, comienza por el análisis de la jurisprudencia del Consejo Real, sigue con la exposición de la doctrina científica y, en último lugar, alude a la legislación ordinaria y a los principios constitucionales, aspectos éstos a los que dedica escasa atención.

Esta habilidad dialéctica de mi interlocutor, que sinceramente pienso no ha sido buscado de propósito, me fuerza en aras de la mayor claridad de esta polémica a jugar este nuevo *round* en su terreno, renunciando a las ventajas del propio campo.

Analicemos, pues, los argumentos de NIETO, según su propio orden expositivo:

1. *La jurisprudencia.*

Del análisis de las primeras decisiones del Consejo Real en los tres primeros años de su funcionamiento deduce NIETO que la presencia de un *acto administrativo constituye precisamente el objeto del proceso* y a este efecto transcribe diez Reales Decretos sentencias en las que el Consejo Real declara que no puede conocer de la pretensión del particular demandante por no haberse planteado previamente la cuestión ante la administración activa que es la demandada.

Nada tengo que objetar a esa doctrina jurisprudencial cuya elementalidad lógica deriva de la circunstancia ya advertida de que no puede haber proceso ni civil ni administrativo sin acreditar que el demandado se opone, en trámite de conciliación o en reclamación previa, a la pretensión del actor, pues es absurdo pedir a un Juez lo que quizá el demandado está dispuesto a conceder.

Me interesa insistir, sin embargo, en que de la jurisprudencia citada por NIETO no se deduce que el acto administrativo desestimatorio, que se exige con carácter previo cuando el proceso es iniciado por un particular, pueda llegar a convertirse en *acto firme y consentido* o que tenga la virtualidad ejecutoria que son precisamente las características del acto de la Administración frente a los actos privados, características que justifican en la actualidad la diferenciación dogmática de los actos administrativos frente a los actos privados.

En todo caso, cualquier argumento distinto del jurisprudencial era válido frente a las tesis por mí expuestas, ya que con bastante reiteración he señalado en el trabajo inicial, que es la propia jurisdicción administrativa la que, contrariamente a lo establecido en principios constitucionales, leyes ordinarias y normas reglamentarias, comienza a desvirtuar desde el primer momento de su establecimiento en 1845 el sistema legal y a reconocer frente a los postulados básicos del mismo efectos judiciales (firmeza y ejecutoriedad) a los actos de la Administración. He explicado también detenidamente los motivos sociológicos y políticos de esa jurisprudencia *contra legem* y he citado las primeras resoluciones en que se manifiesta. De aquí mi sorpresa de que NIETO lo haya pasado por alto y que piense haber encontrado en una jurisprudencia anodina, perfectamente trasladable a un proceso civil, un argumento decisivo en favor de su equiparación del sistema contencioso-administrativo de 1845 y el actual.

Ainda mais: de la jurisprudencia citada por NIETO se desprende un dato de suma importancia a los efectos discutidos y que es el de la forma en que la Administración activa entendió el sistema procesal de 1845. Parece que los jefes políticos y otras autoridades gubernativas entendieron la división entre lo gubernativo y lo judicial de tal forma que se consideraban incapaces e incompetentes para resolver sobre cuestiones conflictivas ni siquiera con carácter previo y provisional, y por ello remitían los expedientes a la Administración contenciosa, es decir, a los Consejos Provinciales y al Consejo Real. En la época este comportamiento estaba dentro de la lógica del sistema y respondía a los hábitos heredados del Antiguo Régimen en donde lo gubernativo no es necesariamente una fase previa de lo judicial, como tendremos ocasión de demostrar. En la actualidad, un comportamiento similar de las autoridades administrativas remitiendo expedientes sin resolver para su decisión por los Tribunales contenciosos sería inconcebible porque se parte de la premisa de que lo judicial es siempre una segunda instancia revisora que presupone necesariamente una fase gubernativa previa.

La jurisdicción administrativa de 1845 responde, sin embargo, a los criterios del siglo XVIII de especialización dentro de una misma organización, de órganos gubernativos y judiciales, sistemas dentro del que la distinción entre lo que es gubernativo y lo que es judicial no puede decidirse con el simplicísimo criterio actual de la prioridad de las decisiones gubernativas, ya que un asunto puede ser *ab initio* de carácter contencioso.

2. *La doctrina.*

NIETO transcribe literalmente una serie muy completa de opiniones doctrinales de autores anteriores y posteriores a 1845, en las que aparece que los actos de la Administración, los actos administrativos son la ocasión o raíz o fundamento de lo contencioso-administrativo.

Efectivamente así era y yo mismo he citado en el trabajo inicial opiniones doctrinales y textos legales en que se contienen afirmaciones similares.

Pero mis diferencias con NIETO siguen siendo importantes, pues a él le basta con encontrar el término acto administrativo para creer que se daban los efectos autoritarios que la dogmática y el derecho positivo actual le asignan, y yo sigo sin encontrar en esas referencias al acto administrativo los efectos de firmeza y ejecutoriedad que hoy le distinguen imperiosamente de los actos de los particulares, y que prestan toda su singularidad al proceso contencioso con relación al proceso civil, y al acto de la Administración con relación a los actos de los particulares.

Insisto por ello en que las alusiones en la época al acto administrativo como fundamento de la jurisdicción contenciosa hacen referencia únicamente al concepto de competencia de la misma forma que los actos de los eclesiásticos o de la Iglesia originan y son fundamento de su jurisdicción eclesiástica o los actos de los militares de la jurisdicción militar, o los de los empresarios y trabajadores de la jurisdicción laboral, y el acto de comercio puede serlo de la jurisdicción comercial, etc.

El término acto administrativo no es usado en la época en sentido jurídico formal en los términos actuales, sino como sinónimo de «operación» o «hecho» de la Administración, y siempre referido a la competencia jurisdiccional.

Así POSADA HERRERA (7) identifica acto administrativo y hecho :

(7) *Lecciones de Administración*, 1843, recogido en CALLOSTRA, *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, pág. 167.

«Todo juicio administrativo tiene que recaer sobre un *hecho* y un *derecho*: el hecho será el acto de autoridad administrativa contra la que reclama 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*».

GIL DE ZÁRATE identifica acto administrativo y acción administrativa al afirmar que el litigio:

«... nace desde el momento en que la *acción administrativa* se encuentra detenida por el derecho de un particular».

