

SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCION DE LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA PREVIA

POR

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

Profesor agregado de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EXENCIONES JURISDICCIONALES. A) *El equívoco origen de la reclamación previa.* B) *La garantía administrativa de la operación desamortizadora.* C) *El privilegio de inembargabilidad y la regularización presupuestaria de los entes locales.* D) *El problema en la Administración del Estado.* E) *Apariencia y fondo: conciliación y lucha por el principio del acto previo.*—III. LA CENTRALIZACIÓN DE LA DEFENSA PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN. A) *La desconfianza de la Hacienda hacia el estamento fiscal.* B) *Los primeros cuarenta años de la reclamación previa: resistencias, insistencias, transacciones.*—IV. REFLEXIONES SOBRE UNA HISTORIA CONFLICTIVA. A) *Las afortunadas consecuencias de un error dogmático.* B) *Conclusiones críticas sobre nuestro procedimiento administrativo.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones más pacíficas, posiblemente, de todas las que contiene nuestro mal conocido ordenamiento procedimental administrativo es, sin duda, la reclamación administrativa previa. Institución pacífica, quizá, por pura inercia y olvido: por una parte, el tradicional desinterés en que hasta hace muy pocos años ha estado sumida la temática del procedimiento administrativo, y por otra, la escasa movilidad de la institución, en la que la historia no parece haber hecho mella, son, sin duda, causas que pueden explicar el que las monografías específicamente dedicadas a la reclamación previa puedan prácticamente contarse con los dedos de la mano (1).

(1) Me refiero, claro está, a los trabajos provenientes del campo específico del Derecho administrativo, en el que, prescindiendo de las referencias, más o menos marginales, contenidas en tratados generales, sólo cabe resaltar el excelente estudio de CLAVERO ARÉVALO: *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, en los «Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación», Sevilla, 1954, tomo I, pp. 219 a 248, y los trabajos—referidos exclusivamente a la Administración local—de ALCÁZAR OLALLA: *Las reclamaciones previas y los recursos gubernativos en la vigente legislación local española*, «REVL», núm. 69 (1953), pp. 362 y ss., y de RIBES PUTG: *La reclamación administrativa previa el*

Nada menos explicable, sin embargo, que este desinterés, pues el más somero análisis de la institución revela la existencia de un conjunto de implicaciones dogmáticas y prácticas de la mayor trascendencia. Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, la reclamación previa ofrece hoy día una riquísima problemática que desborda por completo los escasos preceptos legales en que se encuentra regulada; la diversificación y heterogeneidad de la moderna Administración pública, y el uso masivo y sistemático de ordenamientos ajenos al Derecho administrativo, ha dado lugar a un cúmulo de nuevos problemas que no hallan solución en el marco del derecho positivo vigente, con la natural perplejidad para jueces y administradores.

No es mi propósito, desde luego, abordar el análisis de esta rica problemática, que habrá de esperar a mejor ocasión (2). El presente

ejercicio de acciones civiles contra entidades locales, en la misma Revista, número 98 (1958), pp. 172 y ss. La obra más completa es, sin duda alguna, la de ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961, si bien se encuentra centrada exclusivamente en la problemática de la reclamación previa a la jurisdicción laboral. En la doctrina procesalista, el panorama no es mucho más abundante: en el pasado siglo encontramos dos estudios—breves y esquemáticos—de Luis MIQUEL IBARGUEN, titulados *La vía gubernativa y Vía gubernativa y procedimiento administrativo y contencioso-administrativo*, ambos publicados en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1883, pp. 271 a 277 y 1888, pp. 324 a 335, respectivamente. En el tomo de 1888 de la misma Revista hay otro trabajo, de mayor interés, de Zoilo RODRIGUEZ PORRERO titulado *Situación privilegiado del Estado en los Tribunales de Justicia*, y, ya en nuestros días, el artículo de Soto NIETO: *Excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa*, en la «Revista de Derecho Español y Americano», abril-junio 1968.

Ya en prensa está este trabajo, ha llegado a mis manos la que con toda justicia ha de considerarse la primera monografía completa sobre el tema: la tesis doctoral del profesor de Sevilla Julio GARCÍA CASAS: *Vía gubernativa y proceso civil*. Barcelona, CYMYS, 1975, cuyo contenido, por imperativos de la composición, no he podido incorporar al presente trabajo. Se trata de una monografía de corte estrictamente procesalista, cuyo análisis de la evolución histórica del instituto (pp. 27 a 61) no añade, desgraciadamente, nada a cuanto en este trabajo se contiene. Téngase, pues, por hecha esta salvedad al objeto de matizar las afirmaciones que se contienen en las notas siguientes.

(2) Valga solo, a título de ejemplo, la siguiente enumeración. No está claro, en primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación de la reclamación previa: concretamente, de si resulta exigible respecto del ambiguo complejo de entes englobados en la categoría general de Administración corporativa o Corporaciones públicas, a las que el artículo 460, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumera (junto con el Estado y las Administraciones locales) entre las entidades exentas del acto de conciliación. Tampoco parece claro el significado de la mención «toda clase de acciones» que se contiene en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, planteándose el problema de la exigibilidad de la reclamación previa en los litigios sumarios o de naturaleza posesoria, como los interdictos o los fundados en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, tema en el que no existe acuerdo doctrinal; así, GONZÁLEZ PÉREZ, rechaza tal exigibilidad, frente a la que parece ser opinión de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (así parece deducirse de un dictamen publicado en la Revista de «Documentación Admi-

estudio tiene una finalidad bastante más modesta, en cuanto se ciñe al plano de lo meramente histórico. He de confesar que desde siempre he sentido un instintivo recelo por las explicaciones simplistas y de común aceptación, recelo que me impulsó de inmediato a dudar de la aparente sencillez y unanimidad que envuelven al instituto de la reclamación previa, cuyos orígenes, evolución y motivaciones profundas deberían ser bastante más complejas y oscuras de lo que las exposiciones doctrinales al uso podrían hacer pensar. La indagación histórica en torno a estos extremos ha confirmado la exactitud de estas intuiciones, haciendo cobrar al análisis una doble utilidad. Por un lado, desde el punto de vista histórico, debe resaltarse como la reclamación previa, nacida a la par que nuestro sistema contencioso-administrativo, y habiendo conservado sus rasgos primitivos prácticamente inalterados en lo fundamental, constituye un auténtico fósil de singular valor, cuyo seguimiento a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX permite mejorar la comprensión de algunos aspectos capitales de la emergencia de nuestro Derecho administrativo como ordenamiento exorbitante o privilegiado (3). Pero la reconstrucción

nistrativa», núm. 113, pp. 89 y ss., aunque lo cierto es que, en el supuesto contemplado, el tema estaba involucrado con el problema marginal de la inversión de la posición procesal de las partes en el seno de un litigio de los previstos en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria). Por último, también plantea problemas la posibilidad de superponerse en determinados casos a la reclamación previa una serie de recursos jerárquicos, cuando el «jefe administrativo o director del establecimiento en que el trabajador preste sus servicios» (artículo 145.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo) sea un órgano cuyas relaciones no agoten la vía administrativa dentro de la entidad de la que se trate.

Tampoco están en absoluto resueltos todos los problemas derivados del tratamiento procesal de la reclamación previa; fundamentalmente, el tratamiento de la falta de reclamación previa como excepción dilatoria o como presupuesto procesal, la eficacia interruptiva de la prescripción por el ejercicio de acciones sin cumplir el requisito de la reclamación previa, y la posible configuración de la falta de ésta como motivo de casación (artículos 1692, 1.º y 6.º y artículo 1693, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Estos problemas no han sido abordados hasta la fecha más que por la doctrina de las Abogacías del Estado, y de forma—lógicamente—muy parcial, con una clara finalidad de hipervaloración del instituto: con todo, es la única doctrina existente; vid. los dictámenes titulados: *La vía gubernativa y el acto de conciliación*, *La vía gubernativa y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, *Procedencia de la reclamación previa gubernativa en las demandas dirigidas contra montes del Estado* y *La vía gubernativa en materia laboral*, todos ellos en los «Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado», tomo I, Madrid, 1981, pp. 223 a 246; el dictamen titulado *La vía gubernativa como posible excepción sustancial*, en los mismos «Anales...», cit., tomo II, Madrid, 1982, pp. 311 a 320 y el trabajo—en conjunto, excelente—de GONZÁLEZ MIRANDA: *La Administración del Estado como parte en el proceso civil*, asimismo en los «Anales...», cit., tomo III (1983-85), pp. 59 y ss. (en especial, pp. 96 a 101).

(3) Vid. mi libro *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, pp. 143 y ss., cuyos planteamientos deberán tenerse muy en cuenta, en cuanto constituyen el presupuesto del presente trabajo. En él apuntaba la calificación de la reclamación previa como uno de los cinco

histórica en profundidad de la línea evolutiva de la reclamación previa permite desvelar una serie de datos cuyo interés trasciende con mucho de la simple erudición histórica, en cuanto suministran nuevas perspectivas para una valoración crítica de la estructura institucional de nuestros actuales procedimientos administrativo y contencioso. He insistido en más de una ocasión en la necesidad de depurar la vigente normativa procedimental y procesal de reglas técnicas enteramente discutibles y que no poseen otra justificación que su aceptación rutinaria y acritica durante los últimos cien años. Refrescar nuestra memoria histórica constituye el primer paso para emprender esta labor de depuración, mediante la ruptura de mitos insostenibles e inexplicables en pura lógica jurídica, y confío que el presente análisis histórico sirva de alguna manera para ello.

II. LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EXENCIONES JURISDICCIONALES

A) *El equívoco origen de la reclamación previa*

Pese a la unanimidad doctrinal que, como antes se dijo, existe en torno a la reclamación previa, lo cierto es que el origen de esta institución constituye un dato de hecho conocido de forma muy imperfecta. Generalmente se le hace remontar a una Real Orden de 9 de junio de 1847, motivada en la necesidad de hallar una técnica de conciliación o transacción para los negocios contenciosos en que fuera parte una entidad pública (4). Pero, por un lado, no faltan autores

privilegios jurisdiccionales sobre los que se comienza a fundar la especialidad del ordenamiento jurídico-administrativo en la década de los años cuarenta del pasado siglo; calificación que aquí trataré de justificar plenamente, cumpliendo con ello la promesa de un trabajo sobre esta materia que en aquel momento formulé (vid. p. 150, en nota).

(4) Así, CLAVERO: *Consideraciones...*, cit., p. 237, y la totalidad de la doctrina procesalista (contencioso-administrativa) del pasado siglo; vid. DÍAZ UFANO Y NEGRILO: *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar*, Madrid, Imprenta de Manuel Minuesa, 1866, pp. 97 y 98; ALCÁNTARA Y MORALES: *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*, Madrid, 1866, tomo I, pp. 280-282 y 288-289; ROS BOSCA: *Procedimientos contencioso-administrativos y competencias entre las autoridades administrativas y judiciales*, Valencia, 1877, p. 26; también, aunque de manera incidental, COLMEIRO: *Derecho Administrativo Español*, 3.^a ed., Madrid, 1885, p. 378. Idéntica equiparación entre reclamación previa y acto de conciliación se encuentra en la totalidad de la jurisprudencia civil sobre el particular: vid. Sentencias (Sala Primera) de 3 de marzo de 1893, 20 de junio de 1899, 20 de mayo de 1941 y 17 de febrero de 1954 (citadas en *Anales de la Dirección General...*, cit., tomo I, p. 225), y Real Decreto resolutorio de competencias de 28 de mayo de 1882.

que apuntan orígenes más remotos (5), y, por otro lado, la moderna doctrina ha terminado por poner en duda la veracidad de la motivación antes referida (el que la reclamación previa constituya un sustitutivo del acto de conciliación del proceso civil ordinario), bien que sin indagar cuál sea la auténtica (6).

Prescindiendo de su sustancia concreta, debo avanzar aquí que ambas críticas me parecen esencialmente acertadas. La Real Orden de 9 de junio de 1847 tiene, en efecto, precedentes muy claros en los años de la misma década de los cuarenta y, desde luego, los motivos de su promulgación no tienen nada que ver con la búsqueda de un instrumento sustitutorio de la conciliación. Tales motivos, sin embargo, no son en modo alguno homogéneos; antes bien, puede afirmarse que la reclamación previa surgió como consecuencia de un triple orden de necesidades: la garantía de la situación jurídica de los compradores de bienes nacionales, las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos, y las tendencias a una centralización eficaz de la defensa procesal de la Administración. Examinaremos en el presente epígrafe las dos primeras motivaciones—que, pese a su aparente diversidad, se basan en un principio común—, dejando para el siguiente el análisis de la tercera.

(5) Así, SERRERA CONTRERAS: *Lo económico-administrativo: Historia y ámbito*, Sevilla, 1966, pp. 15 y ss., pretende encontrar referencias a ella en una Real Orden de 12 de marzo de 1828, que declaraba pertenecientes a la vía gubernativa los asuntos sobre repartimientos de contribuciones de los pueblos, los de suministros y demás en que tuviere interés la Real Hacienda» (vid. pp. 18 y 19). Dicho precedente no se mueve, sin embargo, en la línea de la reclamación previa, sino en el de las manipulaciones de los conceptos gubernativo-contencioso que se realizan en el primer tercio del siglo XIX para excluir totalmente la competencia de los Tribunales ordinarios en determinadas materias en favor de la Administración, no para configurar una vía gubernativa previa. A ello me he referido en mi libro *Sobre la génesis...*, cit., pp. 98 y 151. Últimamente, sobre el precedente de estas manipulaciones en el Antiguo Régimen, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1974, pp. 321-323.

(6) CLAVERO: *Consideraciones generales...*, cit., pp. 220 y ss.; también, CALLEJO ANABITARTE: *Administración y Jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, I.E.A., 1971, p. 155, que explica la reclamación previa (supongo, pues el texto es muy oscuro) por una suerte de trasvase de lo contencioso-administrativo a lo contencioso judicial del principio del acto previo. Explicación que, a mi juicio, no es totalmente correcta, como se verá más adelante, en cuanto que la reclamación previa es anterior a la implantación de la jurisdicción contencioso-administrativa (que, en su primera versión, tampoco se basaba sobre el principio del acto previo, como veremos).

B) *La garantía administrativa de la operación desamortizadora*

La primera de las circunstancias que, en el orden cronológico, determinó el surgimiento de la reclamación administrativa previa se localiza en los conflictos provocados por los contratos de venta de bienes nacionales, cuyas incidencias se pretendió sustraer del conocimiento de los Tribunales ordinarios; al menos, en la medida de lo posible.

Este último inciso requiere una aclaración, por cuanto en este tema de la ejecución de la operación desamortizadora la Administración española actuó con evidente mimetismo—una vez más—del precedente modelo francés. En Francia, la legislación revolucionaria cuidó con esmero, desde sus mismos orígenes, la garantía de los adquirentes de las propiedades confiscadas a la Iglesia y a los emigrados, a través de dos medios: de un lado, asegurando la irrevindicabilidad de los bienes adquiridos, incluso mediante preceptos constitucionales (7), y de otro, excluyendo radicalmente la competencia de los tribunales ordinarios en los litigios surgidos de los contratos de venta, litigios que en una primera fase eran resueltos por los servicios centrales de los departamentos, con recurso ante el ministro de Finanzas y el Directorio, y que en virtud de la Ley de 28 pluvioso del año VIII, pasaron a la competencia de la jurisdicción contenciosa—Consejos de Prefectura—con recurso ante el Consejo de Estado (8). Los motivos de dicha exclusión, eminentemente políticos, no se enmascararon en momento alguno: se trataba con ella de salir abiertamente al paso de la sospechosa proclividad mostrada en los primeros años de la Revolución por los tribunales ordinarios a anular las ventas de bienes nacionales, buscando su sometimiento a una instancia jurisdiccional más favorable a la obra revolucionaria (9).

(7) Artículo 374 de la Constitución del año III: «*La nation française déclare qu'après une vente légalement consommée de biens nationaux, quelle qu'en soit l'origine, l'acquéreur légitime ne peut en être dépossédé, sauf aux tiers réclamant à être, s'il y a lieu, indemnisés par la Trésor public.*» Idéntica norma se contenía en el artículo 94 de la Constitución del año VIII.

(8) Artículo 4.º Sobre ello, y en la literatura más próxima a los hechos, *vid. MACAREL: Éléments de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*, París, 1818, I, pp. 296 y ss.; CORMENIN: *Droit administratif*, 5.ª ed., París, 1840, II, pp. 56 y ss.; una exposición general, en LAFERRIÈRE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.ª ed., París-Nancy, 1896, I, pp. 555 y ss.

(9) Las primeras anulaciones de ventas de bienes nacionales comenzaron a producirse, si hemos de creer a CORMENIN, en 1793, frente a las cuales hubo de salir al paso el Directorio, que procedió a la revocación de las citadas sentencias mediante dos decisiones de conflicto de 12 Frimario y 4 Nivosó del año VI. Su

Con un retraso de casi medio siglo, el problema se plantea en España cuando el ministro Juan Alvarez de Mendizábal inicia, con el famoso Real Decreto de 19 de febrero de 1836, la desamortización eclesiástica. Sin embargo, ni este Real Decreto ni la subsiguiente «Instrucción para llevar a efecto la enajenación decretada de bienes nacionales», de 1 de marzo de 1836, contenían norma alguna de exclusión de la competencia de los Tribunales ordinarios (10): realmente, el arreglo del sistema judicial conforme al modelo gaditano estaba demasiado próximo como para formular una exclusión (11). Por ello, en virtud de la dialéctica de lo gubernativo-contencioso como criterio de reparto de competencias y del carácter por naturaleza contencioso (o civil) de las cuestiones sobre propiedad—y en tal epígrafe eran inequívocamente encajables las ventas de bienes nacionales—los litigios sobre esta materia quedaron naturalmente atribuidos a la jurisdicción ordinaria.

Esa atribución implícita de competencia debió suscitar dificultades, ante la presumible inclinación de los jueces ordinarios a admitir demandas tendentes a paralizar las ventas (12). La reacción gubernamental no se hizo esperar, manifestándose en la *Real Orden de 25 de noviembre de 1839*, que, firmada por Arrazola, sentaba las siguientes reglas:

«2.ª Los jueces ordinarios de Primera Instancia dejarán expedita la autoridad y jurisdicción de los inten-

motivación es transparente: «... que l'effet des ventes nationales ne saurait être modifié, suspendu ou annulé que par l'autorité administrative, que l'entreprise des juges tend à établir une lutte dangereuse entre les autorités et à confondre tous les pouvoirs, à entraver la marche du Gouvernement, et à détruire les mesures les plus propres à consolider la révolution et à perpétuer l'existence de la République». El testimonio de CORMENIN: *Droit Administratif*, cit., II, p. 58, en nota, es aún más crudo: «Le gouvernement voulait donner aux acquéreurs des juges plus économiques, plus expéditifs et plus favorables que les juges ordinaires». Vid. también en el mismo sentido, LAFERRIÈRE: *Traité...*, cit., p. 556.

(10) El Real Decreto se limitaba a reservar a la autoridad administrativa la decisión de las reclamaciones sobre la formación de lotes o suertes para enajenar, las cuales «se resolverán de plano por el intendente» (artículo 3.º, regla octava). La Instrucción sólo disponía, en su artículo 55, que «las dudas que se suscitasen en la ejecución de las ventas se consultarán al director general, y se decidirán por la Junta».

(11) Vid., sobre ello, mi libro *Sobre la génesis...*, cit., pp. 114-119. Esto no obstante, los precedentes de la operación desamortizadora hacían presagiar otra solución, puesto que sólo diez días antes de su inicio, una Real Orden de 9 de febrero de 1836 dispuso que se resolvieran «gubernativamente» los expedientes de reintegro de bienes nacionales pertenecientes a los emigrados liberales: esto es, con exclusión de la jurisdicción ordinaria.

(12) La resistencia ante la operación desamortizadora no se limitó a los jueces, manifestándose incluso entre los propios funcionarios encargados de ejecutarla.

dentés y subdelegados de la Hacienda pública en los negocios del ramo de Amortización, absteniéndose de embarazarlos con competencias voluntarias e infundadas, bajo su responsabilidad, que se hará efectiva con arreglo a las leyes.

4.^a Los expedientes sobre la subasta y venta de bienes nacionales son puramente gubernativos mientras que los compradores no entren en plena y efectiva posesión, y terminadas las mismas subastas y venta con todas sus incidencias. Hasta entonces no están los compradores en el ejercicio del pleno dominio ni entran los bienes en la clase de particulares. Hasta entonces de consiguiente no admitirán los jueces ordinarios de Primera Instancia recursos ni demandas relativas a dichos bienes, y a las obligaciones, servidumbres o derechos a que puedan estar sujetos.»

No es mi intención analizar en profundidad esta curiosa norma, que constituye uno de los eslabones intermedios entre el sistema de desamortamiento puro de los jueces mediante la calificación de gubernativos de los asuntos, propio del primer tercio del XIX y el establecimiento de la jurisdicción contenciosa. Me interesa solamente traerla a colación por cuanto en ella se aprecia la primera manifestación de lo que después será la vía gubernativa o reclamación previa. Frente a la tajante exclusión de los tribunales ordinarios que los revolucionarios franceses llevaron a cabo, el autor de la Real Orden se resiste a adoptar tan drástica solución: sobre él pesa de modo inequívoco la convicción de que las ventas de bienes nacionales entrañan simples cuestiones de propiedad (esto es, contenciosas y cuyo

Francisco SIMÓN SEGURA: *La Desamortización Española del siglo XIX*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973, pp. 98 y ss., nos da cuenta de una Real Orden de 12 de octubre de 1838 en la que el Ministerio de Hacienda hacía notar «que la interesante enajenación de los bienes nacionales empieza a querer sacudir la dolorosa parálisis en que cayera, más por la desidia o negligencia de las manos ejecutoras que por disposición alguna que pueda citarse de este Ministerio...», y en la que se instaba la máxima diligencia en la práctica de las ventas. Asimismo, idéntica preocupación se advierte en una circular de LÓPEZ BALLESTEROS de 5 de marzo de 1839, en la que se recuerdan a los intendentes «las quejas que llegan a las Juntas de ventas de bienes nacionales acerca del retraso que sufre la subasta de fincas... y hasta la prensa periódica se ocupa frecuentemente de hacer cargo a los empleados de este ramo por la lentitud con que instruyen esta clase de expedientes...».

conocimiento pertenece por naturaleza a la jurisdicción ordinaria), cuya naturaleza no puede tergiversarse mediante la calificación de asuntos gubernativos (13). Por ello se respeta la competencia de los tribunales civiles, pero se fortalece la posición de los compradores mediante un arbitrio ya previsto en el Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835 (14): imponiendo un previo expediente administrativo (al que se califica de gubernativo; lo que entraña la prohibición tácita a los jueces de inmiscuirse en él de forma alguna), que abarca hasta la consumación efectiva de la venta: hasta que «los compradores no estén en plena y efectiva posesión»; lo cual entraña la creación de un estado de hechos consumados muy difícil de remover (que comprende incluso la imposibilidad para los antiguos propietarios de emplear la vía

(13) Que ésta era la opinión unánime de la época lo confirma el propio POSADA HERRERA: *Lecciones de Administración*, Madrid, Establecimiento Tipográfico calle del Sordo número 11, 1843, tomo I, p. 110, que, tras exponer el sistema francés de exclusión de los Tribunales ordinarios, dice «Esta decisión particular, que es hija de las circunstancias por que pasó aquel país en su revolución, y del miedo que los compradores de fincas nacionales tenían a una contrarrevolución que les dejara sin ellas, ha hecho sentar un principio general en materia de competencias, que ustedes encontrarán en los autores franceses; pero que nosotros no podemos admitir. Los actos administrativos no pueden convertir en administrativa, una cuestión que antes era puramente civil. Ni el descuido de un particular que no ha acudido a entablar su acción ante los tribunales civiles, ni la naturaleza de la acción administrativa, ni la conveniencia pública, pueden justificar el que se prive a un ciudadano de la garantía que le ofrecen los tribunales para la defensa de sus derechos civiles.» La fuerza de la opinión era tan considerable que, inicialmente, las materias relativas a bienes nacionales no se incluyeron entre las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa; así, no aparecen en el proyecto de SILVELA de 1838, ni en las leyes de creación del Consejo Real (6 de julio de 1845) y de los Consejos Provinciales (2 de abril de 1845). Tal inclusión sólo se produce, como es sabido, por la Real Orden de 14 de junio de 1848 y, posteriormente, por la Ley de Contabilidad de 1850 (artículo 10), lo que siempre fue considerado como una anomalía; así, GÓMEZ DE LA SIERNA y MONTALBÁN: *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, 3.ª ed., Madrid, 1861, tomo I, p. 24, dirían años más tarde: «Motivos de otro orden han exigido que se consideren como cuestiones contencioso-administrativas y se separen de la jurisdicción civil a que por su naturaleza debían corresponder las que se refieren a la enajenación, arrendamiento y actos posesorios de bienes nacionales, pues que de ellos no pueden decirse que paralizarían la Administración, ni producirían obstáculo alguno a su libre ejercicio... Solamente por un alto interés político pudo hacerse que estas cuestiones de propiedad y de sus efectos y derechos, que están por regla general bajo el amparo de los tribunales inamovibles pasaran a la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por funcionarios amovibles.»

(14) Me refiero al artículo 32 del mismo, a cuyo tenor «conocerán también como jueces ordinarios los alcaldes y los tenientes de alcalde de los pueblos en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes, en cuyo caso deberán remitirlas al juez letrado de primera instancia»; bien que este precepto tiene obviamente una finalidad diversa, de competencia puramente preparatoria del proceso civil.

interdictal, dado que la posesión ya ha recaído en los compradores) y, en definitiva, arrojar toda la carga de la prueba sobre los propietarios desposeídos por la desamortización.

En lo que aquí importa, debe resaltarse cómo por vez primera se impone una cierta tramitación administrativa como requisito previo a la interposición de demandas en vía jurisdiccional en cuestiones relativas a bienes nacionales, si bien no se trata de un puro privilegio posicional de la Administración pública, en cuanto dicho requisito se exige igualmente en los procesos entablados en contra de particulares compradores. Tal carácter de privilegio posicional comienza a apuntar con mayor claridad tres años más tarde, durante la época de la Regencia, y una vez aprobada la nueva ley desamortizadora de los bienes del clero secular (Real Decreto de 2 de septiembre de 1841), mediante dos normas básicas. En primer lugar, la *Real Orden de 9 de febrero de 1842*, relativa no ya propiamente a los contratos de venta de bienes nacionales, sino al tema —ciertamente capital— de la competencia para declarar los bienes exceptuados de la venta relacionados en el artículo 6.º del Real Decreto. El texto de la Real Orden era el siguiente:

«Enterado el regente del reino de una consulta elevada por la Junta Inspectorá de bienes del clero de secular de Barcelona sobre si corresponde a las Juntas de su clase el admitir y declarar las excepciones de que se trata el artículo 6.º de la Ley de 2 de septiembre, y considerando que dichas Juntas sólo ejercen por la Ley funciones de inspección e intervención en la parte administrativa de aquellos bienes; que la materia es de suyo grave, y que en ella hay ya ejemplo que seguir en el curso que se ha dado a reclamaciones análogas respecto de los bienes que poseyeron las suprimidas comunidades religiosas, se ha servido mandar que se observen por punto general las siguientes reglas:

1.ª Todos los expedientes sobre declaración de estar o no comprendidos en las excepciones del artículo 6.º de la Ley de 2 de septiembre algunos de los bienes que fueron del clero, fábricas y cofradías, *se promoverán y ventilarán por el orden gubernativo antes de poder hacerse contenciosos.*

2.ª El conocimiento de ellos corresponderá en primer

grado a las Juntas Inspectoras de provincia creadas por el artículo 7.º de la Ley, debiendo éstas consultar sus decisiones a la Dirección General de Arbitrios de Amortización y no dictarlas sin haber oído a los asesores de las Intendencias.

3.ª La Dirección ampliará la instrucción de estos expedientes, oyendo también a su asesor, y los elevará con su opinión explícita al Gobierno, que se reserva la decisión definitiva con audiencia también del asesor de la superintendencia general de Hacienda pública y de cuantos dictámenes exigiere cada caso especial.

4.ª Las disposiciones precedentes se refieren a los casos de duda o de reclamación, sin que obsten a la ejecución expedita de la Ley en todos aquellos en que fueren notorias, según la misma, la incorporación o exclusión de los bienes para el Estado.»

Y asimismo, en cumplimiento de esta norma, se dictó un año después, una nueva decisión sobre un caso concreto, una *Orden del Regente de 15 de marzo de 1843* («Colección Legislativa», pág. 124), en la que la reclamación previa aparece ya configurada con toda nitidez:

«Al regente de la Audiencia de Burgos digo con esta fecha lo siguiente: He dado cuenta al Regente del Reino del expediente instruido en el Juzgado de Primera Instancia de Almazán con motivo de la contienda de jurisdicción suscitada por el intendente de Soria, como presidente de la Junta Inspectoras de enajenación de bienes del clero, a consecuencia de la demanda interpuesta por el apoderado del duque de Frías para que el Juzgado declarase de su propiedad una renta de quinientos mil maravedís agregados a la Mesa capitular del cabildo de Berlanga. Enterado S. A. y teniendo presente lo dispuesto en la Real Orden de 9 de febrero de 1842, por cuya regla 1.ª se previene que no pueda usarse de la vía contenciosa sin haber intentado antes la gubernativa, al propio tiempo que se ha servido resolver, corresponde el conocimiento y declaración reclamada por el apoderado del duque de Frías a la Junta Inspectoras de Soria, ha dispuesto se prevenga al juez de Almazán..., deje

expedita la acción gubernativa a la Junta, *sin cuyo requisito no ha debido admitir la demanda interpuesta como lo ha hecho.*»

C) *El privilegio de inembargabilidad y la regularización presupuestaria de los entes locales*

La tendencia a la anteposición de un trámite gubernativo a los procesos judiciales en los que, de una u otra manera, se hallan implicados los entes públicos, no se manifestó solamente en el ámbito de la desamortización, terreno fértil para todo género de exorbitancias. Surgió también en un tema aparentemente diverso, el de la ejecución judicial de créditos contra entidades públicas y, en especial, contra los Ayuntamientos. El proceso es complicado y merece ser relatado con algún detalle.

Tras la anarquía política y económica de los primeros cuarenta años del siglo XIX, el partido conservador inició en la década de los cuarenta una vasta operación de saneamiento financiero, tanto en relación a la Hacienda pública como en relación a los entes locales. En particular, la situación económica de los Ayuntamientos era absolutamente lamentable, sumándose a la carencia casi absoluta de fondos la ausencia de una mínima disciplina presupuestaria y contable. Tras un fallido intento por regularizar esta situación con la Ley de 3 de febrero de 1823, la Ley de Ayuntamientos de 14 de julio de 1840 primero (que no fue publicada sino hasta el 30 de diciembre de 1843), su Reglamento de 6 de enero de 1844 después y, finalmente, la nueva Ley de 8 de enero de 1845, establecieron las reglas presupuestarias mínimas para hacer frente a los pagos: los artículos 91, 93, 98 y 104 de la Ley de 1845 ordenaban a los Ayuntamientos formular anualmente el presupuesto municipal, en el que habrían de comprenderse como gastos obligatorios el pago de deudas y el de los réditos de censos, habiendo de hacerse los pagos por el depositario exclusivamente sobre las cantidades incluidas en virtud de libramientos expedidos por el alcalde. La propia Ley hacía personalmente responsable al depositario por los pagos de partidas no comprendidas en el presupuesto, quedando éste autorizado para negarse a efectuar los que no reunieran estos requisitos.

Estas elementales prescripciones quedaron incumplidas en buen número de casos. Las deudas no se incluyeron en los presupuestos

municipales, incumplimiento en el que trataban de cubrirse ante las reclamaciones de los acreedores, entre los que se encontraba el Estado. Los acreedores, ante esta resistencia, procedieron a ejecutar sus créditos por la vía de apremio o de ejecuciones judiciales, haciendo aún más grave la situación financiera de los municipios, muchos de los cuales se declararon en concurso de acreedores, entregando a éstos los bienes de propios (15).