Por último, OLIVÁN (8) identifica acto administrativo y operación administrativa:

«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».

3. La legislación.

Como argumento que cree definitivo NIETO cita el artículo 1.2 del Reglamento del Consejo Real, que atribuye competencia a este organismo para decidir en primera instancia de las demandas contenciosas a que den lugar las resoluciones de los Ministros, lo que no demuestra nada en relación con la posibilidad de que esas resoluciones pudieran adquirir el carácter de actos firmes ni mucho menos que tuvieran virtualidad ejecutoria.

Se trata, como es elemental, de una simple declaración de competencia que por cierto no es única, puesto que el párrafo 1 de ese mismo artículo, párrafo que NIETO silencia, atribuye también competencia al Consejo Real *sin la menor referencia al acto previo sobre las demandas contenciosas relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno y las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración civil.*

(8) *Administración de los Tribunales contencioso-administrativos*, en "Revista Madrid", 1838, en GALLOSTRA, op. cit., pág. 151.

IV. LA ADMINISTRACIÓN DEMANDANTE.

1. *La Administración como parte.*

Bajo los epígrafes que anteceden me atribuye NIETO dos afirmaciones que juzga heterodoxas.

La primera de ellas, relativa a que el proceso contencioso no tiene como presupuesto un acto administrativo, ya ha sido explicada.

La segunda es la que plantea el tema de fondo sobre el privilegio de división ejecutoria, que he negado y sigo negando fuese reconocido a la Administración con carácter general y en consecuencia que aquélla tenía que adaptar la posición de demandante siempre que viese impedida su actuación por la oposición de otro sujeto que resistiese desde una situación posesoria. En estos casos la Administración, según el sistema de 1845, no podía legítimamente alterar la situación fáctica pre-procesal y trasladar, como ahora hace todos los días, la carga de recurrir al particular. El contencioso se debía iniciar entonces, tal y como estaba previsto en la regulación procesal, por memoria o demanda de la Administración activa ante el Consejo Provincial o el Consejo de Estado, de la misma forma que ahora se inicia en el llamado proceso de lesividad, que no es más que un residuo de aquel sistema.

En estos casos la cuestión contenciosa nacía, como expresa GIL DE ZÁRATE (9), «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*». La resistencia del particular sólo podía ser vencida por la sentencia del Consejo Provincial o del Consejo Real.

En contra dice NIETO que hasta 1850 sólo en dos ocasiones fue puesta en marcha la actividad de la jurisdiccional por iniciativa de la Administración mediante la correspondiente Memoria, limitación a dos casos que no pudo admitir, ya que se trata de dos pleitos en que después de la sentencia del Consejo Provincial conoció el Consejo Real por apelación, siendo imposible saber el número de pleitos iniciados por memoria de la Administración activa ante los Consejos Provinciales que no fueron recurridos ante el Consejo Real por conformarse las partes con las sentencias de primera instancia. En todo caso los ejemplos citados por NIETO, que sin duda no fueron los únicos, demuestran que el proceso contencioso se iniciaba también a instancia de la Administración.

(9) En CALLOSTRA, op. cit., pág. 215.

NIETO cree ver en el Real Decreto sentencia de 27 de julio de 1848, otro argumento decisivo, aunque ese Real Decreto no decide sobre ningún supuesto en que esté en juego el privilegio de ejecución forzosa de la Administración frente a la situación posesoria de un particular; por el contrario, dicho Real Decreto resuelve que la concesión de un permiso a un particular frente a la oposición de otro particular es competencia del Gobernador contra la opinión de éste, que estimó que era competencia del Consejo Real, siendo evidente que entonces, como ahora, la concesión de un permiso a un particular no implica poner en marcha la ejecución forzosa administrativa. Lo que sí se desprende inequívocamente de esa sentencia es que en la época los Gobernadores entendieron que los conflictos entre particulares con motivo de la aplicación de Leyes administrativas, debían ser resueltos en Consejo Provincial, por supuesto bajo la presidencia del Gobernador, y no únicamente por ellos, por sí y ante sí. En cualquier caso, en el supuesto referido al no existir una pretensión de la Administración frente a un particular mal puede verse en él un supuesto de administración demandante.

2. *Administración activa y administración contenciosa.*

Inusiste NIETO en el argumento jurisprudencial para intentar demostrar que la relación Administración activa-administración contenciosa implicaba simple y necesariamente el pronunciamiento de la primera citando al efecto dos Reales Decretos sentencias del mismo año de 1848.

El primero de ellos, de 18 de octubre de 1848, no plantea ningún supuesto de Administración demandante frente a un particular, ya que se trata simplemente de una controversia entre dos Ayuntamientos de Navarra sobre si procedía o no conceder a uno de ellos autorización para el traslado de una presa de riego. Tanto el jefe político como el Consejo Provincial de Navarra entendieron que la cuestión debía ser resuelta, y así se resolvió directamente, en Consejo Provincial. Por su parte, el Consejo Real estimó que esta concreta cuestión de conceder o negar una autorización era en principio gubernativa y que el jefe político debió de haber decidido previamente.

El Consejo Real, sin embargo, no se pronuncia en absoluto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y ni siquiera decide que siempre y con carácter general sea necesario el acto previo del jefe político para acceder a la vía contenciosa. Por el contrario precisa con claridad que en unos casos como el presente debe resolver primero el jefe polí-

tico y en otros directamente el Consejo, sin acto previo de aquél. Así se desprende de los siguientes párrafos que transcribimos:

«Vistos los artículos 8.º y 9.º de la Ley de Organización y atribuciones de los Consejos Provinciales que determinan los negocios de que deban conocer judicialmente estos cuerpos.

Vistos los artículos 24 y 25 del Reglamento de 1 de octubre de 1845, los cuales prescriben que cuando el jefe político estime de su competencia la demanda, la resuelva gubernativamente por sí, y *que cuando la estime de competencia del Consejo Provincial la remita al conocimiento y decisión de éste*».

Admite, pues, el Consejo Real con toda claridad que en unos casos la Administración activa debe resolver previamente, pero que en otros el asunto es directamente contencioso y por ello de la competencia del Consejo sin decisión previa del jefe político. La exigencia de esta decisión previa gubernativa se exige en el caso concreto, pero no se afirma como doctrina de carácter general.