Ante tal estado de anarquía, el Gobierno adoptó medidas enérgicas: el Ministerio de la Gobernación dictó una Real Orden de 21 de enero de 1845 ordenando la suspensión inmediata de todo apremio y ejecución contra los fondos municipales, y reiterando a los Ayuntamientos la obligación de incluir las deudas en el presupuesto. Sin embargo, esta Real Orden tropezó con la decidida oposición de los Ministerios de Gracia y Justicia y de Hacienda (16), que la retuvieron durante varios meses, provocando la resistencia de los jueces de Primera Instancia, que alegaban su desconocimiento. La oposición no carecía, desde luego, de fundamento: se alegó en su contra su inconstitucionalidad, por oponerse al principio de competencia privativa de los Tribunales de las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y por vulnerar el derecho de propiedad; se alegaba asimismo el propio interés de los Ayuntamientos, de cuyo contacto habrían de retraerse los contratistas, o el de la Hacienda pública y de sus créditos, para los que se reclamaba una excepción a la regla general de inejecutabilidad.

En definitiva, las ejecuciones continuaron, y el Ministerio de la Gobernación planteó la competencia en dos supuestos a través del jefe político de Valencia contra sendas ejecuciones despachadas por el juez de Primera Instancia de la ciudad de Sueca para el pago de pensiones atrasadas de censos. Y el Gobierno, a propuesta del recién establecido Consejo Real, falló en favor del jefe político (y, por tanto, en pro de la vigencia de la Real Orden de 21 de enero de 1845) me-

(15) Para los pormenores de este conflicto, siga la minuciosa exposición contenida en el poco conocido libro de Juan SUNYE: *Jurisprudencia Administrativa. Colección razonada de resoluciones del Gobierno a consulta del Consejo Real en materias de Administración*, tomo I, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847, pp. 11 y ss. Al problema se refieren también ALCÁNTARA y MORALES: *Tratado de las competencias...*, cit., tomo I, pp. 141 y ss. y más recientemente PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, pp. 107 y ss.

(16) Por más que este Ministerio, pocos meses antes, había dictado la Real Orden de 28 de febrero de 1844 por la que se prohibía todo procedimiento ejecutivo contra fondos de la Hacienda Pública, precepto reiterado con carácter general por Real Orden de 14 de junio de 1845. Vid. más adelante en el texto.

diante los Reales Decretos sentencias de 25 de mayo de 1846 (17). Los considerandos tercero, cuarto y quinto son extraordinariamente significativos:

«Que tocando exclusivamente a la Administración, según la misma Ley, formar, aprobar y modificar, en su caso, estos presupuestos, a ella sola corresponde hacer los tales pagos en la forma dicha.»

«Que por el mismo caso no pueden los jueces y tribunales ordinarios exigirlos por sí, aplicando las formas de juicio ejecutivo, ni de otro modo alguno, y si sólo decidir, dentro de los límites de su competencia, lo que corresponda sobre la legitimidad de esta clase de deudas, y obligación de satisfacerlas cuando pasan a ser asunto contencioso.»

«Que no pudiendo llegar este caso mientras la Administración no niegue la obligación y legitimidad dichas, *es indispensable que preceda a toda gestión judicial la de solicitar los acreedores respectivos ante aquella gubernativamente que, reconociendo ambas cosas, disponga la inclusión de las deudas en el presupuesto municipal para su pago.*»

A pesar de estas decisiones, las críticas continuaron, por lo que el Gobierno, haciendo suyos por entero los argumentos del Consejo Real, dictó con carácter general el *Real Decreto de 12 de marzo de 1847*, cuyos cuatro primeros artículos configuran por vez primera la reclamación administrativa previa:

«Art. 1.º Cuando las deudas de los Ayuntamientos no se hallen declaradas por una ejecutoria, toca a la

(17) «Gaceta» núm. 4281, de 4 de junio de 1846. El texto de estos dos Reales Decretos puede verse en SUNYÉ, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Con la misma fecha, el Gobierno dictó otras dos decisiones idénticas, resolviendo la competencia surgida entre el jefe político de Madrid y el juez de primera instancia de Navalcarnero por la venta en pública subasta de la casa-posada del municipio de Quijorna para pago de deudas, y entre el jefe político de Toledo y el juez de primera instancia de Illescas por otras ejecuciones efectuadas para abono de suministros hechos a un municipio durante la guerra de la Independencia. Estas decisiones pueden encontrarse en el volumen primero de la *Colección completa de las decisiones dictadas a consulta del Consejo Real desde su instauración en 1846 hasta su supresión en 1854*, hecha por los directores de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo I, años 1846-1850 (competencias de jurisdicción), Madrid, 1877.

Administración examinarlas, a fin de determinar si han de incluirse o no, según que fuere clara o dudosa su legitimidad, en el presupuesto ordinario, o en el adicional correspondiente.»

«Art. 2.º El Ayuntamiento resolverá bajo su responsabilidad en el preciso término de un mes, contado desde el día en que hubiere presentado la solicitud el interesado, a quien en el acto de la presentación se dará el correspondiente recibo por el secretario de la Corporación.»

«Art. 3.º En los diez días inmediatos siguientes al en que expire el término, se elevará el expediente con una exposición razonada a la autoridad, a quien con arreglo al artículo 98 de la citada Ley corresponda la aprobación del presupuesto municipal, dando desde luego el oportuno conocimiento por escrito al interesado.»

«Art. 4.º El Jefe político, y en su caso el Gobierno, resolverán a la mayor brevedad lo que estimen justo. Cuando se aprobare la resolución en que el Ayuntamiento haya desestimado, o se desaprobare la en que haya admitido como legítimo el crédito reclamado, se autorizará al mismo tiempo a aquella corporación para comparecer en el juicio que a consecuencia de ello promueva el interesado» (18).

(18) Con anterioridad a esta disposición, una norma anterior había establecido un sistema similar respecto de las deudas municipales y provinciales a la Hacienda pública, si bien la omisión del procedimiento ejecutivo se compensaba con el reconocimiento de un derecho de preferencia absoluta. Se trata de la Circular dirigida por el ministro de Hacienda a los intendentes con fecha 22 de septiembre de 1845, cuyo texto es del siguiente tenor: «Por circular del Ministerio de la Gobernación, fecha 19 de mayo último, se advirtió a los jefes políticos que S. M. se había servido mandar que se dijera a este Ministerio de mi cargo que previniere a los intendentes no procediesen en adelante en el cobro de las leudas contra los fondos públicos, ora municipales, ora provinciales, por medio de las ejecuciones o de apremio. Mas como ha sido tan varia la inteligencia de la citada disposición, cuyo solo objeto es poner en armonía la bien entendida y eficaz administración de todos los fondos destinados a cubrir los gastos públicos, sin menoscabar los derechos y acciones que se han reconocido constantemente en los representantes de la Hacienda pública, ha tenido a bien S. M. declarar que en modo alguno se entiendan restringidos ni derogados los derechos acciones y privilegios que corresponden a la Hacienda para hacer efectiva la recaudación de las cantidades que forman el presupuesto general de gastos del Estado, y únicamente consultando los perjuicios que se causarían a los fondos públicos en concepto de municipales o provinciales, si por efecto de procedimientos premiantes disminuían sus ingresos, es como S. M. ha tomado en su alta consideración, y aprobó la medida de que los intendentes, antes de proceder según

Como puede apreciarse, también aquí surge un claro atisbo de la reclamación previa, en franco paralelismo con lo acaecido en el terreno de los bienes nacionales: no se excluye la competencia de los Tribunales ordinarios, pero se antepone a su conocimiento una reclamación en vía gubernativa ante el propio Ayuntamiento (19). En definitiva, se trata de una solución ecléctica entre la regla implícita de distribución de competencia basada en la dualidad gubernativo-contencioso y la exclusión de la jurisdicción ordinaria a que habría llevado la aplicación del principio francés de *l'Etat débiteur*, principio que juega de manera inconsciente, pero al que se atribuye una eficacia limitada (20).

D) *El problema en la Administración del Estado*

Pese a no ser ni mucho menos tan crítica su situación financiera, la Administración del Estado siguió muy pronto los pasos del ordenamiento local, no por un simple proceso de mimesis, sino como consecuencia lógica del paralelo plan de saneamiento financiero preparado por el gobierno conservador. El Real Decreto García Carrasco

sus atribuciones, manifiesten a los jefes políticos el estado de los descubiertos líquidos en que puedan hallarse los Ayuntamientos o corporaciones de la inmediata dependencia del Ministerio de la Gobernación, a fin de que por los medios que marca la ley municipal y demás instrucciones comunicadas y que se les comuniquen, hagan efectivas las cantidades que se deban a la Hacienda, considerando este crédito de interés general, preferente a todo otro, y haciendo responsables a los alcaldes y depositarios del Ayuntamiento de cualquier pago que hicieren sin estar completamente pagada la Hacienda; siendo al mismo tiempo la voluntad de S. M. que se ponga en conocimiento del Ministerio de la Gobernación la precedente declaración, para que se comunique a las autoridades de su dependencia con las instrucciones que tengan por conveniente, y eviten los conflictos y entorpecimientos a que ha dado lugar la variada inteligencia que ha tenido la mencionada Circular.»

(19) El hecho de que el Real Decreto de 12 de marzo de 1847 se refiera sólo a los Ayuntamientos y no a las provincias no debe extrañar, puesto que para estas la reclamación previa ya se halla establecida de alguna forma por la Ley provincial (Ley de Organización y Atribuciones de las Diputaciones Provinciales de 8 de enero de 1845), cuyo artículo 59 disponía en su primer párrafo: «Ninguna acción judicial se intentará contra una provincia sino a los dos meses de haberse dado por el interesado conocimiento al jefe político de la reclamación y de los motivos en que se funda. En caso urgente podrá intentarse desde luego; pero se guardará para su prosecución el plazo indicado.» Es dudoso, sin embargo, que este trámite pueda ser calificado técnicamente como una reclamación previa. Más bien parece el correlativo de la autorización que las provincias debían obtener del jefe político para entablar acciones judiciales, de acuerdo con el artículo 56, 5.º de la propia Ley.

(20) Sobre el principio del Estado deudor, CORMENIN: *Droit administratif*, cit., II, pp. 2 y ss.; LAFERRIÈRE: *Traité...*, cit., I, pp. 196 y ss.; KOEHLIN: *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Paris, 1950, pp. 108 y ss, y en nuestra doctrina PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes...*, cit., pp. 37 y ss., con el que no me hallo entera-

de 18 de diciembre de 1843 constituyó la comisión de estudio para la reforma del sistema tributario, que habría de llevar a feliz término la Ley de 23 de mayo de 1845 (21), conocida con el nombre de sus dos principales autores, don Alejandro Mon y don Ramón de Santillán. Este Real Decreto marca el inicio de una serie de medidas tendentes a consolidar la Hacienda Pública, una de cuyas más interesantes manifestaciones, en lo que aquí nos interesa, lo constituye la *Real Orden de 28 de febrero de 1844*, dictada en resolución de un caso concreto de amenaza de ejecución de los bienes del Estado (22).

Don Pedro Barbería había adquirido al Estado, en 1821, una partida de ganado lanar que en tiempos había pertenecido a la comunidad de monjes de Guadalupe, hasta su supresión. Reconstruida la comunidad, había ésta exigido al comprador el reintegro de la partida, solucionándose el litigio por vía de transacción mediante el abono a la comunidad monacal de 96.000 reales. Reclamada judicialmente la deuda al Estado, fue éste condenado por la Audiencia Territorial al pago de la mencionada suma, exigiendo el inmediato abono bajo requerimiento de ejecución. La Administración general de bienes nacionales solicitó del Gobierno autorización para transigir sobre el modo de efectuar el pago. Y la Real Orden resuelve que el efecto de la sentencia debía entenderse limitado al reconocimiento del crédito ejercitado, sin que procediese la ejecución en caso alguno:

«Siempre que en la esencia se haya reducido a esto la sentencia del Tribunal, su ejecución debe consistir en el reconocimiento del crédito del señor Barbería; pero para la satisfacción del crédito de ningún modo deben ser ocupados ni vendidas las rentas, bienes, y efectos públicos, afectos y destinados en virtud de las leyes a sostener las cargas del Estado, en la forma y modo que las mismas disponen. De poder hacerse el pago privilegiado y ejecutivamente según se supone a

mente de acuerdo en cuanto a su tesis de la neutralidad del principio (pp. 107 y ss.). El principio, en efecto, no juega como norma excluyente de la competencia jurisdiccional para declarar las deudas de los entes públicos, pero sí en cuanto a su ejecución; y en punto a la declaración de la deuda, es este principio, también, el que determina la anteposición de la vía gubernativa.

(21) Vid. sobre ella, el notable estudio de F. ESTAPÉ: *La reforma tributaria de 1845*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1971.

(22) El texto íntegro de esta importante Real Orden, en la que se encuentra el origen próximo de la regla de inembargabilidad de los fondos públicos (artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911), puede consultarse en la obra de SUNYÉ, *op. cit.*, pp. 39 a 44.

favor de un interesado por providencia de un Tribunal, vendría a seguirse que aquéllos estarían facultados para pedir, y los Tribunales para otorgar, el total aniquilamiento de los intereses del Estado; y de aquí resultaría que en beneficio de algunos particulares, y por sentencias de los Tribunales de justicia, serían desatendidas y abandonadas las atenciones públicas más privilegiadas y perentorias, y que las leyes quedaban sin valor ni fuerza por acuerdo de unos cuerpos que reciben su poder y sus facultades de ellas mismas.»

En base a este razonamiento, la resolución sentaba la doctrina que habría de consolidarse como el principio de inembargabilidad de los fondos públicos y de independencia de la Administración en la ejecución de las sentencias de los Tribunales de Justicia:

«Que al mismo tiempo se diga al subdelegado de Rentas de la Provincia que las rentas, bienes y efectos pertenecientes al Estado que constituyen la Hacienda pública, cuya administración, aplicación y distribución están a cargo del Gobierno con arreglo a las leyes, no pueden ser objeto de procedimiento ejecutivo, sino en los casos especiales que las mismas leyes prescriben; que el modo de llevar a ejecución las sentencias de los Tribunales que declaran a favor de los particulares derecho a percibir del Estado por ciertos conceptos algunas cantidades, se reduce a hacer que sean reconocidos tales particulares como acreedores del Estado y con derecho a percibir el valor de sus créditos en el modo, tiempo y lugar acordado por el Gobierno y dispuesto por las Leyes respecto de los demás de su clase...»

Una vez promulgada la Ley de reforma tributaria de 23 de mayo de 1845, el Gobierno continuó su labor de consolidación de la Hacienda y de preparación de un sistema de contabilidad pública. Menos de un mes después de la promulgación de la Ley, mediante una *Real Orden de 14 de junio de 1845* se generalizó la doctrina sentada en cuanto a inembargabilidad en la de 28 de febrero de 1844, ordenando que lo en ella establecido «se tuviese por disposición y regla general en todos los casos de la misma especie».

Sin embargo, la regla de la prohibición de ejecuciones no constituía más que un primer paso. Era preciso asegurar la iniciativa y defensa de los intereses del Estado mediante el previo procedimiento gubernativo, que permitiese evitar *a priori* la incómoda situación en que la Hacienda quedaba colocada cuando por imperativo de una Sentencia judicial quedaba emplazada a satisfacer perentoriamente un crédito privado. Y, en este segundo paso, el ordenamiento local jugó un papel modelo realmente decisivo. No habían transcurrido aún tres meses desde la promulgación del Real Decreto de 12 de marzo de 1847, cuando por Real Orden de 9 de junio del mismo año se establece, por vez primera en nuestro ordenamiento, la vía administrativa previa en los litigios contra el Estado. El texto de la Real Orden, mucho más conocido que el de las normas antes reseñadas, era del siguiente tenor:

«No siendo justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que los particulares, a los cuales concede la Ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad, antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio, y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación, se ha servido S. M. resolver de acuerdo con lo propuesto por V. S. y por el Asesor de la Superintendencia que no se controvertan intereses del Estado, sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución en el asunto sobre el que verse, por la vía gubernativa.»