El otro Real Decreto Sentencia que cita NIETO, de 10 de mayo de 1848, contempla el caso de un Alcalde que cumpliendo un acuerdo sobre limpia de terrenos de un Ayuntamiento, destruye obras y plantaciones de un particular. Efectivamente, en este caso, como señala mi ilustre contradictor, el Consejo Real calificó el acto como «de policía rural y de consiguiente administrativo, cuya calificación, como las de su género, corresponde a la Administración exclusivamente».

Esta calificación, como indica NIETO, estaba orientada a excluir la competencia de los Tribunales civiles, lo que no prejuzgaba que la competencia en ese supuesto y en todos los de la materia correspondiera a la Administración activa y no a la Administración contenciosa.

Se habla en ella simplemente de Administración y precisamente para condenar el privilegio de decisión ejecutoria de la Administración activa en los términos más absolutos, que no me resisto a transcribir, mostrando mi extrañeza de que NIETO haya creído encontrar en este pronunciamiento un argumento favorable a sus puntos de vista, que por el contrario son expresamente rechazados. Veámoslo:

«Considerando que al ejecutar este mismo acto prescindió el expresado Alcalde de la cuestión que nace de afirmar el que las obras y plantaciones que mandó construir estaban en terrenos de dominio público; esto es, en el cauce o suelo de un río y negarlo

Legar apoyado en la posesión no interrumpida por espacio de considerable número de años, y en títulos de pertenencia del terreno.

Considerando que esta cuestión, sin cuya resolución previa y conforme a derecho no cabría decretar la destrucción de dichas obras y plantaciones, sólo era dado al Alcalde decidirla, apareciendo a la simple vista, sin género de duda, el verdadero límite del río por aquella parte, *porque en otro caso era preciso recurrir a un deslinde formal para lo que no está facultada la Administración*, a la cual sólo autoriza la Ley también citada de 2 de abril de 1845 para los de términos de pueblos y de montes públicos.

Considerando que por lo dicho el acto de policía rural de que se trata fue desde este punto de vista arbitrario y abusivo.

Considerando, en fin . . . , que es indispensable *restituir las cosas al ser y estado que tenían cuando se ejecutaron los actos, porque de lo contrario se obligaría a dicho Legar a litigar despojado contra toda justicia*.

Oído el Consejo Real, vengo en decidir que no ha lugar a la nulidad reclamada por parte de Legar (por incompetencia de jurisdicción) y sí a revocar la sentencia apelada condenando al Alcalde de Libilla a la reposición a su costa de la Fuente del Molinico, obras y plantaciones objeto de este pleito al ser y estado que tenían cuando ejecutó en ellas los actos que la motivaron, y juntamente al resarcimiento de los perjuicios que con las mismas irrogó a Legar».

La reacción del Consejo Real contra este uso del privilegio de decisión ejecutoria no puede ser más enérgica: La Administración activa no puede desconocer un estado posesorio, pues ni siquiera tiene reconocida con carácter general la acción de deslinde en los bienes de dominio público, afirmando que en cualquier caso es procesalmente inadmisibile obligar a otro *a litigar despojado contra toda justicia*. Se parte, pues, del más absoluto respeto por las situaciones posesorias.

3. Una cita de POSADA HERRERA.

La cita que sirvió de lema a mi artículo (10) venía precisamente a demostrar que la doctrina, lo mismo que acabamos de ver en la juris-

(10) "Pero aun prescindiendo de esto, aun poniéndonos en el caso de que todas las decisiones de la Administración puedan ejecutarse sin perjuicio de tercero, con tal que

prudencia, condenaba con toda energía la ejecutoriedad forzosa como privilegio de carácter general de la Administración activa y lo condenaba incluso en el caso extremo y más favorable de que la Administración fuese justificable ante los Tribunales comunes.

Parece de toda lógica suponer que con mayor razón debía ser repudiado ese privilegio en un sistema que, con merma de las garantías fundamentales, creaba una jurisdicción privativa servida por funcionarios y cuyos órganos (Consejos Provinciales y Consejo Real) eran presididos por los propios miembros de la Administración activa.

En otras palabras, POSADA HERRERA repudiaba y condenaba hace un siglo un sistema contencioso como el que en la actualidad está vigente, que presupone la ejecutoriedad y forzosa de los actos administrativos y su revisión posterior por Tribunales especializados servidos por Jueces de carrera independientes e integrados en el poder judicial. ¿No lo repudiaría igualmente frente a la opinión de NIETO, si la jurisdicción contencioso-administrativa actual estuviese a cargo de órganos servidos por funcionarios y presididos por los Gobernadores y los Ministros?

Por lo demás, no se trata de una opinión aislada. SILVELA (11), en el Preámbulo de su famosa proposición de Ley sobre la jurisdicción contenciosa, presentado ante el Senado en 1838, condena y repudia igualmente el privilegio de decisión ejecutoria en términos radicales:

«En vano se alega, como la principal entre otras alegaciones, 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 a su ser y estado anterior; y con sólo esto, *por conceder demasiado, pierde gran parte de fuerza el argumento*. Y el ir a buscar su validez definitiva los actos administrativos en un *poder extraño*, ¿dejaría de debilitar hasta el extremo su prestigio y su

a este se le permita reclamar ante los tribunales, ¿no será una cosa ridícula, monstruosa, que choca con el sentido común que la Administración, dirigiéndose al individuo habría 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 esta es la idea más absurda que puede tenerse 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).

(11) Op. cit., pág. 151.

fuerza moral?; ¡y quien sin prestigio y sin fuerza moral se atrevería a mandar! ¿Estaría seguro de hacerse obedecer el Gobierno que sólo pudiera decir al súbdito: «cumple por hoy, no porque yo tenga razón, que de eso ni tú ni yo nada sabemos; pero mañana podrás burlarte de mí si nuestro Juez común decide en tu favor»?

En el pensamiento de SILVELA está también claro que el privilegio de decisión ejecutoria de la Administración activa es un *poder extraño* y que admitirlo sería concederle *demasiado*, aunque tuviese como contrapartida la sumisión posterior de la Administración ante los Tribunales civiles, o a unos Tribunales administrativos especiales servidos por Jueces.

«En cuanto a crear Tribunales administrativos independientes, ¿quién duda de que a pesar de su título, más bien pertenecerían al poder judicial que al administrativo? Por más que se intentase abreviar sus trámites y simplificar los procedimientos, el espíritu de cuerpo y la natural propensión a hacer sentir su poder darían a estos Tribunales la misma rigidez que advierte en los Juzgados ordinarios y al cabo opondría al Gobierno las mismas trabas y embarazos».

SILVELA y POSADA HERRERA, como todos los administrativistas de la época, condenando un sistema como el actualmente vigente, pretenden y consiguen que la Administración no se encuentre sometida a verdaderos Jueces, pero sí a una jurisdicción servida por funcionarios (Consejos Provinciales y Consejo Real), jurisdicción llamada Administración contenciosa, y ante la cual a la Administración activa le resulte fácil y cómodo obtener sentencias ejecutorias y dejar por ello a salvo el principio de que juzgar y ejecutar lo juzgado es una función judicial y como tal extraña y excesiva para simples órganos de la Administración activa.

V. DERECHO PREEXISTENTE, INTERÉS LEGÍTIMO Y CONVENIENCIA PÚBLICA.

Analiza NIETO una serie de Reales Decretos sentencias en que se plantea el tema de si en los procesos iniciados por los particulares era necesario, como requisito de legitimación, la titularidad de un derecho de un interés legítimo o simples razones de conveniencia pública. Nada tengo que objetar en principio, a la conclusión sentada por NIETO, rela-

tiva a que «la conveniencia pública sólo podrá ser valorada por la Administración activa y que técnicamente es separable de los derechos e intereses legítimos únicos que legitiman la vía contenciosa», conclusión que poco o nada tiene que ver con el trabajo origen de nuestra polémica.

VI. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL.

Se trata ahora de saber si el sistema de práctica administrativa, que se implanta en España en 1845 (Consejos Provinciales y Consejo Real), siguiendo el modelo napoleónico, era o no constitucional, lo que no parece ofrecer dudas para mi ilustre contradictor.

He mantenido que tal sistema hubiera estado plenamente justificado en aplicación de la Constitución de Bayona, que había previsto un Consejo de Estado con funciones jurisdiccionales propias para entender de las contiendas en que fuera parte la Administración. Esta Constitución, siguiendo a la napoleónica del año XIII, entendió el principio de separación de poderes no sólo como separación de autoridades, sino también como separación de jurisdicciones de tal forma que la jurisdicción administrativa no tiene la menor conexión orgánica con los Jueces y Tribunales de otra índole, en suma con el poder judicial, y de aquí que no sea una jurisdicción independiente.

También he dicho, y no veo en ello ninguna audacia doctrinal sino simple constatación de elementales datos históricos, que la Constitución de Cádiz, más liberal, más doctrinaria, antítesis de Bayona, responde a ideas sustancialmente diversas, a saber: el Consejo de Estado no tiene la menor función jurisdiccional que resta íntegra en los Jueces y Tribunales ordinarios, a los que se somete la Administración en las contiendas en que es parte; el principio de división de poderes se entiende ahora como simple reparación de autoridades; prevalece el principio de unidad judicial que no es incompatible con el de especialidad de los Jueces, pero sí incompatible con la existencia de una jurisdicción administrativa formada por órganos, insistimos, integrados por funcionarios y presididos por autoridades políticas; como excepciones al principio de unidad judicial la jurisdicción militar y la canónica son las únicas admitidas.

Como argumento nuevo y creo que definitivo de que los legisladores de Cádiz sometieron a la Administración a los Tribunales comunes, me permito invocar el Decreto constitucional de 13 de septiembre de 1813, dictado por las propias Cortes, cuya importancia, pareja con su desco-

nocimiento y olvido por la doctrina, justifican sobradamente la transcripción literal de sus preceptos más relevantes:

«Las Cortes generales y extraordinarias, debiendo fijar las reglas oportunas para que en los negocios contenciosos de la Hacienda Pública se administre la justicia *con arreglo a los preceptos constitucionales sancionados en la Constitución política de la Monarquía* y teniendo presente que conforme a ella, por Decreto de 17 de abril del año próximo pasado, se suprimió el Consejo de Hacienda, han venido en decretar y decretan:

I. *Todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública sobre contribuciones, pertenencia de derechos, reversión e inoperación, amortización, generalidades, correos, patrimonio real, contrabando, débitos de los empleados en el ejercicio de sus funciones y las demás causas y pleitos de que han conocido hasta ahora los intendentes y subdelegados de Rentas y el Consejo suprimido de Hacienda, se proveerán en las provincias conforme al artículo 262 de la Constitución, sustanciándose y determinándose por Jueces letrados y en segunda y tercera instancia por las Audiencias respectivas así de la península como de ultramar.*

II. Sin embargo, de esto, los asuntos contenciosos que ocurran sobre liquidación de cuentas por la Contaduría mayor, o sobre las que practique la Junta Nacional del Crédito Público, se determinarán en vista y revista por la Audiencia de la capital donde reside la Corte, como radicadas en ésta, asistiendo con voto consultivo un individuo de la Contaduría mayor, o de la Junta Nacional en los respectivos casos.

III. *Las causas y pleitos sobre contratos generales y particulares se ventilarán en sus respectivas instancias ante los Jueces de letras y las Audiencias que se hubiesen asignado en los contratos, y a falta de este señalamiento ante los Juzgados y Tribunales del territorio a que correspondan por las reglas general de derecho.*

Siguen después de estos preceptos unas reglas (IV a VIII) sobre el número de Jueces en las diversas provincias, y sobre la adscripción a los Juzgados de un Abogado fiscal y un escribano para las causas y pleitos de la Hacienda.

Los artículos IX y X señalan que en los partidos en donde existan dos Jueces letrados conocerán de los pleitos de la Administración el

que designe el Gobierno, pleitos que en todo caso se despacharán con preferencia a las demás causas civiles.

Precepto fundamental es el artículo XII, que establece la regla del *solve et repete* solamente para las apelaciones de las sentencias de los Jueces de Primera Instancia, de donde se infiere que la Hacienda no tenía frente a los deudores Fiscales que negaban la procedencia de la exacción o se oponían al pago, otra alternativa que promover la oportuna acción ante el Juez de Primera Instancia. El privilegio de *solve et repete* juzgaba únicamente respecto a la apelación de una primera sentencia de un Juez civil favorable a la pretensión de la Hacienda. He aquí los términos literales de este fundamental precepto :

«En las causas sobre cobranza de créditos de contribuciones no se admitirá la apelación de la sentencia condenatoria sino después de hecho el pago».