E) *Apariencia y fondo: conciliación y lucha por el principio del acto previo*

Hemos visto cómo la reclamación previa surge de manera empírica como un mecanismo dirigido a reforzar la posición de los compradores de bienes nacionales y a normalizar presupuestariamente el cobro de créditos contra los entes públicos mediante la interposición de un trámite administrativo que demora el conocimiento jurisdiccional de estas cuestiones (y por una última razón, que más adelante analizaremos). En principio, por ello, parece sorprendente que cuando todas estas realizaciones empíricas plasman en una norma general, su fundamentación técnica se busque en una figura que,

hasta el momento no había sido traída a colación: la conciliación procesal.

En realidad, este hábil giro dogmático que opera la Real Orden de 9 de junio de 1847 tiene bien poco de sorprendente. De hecho, la reclamación previa constituía una alteración capital de las competencias jurisdiccionales, y surge como un arma abiertamente enfilada contra el poder judicial, de donde las constantes resistencias que las normas que la implantaron encontraron desde un principio. Romper estas resistencias exigía necesariamente «hacer presentable» el requisito de la vía gubernativa previa, y ello se consiguió—al menos formalmente—revistiéndole de una apariencia de institución procesal, impuesta por la misma mecánica de la jurisdicción.

Ciertamente, el ordenamiento procesal vigente invitaba a utilizar esta estrategia. El requisito de la conciliación previa a todo proceso judicial fue impuesto por vez primera por la Constitución de 1812, cuyo artículo 284 prescribía que «sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se establecerá pleito alguno». Sin embargo, esta regla nunca había regido para los juicios en que fuere parte el Estado o una entidad pública. Por Decreto de las Cortes de 18 de mayo de 1821 se exceptuaron del requisito de la conciliación los litigios en los que aparecieran como parte «la Hacienda pública, los municipios, los establecimientos de Beneficencia y, en general, las Corporaciones civiles de carácter público» (23), regla posteriormente refrendada por el artículo 21-1 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 (24). El fundamento de esta excepción se hallaba, como es sabido, en la concepción de la conciliación como un negocio transaccional, que exigía la capacidad jurídica plena para enajenar (conforme a la antigua regla *transigere est alienare*). El *beneficium minor aetatis* de que tradicionalmente venían gozando los entes públicos les impedía el ac-

(23) VERLANGA: *Práctica administrativa española*, Madrid, 1845, p. 74; en el mismo sentido, CASO: *Guía legislativa o Índice general de las Leyes, Decretos, Ordenes y Circulares contenidas en los noventa tomos de la Colección Legislativa Oficial de España*, Madrid, 1860, tomo II, pp. 119 y 120. MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4.ª ed., Madrid, 1919, tomo II, p. 386, habla, en cambio, de una Ley de 3 de junio de 1811, tomando posiblemente como fecha la de la sanción, en lugar de la de aprobación parlamentaria.

(24) MANRESA, *op. y loc. cit.* VERLANGA y CASO, *ibidem*, hablan, sin embargo, de dos Reales Decretos de 20 de agosto de 1836 y 27 de enero de 1837 que restablecieron la vigencia del Decreto de 18 de mayo de 1821; textos éstos que nos son desconocidos. La regla de exención al juicio conciliatorio pasó posteriormente al artículo 201, 6.º de la Ley de Enjuiciamiento de 1855, para quedar plasmada definitivamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente, de 1881, artículo 460, 3.º

ceso a la transacción y, por ende, hacía inútil el trámite de conciliación (25).

Esta exención del trámite conciliatorio fue hábilmente manipulada, anunciando la Real Orden de 9 de junio de 1847 que la vía gubernativa previa actuaría como sustitutivo de la conciliación, recabando, por tanto, para aquélla la legitimidad y el prestigio de una institución amparada en la ya mítica Constitución gaditana, en cuyas resonancias judicialistas se confiaba como medio de acallar las protestas de los Tribunales.

Desde luego, este enmascaramiento no pasa de ser una simple hipótesis, bien que sólidamente arropada por los hechos. Es imposible saber si la asimilación al trámite conciliatorio constituyó una argucia consciente o fue hecha de buena fe: no podemos descartar radicalmente el que el autor de la idea hubiera actuado intuitivamente en esta calificación dogmática, en base a la semejanza externa entre ambas instituciones: reclamación previa y conciliación son, en efecto, dos trámites obligadamente precedentes al proceso civil, y ambos cumplen una función similar, la de eliminación del proceso. Sin embargo, las circunstancias propician una conclusión malpensante: por una parte, en los escasos antecedentes que existen de las normas en las que se apunta la reclamación previa no hay sombra de alusión al acto de conciliación (26); por otra, es forzoso reconocer que, pese

(25) MANRESA, *ibidem*, lo explica con toda corrección: «Siendo, en efecto, la conciliación un medio de avenencia establecido por la ley con el laudable fin de evitar los litigios, es indudable que éste sería ilusorio en todos aquellos casos en que las partes, por razón de su incapacidad, o por la naturaleza de las cosas objeto del litigio, no pudieran avenirse, debiendo, por lo tanto, prescindirse en ellos de la conciliación para no incurrir en el contrasentido de exigir un trámite completamente ocioso e ineficaz. En ese caso se encuentran la Hacienda, los municipios, los establecimientos benéficos y las Corporaciones civiles de carácter público, que son los autorizados por la ley o los reglamentos, puesto que todos gozan de la consideración de menores, y no pueden, por lo tanto, avenirse sino con sujeción a ciertas formalidades y mediante ciertas autorizaciones y, por lo tanto, las dilaciones necesarias para cumplir dichas formalidades y obtener tales autorizaciones harían por completo ineficaces las ventajas del acto de conciliación.»

(26) Dichos antecedentes son, en efecto, escasísimos. El único de interés, prácticamente, es el largo dictamen del Consejo Real en base al cual se redactó el Real Decreto de 12 de marzo de 1847, antes citado, y que fue elaborado por el entonces vicepresidente de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo, don Joaquín José CASAUS (transcrito íntegramente en la obra de SUNYÉ, *cit.*, pp. 14 a 35); en él, las alusiones al acto de conciliación brillan por su ausencia. Asimismo, VERLANCA, *op. cit.*, p. 74, cuya obra se redactó en estos mismos años en que tales disposiciones se elaboraron, afirma con gran énfasis la exención que disfrutaban los entes públicos del trámite de conciliación, sin hablar de sustitutivo alguno, como la doctrina posterior a la Real Orden de 9 de junio de 1847 hizo unánimemente.

a sus leves semejanzas externas, la reclamación previa y la conciliación son dos instituciones sustancialmente dispares, como CLAVERO ha resaltado con gran agudeza (27). Prescindiendo de complejas razones técnicas advertidas por la moderna dogmática procesal (28), y ciñéndonos a los aspectos más elementales, que son los que la doctrina de la época pudo captar sin dificultades, son tres las diferencias capitales que separan ambos institutos.

En primer lugar, el dato, nada irrelevante, de que la conciliación es, ante todo, un trámite jurisdiccional, un auténtico proceso, al entender de algunos autores (29), que se realiza por y ante el Juez, en tanto que la reclamación previa es un trámite administrativo que se realiza ante la Administración, fuera del alcance de las potestades de impulsión del órgano jurisdiccional. El dato es importante, porque así como la conciliación se celebra el día y la hora señalados ante el Juez, y la falta de avenencia abre automáticamente la posibilidad de formalizar la demanda, en la reclamación previa, el acceso a la vía judicial se condicionaba por la Real Orden de 1847 a la obtención de una resolución gubernativa *expresa*, con lo que el silencio de la Administración equivalía a una denegación pura y simple de la protección jurisdiccional, sin que el Juez pudiese entre tanto admitir la demanda ni interpretar como negativa tácita la demora de la Administración en resolver la reclamación (30).

En segundo lugar, la conciliación implica necesariamente la posibilidad de transacción o cesión parcial de derechos, elemento inexistente en la vía gubernativa previa. En ésta, la Administración adopta una actitud parajudicial, pudiendo aceptar la reclamación solamente cuando la pretensión que en ella se ejercite se ajuste estrictamente a Derecho. En otro caso, si la Administración no desea verse envuelta en un proceso o estima equitativas las pretensiones del reclamante, debe seguir el procedimiento transaccional, completamente diverso de la vía gubernativa previa.

La prueba más definitiva, empero, de la desconexión entre conciliación y reclamación previa se halla en el carácter unilateral de esta

(27) CLAVERO: *Consideraciones generales...*, cit., pp. 220 y ss., a quien seguimos preferentemente en este punto.

(28) *Vid. las diferencias apuntadas en el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso titulado La vía gubernativa y el acto de conciliación*, antes citado, en «Anales de la Dirección...», cit., I. pp. 227 y ss.

(29) GUASP: *Derecho procesal civil*, 3.ª ed., tomo II, Madrid, I.E.P., 1968, p. 574.

(30) No olvidemos que sólo cuatro años más tarde de la Real Orden de 1847 se estableció un plazo de silencio negativo. *Vid. más adelante*, en el texto.

última. Porque en la Real Orden de 9 de junio de 1847 se imponía como requisito únicamente en los litigios en los que la Hacienda hubiese de comparecer como demandada, *no en los que hubiera de actuar como demandante*, distinción incompatible con la naturaleza específica de la conciliación.

Ahora bien, supuesto que la asimilación a la conciliación procesal no fuera otra cosa que un hábil subterfugio, cabe dar un paso adelante e interrogarse por la razón profunda, auténtica, que justificó el nacimiento de la reclamación previa, fuera ya del motivo coyuntural de la protección de las ventas de bienes desamortizados y de la normalización presupuestaria de los entes públicos. A mi juicio, *tal razón se halla en la constante pugna de la Administración por implantar, en sus relaciones con el poder judicial, el principio del acto previo*. La importancia de esta motivación se advierte de inmediato, por cuanto en ella radica, justamente, no sólo el origen de los privilegios posicionales de la Administración pública en el proceso civil, sino incluso el principio capital de la decisión previa—*décision préalable*—en nuestro contencioso-administrativo y, en consecuencia, el germen de la conversión del recurso contencioso en un proceso revisor. En realidad, puede afirmarse que *el principio del acto previo en el proceso contencioso surge como una traslación a este ámbito de la técnica de la reclamación previa al proceso civil* (31). Quiero advertir, por adelantado, que no es mi intención terciar nuevamente en la polémica sobre el origen de la decisión ejecutoria, que ha llenado muchas páginas de esta REVISTA, de una calidad difícilmente superable, sino sólo puntualizar alguno de sus aspectos y en lo que al tema del presente estudio interesa.

Las tesis que acabamos de exponer líneas arriba pueden darse, a mi juicio, por definitivamente acreditadas. De la misma manera que, originalmente, la sujeción de la Administración al trámite del proceso civil no venía condicionada a la interposición de un acto o reclamación previa—y ya hemos visto cómo y por qué surge ésta—el proceso contencioso-administrativo, en su versión primera, se acomoda al viejo esquema del pleito *inter partes*, absolutamente alejado del sistema revisor que hoy conocemos. En otras palabras, *el planteamiento del proceso no estaba en modo alguno condicionado al pronunciamiento de una decisión previa del órgano activo sobre el*

(31) Es decir, justamente al contrario de lo que parece defender GALLEGO ANABITARTE: *Administración y jueces*, cit., p. 155, para el cual la decisión ejecutoria previa se extendió desde lo contencioso-administrativo al proceso civil.

objeto de la litis. Lo cual, desde luego, no quiere decir que en ningún caso podía preceder al proceso la emisión de un acto: que podía haber algún tipo de acto previo lo prueba el artículo 1.º-2 del Reglamento del Consejo Real, de 30 de diciembre de 1846, cuando atribuye a éste la competencia para conocer «de las demandas contenciosas a que den lugar las *resoluciones de los ministros de S. M.*», y el artículo 51 del propio Reglamento (32); que debió haberlos es algo absolutamente obvio, puesto que el proceso contencioso tenía que venir lógicamente precedido por un conflicto Administración-particular, conflicto en el que la Administración debía, normalmente, haber expresado su actitud mediante un acto. Pero el que antes del proceso pudiera existir algún tipo de manifestación de la voluntad administrativa no significa en modo alguno que el proceso fuera de carácter revisor. En primer lugar, que podía haber proceso sin acto previo lo acreditan los propios textos legales (33) y la doctrina de la época, que, al tratar del objeto e iniciación del proceso, no hacen referencia alguna a la impugnación de ningún tipo de acto: el proceso comienza con la demanda, no con ninguna suerte de reclamación o petición de decisión ante la autoridad administrativa (34). En

(32) Ambos preceptos citados por NIETO: *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en el núm. 57 de esta REVISTA, pp. 20-21.

(33) Como señalaba acertadamente PARADA: *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, en el núm. 59 de esta REVISTA, p. 50, en el propio artículo 1.º del Reglamento del Consejo Real, que enuncia las competencias de éste en materia contenciosa, en su párrafo 1.º alude a las demandas en materia de contratos, sin alusión alguna a ningún tipo de resolución previa. Por mi parte, he de añadir que ni en la ley de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, de 2 de abril de 1845, ni en la ley de organización y atribuciones del Consejo Real, de 6 de julio de 1845, ni en el Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos Provinciales en los negocios contenciosos de la Administración, de 1 de octubre de 1845, se hace la menor referencia a la impugnación de actos administrativos. Concretamente, la fórmula que emplea el artículo 8.º de la ley de 2 de abril de 1845 para definir genéricamente la competencia de los Consejos Provinciales, es la de que éstos «actuarán como tribunales en los asuntos administrativos; y bajo tal concepto oírán y fallarán, cuando pasen a ser contenciosas, las cuestiones relativas.» (Sigue la enumeración de las materias.) Como puede verse, los actos no aparecen por lugar alguno.

(34) Basten dos testimonios. El primero es el de PELÁEZ DEL POZO: *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849; obsérvese cómo describe el comienzo del proceso: «Siempre que un particular, corporación o representante de la Administración se crea lastimado en su derecho o tenga que reclamar ante ésta el cumplimiento de algunas obligaciones, dejamos ya dicho que debe atemperarse un procedimiento señalado de antemano, el cual viene a ser como el itinerario que es preciso observar en una marcha cuyas jornadas, por ser de mucha importancia, deben hacerse constar de la manera que se halla establecida. Este procedimiento comienza con la demanda, primer medio material y práctico de

segundo lugar, no es lo mismo actuación previa que acto previo; una cosa es que en determinados procesos la Administración activa se hubiera pronunciado previamente sobre el particular, y otra muy distinta es que el proceso haya de versar necesariamente sobre la legalidad de dicho acto (esto es, que el acto administrativo constituye el objeto, en sentido técnico, del proceso). Y, en tercer lugar, tampoco es lo mismo el que el proceso tuviese como antecedente histórico un acto de la Administración que el que dicho acto gozase de fuerza ejecutoria, supuesto este último que, en el esquema de las leyes de 1845, resultaba impensable (35); en materias contenciosas (esto es,

poner en ejercicio una acción» (p. 185). Esto es, para reclamar a la Administración «el cumplimiento de algunas obligaciones» no hay que dirigirse al órgano activo, sino directamente formular la demanda contenciosa. Tampoco aquí aparece rastro alguno de acto previo.

El segundo texto pertenece al libro —raramente conocido por la generalidad de la doctrina, pues su calidad no es muy grande— de don Fermín VERLANGA HUERTA: *Práctica administrativa española*, fechado en 1845 y ya citado anteriormente. Obsérvense estas dos definiciones que nos da. En primer lugar, la de juicio o proceso contencioso-administrativo: «la disputa entre dos o más partes de cualquiera clase y condición que sean, sobre cosas de utilidad pública, terminada por la declaración del tribunal competente, con arreglo al derecho administrativo» (p. 49). Ninguna referencia al acto, que tampoco aparece en su definición de la demanda, la cual revela su inserción en un proceso no impugnatorio, sino declarativo: «la demanda es la pretensión que un individuo, una corporación, o la autoridad administrativa hace al Consejo Provincial para que declare un derecho contra otro individuo o contra otra corporación, por no haberlo podido conseguir por medios amigables o extrajudiciales» (p. 65). La mera referencia a los «medios amigables» descarta toda idea del acto previo como requisito.

(35) ASÍ PARADA: *Réplica a Nieto...* cit., pp. 45-46, en argumentación que me parece totalmente acertada. Se llevara o no a la práctica, el sistema de 1845 partía del clarísimo presupuesto constituido por la distinción entre Administración activa y contenciosa, lo que se traducía en la capital consecuencia de que la primera carecía de poderes de decisión ejecutoria en materias contenciosas. Obsérvese que digo «la primera» y no «la Administración», genéricamente. En el régimen de 1845, la Administración no estaba desprovista de los poderes de decisión ejecutoria: disponía de ellos la Administración activa en las materias conceptuadas de gubernativas; en las materias contenciosas—esto es, en las reservadas a la competencia del Consejo Real y Consejos Provinciales—, la Administración activa carecía por completo de ellas (salvo los casos de jueces administrativos de excepción, que cita PARADA), porque quien los poseía era la Administración contenciosa; esto es, los tribunales administrativos; todo ello de acuerdo con el viejo principio de que nadie podía ser constreñido en materias contenciosas—esto es, en cuestiones que versaran sobre derechos—sin haber sido antes vencido en juicio. Téngase en cuenta que la distinción entre Administración activa y Administración contenciosa no es de carácter simplemente funcional, sino funcional y orgánico a la vez. La Administración contenciosa era una organización distinta de la Administración activa, y una y otra conocían de cuestiones diversas (la Administración activa, las cuestiones gubernativas, y la Administración contenciosa, las de este nombre). Por ello era lógico que la Administración activa no pudiera decidir en materia contenciosa, por la sencilla razón de que las decisiones en materia contenciosa sólo correspondía adoptarlas a la Administración contenciosa (esto es, a los Consejos).

en las atribuidas a las competencias de los Consejos) la Administración activa carecía totalmente de potestades decisorias. Por ello, cuando se planteaba un conflicto de derechos, la Administración activa debía abstenerse de decidir (esto es, de dictar un acto previo) y remitir el asunto a la Administración contenciosa para que lo hiciera. El juicio contencioso no podía ir, pues, precedido de acto previo alguno —en sentido técnico— por la sencilla razón de que la Administración activa era radicalmente incompetente para dictarlo, de la misma manera que ésta era incompetente para resolver cuestiones gubernativas (36).

Todas las apariencias demuestran, sin embargo, que la Administración —en concreto, el Consejo Real— llegó inmediatamente a la conclusión que el sistema contencioso que acababa de darse a sí misma (37) le resultaba bastante poco confortable, y que la distinción vertical entre Administración activa y contenciosa limitaba considerablemente las competencias de la primera. ¿Cómo salir del problema sin eliminar a la recién creada jurisdicción contencioso-administrativa? La solución era evidentemente muy sencilla, y le vino ser-

(36) Esta es, justamente, la explicación del tan con frecuencia mal entendido «incidente sobre presentación de la demanda», regulado en los artículos 24 y 25 del Reglamento de los Consejos Provinciales (y muy similarmente, en el artículo 52 del Reglamento del Consejo Real); presentada la demanda en la Secretaría del Gobierno político, se pasaba a la consideración del gobernador; y si éste decidiera «que el asunto que la motiva es de su exclusiva competencia, le 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» (artículo 24). En cambio, «si el jefe político estimare el asunto de la competencia del Consejo Provincial, mandará que se dé cuenta a éste de la demanda por la Secretaría del mismo Consejo» (artículo 25). ¿Qué significa esto? Se trata, simplemente, de un arbitrio técnico para calificar el asunto y decidir sobre el órgano competente. Obsérvese que si el asunto era de naturaleza contenciosa (esto es, de la competencia del Consejo), el gobernador debía abstenerse de dictar acto alguno, y dar traslado del mismo al órgano contencioso-administrativo. Sobre este incidente, *vid.* GALLEGO: *Administración y jueces...*, cit., p. 152, que lo enjuicia desfavorablemente en cuanto suponía una forma de control de la Administración activa sobre la competencia de los órganos contencioso-administrativos. Ello es cierto, en efecto, aunque el sistema no parece estar montado con dicha finalidad; en la práctica, y a juzgar por la jurisprudencia que luego se examinará, los gobernadores parece que se mostraron muy respetuosos con las competencias de los Consejos Provinciales; a juicio del Consejo Real, demasiado respetuosos.

(37) No se olvide que las llamadas *Leyes* de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que implantaron los Consejos Provinciales y el Consejo Real, fueron en realidad auténticos Decretos legislativos, elaborados unilateralmente por el Gobierno en uso de una autorización *absolutamente en blanco* concedida por la Ley de 1 de enero de 1845; autorización de la que también surgieron las leyes municipal y provincial de 8 de enero del mismo año.

vida en bandeja por la evolución que había experimentado el contencioso ordinario de la Administración: implantar el principio del acto o decisión previa gubernativa (38) de la misma manera que acababa de establecerse en el ámbito del proceso ordinario. Las fechas son enormemente significativas: sólo *dos meses* después de la pro-

(38) Tras un análisis detenido de esta rapidísima evolución de los acontecimientos, no hay que sorprenderse de la enorme confusión que reina en la doctrina de la época en torno al concepto de lo gubernativo, confusión de la que el mismo autor de estas líneas ha estado preso durante bastante tiempo y que quizá se deba a las sucesivas metamorfosis que dicho concepto sufrió. Inicialmente, lo gubernativo no pasaba de ser una calificación funcional, alusiva a la actuación decisoria de los órganos o agentes públicos sin sujeción a pautas procesalizadas, esto es, «sin figura ni estrépito de juicio» (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., I, p. 319, y del primero, el trabajo *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, en «Moneda y Crédito», núm. 128, marzo de 1974, pp. 59 y ss.); actuación que, por consiguiente, podían llevar a cabo tanto órganos judiciales (de donde la moderna institución de las Salas de Gobierno) como administrativos (aunque predominantemente, claro está, estos últimos). Más tarde, el concepto de lo gubernativo, sin perder su significación primigenia, comienza a subjetivarse y a ser utilizado para hacer alusión a competencias exclusivamente administrativas, en oposición a las judiciales, y justamente para excluir la competencia de los Tribunales mediante la calificación unilateral de determinadas materias o asuntos como gubernativos (como anteriormente comprobamos: vid. nota 5). Un tercer momento es el constituido por los años 1845-1847. En el sistema original de las primeras leyes de lo contencioso, lo gubernativo significaba dos cosas: primera, la actuación de los órganos de la Administración activa en forma no procesalizada, en los asuntos que materialmente eran competencia de la Administración contenciosa en tanto el conflicto no se formalizaba (es decir, en tanto la materia «no se hiciese contenciosa»); actuación puramente preparatoria, que excluía toda decisión sobre el fondo, pues se trataba de cuestiones sobre derechos que sólo podían ventilarse en forma de juicio, nunca «gubernativamente» —esto es, sumariamente, «instructivamente», como dicen las fuentes de la época—. Y segunda, la actuación de los órganos de la Administración activa, asimismo en forma no procesalizada, en las cuestiones que no eran de la competencia de los Consejos Provinciales y Real (esto es, en las cuestiones que no podían hacerse contenciosas por no versar sobre derechos).

A la vista de estos precedentes puede comprenderse la radical mutación que en todo el sistema supone el inicio de la exigencia de la decisión previa y, en particular, en el concepto de lo gubernativo, que deja de designar un ámbito material de competencias diverso de las atribuidas a los Consejos para convertirse en un antecedente lógico y temporal de éstas, esto es, en una «vía gubernativa». Inicialmente, se conservan las dos significaciones que el concepto tuvo bajo la primera vigencia de estas leyes, pero con modificaciones profundas, que el tiempo acentuó. En primer lugar, lo gubernativo siguió significando la actuación de los órganos de la Administración activa en las materias de la competencia de la Administración contenciosa, pero con dos capitales mutaciones: que no se trataba ya de una actuación puramente preparatoria, sino decisoria; y que, en consecuencia, el viejo principio del «vencimiento en juicio» forzó más tarde a una procesalización de la vía gubernativa, cosa que a comienzos del siglo XIX se hubiera juzgado como una contradicción aberrante (vid. sobre ello mi artículo *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo*, en el número 58 de esta Revista, en especial, pp. 195 y ss.). Y, en segundo lugar, se mantuvo la segunda significación anteriormente descrita, que terminó por desaparecer al compás de la progresiva generalización del recurso contencioso, en su versión revisora.

mulgación de la Real Orden de 9 de junio de 1847 se dicta el primer Real Decreto-Sentencia en el que el Consejo Real comienza a exigir la decisión previa, exigencia que—necesario es reseñarlo—tiene un carácter puramente apriorístico (39). El Consejo Real, contradiciendo

(39) Real Decreto-Sentencia de 18 de agosto de 1847, al que siguieron otros muchos (de 15 de septiembre y 27 de octubre de 1847; 17 de abril, 5 de julio, 18 de agosto y 18 de octubre de 1848, y 15 de octubre de 1849) todos ellos citados —y parcialmente transcritos— en el trabajo de NIETO *Sobre la tesis de Parada...*, cit., pp. 15 y 16. No recoge este autor algún otro fallo, particularmente expresivo, como el Real Decreto-Sentencia de 27 de julio de 1848 (*Asunto José Joaquín Vidal*), cuyo contenido me parece oportuno glosar. En el caso de autos, unas personas solicitaron un permiso para realizar una extracción de aguas subterráneas, incoando un expediente en el que formuló oposición don José Joaquín Vidal, exigiendo que no se otorgara el permiso solicitado en tanto los peticionarios no prestaran fianza para indemnizarle de los daños que le ocasionaría la disminución de sus aguas. Los peticionarios se negaron al afianzamiento y, sometido el expediente al jefe político, éste no resolvió, sino que «acordó que, debiendo continuarse el expediente por el Consejo Provincial, por ser ya de su competencia con arreglo al párrafo 1.º del artículo 8.º de la Ley de 2 de abril de 1845, se le diera cuenta por medio de su secretario y se les hiciera saber a los interesados para que pudieran exponer ante aquél su derecho» (incidentalmente, obsérvese cómo el gobernador actuó aplicando en puridad el sistema de las leyes de 1845 antes descrito: planteada una polémica sobre derechos —propiedad de aguas— y formalizado el conflicto, el gobernador se considera incompetente para resolver y remite el asunto al Consejo Provincial; vid. PARADA: *Réplica a Nieto...*, cit., p. 48. Pues bien, el Consejo Provincial falló el litigio en contra del oponente el cual interpuso recurso de apelación ante el Consejo Real, que anula la decisión de primera instancia con argumentos rigurosamente machacones: «Considerando que la solicitud de Gómez y consocios debió resolverse por el jefe político de Valencia, al que exclusivamente correspondía apreciar los perjuicios o ventajas que la empresa podía causar al público. Considerando que si bien dicha autoridad, para negar o conceder absolutamente o bajo ciertas condiciones el permiso solicitado debía tener en cuenta la oposición de Vidal y consortes, no por esto procedía pasar el asunto sin previa decisión cuya como contencioso al Consejo Provincial, pues aquélla ni variaba la naturaleza de la pretensión ni, por consiguiente, su competencia para resolver. Considerando que aun cuando hubiera disposición administrativa con arreglo a la cual debiera exigirse en el presente caso antes de dar el permiso el afianzamiento pretendido por Vidal, el recurso contencioso, por violación de las formas no habría procedido hasta después que el jefe político hubiera decidido. Considerando que por haberse prescindido de estos principios se entabló el pleito sin que hubiera acto administrativo que le diera origen, se ha convertido en procedimiento contencioso lo que debió ser expediente instructivo para preparar la resolución de la Administración activa, se ha pronunciado un fallo condicional y se han seguido unas actuaciones del todo innecesarias en el evento legal de que el jefe político negase al fin el permiso solicitado» (el subrayado es mío).

Como puede verse, la justificación de la exigencia de decisión previa brilla por su ausencia, y así ocurren en todos los Reales Decretos-Sentencias de esta época que he consultado. Sólo en uno se apunta un principio de explicación, que me parece harto curioso, pero sugerente. Se trata del Real Decreto-Sentencia de 15 de octubre de 1849 (*asunto Carlos Eire*, citado a otros efectos por PARADA: *Los orígenes del contrato administrativo...*, cit., pp. 176-177), similar a los restantes, y en cuyo considerando final se dice que los Consejos Provinciales «sólo pueden conocer de los asuntos administrativos cuando pasen a ser contenciosos, todo lo cual supone la facultad que reside en la Administración activa para decidir previamente los mismos asuntos por la vía gubernativa». En definitiva,

manifiestamente los presupuestos teóricos de las leyes de 1845, da por supuesto que los órganos contenciosos no pueden conocer de un asunto en tanto la Administración activa no se haya pronunciado ejecutoriamente sobre el propio objeto del proceso. Evidentemente, en esta línea de razonamiento tuvo que influir el ejemplo francés, pero también, y con no menos vigor, la Real Orden de 9 de junio de 1847. La influencia de ésta es solapada—en verdad, no se cita ni una sola vez en los Visos de los Reales Decretos-Sentencias—, pero en modo alguno dudosa (40). Una vez más, los testimonios doctrinales son irrefutables. Oigamos la versión de un magnífico conocedor del tema, don José DÍAZ-UFANO Y NEGRILLO, oficial de la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado:

«Cuando se realizó en nuestro país el nuevo arreglo de la administración, y con la separación de los poderes públicos se dio entrada a la institución de lo contencioso-administrativo en la forma que hoy la vemos establecida, se crearon Tribunales dentro de este orden, encargados de oír y fallar las cuestiones que tienen tal carácter; y aunque se les marcó atribuciones y dotó de reglamentos especiales que arreglaban las formas del procedimiento, *no se prescribió expresamente que a las demandas contenciosas había de preceder reclamación y providencia final en la vía gubernativa*, ni se sujetó a un plazo dado la interposición de aquel recurso; de modo que no hallándose bien determinada la transición de lo puramente administrativo a lo contencioso, el particular podía creer, por ejemplo, que la infracción por parte de algún agente de la Administración de alguna de las condiciones convenidas en un contrato de los que dan lugar

una explicación bien simple: en la mente del legislador de 1845, como vemos, «pasar a ser contencioso» un asunto equivalía a la formalización, *de facto*, de un conflicto o controversia sobre derechos; el Consejo Real no hace más que alterar este significado, afirmando que un asunto pasa a ser contencioso sólo cuando resuelve sobre él previamente la Administración activa. De ahí al requisito de causar estado o poner fin a la vía administrativa no hay más que un paso.

(40) En algún Real Decreto Sentencia hay, en efecto, alusiones veladas al papel sustitutivo de la conciliación que la decisión previa juega. Así, en el de 27 de julio de 1848, antes transcrito, en cuya parte final se afirma que las actuaciones ante el Consejo Provincial fueron «del todo innecesarias en el evento legal de que el jefe político negase al fin el permiso solicitado»; esto es, que el pleito hubiera podido evitarse de haber sido acogida en vía administrativa la pretensión del demandante.

a este género de cuestiones, era el acto administrativo que le perjudicaba y que daba origen a la demanda de rescisión sin ningún otro trámite ni resolución anterior. Sucedió con esto que los litigios eran inevitables y que se faltaba al orden de jurisdicciones, no ejerciendo la suya la autoridad activa de la administración, que al examinar las reclamaciones de los interesados podía reformar el acto reclamado, y para que desaparecieran estas dificultades se estableció por punto general que no se admitiese demanda alguna contra el Estado sin que precediera reclamación y providencia gubernativa, *habiéndose adoptado con mayoría de razón la misma doctrina relativamente a la jurisdicción contenciosa de la Administración (Real Orden de 9 de junio de 1847, Real Decreto y Real Orden de 4 de octubre de 1851, y Reales decretos-sentencias del Consejo Real de 27 de junio de 1848, 30 de abril, 20 de septiembre y 15 de octubre de 1849, 10 de julio de 1850 y otras)* (41).