Por último, se niegan todo tipo de funciones judiciales o de competencias contenciosas a los órganos de la Hacienda en el artículo XIV :

«Los intendentes no ejercerán funciones judiciales, ni conocerán de negocios contenciosos de Hacienda, ni podrán llamar las causas pendientes en justicia, pero podrán pedir acerca de ellas a las autoridades y Jueces de Primera Instancia cuantas noticias estimen para dar cuenta al Gobierno de las dilaciones y defectos que adviertan y ejercerán toda la autoridad gubernativa y económica que les concedan las Leyes e instrucciones para cuidar de la recaudación y dirección de las rentas, cobranza de créditos, buen desempeño de ello y promover por todos los medios los intereses de la Hacienda Pública».

Este y no otro ha sido nuestro primer sistema moderno de justicia administrativa. Un sistema donde sólo opera la ventaja del fuero territorial del órgano administrativo, la preferencia del despacho en los pleitos de la Administración, y una modestísima versión del privilegio del previo pago: un sistema que respondía al principio constitucional de unidad judicial, y al concepto de jurisdicción como poder y facultad de decidir controversias y ejecutar, en el más amplio y contundente sentido, las decisiones: un sistema, en último término, que entendía las relaciones del poder ejecutivo y del poder judicial, el principio de la división de poderes, como simple separación de autoridades, pero no como separación y diversidad de jurisdicciones.

Nada de particular tiene que un sistema tan liberal y respetuoso con principios y preceptos constitucionales no fuera acompañado por el éxito en el punto clave, en el talón de Aquiles de todo sistema de Administración y justicia administrativa, que es la recaudación de los Tributos. La generosidad de garantías, excesivas quizá para los contribuyentes españoles, máxime los de aquel tiempo turbulento, originaron sin duda un colapso de tal importancia en el sistema recaudatorio que obligaron a las propias Cortes a establecer una grave excepción para la materia tributaria, hasta el punto de trasladar todos los poderes judiciales a los órganos de la Administración, suprimiendo toda garantía jurisdiccional. Esto tiene lugar en el segundo período constitucional en el que las Cortes aprueban el Decreto de 12 de mayo de 1821. Su justificación no se encontrará en los principios constitucionales, que el propio Decreto vulneraba, sino en razones de eficacia.

«Las Cortes, habiendo examinado la propuesta de S. M. acerca de adoptar ciertas medidas para la más pronta y fácil exacción y recaudación de las contribuciones y toda clase de impuestos a los pueblos de la Península han aprobado :

1.º Que por ahora, y hasta tanto se establezca el arreglo general de Hacienda se autorice provisionalmente a los Intendentes para que en materia de contribuciones y toda clase de impuestos, en cuanto a su cobranza, puedan obrar por sí y sin necesidad de implorar el auxilio del poder judicial ni otra autoridad.

2.º Que con inhibición de las Audiencias, Jueces y demás Magistrados puedan los mismos Intendentes decretar y llevar a efecto los apremios que consideren indispensables en los casos precisos, y con entero arreglo a lo prevenido en la Instrucción de 1725, menos en la parte que dispone la distinción de individual del Ayuntamiento en la cabeza de partido, porque es poco conforme a las nuevas instituciones».

Este desapoderamiento provisional de los poderes de decisión y ejecución en materia de contribuciones que detentaban los Jueces y Tribunales comunes va a elevarse a definitivo por otro Decreto que dictan las mismas Cortes al mes siguiente, el 25 de junio de 1821, y por el que se aprueba el *Sistema Administrativo de la Hacienda Pública*, que contiene ya los principios básicos de lo que ha de ser definitivamente el sistema tributario en los aspectos que consideramos. Sus puntos fundamentales son los siguientes :

— Creación de órganos colegiados administrativos para entender de las reclamaciones con exclusión de los Tribunales civiles :

«El juicio de las reclamaciones de cualquiera especie que sean, en materia de contribuciones, pertenece a la Autoridad administrativa: los Tribunales ordinarios no pueden conocer de ellas ni de las cobranzas» (art. 199).

«Para decidir los agravios que reclamen los individuos en el repartimiento de contribuciones directas, si no estuviesen resueltas por los Ayuntamientos, se establecerá una Junta de agravios en cada provincia, compuesta del Intendente, un individuo de la Diputación provincial nombrado por ella misma, el Director de Provincia de Contribuciones directas, el de las indirectas y el Tesorero (art. 201).

— La cobranza de las contribuciones se desvía del sistema de juicio y reclamaciones y se configura como potestad autónoma, dotada de ejecutoriedad en favor de órganos no colegiados.

«Los contribuyentes que el día 10 del mes no hubieran satisfecho sus cuotas serán apremiados de pago. A este fin se establecerán portadores de apremios en cada uno de los territorios de los Depositarios de rentas, a quienes se encajará exclusivamente la ejecución de los que ordenare el depositario (arts. 232 y 233).

— El sistema descrito se declara aplicable a los impuestos indirectos.

«La Junta de agravios y los portadores de apremios se aplicará igualmente a los impuestos indirectos que a los directos» (art. 288).

Resumiendo, en el sistema de Cádiz prima el principio de unidad judicial que quiebra en materia tributaria, lo cual estaba en cierto modo previsto en el Preámbulo de la propia Constitución de 1812 con una expresa referencia: *«el sistema de rentas, mientras no se reforme de raíz, podrá requerir una excepción al sistema de Tribunales. Esta excepción, prevista como provisional pero articulada definitivamente, fue la única admitida al dogma revolucionario de la división de poderes, que postulaba la exclusiva competencia de los Tribunales integrados en el poder judicial para decidir ejecutoriamente toda suerte de conflictos jurídicos».*

En conclusión, pues, una jurisdicción para la Administración servida por funcionarios, no por Jueces, al estilo francés de los Consejos de prefectura y Consejo de Estado no se implanta durante la vigencia de la Constitución de Cádiz porque hubiere constituido, no una especialización, sino algo más sustancial, una excepción al sistema de Tribunales, excepción no prevista y por ello anticonstitucional.