Como puede verse, el es propio DÍAZ-UFANO quien nos revela no sólo que en el sistema originario de 1845 no existía el acto previo, sino que la implantación de dicha técnica se debió a la traslación de la reclamación previa establecida en la Real Orden de 9 de junio de 1847. De nuevo el mito de la conciliación vuelve a aparecer para explicar y justificar el principio de la *décision préalable* en lo contencioso-administrativo. Justificación absolutamente insincera, puesto que—como ha demostrado con toda contundencia PARADA—la implantación del principio del acto previo respondía a motivacio-

(41) DÍAZ UFANO: *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar*, Madrid, 1888, p. 97. Y sigue diciendo, con palabras textuales de la Real Orden de 9 de junio de 1847: «Razones de conveniencia pública y de justa reciprocidad entre los intereses generales y los derechos privados fueron el fundamento de aquellas disposiciones y de las consultas elevadas a la aprobación de S. M. por tan ilustrado Cuerpo, porque de otro modo la causa pública sería de peor condición que la de los particulares, a quienes concede la ley medios de transigir sus diferencias antes de verse envueltos en las dificultades de un litigio, mediante la celebración de los juicios de conciliación, de cuyas ventajas goza el Estado en la resolución gubernativa que debe preceder a la vía contenciosa» (pp. 97-98). Por cierto que DÍAZ UFANO, quizá consciente de la falta de amparo legal de la jurisprudencia que había implantado el principio del acto previo, juega al equivoco—sus expresiones no son aquí nada claras—de extraer una habilitación de la propia Real Orden de 9 de junio de 1847 que, como es notorio, no se refería más que al proceso civil. Equívoco en el que incide incluso la doctrina posterior: *vid.* Ros Brosca: *Procedimientos contencioso-administrativos...*, cit., p. 26.

nes muy diversas; en concreto, la conquista del privilegio de decisión ejecutoria y toda la cohorte de superbeneficios procesales que de él se derivan (carácter revisor del proceso, plazos de caducidad, actos confirmatorios, inversión de la carga de la prueba, aseguramiento de la posición de demandado, etc.).

Vemos, pues, el paralelismo que en sus orígenes guardaron las regulaciones del contencioso-administrativo y del contencioso civil de la Administración y el sorprendente conjunto de interacciones que entre ellos se cruza: el contencioso-administrativo se configura inicialmente a imagen y semejanza del contencioso ordinario del Estado, pero esta configuración legal se realiza en un momento histórico en el que el contencioso ordinario está sufriendo el injerto de la reclamación previa que, una vez instituida con carácter general, vuelve a operar sobre el contencioso-administrativo, provocando en éste la inserción forzada y por vía jurisprudencial de la decisión previa; trasplante este último que arraigó con fuerza insospechada en el contencioso-administrativo, forzando su conversión en el proceso revisor que hoy conocemos, con todo su aberrante abanico de privilegios. Lo más sorprendente de todo, empero, es que la institución que desencadenó la metamorfosis del contencioso-administrativo no produjo el mismo efecto en el contencioso ordinario, que se salvó de transformarse en un nuevo proceso revisor—en lo que afecta a los entes públicos, claro está—gracias a un puro accidente histórico. Pero antes de contemplar el final de la historia hemos de agotar los pasos intermedios y examinar el último y decisivo factor determinante de la evolución institucional de la reclamación previa: las tendencias centralizadoras de la defensa procesal de la Administración.

III. LA CENTRALIZACIÓN DE LA DEFENSA PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Hemos visto hasta ahora cómo la reclamación previa aparece históricamente como el producto institucional de los continuados intentos de nuestra Administración decimonónica por obtener una situación privilegiada en sus relaciones con los Tribunales de Justicia a través de la implantación del más intenso de estos privilegios: el principio del acto previo. Y hemos visto también cómo a la instauración de este capital principio se llega de manera puramente empírica y no reflexiva, como consecuencia o decantación espontánea de dos problemas estrictamente coyunturales: la necesidad de asegurar

la posición jurídica de los compradores de bienes desamortizados y las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos.

La investigación que he llevado a cabo, sin embargo, me hace creer que a estos dos factores institucionales que motivaron la instauración de la reclamación previa hay que sumar un tercero. Un tercer factor de naturaleza mucho más adjetiva y accidental que los precedentes, pero quizá por ello no menos importante, en cuanto se refiere a un problema de funcionamiento interno de la Administración. Su importancia, por otra parte, deriva, a mi juicio, no sólo de haber coadyuvado al nacimiento oficial en 1847 de la reclamación previa, sino de haber condicionado toda su evolución a lo largo de la segunda mitad del pasado siglo. Dicho factor es, como ya indica el rótulo del presente epígrafe, el de las exigencias de una centralización de la defensa procesal de la Administración ante los Tribunales ordinarios, en orden, justamente, a potenciar la efectividad de dicha defensa; centralización que a su vez es producto del constante conflicto que durante toda esta época existe entre la Administración de Hacienda, por un lado, y los órganos judiciales, por otro. Vamos a intentar reconstruir el desarrollo de este conflicto (42), que tiene a la reclamación previa como uno de sus principales motivos, a lo largo de dos fases: la que precede a la Real Orden de 9 de junio de 1847, caracterizada por la trascendental pugna en torno a la configuración del ministerio fiscal, y la que le sigue hasta el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 (antecedente directo, como se sabe, de la regulación hoy contenida en los artículos 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo), fase dominada por una continua dialéctica en pro y en contra de la institución que nos ocupa.

(42) Intentar, decimos, pues de nuevo el obstáculo principal de toda investigación de este tipo se encuentra en la abrumadora escasez de las fuentes sobre la Administración española del siglo XIX, cuya historia sólo puede reconstruirse en base a datos puramente indiciarios. Afortunadamente, las escasas fuentes doctrinales existentes y la misma literatura normativa están redactadas en un tono directo y sincero que, despojado del aparato de ampulosa y forzada cortesía propia de la sociedad romántica, dice realmente muchas cosas. Muchas más de las que deja adivinar la prosa aséptica del lenguaje legal de hoy día. Todo ello hace que las hipótesis que aquí se sientan sean, cuando menos, altamente razonables, que es a lo más a que podemos aspirar en el estado actual de la investigación histórica.

A) *La desconfianza de la Hacienda hacia el estamento fiscal*

Los primeros años de la década de los cuarenta son en España capitales no sólo desde la perspectiva de la formación de nuestro Derecho administrativo, sino de la formación de todo el Derecho público nacional. La razón de ello es bien simple: en verdad, la estructura del Estado contemporáneo no comienza a asentarse en España sino con la época de paz social y política que fue la década moderada, una época que, con todos sus innegables defectos, constituye el primer paréntesis de tranquilidad en un país que, desde 1808, había vivido bien el más puro Antiguo Régimen, bien en permanente estado de guerra. La dictadura de Narváez constituye, pues, a todas luces, un período auténticamente fundacional, en el que, en el curso de muy pocos años, hubieron de improvisarse la práctica totalidad de las estructuras del Estado liberal. Esto explica las lógicas vacilaciones y tensiones que debieron aparecer en torno a la configuración institucional de buena parte de las piezas del aparato estatal. Y una de estas piezas fue la del ministerio fiscal.

Las vacilaciones en torno a este instituto fueron, realmente, muy elementales; pero para nosotros tienen una gran importancia. Como es sabido—y no es lugar éste para entrar en más profundas divagaciones históricas—la institución del ministerio fiscal en España había tenido tradicionalmente una configuración ambigua y polivalente, en la que se mezclaban las competencias propias del acusador público en lo criminal, de sostenedor de determinados derechos civiles y, finalmente, de defensor en juicio de los intereses patrimoniales de la Hacienda y de la Cámara del Rey (43). Sin embargo, esta última función había quedado considerablemente desdibujada en las sucesivas normas que en la primera mitad del siglo regularon el ministerio fiscal (44).

(43) Vid. por todos, «Novísima Recopilación», libro IV, título XVI, leyes I y II y libro V, título XVII, leyes I a XI. Una historia de la institución, en la doctrina de la época, puede verse en el libro de M. MARTÍN LOZAR: *El Ministerio Fiscal en España en la jurisdicción ordinaria y en la especial de Hacienda*, Valladolid, 1853, pp. 1 y ss.

(44) Las dos primeras normas jurisdiccionales del nuevo régimen (*Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia y Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia*, aprobados por Decretos de las Cortes de 9 de octubre de 1812 y 13 de marzo de 1814, respectivamente); no hacían alusión detallada a las competencias de los fiscales: «En todas las causas criminales será oído el fiscal de la Audiencia, aunque haya parte que acuse. En las civiles lo será únicamente cuando interesen a la causa pública o a la defensa de la jurisdicción ordinaria» (Decreto de 9 de octubre de 1812, artículo XXVI). *El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, de 28 de septiembre de 1835*, tampoco era particularmente explícito. Su artículo 104, y por lo que a este punto de defensa

Parece ser, no obstante, que este desdibujamiento de la función de fiscales de la Hacienda no afectó tanto a la función en sí cuanto a su modo de ejercicio: según todos los indicios, la defensa de los intereses de la Hacienda se llevaba a cabo autónomamente por el ministerio fiscal—esto es, sin consultar con el Ministerio competente, sino sólo con los fiscales superiores— (45) y, lo que era más importante, con absoluta independencia de criterio, esto es, decidiendo bajo su exclusiva responsabilidad sobre la procedencia o no de entablar o contestar a las demandas en que tuviera interés la Real Hacienda (46).

de los derechos de la Hacienda respecta, sólo enumeraba entre las atribuciones de los fiscales del Tribunal Supremo la de «promover con toda actividad las demandas pendientes, y entablar de nuevo y proseguir eficazísimamente las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban incorporarse o revertir a la Corona»; competencia muy localizada, desde luego, que no dice demasiado sobre el carácter de los fiscales como defensores de la Hacienda. Y el mismo juicio debe verse respecto a los dos textos capitales que desarrollaron este Reglamento, *el Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias* (Real Decreto de 17 de octubre de 1835) y *las Ordenanzas de las Audiencias* (Real Decreto de 19 de diciembre de 1835). El artículo 89 de estas últimas añadía a las competencias de los fiscales la intervención en las causas civiles cuando afectaren «a las regalías de la Corona». Puede concluirse pues, que en los textos básicos de la organización judicial de este período la función del ministerio fiscal como defensor de los intereses de la Hacienda no parece aparecer prácticamente. Dicha función aparece por vez primera en una *Orden del Gobierno provisional de 9 de noviembre de 1843*, al resolver un caso concreto. Su texto es como sigue: «Por el Ministerio de la Gobernación se pasó a éste de Gracia y Justicia la comunicación siguiente: el gefe político de Lérida ha dado cuenta en 25 de abril último de haberse entablado litis ante la audiencia de Barcelona sobre la propiedad del monte de Odén, mostrándose en él parte Juan Call, labrador y vecino de aquel pueblo, el Ayuntamiento del mismo y el fiscal de S. M. en defensa de los derechos de amortización, y en sustitución del cabildo de canónigos y presbíteros de Solsona; y añade que constando por la relación remitida a aquel gobierno político por el comandante de marina del departamento de Cartagena, que dicho monte fue uno de los administrados por la Marina, y visitado como tal en 15 de julio de 1829, debe por consiguiente ser considerado de la pertenencia del Estado, según lo prevenido por Real Orden de 24 de febrero de 1828; en cuya mención pide se le autorice para que dicho fiscal haga parte en la causa como defensor de los derechos generales de la nación; y en vista de todo se ha servido S. A. determinar se manifieste a V. I. lo conveniente que sería el que en casos de esta naturaleza representen por regla general los fiscales los intereses del Estado en los Tribunales respectivos, y que se dicte al efecto por este Ministerio la orden conveniente. Y en su virtud, el gobierno provisional se ha servido conformarse con la anterior resolución, mandando que en los casos mencionados y por punto general representen los fiscales en los tribunales respectivos los intereses del Estado, sirviéndose V. S. poner este superior acuerdo en conocimiento de los juzgados de primera instancia del territorio de esa audiencia.»

(45) Así se desprende del *Real Decreto de 26 de enero de 1844* sobre reorganización del ministerio fiscal, cuyo artículo 9.º disponía que «en los pleitos sobre señorías, mostréncos y cualesquiera otro en que se interese el Estado o el *Real Patrimonio*, los promotores fiscales y fiscales de Hacienda, en su caso, no podrán proponer demanda ni contestarla sin consultar primero el dictamen de mi fiscal en la Audiencia respectiva, arreglándose puntualmente a sus instrucciones».

(46) Lo cual era consecuente con la configuración del ministerio fiscal como ministerio público, esto es, defensor imparcial de la legalidad. Como botón de

Que esta autonomía e independencia provocaron la inquietud del Ministerio de Hacienda, primero, y conflictos reales más tarde, sobre cuál había de ser la posición de los fiscales en los pleitos patrimoniales del Estado, es algo que está absolutamente acreditado gracias a una *Real Orden de 10 de noviembre de 1846* (del Ministerio de Hacienda, claro está), cuyo texto vale por varias páginas de explicaciones:

«He dado cuenta a la Reina Nuestra Señora de la consulta del Fiscal de la Audiencia de Barcelona, elevada por V. S. a este Ministerio de mi cargo sobre si, *contra sus convicciones*, y accediendo a los deseos del administrador de bienes nacionales de aquella provincia, debería interponer un recurso de súplica por vía de restitución de la sentencia de vista del Tribunal superior del territorio, ejecutoriada por no haberse suplicado de ella, en el pleito seguido entre la junta de beneficencia de los hospitales de Vich y el expresado administrador; y considerando S. M. que la interposición del recurso, lejos de ser contraria a los principios de derecho, es para evitar la indefensión de los intereses del Estado; teniendo presente además que *atendiendo al carácter y a la nueva organización dada al ministerio fiscal, no puede reconocerse en éste la independencia de opinión que pretende el fiscal de Barcelona; y que, por el contrario, debe haber entre los fiscales y el Gobierno igual subordinación que la que existe entre los promotores y los fiscales a virtud de lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto de 26 de enero de 1844: de conformidad con el dictamen de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo Real y con el*

muestra, baste la transcripción de algunas expresiones del *Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, antes citado. Su artículo 105 aludía a las potestades de dirección e inspección de los fiscales de las Audiencias sobre los promotores fiscales, pero ello «salva siempre la *independencia* de opinión que los mencionados promotores, *como únicos responsables de sus actos en las causas que despachen*, deben tener respecto a éstas para *no pedir ni proponer sino lo que ellos mismos conceptúen arreglado a las leyes*». Y el artículo 107 no es menos expresivo: «Empero todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener muy presente que *su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre ejercen*; y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y demás intereses de la causa pública, *tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia; de respetar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas, o de cualquier otro modo interesadas y de no tratar nunca a éstos sino como sea conforme a la verdad y a la Justicia.*»

de la *minoría del Tribunal Supremo*, se ha servido S. M. resolver: que tanto en el mencionado asunto como en cualquier otro de interés para el Estado, utilice el fiscal de Barcelona cuantos recursos puedan legalmente introducirse en justa defensa de los derechos de la Hacienda pública, sin desistir de su prosecución hasta que recaiga sentencia ejecutiva por todas las instancias legales, o hasta que S. M. lo disponga; y si en algún caso no considerase oportuna la promoción o continuación de un litigio lo exponga al Gobierno de S. M. por medio de este Ministerio con los fundamentos de su opinión, sin perjuicio de interponer dicho recurso, utilizando los términos de derecho, para que S. M., en vista de las razones expuestas, resuelva lo más conveniente, *a cuya resolución habrá de subordinarse el ministerio fiscal*; y es también la voluntad de S. M. que esta disposición se considere como *regla general*.

La Real Orden transcrita, en verdad, por sí sola. Dejando a un lado cuestiones que en este momento pueden ser marginales (47), los hechos son muy claros: que los fiscales pretendían actuar —y actuaban— con absoluta independencia de criterio en los negocios patrimoniales de la Hacienda; que esta actitud motivó una enérgica reacción gubernamental, imponiendo, mediante un auténtico *diktat*, la subordinación de los fiscales al Ministerio de Hacienda en lo que se refiere a estos litigios; y, sobre todo, que esta imposición se hizo contra la opinión de la magistratura y causando un profundo malestar en el personal judicial. En cuanto a lo primero, la propia Real Orden lo dice: se

(47) Como es, por ejemplo, la absoluta desfachatez con que la Real Orden niega la evidencia, al aseverar que la independencia de criterio que pedía el fiscal de Barcelona es incompatible con el «carácter» y la «nueva organización dada al ministerio fiscal». En cuanto al carácter del ministerio fiscal, el artículo 107 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, transcrito en la nota anterior es contundente —en el sentido contrario, justamente. La «nueva organización» parece referirse —a juzgar por la expresa referencia que se hace poco después— a la realizada por el Real Decreto de 28 de enero de 1844, el cual no establece en parte alguna la subordinación de los fiscales al Gobierno, sino sólo a los fiscales de superior rango (así, el artículo 9.º, transcrito en la nota 45). Esta inexactitud, rayana en el cinismo, no es una pura anécdota; por más que en nuestra legislación del siglo XIX no sea difícil encontrar ejemplos semejantes, habría que desconfiar mucho de la capacidad intelectual de los fiscales de la época para que no interpretaran estas inexactitudes, no sólo como un atentado a su *status* funcional, sino casi como una burla. Lo cual puede explicar no pocas reticencias ulteriores.

adopta de acuerdo con el dictamen *de la minoría del Tribunal Supremo*. El malestar, por otra parte, se advierte en algún testimonio directo de la época, como en el curioso —y muy poco conocido— libro de un fiscal, don Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA (48), un libro descriptivo, verdadero manual para fiscales noveles, pero que alude constantemente, desde su mismo comienzo y en los lugares más variados, al conflicto latente con el Ministerio de Hacienda; que, a juzgar por ello, debió ser la comidilla del estamento fiscal en estos años. Un malestar, incluso, que se trasluce bajo la gruesa capa de forzada cortesía y ponderación victoriana propia de los escritos del siglo, más justificadas en el caso presente teniendo en cuenta la natural gravedad de la calidad de fiscal. Basten dos textos como muestra:

«(el ministerio fiscal), por la especialidad de su organización actual se halla también en relación inmediata con el Gobierno con independencia del Tribunal o Juzgado a que pertenece, y que de aquél recibe las órdenes convenientes para proceder en todo lo que no sea judicial contencioso. *Si no temiéramos extralimitarnos del objeto que nos hemos propuesto en el presente tratado, expusiéramos las opiniones que profesamos, contrarias a esa dependencia que encadena al ministerio fiscal, y que pone a prueba la rectitud de conciencia de dignísimos funcionarios*» (p. 292).

«... el fiscal, interviniendo en los juicios en que tiene interés la Hacienda pública, no tan sólo no tiene el deber que cualquier abogado a quien sólo es permitido defender los derechos juntos bajo su responsabilidad, sino que pesa sobre él la obligación de utilizar en defensa del Estado todos los recursos que las leyes permiten hasta que recaiga sentencia que cause ejecutoria. *El fiscal, pues, desde la publicación de la Real Orden de 10 de noviembre, no tiene ya opinión propia, ni conciencia siquiera parece, que puede tener en el orden legal,* porque contra sus convicciones ha de sostener los recursos que subsigan en la marcha del procedimiento. ¿Qué repre-

(48) V. HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *De la organización, atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1853.

senta, pues, el fiscal en los juicios? ¿Es por ventura una parte a la que es permitido separarse del litigio, luego que su conciencia la haga conocer la sinrazón de la causa que sustentaba; luego que observe que las pruebas aducidas en juicio no corresponden a su objeto? *El ministerio fiscal se halla colocado en una posición más desventajosa que las partes: su representación es más indirecta, es menos digna que la del simple abogado, porque éste puede abandonar la defensa de derechos que no cree garantizados por la Ley: tiene, en una palabra, conciencia propia cuando interviene en los juicios»* (páginas 60-61).

Los términos del conflicto parecen, pues, estar muy claros. Tan claros que, teniéndolos en cuenta, la implantación de la reclamación previa por la Real Orden de 9 de junio de 1847 (obsérvese: sólo siete meses después de la que formalizó el conflicto) parece algo estrictamente lógico, una medida adicional de la subordinación que impuso la Real Orden de 10 de noviembre de 1846. Que el Ministerio de Hacienda debía sentirse incómodo con su representación procesal —más aún: no defendido con el debido entusiasmo— es algo que parece obvio. En este marco, el instituto de la reclamación previa habilitaba una especie de vía de autodefensa, en cuanto permitía al Ministerio «prefabricar» la contestación a las demandas, en lugar de abandonar esta tarea a unos funcionarios cuyas veleidades de independencia y objetividad legalista podrían poner en cuestión la solidez de su posición de parte en los litigios en que aquéllos debieran comparecer.

La influencia del conflicto descrito en la génesis de la reclamación previa constituye, por tanto, una hipótesis altamente razonable. Y más notoria es aún la influencia en la tercera medida instrumentada por el Ministerio de Hacienda para asegurar el mecanismo de su defensa procesal: la duplicación del aparato defensivo jurisdiccional, tanto en su aspecto orgánico cuanto en su aspecto funcional. A ello se proyectó mediante el *Real Decreto de 28 de diciembre de 1849*, firmado por Bravo Murillo, que creó en el Ministerio de Hacienda la Dirección General de lo Contencioso, y una de cuyas competencias primordiales era la de

«Dar también dictamen siempre que se trate de intentar alguna acción ante los Tribunales de Justicia o ad-

ministrativos a nombre o en contra del Estado por virtud de los expedientes que se instruyan en la misma Administración central de Hacienda» (49).

En definitiva, pues, el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 centraliza la gestión, en cuanto al fondo, de la reclamación previa, instaurando un órgano *ad hoc* para su preparación jurídica (50) y para el control de su efectivo cumplimiento por Jueces y Tribunales. Lo cual, como vamos a ver de inmediato, se reveló bien pronto como una tarea nada fácil.

B) *Los primeros cuarenta años de la reclamación previa: resistencias, insistencias, transacciones*

El conflicto entre el Ministerio de Hacienda y la judicatura, cuyo desarrollo acabamos de examinar, no se agotó con la creación de la Dirección General de lo Contencioso. Por más, sin embargo, que sus vicisitudes fueran apasionantes, debemos limitar aquí nuestra atención al instituto que nos ocupa, que, sin duda, constituyó uno de los temas más arduos de todo este larguísimo conflicto.

La continuación de las hostilidades se debió a un hecho bien sencillo: el incumplimiento por jueces y fiscales de la Real Orden de 9 de junio de 1847 mediante la no exigencia sistemática a los demandantes del agotamiento de la previa reclamación en vía gubernativa.

(49) Artículo 5.º, 2. El deseo de centralizar en un solo órgano las cuestiones relativas a la defensa procesal de la Hacienda se refleja también en los dos restantes apartados de este artículo, que señalaba, entre las funciones de la nueva Dirección General, las de «3.º Vigilar y cuidar que se sostengan como corresponde ante los Tribunales comunes y administrativos los intereses de la Hacienda pública en los negocios de toda clase que pendan ante los mismos Tribunales, dando las instrucciones convenientes a los agentes de la Administración. 4.º Seguir por sí correspondencia con los fiscales del Tribunal Mayor de Cuentas del Excusado, de la Comisaría General de Cruzada y de la Junta Directiva de la Deuda del Estado, y con los fiscales y promotores que entiendan en los negocios de Hacienda, proponiendo al Ministerio lo que deba tener lugar con los fiscales del Consejo Real y de los Tribunales de Justicia y juzgados ordinarios.»

(50) Con lo cual, entre paréntesis, volvía a reforzarse la dependencia gubernativa del ministerio fiscal, al sustituir el dictamen preceptivo que había de obtenerse de los fiscales de las Audiencias (vid. artículo 9.º del Real Decreto de 26 de enero de 1844, cit. en nota 45) por el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso. A título puramente incidental, no está de más destacar cómo esta Dirección General debió ser objeto de general inquina por el estamento judicial durante todo el siglo XIX: recuérdese que fue suprimida en dos ocasiones (Real Decreto de 29 de diciembre de 1854 y Decreto de 30 de junio de 1869), justamente al inicio de las dos etapas progresistas —y judicialistas— de nuestro siglo pasado.

Son varios los testimonios de este incumplimiento—que, por otra parte, prueban indirectamente la importancia que el Ministerio de Hacienda daba a la reclamación previa—; en primer lugar, ya es sintomático que la primera manifestación pública de la recién creada Dirección General de lo Contencioso fue precisamente la emisión de una Circular, de 19 de marzo de 1850 (51), en la que «se encarecía» a los fiscales que no admitiesen demandas contra la Hacienda sin que se justificase haber agotado previamente la vía administrativa, recordatorio bastante significativo de la existencia de una conducta contraria. Pero esta situación de incumplimiento viene confirmada de modo expreso e inequívoco por el propio legislador, que en el preámbulo del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851—al que de inmediato nos referiremos—admite que la Real Orden de 9 de junio de 1847 encontró serias resistencias—en el estamento judicial, claro está.

El preámbulo del Real Decreto alude incluso a los motivos de esta resistencia, que localiza en el hecho—o, mejor, en la alegación—de que la Real Orden de 9 de junio de 1847 había sido dictada por el Ministerio de Hacienda sin intervención del de Gracia y Justicia, no habiéndose comunicado por éste a los diferentes Jueces y Tribunales. Una excusa bastante formalista y que, por su misma endeblez (52),

(51) Aunque la Dirección General fue creada a fines de 1849, como veíamos, no parece que comenzase a funcionar realmente sino un par de meses más tarde, dado que su Reglamento—pieza clave para la puesta en marcha del organismo—, no se aprobó sino por Real Orden de 15 de febrero de 1850. La premura en emitir la Circular—obsérvese que está fechada en día festivo—habla bien a las claras de la urgencia con que el problema era sentido.

(52) Prescindiendo de la más que dudosa validez de la argumentación sobre el necesario concurso del ministerio de Gracia y Justicia para la promulgación de normas obligatorias para los Tribunales, lo que notoriamente carecía de fundamento es el dato de la no notificación por el ministerio a los jueces y fiscales de la Real Orden, desde el momento en que la comunicación oficial a cada órgano de las disposiciones como requisito para su eficacia (sistema inmemorial de promulgación) había sido sustituido desde 1836 por el sistema hoy vigente de publicación en la «Gaceta», en virtud de la Real Orden circular del Ministerio de la Gobernación de 22 de septiembre de 1836: «Deseando S. M. la Reina Gobernadora evitar todo motivo que retarde el pronto y puntual cumplimiento de las disposiciones del Gobierno, y teniendo presente que una de las causas que producen este retardo es el haber de esperar cada autoridad que se le comuniquen por su respectivo Ministerio, ha tenido a bien mandar, de conformidad con el parecer del Consejo de Ministros, que interin se toma en el particular la medida que se estime más conveniente, todos los Reales Decretos, Ordenes e instrucciones del Gobierno que se publiquen en la «Gaceta» de esta Corte bajo el artículo oficial, sean obligatorios desde el momento de su publicación para toda clase de personas en la península e islas adyacentes; debiendo las autoridades y gefes de todas clases, sea el que fuere el Ministerio a que pertenezcan, apresurarse a darlas cumplimiento en la parte que les corresponda.» Otra cuestión diversa hubiera sido la inidoneidad de una Real Orden para

no parece que fuera el auténtico motivo del incumplimiento, el cual se encuentra aludido, si bien muy veladamente, en el propio preámbulo del Real Decreto; éste se justificó a sí mismo en la necesidad de dar un nuevo carácter a la reclamación previa, «removiendo dichos obstáculos, disipando dudas y *garantizando a la vez a los particulares la resolución definitiva de sus reclamaciones dentro de un plazo fijo y determinado*». La clave del problema parece hallarse en la frase subrayada: en realidad; el mandato contenido en la Real Orden de 9 de junio de 1847 se prestaba a gravísimas manipulaciones, porque recordemos que el requisito que en ella se exigía para formular demandas contra la Hacienda no era el de acreditar *que se había formulado reclamación previa* en vía gubernativa, sino *que se había obtenido resolución* sobre el asunto en la vía gubernativa, cosa a todas luces muy distinta. Al no existir previsto en la Real Orden mecanismo alguno de silencio negativo, lo que ésta suponía era prácticamente la posibilidad de enervar unilateralmente la competencia de los Tribunales mediante el expeditivo sistema de dar la callada por respuesta. Esto era, indiscutiblemente, muy grave y, con independencia de que la Administración hubiese empleado o no en la práctica la técnica de la callada, justifica desde todos los puntos de vista la resistencia del estamento judicial y su incumplimiento de la Real Orden.

Este primer round del conflicto —incumplimiento judicial, recordatorio por la Circular de 19 de marzo de 1850— terminó con una solución transaccional, instrumentada mediante el ya citado *Real Decreto de 20 de septiembre de 1851*, asimismo refrendado por Bravo Murillo. Transacción cuyo primer término, claro está, es la reafirmación tajante de la obligatoriedad del requisito. Su artículo 1.º ya no habla, en abstracto, de la imposibilidad de controvertir intereses del Estado sin obtener previa resolución gubernativa, sino que aparece redactado en forma de mandato terminante y nominalmente dirigido a los órganos judiciales:

«Los Tribunales no admitirán demanda alguna judicial contra la Hacienda, sin que el demandante presente, con los documentos que la ley exige para justificación de su derecho, certificación expresiva de haber precedido reclamación en la vía gubernativa.»

establecer un requisito restrictivo de lo dispuesto en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia aprobado por Real Decreto; pero dada la inexistencia de un sentimiento acerca de la jerarquía normativa en nuestra Administración decimonónica, no parece que este dato jugara papel alguno.

El resto de los artículos del Real Decreto tienen, en cambio, un carácter de garantía de los reclamantes y de concesiones al poder judicial. Por una parte, el deliberado mimetismo con el acto de conciliación explica la adopción de una técnica extrajerárquica, con ruptura de la regla de la apelación (53), que agota la vía gubernativa en un solo acto. Por ello, el artículo 3.º del Real Decreto exige que «las reclamaciones que hayan de hacerse contra la Hacienda pública... se dirigirán al Gobierno», aunque luego la resolución es dictada por la Dirección competente (arts. 6.º y 7.º). Por otra, y por el mismo fenómeno de mimesis, los plazos de tramitación se acortan espectacularmente para dar al trámite un carácter sumario, intimidando a la rápida sustanciación de la reclamación: «El Administrador debe remitir la reclamación a la Dirección competente en el plazo de cinco días, a contar desde su presentación» (art. 5.º); «La Dirección y demás oficinas superiores cuidarán bajo su más estrecha responsabilidad del pronto despacho de estos asuntos» (art. 6.º, inciso 1.º); «Todos los empleados públicos que hayan de intervenir en los expedientes gubernativos de que trata el presente decreto serán responsables de los perjuicios que por morosidad y omisión en la resolución de los mismos se irroguen a los intereses del Estado» (art. 8.º).

Pero la máxima garantía que el Real Decreto establece afecta a la propia configuración del requisito. Por un lado, el modelo del acto de conciliación vuelve a operar en cuanto que lo que se exige al demandante es una certificación no de haber obtenido resolución en vía gubernativa, como exigía la Real Orden de 1847, sino «de haber precedido reclamación» en la misma vía, como dice el artículo 1.º del Real Decreto (54). Por otro, la mutación del requisito en una auténtica carga procesal, similar al intento del acto de conciliación, exigía trazar un sustitutivo de la no avenencia, que el Real Decreto establece bajo la técnica del silencio negativo (55).

«Art. 6.º La Dirección y demás oficinas superiores cuidarán bajo su más estrecha responsabilidad del pronto despacho de estos asuntos, en el concepto de que

(53) Sobre ello, *vid.* CLAVERO ARÉVALO: *Consideraciones generales...*, cit., p. 237.

(54) Clara transcripción de lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835: «Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación y que ésta no ha tenido efecto, no podrá entablarse en juicio ninguna demanda...»

(55) Una regulación del silencio que, justo es recordarlo (sin afán nacionalista alguno) precede en medio siglo a la ley francesa de 1900, reiteradamente citada en nuestra doctrina como la inspiradora de nuestra legislación.

dentro de cuatro meses, contados desde la fecha en que se entregó la exposición en la Administración de provincia, ha de estar resuelta y comunicada la resolución al Administrador.

Art. 7.º Al expirar el término expresado en el artículo anterior, ocurrirán los interesados a las Administraciones respectivas, por las que se les harán saber las resoluciones que recaigan, facilitándoles certificación expresa de las mismas, o de no haberles sido comunicada por la superioridad dentro del término indicado, en cuyo caso se entenderá negada la solicitud.»