Esta conclusión es válida para el desarrollo constitucional posterior, porque si prescindimos del Estatuto Real de 1834, que nada dice sobre el poder judicial, las Constituciones posteriores, de 1837 y 1845, recogen el principio de la Constitución de Cádiz de que a los Tribunales y Juzgados corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo efectuar lo juzgado (art. 63 de la Constitución de 1837 y art. 66 de la Constitución de 1845).

Se alude únicamente en ambas constituciones a los Tribunales civiles y criminales; no se prevén ni otras especialidades ni excepción alguna al sistema de Jueces y Tribunales. Tampoco hay en ellas la menor regulación ni alusión a un Consejo real o de Estado. Los pleitos en que fuera parte la Administración sólo podían ser juzgados por los Tribunales civiles en la forma que había establecido el Decreto de 13 de septiembre de 1813.

Ocurrió, sin embargo, que los administrativistas de la época estaban dispuestos a toda costa a importar a nuestra patria el sistema napoleónico de la justicia administrativa, sistema ya previsto en la Constitución de Bayona, pero repudiado en las posteriores. El primer obstáculo con que primero tropiezan es el constitucional, resolviéndolo en forma muy poco correcta por no decir arbitraria. SILVELA dice que es un dogma constitucional el que «el Estado debe ser al propio tiempo Juez supremo de las contiendas administrativas *bajo la responsabilidad de los Ministros*»; pero no puede por menos de reconocer que «*este principio no está explícito en nuestra Ley fundamental, como no lo está en ninguna Constitución*», y agrega, «mas no por eso deja de estar virtualmente comprendido en todas ellas», afirmación esta última desmentida y expresamente negada, como hemos visto, en la Constitución de Cádiz.

VI. JUECES ADMINISTRATIVOS DE EXCEPCIÓN.

El sistema de Consejos Provinciales y Consejo Real o de Estado que al fin se establece en 1845 no suponía otra cosa, frente a la contraria opinión de NIETO, que a estos órganos administrativos se atribuía la fun-

ción de juzgar y ejecutar las controversias en que fuera parte la Administración, asumiendo en estas contiendas el mismo papel y función que los jueces civiles asumen en los conflictos entre particulares, lo que implicaba que ningún otro órgano de la misma, salvo casos excepcionales, tenía poderes decisorio-ejecutorios. Cuando en casos excepcionales las Leyes reconocían esos poderes ejecutorios-decisorios a órganos diversos de los Consejos, se habla de que el órgano en cuestión obra como verdadero juez. Tal doctrina está formulada por SILVELA con absoluta precisión:

«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.^a La jurisdicción voluntaria corresponde exclusivamente al jefe político. 2.^a De la contenciosa sólo le corresponde conocer en aquellos casos en que las Leyes, *por razones especiales*, lo prevengan expresamente. 3.^a Fuera de los casos de que trata la regla anterior, la jurisdicción contenciosa corresponde al Consejo».

A continuación precisa el alcance de esta jurisdicción contenciosa de los Jefes Políticos y su carácter rigurosamente excepcional:

«Lo más sencillo parece 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 máxima energía y rapidez, sometiéndola el conocimiento de *cuestiones que, en otro caso, decidirían los Tribunales administrativos*. En un incendio podrá convenir 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 efervescencia 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 de estar previstos en las Leyes y determinados en ellas».

Parece claro, a la vista de esta opinión de SILVELA, que la doctrina de los Jueces de excepción o de los Tribunales administrativos especiales se liga al concepto de jurisdicción, de tal forma que se dan aquellos supuestos allí donde a una autoridad se le reconoce, por las razones que sean, el poder de decidir situaciones conflictivas y el poder de ejecutar las decisiones adoptadas. NIETO, sin negar abiertamente esta conclusión, afirma que «los Tribunales administrativos de excepción son *una segunda instancia administrativa*...», lo que significa que, incluso cuando ellos intervienen, el sistema sigue siendo el mismo, salvo la interpelación de una segunda instancia administrativa».

Me atrevo a pensar que, para NIETO, estos Jueces o Tribunales de excepción son, a modo de los Tribunales económico-administrativo actuales, unos órganos de revisión interna de la propia Administración activa, cuya actuación presupone siempre un acto administrativo previo, interpretación, sobre todo, en cuanto a esta exigencia del acto previo, que no se compagina en absoluto con los casos citados por SILVELA como casos típicos (peste, incendios, inundaciones, etc.), criterio interpretativo, por último, que aparece a mi juicio desmentido también por COLMEIRO, al afirmar que:

«Tales son los principios (las Autoridades *activas* mandan, no juzgan; administran, no ejercen jurisdicción) de que se desvía un tanto la Administración al conceder a las Autoridades activas un cierto grado de jurisdicción contencioso. 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 observarse en su resolución las apariencias de un juicio».

La urgencia en que también COLMEIRO justifica, y a la que reconduce los casos más típicos de Jueces administrativos de excepción, era incompatible, insisto, con la exigencia de un acto previo. Por otra parte, si el Juez excepcional es el propio Jefe Político o Gobernador o el Alcalde, ¿cómo exigir un acto previo de los mismos que, en estos casos, los más típicos actuaban de oficio, sin petición de parte? Por último, el hecho mismo, admitido por NIETO de que las resoluciones de estos Jueces administrativos de excepción fuesen recurribles ante los Consejos Provinciales o el Consejo real, y *precisamente a través de un recurso de apelación*,

prueba que sus resoluciones constituían decisiones judiciales de primer grado o instancia. COLMEIRO lo reconoce en términos inequívocos:

«El respeto de los derechos de los particulares exige que las providencias de estos Jueces excepcionales no causen daño irreparable a tercero, por cuyo motivo casi nunca tienen fuerza de *sentencia definitiva*, pues en toda cuestión grave *procede el recurso de apelación ante Tribunales del mismo orden*, de donde la parte ofendida puede deducir su derecho y obtener la revocación o la reforma de aquel *acto de jurisdicción extraordinaria*».

En resumen, los supuestos típicos de actuación de los Jueces o Tribunales administrativos de excepción constituyen casos de actuación judicial, y sus resoluciones verdaderas sentencias, sujetas a un recurso de apelación, como es normal en las de primer grado o instancia.

VIII. LO GUBERNATIVO Y LO JUDICIAL EN EL ANTIGUO RÉGIMEN.

A propósito de los Jueces administrativos de excepción, afirma también NIETO que «constituyen la reliquia del sistema anterior, donde el fenómeno no era excepcional, sino absolutamente normal». Esta afirmación da a entender que en el Antiguo Régimen los múltiples órganos y Autoridades en que, por razón de la materia aparecía diversificada la Administración, tenían atribuido el poder de decidir y ejecutar controversias sobre derechos, sin perjuicio de ulteriores revisiones. En otras palabras, se insinúa que el concepto de lo gubernativo en el Antiguo Régimen se caracteriza como fase previa de lo judicial y que lo judicial, en materias administrativas, presupone siempre una fase previa, con poderes absolutos de decisión y ejecución.

Ese planteamiento es, a mi juicio, erróneo, error que proviene de haber llevado demasiado lejos la tópica afirmación de que, en el Antiguo Régimen, se hallaban confundidas las funciones judiciales y las administrativas o gubernativas, lo que sólo es una verdad a medias.

Ciertamente que el Estado se aparece y presenta como una gran constelación de magistraturas y que, junto a los órganos de la justicia común u ordinaria (Alcaldes mayores, Alcaldes ordinarios, corregidores, Alcaldes de crimen, Salas civiles y del crimen, de Chancillerías, Audiencias y Sala de Gobierno y de Justicia del Consejo de Castilla), aparece una nueva multitud de magistrados, privilegiada por razón de las personas, de las cosas, de los delitos y por razón de las causas.

1. *El concepto de lo gubernativo.*

Pero frente a lo que de una consideración superficial pudiera inferirse, no hay confusión entre lo judicial y lo gubernativo. En el Antiguo Régimen están claros los poderes que la Autoridad tiene en un campo, y en otro, cuando un mismo órgano estatal debe actuar como Juez a través del proceso y cuando sin proceso o gubernativamente y, a lo que a nuestro efecto interesa, cuando tiene facultad o cuando no la tiene para llevar a cabo la ejecución forzosa de sus decisiones, supuesto este último que viene a coincidir también en términos generales con las hipótesis de actuación judicial.

Lo gubernativo se aparece como aquella parte del ejercicio de las competencias del Magistrado o Autoridad en que no hay disputa o controversia sobre derechos y en la que, por consiguiente, tampoco hay necesidad de ejecución forzosa o, lo que es lo mismo, de ejercer violencia sobre la libertad o patrimonio de una persona. Al comienzo de su libro, DOU Y BASSOL se preocupa de fijar el par de conceptos a que nos referimos, y cita para ello la opinión del autor a las Notas al *Apéndice de Educación Popular*, quien se expresa en los siguientes términos:

«Cuando se trata de dominio, de posesión, de conservación de honores, de imposición de penas, en una palabra, de derecho de tercero, para causarle perjuicio con la sentencia, es necesaria la Audiencia ordinaria y substanciación de los autos. La razón es clara, porque cada parte ha de probar los hechos en que funda su intención; ésta no se puede liquidar sin trámites contenciosos. Pero si se trata de favorecer la labranza, *dejando a los dueños y cultivadores de las tierras todo aquel arbitrio* que cada uno tiene para sacar de su terreno todo el mejor partido posible, cercando y plantando, aprovechando, etc., son reglas necesarias y comunes, que penden tan sólo de la instrucción de los que mandan, y *no necesitan, si saben su oficio, más que insinuación o representación u oportunidad que dé impulso a las providencias*».

Por el párrafo transcrito bien se ve que lo gubernativo está desprovisto de coerción de ejecución forzosa y que las providencias de esta índole sólo pueden llevarse a efecto con asenso de los destinatarios conseguido por el convencimiento de que la razón jurídica o material está del lado del que manda.

Tras citar ejemplos relativos a la legislación de propios y arbitrios y al funcionamiento de las Salas de Gobierno y de Justicia del Consejo de Castilla, en las que la fase contenciosa o judicial «*se produce en cualquier momento en que se atraviere el derecho de tercero reclamando el interesado*».

De aquí, pues, que la decisión gubernativa pueda variarse en cualquier momento y que en cualquier momento también pueda ser parcialmente revisada. No hay plazo para trabar el proceso judicial, ni efecto de cosa juzgada, ni siquiera de acto consentido e inimpugnable, que viene a ser lo mismo. Por último, la fase gubernativa es esencialmente previa a la judicial, pues cualquier asunto puede ser *ab initio* asunto contencioso.

2. *La protección contra la ejecución sin proceso. El juicio de despojo y restitución.*

Viejas reglas de nuestro Derecho histórico, recogida en la Novísima Recopilación, vinculan la ejecución forzosa al haz de atribuciones judiciales a través de la exigencia del proceso como requisito previo a toda ejecución. Sin juicio, sin actividad judicial, el apoderamiento es ilegítimo y origina el proceso primario de despojo, así denominado en la Novísima Recopilación, con base en una Ley dada por Enrique II en Toro, el año 1371, recogida como Ley II, del título XXXIV, del libro XI, de la Novísima Recopilación en que se prescribe :

«que ningún Alcalde, ni Juez, ni persona privada sea osado de despejar de su posesión a persona alguna, *sin primeramente ser llamado y oído y vencido por Derecho*; y si pareciere carta nuestra, por lo que demandáramos dar la posesión que uno tenga a otro, y la tal carta fuera sin audiencia, que sea obedescida y no cumplida; y si por la tales cartas o albalaes algunos fuesen despojados de sus bienes por un Alcalde, que los otros Alcaldes de la ciudad, o de donde acaeciese, restituyan a la parte despojada hasta *tercero día, y pasado el tercero día, que lo restituyan los oficiales del Concejo*».

La fórmula de que se obedezcan, pero que no se cumplan, se emplea asimismo en viejas Leyes de Valladolid de los años 1325, 1442 y 1448, recogidas en el hecho III de la Novísima Recopilación, en relación con órdenes de las Cancillerías, Alcaldes o Jueces o de Reales cartas en las que se atente a la libertad o la posesión, sin previo vencimiento en juicio.

3. *Los órganos judiciales y los gubernativos en las Administraciones especializadas.*

La actuación a través de proceso es exigencia que también actúa en los que se denominan Magistrados especiales por razón de las personas, de las cosas y de las causas, y que vienen a coincidir con las actuales ramas de la Administración. Estos funcionarios son, a la vez, Magistrados o Jueces, en cuanto que conocen de la materia contenciosa que su actividad administrativa origina.

En algunos casos, y son típicos lo de la Administración Militar y los de los Reales Sitios, como el de Aranjuez, la actuación de la competencia gubernativa y la judicial no sólo viene diferenciada por razón del procedimiento, sino además por una forma especial de organización que ha de servir después como modelo a la jurisdicción administrativa napoleónica del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura y de nuestro Consejo Real y Consejos Provinciales, a mediados del siglo XIX. Se trata de que la Autoridad militar o el Gobernador de un Real Sitio no puede actuar por sí mismo la jurisdicción contenciosa, ni aun siguiendo el procedimiento judicial, sino que ha de compartirla con un técnico en Derecho, el asesor o el auditor, o bien en Consejo de Guerra ordinario o de Oficiales Generales en el que aquella autoridad tiene la Presidencia o la facultad de aprobación de la sentencia de los Consejos (Tratado 8 de las Ordenanzas Militares de Carlos III). Nada hay en esta Administración que se asemeje a una fase previa gubernativa ejecutoria revisable *a posteriori* por un órgano judicial; tanto en las causas civiles como penales, en términos generales en cualquier asunto contencioso, la Autoridad unipersonal es impotente, aun en campaña, para tomar decisiones ejecutorias. La ejecución es atributo de esta Administración, en cuanto adopta la organización judicial.

Muy claramente se desprende que lo gubernativo no es en la época una fase previa de lo contencioso, en la regulación contenida en la Ley X, título X, del libro III de la Novísima Recopilación sobre las facultades respecto del Gobernador y del Letrado Gobernador del Real Sitio de Aranjuez. El Gobernador «dirigirá por sí mismo, instruyendo el expediente con los informes que estime necesarios, si los asuntos fuesen de los ordinarios o extraordinarios de su oficio, y de la clase económica o gubernativa que no exijan pericia legal o acuerdo de la Junta... Si los tales negocios, aunque de la clase económica o gubernativa exigieren pericia en Derecho,

lo pasarán al dictamen de su Teniente, que como Letrado se la dará, para que le sirva de guía y norte en estos casos, aunque no tendrá obligación de conformarse con lo que proponga, si le pareciese injusto, y *podrá mandar otra cosa, si examinado el asunto en Junta de Oficiales Reales, tuviese en abono de su opinión la mayor parte de sus vocales, que entonces quedarán responsables de las resultas*».

En cualquier caso :

«Si los negocios fueran, por su naturaleza o circunstancias, contenciosos, o llegaren a serlo en su curso, al instante se desprenderá de ellos y los remitirá a su Teniente para que administre justicia con total independencia.

4. *Lo judicial y lo gubernativo en la Administración colegiada.*

En los órganos colegiados que suelen ser los órganos máximos y superiores en la Administración del Antiguo Régimen, la diferencia entre lo judicial y lo gubernativo origina una diferencia orgánica peculiar, de la que todavía hay algún vestigio, si bien desnaturalizado, en la actual Administración.

La diferenciación orgánica a que aludimos es la distinción entre Salas de Gobierno y Salas de Justicia, que se da en el Consejo de Castilla, en el Consejo Supremo de Guerra y en el Consejo de Hacienda como más típicos y representativos.

En líneas generales ha de admitirse que las Salas de Gobierno conocen de lo gubernativo y las de Justicia de lo contencioso, bien entendido que contencioso no supone tampoco aquí ninguna fase previa de la contienda judicial que puede originarse *ab initio* sin que haya actuado la Sala de Gobierno, o producirse la contienda en cualquier momento de la fase gubernativa, lo que obliga a esta Sala de Gobierno, no a una decisión previa, sino a una remisión del asunto a la Sala de Justicia. Buena prueba de ello es que el Consejo en Pleno resuelve con miembros de ambas Salas las cuestiones de competencia entre aquellas cuestiones de competencia que no tendrían sentido si lo gubernativo fuese siempre previo a lo judicial como ahora.

En relación con esa diferenciación se produce también una distinción entre funcionarios técnicos y letrados, con predominio de los técnicos en las Salas de Gobierno y de los letrados en las Salas de Justicia. Los auditores, oidores o Ministros togados, son mayoría en las

Salas de Justicia, y los Ministros de capa y espada son mayoría en las Salas de Gobierno.

IX. CONCLUSIONES.

Este excursio por el Antiguo Régimen refuerza la tesis adelantada en el trabajo inicial sobre los antecedentes del sistema contencioso de 1845, que pueden resumirse en la siguiente forma:

— El sistema responde al modelo napoleónico del Consejo de Estado y Consejos de Prefectura, entendido como jurisdicción privativa al margen del sistema de Tribunales ordinarios, fuero privilegiado, por consiguiente, y excepción al principio de unidad judicial.

— Esta jurisdicción administrativa parece directamente inspirada en la Administración militar, en la que el órgano unipersonal de mando, la autoridad militar, ejerce solamente la función gubernativa o jurisdicción voluntaria, correspondiendo la contenciosa a un órgano colegiado (Consejo de Guerra) que aquella autoridad preside o cuya sentencia le corresponde aprobar.

— La ejecución forzosa, en cuanto en último término implica el uso de la fuerza física sobre la libertad y la propiedad, derechos fundamentales y, al mismo tiempo, derechos civiles de los que otro sujeto está en posesión, es potestad típica del poder judicial o de órganos jurisdiccionales, y por ello ajena al núcleo de poder, salvo casos de necesidad o urgencia, de funcionarios o autoridades de otro orden.

— Históricamente, el par de conceptos gubernativo-contencioso guarda semejanza sustancial con la dualidad jurisdicción contenciosa, jurisdicción voluntaria presentes hoy en nuestra Ley procesal civil y diferenciadas por la inexistencia o la consecuencia de una oposición formalizada.

— El sistema contencioso de 1845 quebrantó el principio constitucional de unidad del poder judicial al atribuir carácter judicial a determinados órganos de la Administración (Consejos Provinciales y Consejo Real); pero una vez configurados estos órganos como órganos judiciales, el sistema fue respetuoso con el otro principio constitucional de que la función de juzgar y ejecutar lo juzgado sólo reside en órganos jurisdiccionales, y que esa función excede las posibilidades de la Administración activa.