Pese a que el Real Decreto de 20 de septiembre de 1851 había corregido buena parte de las imperfecciones de la reclamación previa, su promulgación no cerró la polémica en torno a la institución, que continuó sordamente durante los siguientes años. En ellos el Gobierno no perdió oportunidad de recordar una y otra vez la vigencia del requisito de la reclamación previa, insertándolo expresamente en las diferentes normativas sectoriales en las que podía resultar de aplicación (56), pero, según parece, sin demasiado éxito: en 1866, ALCÁNTARA y MORALES habrían de constatar, con no poco desencanto, que «así la Real Orden de 9 de junio de 1847 como el Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, que establecen esta tramitación, son poco conocidos y menos aplicados» (57).

(56) Así, en los artículos 171 a 174 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855 relativa a los pleitos que se suscitasen sobre las fincas enajenadas por el Estado en virtud de la legislación desamortizadora; artículos 4.º y 10.º del Reglamento de 17 de mayo de 1865 para la ejecución de la Ley de Montes; Reales Decretos de 10 de julio de 1865, 26 de julio, 14 y 16 de agosto de 1874, entre otros. Como pura anécdota, bien ilustrativa de lo tenso de las relaciones con los órganos judiciales y del interés que el Gobierno tenía en la observancia efectiva de la reclamación previa, no me parece ocioso recordar que, pese a la claridad del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851 y al hecho de haberse adoptado por el Gobierno en pleno, se creyó oportuno, incluso, dictar una Real Orden del ministro de Gracia y Justicia, y dirigida a todos los órganos judiciales, para recordarles e insistirles su cumplimiento (!). Se trata de la *Real Orden de 4 de octubre de 1851* (dictada, pues, inmediatamente después que el Real Decreto) en la que, con una oficiosidad que resultaría inconcebible si no se tuviera en cuenta el conflicto anterior, se decía que «la Reina (Q. D. G.) se ha servido mandar que por los Tribunales de Justicia y demás funcionarios dependientes de este Ministerio se guarde y cumpla, y se haga guardar y cumplir desde luego el Real Decreto expedido por el de Hacienda en 20 de setiembre próximo pasado, e inserto en la "Gaceta" del 23, número 6280, en el que se regulariza la vía gubernativa que debe preceder a la contenciosa en los negocios de interés del Estado».

(57) ALCÁNTARA Y MORALES: *Tratado de las competencias...*, cit., I, p. 281.

Esta larvada dialéctica de tiras y aflojas habría de convertirse en un segundo conflicto «caliente», que tuvo su origen en la normativa emanada de la revolución septembrina. La Ley de bases para la unificación de fueros de 11 de abril de 1868 y la supresión en concreto de la jurisdicción especial de Hacienda por el Decreto-ley de 6 de diciembre del mismo año parece que llevaron a la creencia generalizada de que la derogación del fuero especial llevaba aparejada la desaparición de los privilegios contenidos en la legislación peculiar de la jurisdicción suprimida y, por descontado, la derogación de la tan conflictiva reclamación previa (58). Sin embargo, el confesado judicialismo revolucionario nada pudo hacer frente al poder de la burocracia de Hacienda, cuya reacción fue en verdad fulminante. *El Decreto de 9 de julio de 1869*, refrendado por don Laureano Figueroa, reafirmó con toda energía el privilegio de la reclamación previa y la obligación de consulta del ministerio fiscal al de Hacienda, llegando incluso al extremo de declarar «nulas y sin ningún valor ni efecto las sentencias que se dicten en pleitos de interés de Hacienda, cuando en ellas no se hayan dado al ministerio público las instrucciones correspondientes» (art. 3.º).

Este segundo conflicto, resuelto mediante un verdadero *ukase*, da paso a la etapa final del periodo que consideramos, etapa de consolidación, generalización y caracterización definitiva de la reclamación previa, que poco a poco pierde la carga polémica que tuvo durante tantos años. Dos son las normas claves de esta fase histórica.

En primer lugar, *la Ley de 10 de enero de 1877*, refrendada por Cánovas del Castillo, que, por primera vez, eleva al rango legal el requisito de la reclamación previa y la extiende a todos los litigios civiles del Estado, superando la estricta referencia a los «negocios de interés de la Hacienda» contenida en la legislación de los años precedentes. Los artículos 1.º y 3.º de esta Ley son bien significativos del paso a una época de esoterismo legislativo:

«Artículo 1.º Se declaran Leyes del Reino los decretos expedidos por el Ministerio de Hacienda en 9 de julio de 1869, 26 de julio y 26 de agosto de 1874 y el Real Decreto de 14 de agosto de 1876, refrendado por el presidente del

(58) Lo cual, por otra parte, no era una conclusión en modo alguno apresurada, dada la tajante redacción del artículo 8.º del Decreto-ley de 6 de diciembre de 1868: «Se suprimen los Juzgados especiales de Hacienda. Los negocios de esta clase se sustanciarán con arreglo a lo que disponen las leyes comunes.»

Consejo de Ministros, con las modificaciones en el primero de ellos que expresa el artículo siguiente» (59).

«Artículo 3.º Se hacen extensivas a todos los negocios civiles del Estado, cualquiera que sea el ramo de la Administración a que pertenezcan, las disposiciones de los decretos citados en el artículo 1.º de la presente ley, y las de los reglamentos e instrucciones que en los mismos se mencionan.»

Por su parte, el Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto de 11 de enero de 1877, formaliza la generalización efectuada por aquélla a todos los litigios en que el Estado fuera parte demandada, ampliando la exigencia del requisito a los supuestos en que el Estado fuera citado de evicción (art. 4.º). Y contradictoriamente con la elevación al rango de ley que se había efectuado—indirectamente—del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, lo modifica al aumentar a seis meses el plazo de silencio que éste había fijado en cuatro, si bien esta ampliación se ve compensada en parte por una mejora, consistente en configurar al silencio como automático (60).

La segunda norma clave de esta etapa a que nos estamos refiriendo es, claro está, el *Real Decreto de 23 de marzo de 1886*, con el que

(59) Los Decretos de 26 de julio y 26 de agosto de 1874 determinaban las competencias consultivas y decisorias de la Asesoría de Hacienda (antes y después, Dirección General de lo Contencioso) y el de 14 de agosto de 1876 extendió la competencia de esta Asesoría a los negocios contenciosos de todos los ramos del Estado. Por otra parte, las modificaciones que el artículo 2.º de la ley introduce en el Decreto de 9 de julio de 1869 se refieren a los plazos y procedimientos para formular y evacuar las consultas que los fiscales debían formular a la Asesoría de Hacienda-Dirección General de lo Contencioso (un privilegio al que no nos hemos referido en detalle, pero que bien merecería un estudio aparte), así como a la sanción por su incumplimiento, que se suaviza respecto de lo dispuesto por el Decreto de 1869. Ya no se declara la nulidad de pleno derecho de las sentencias, limitándose a la mera anulabilidad («podrá pedirse a nombre del Estado y se acordará por los jueces y tribunales la nulidad de las sentencias en pleitos de interés del mismo cuando no se hayan observado las formalidades que determina este artículo»). Sobre este punto, *vid.* también la Circular de la Asesoría-Dirección General de lo Contencioso de 28 de febrero de 1877 sobre este requisito de la consulta.

(60) Artículo 5.º «No se reputará apurada la vía gubernativa para los fines del artículo anterior, sino cuando una Real Orden haya puesto término al procedimiento, a menos que la Administración demore por más de seis meses la resolución final, en cuyo caso quedará libre la acción de los tribunales ordinarios luego que el particular interesado acredite en autos el transcurso de este plazo.» El agotamiento de la vía gubernativa se produce, pues, *ex re*, como en la moderna regulación del silencio, sin que fuera preciso. (como bajo el artículo 7.º del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851) obtener certificación expresiva de no haber sido comunicada resolución expresa al administrador de Rentas; certificación cuya obtención podía, sin dudas, plantear problemas.

se culmina la fase histórica que hemos pretendido analizar en el presente trabajo. Una norma que aparece desprovista de la carga polémica en virtud de la que surgieron las anteriores regulaciones de la reclamación previa y cuya motivación, por lo mismo, no se nos presenta tan nítida como en las ocasiones precedentes. Muy lejanos ya los problemas derivados de la compra de bienes nacionales y de la regularización presupuestaria, y superado definitivamente el conflicto con el ministerio fiscal a raíz de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado por el Real Decreto Camacho de 1881, los motivos de la promulgación de la nueva norma resultan un tanto más oscuros. Sin embargo, el análisis de su preámbulo y de la legislación de la época permite establecer de nuevo la dualidad de motivaciones—aparente y real o de fondo—que ya pudimos apreciar a propósito del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851.

La causa aparente que motivó la elaboración y promulgación del Real Decreto de 23 de marzo de 1886 fue la necesidad de salir al paso de las desviaciones procedimentales de que la reclamación previa había sido objeto. Si hemos de creer a los propios redactores del Real Decreto—carecemos de cualquier otra prueba adicional—, el paso del tiempo había llevado a una progresiva asimilación de la reclamación previa a la vía administrativa previa al contencioso-administrativo, trámites ambos considerados sustancialmente idénticos, cuya única diferencia, por tanto, radicaría en la naturaleza de los negocios y en el órgano (jurisdicción ordinaria o contenciosa) que, en definitiva, iba a resolver el conflicto (61); asimilación ésta que, siempre al decir de los autores del Real Decreto, había llevado a aplicar a la reclamación previa la misma sustanciación que la entonces vigente para las reclamaciones económico-administrativas. El preámbulo del Real Decreto así lo confiesa:

(61) Esta asimilación es común en la doctrina de la época: *vid.*, por todos, Ros BOSCA: *Procedimientos contencioso-administrativos...*, cit., p. 26, donde reclamación previa y vía administrativa previa al contencioso se tratan como dos especies de un mismo género. Pero la asimilación también viene inducida por la legislación: el ejemplo más claro lo constituyen los artículos 4.º, 8.º y 10 del Reglamento de 17 de mayo de 1885 (de ejecución de la Ley de Montes de 1863); en ellos, la reclamación previa y la vía administrativa constituyen un único y mismo procedimiento en las reclamaciones contra inclusión de montes en el Catálogo. Si la resolución del gobernador era declaratoria de no ser el monte propiedad del Estado, dicha resolución constituía vía administrativa, impugnable ante la jurisdicción contenciosa; si la resolución, en cambio, declaraba ser el monte propiedad del Estado y no de los particulares reclamantes, ello constituía decisión de la reclamación previa, quedando expedita la acción ante los Tribunales ordinarios.

«El olvido de la índole especial de esta clase de expedientes ha desnaturalizado la vía gubernativa como trámite previo a la judicial, dándose a las reclamaciones de esta clase la misma tramitación establecida para todas las económico-administrativas, sin tener en cuenta la diferencia esencial que las distingue por su materia y objeto, puesto que si estas últimas deben someterse a las formas y solemnidades propias de un verdadero juicio, porque en ellas la Administración hace declaraciones de derecho, en las primeras tiene limitada su acción a reconocer o negar el que pretende tener el particular reclamante para que, en su caso, quede a éste expedita la vía judicial.»

El Real Decreto sale al paso enérgicamente de esta asimilación, proclamando la diferencia capital existente entre ambas instituciones y acudiendo para ello a la justificación clásica de la reclamación previa como sustitutivo del acto de conciliación:

«Si bien por la naturaleza especial y realmente privilegiada de los intereses y derechos del Estado, que no pueden ser objeto de transacción, se exceptúan del requisito de la conciliación, que es la regla general y ley común en las demandas entre particulares, aquellas que se dirijan contra la Hacienda o el Estado, como por una parte no sería justo que el Estado se viera comprometido en un litigio sin la preparación necesaria, y por otra parte puede en algunos casos ser tan perfecto el derecho del particular demandante que deba ser desde luego reconocido, de aquí la conveniencia y necesidad de que a falta del acto de conciliación y como garantía en favor de los derechos del Estado, con ventaja posible para los particulares, se exija la reclamación previa en la vía gubernativa antes de entablar demandas contra el Estado.»

La explicación parece clara, pero no es en absoluto convincente. En el año 1886, la vía administrativa previa al contencioso había adquirido ya unos caracteres tan exorbitantemente privilegiados para la Administración, que la asimilación a la misma de la reclamación previa tenía que resultar forzosamente tentadora, en cuanto la con-

solidación normativa de la tendencia hubiera llevado a un considerable reforzamiento de los privilegios de la Administración como parte ante la jurisdicción ordinaria. Por ello, la vuelta a la concepción asimiladora al acto de conciliación debió responder a otros motivos, que en parte se traslucen en el propio preámbulo del Real Decreto:

«Resultado natural de esta confusión en el procedimiento es la ineficacia y esterilidad de la reclamación gubernativa como trámite previo a la judicial, porque la Administración provincial se limita generalmente en esta clase de expedientes a declarar su incompetencia, remitiendo a los interesados a los Tribunales sin examinar los fundamentos de la pretensión para reconocer su justicia o rechazarla, ya también porque teniendo interés los reclamantes en evitar dilaciones y trámites, se conforman con lo acordado por la Administración provincial, y de este modo, sin conocimiento del Gobierno, única entidad que representa la persona jurídica del Estado, se encuentra éste comprometido en un litigio que en algún caso podría haber evitado y sin la preparación necesaria en los demás.»

El texto ya no es, desgraciadamente, tan claro como los de cuarenta años atrás, pero su lectura entre líneas, así como el examen de las restantes disposiciones que por esta misma época se dictan, permite afirmar que el Real Decreto no es otra cosa que un paso en el fenómeno de asunción de competencias por la Dirección General de lo Contencioso y, en concreto, por el Cuerpo de Abogados del Estado, entonces en plena etapa de formación. Obsérvese que sólo *siete días antes* de la promulgación del Real Decreto que nos ocupa se había aprobado otro, de 16 de marzo de 1886, reorganizándolo la Dirección General de lo Contencioso, en cuyo interesante preámbulo se encuentra una clara justificación de la asunción por los miembros del nuevo Cuerpo facultativo del despacho de las reclamaciones previas, entre otros extremos:

«Y si prescindiendo del procedimiento de la Administración general activa pasamos a la esfera de los negocios contenciosos que tanto importan a la Hacienda y al Estado, así en el orden civil como en el penal, como en el administrativo, *resultará más evidente todavía la conve-*

niencia y necesidad del Cuerpo de Abogados del Estado, encargado de la representación y defensa de los intereses de la Hacienda ante los Tribunales ordinarios.

Porque suprimidos los fueros y jurisdicciones especiales de Hacienda, pero mantenidas en los preceptos de las distintas leyes, las acciones y excepciones de antiguo origen en gran parte, *con procedimientos de carácter privilegiado, como necesaria garantía en defensa de la fortuna pública*, de que puede citarse, entre otros ejemplos: el derecho preferente de la Hacienda en concurrencia con otros acreedores; la brevedad en la prescripción y caducidad de créditos contra el Estado; la prohibición de renunciar ni transigir intereses y derechos del Estado; *la necesidad de previa resolución administrativa antes de plantear acciones judiciales contra la Hacienda*; el procedimiento sumario y rápido, utilizando la vía de apremio para el reintegro de los alcances que persiga o de los créditos en favor suyo contra los particulares, con la notable circunstancia de que mientras los bienes de éstos son prenda obligada de embargo y expropiación judicial, los caudales del Tesoro no pueden ser embargados ni comprendidos en el procedimiento de apremio, ni distraídos del especial destino preestablecido en las leyes, cuyos ejemplos constituyen otras tantas excepciones a la ley común, así en el orden sustantivo como en el procesal, *requiérese por ello como obligada circunstancia la de una representación y defensa de competencia especial científica...»*

La lectura de lo dispuesto en este Real Decreto de 16 de marzo de 1886 (62) es enormemente clarificadora. La asimilación de la recla-

(62) De acuerdo con lo anunciado en el preámbulo, el artículo 7.º del mismo anticipa ya parte de lo que una semana más tarde sería objeto de regulación específica, al decir que «la Dirección General de lo Contencioso Informará proponiendo la resolución ministerial correspondiente... Segundo. En los expedientes instruidos por reclamaciones de derecho civil en la esfera gubernativa, como trámite previo para entablar demanda ordinaria contra el Estado». Dentro de este proceso de asunción de competencias por el Cuerpo debe notarse también la proximidad temporal de dos importantes normas en esta misma línea: otro *Real Decreto de 16 de marzo de 1886*, que atribuyó a los abogados del Estado la función liquidadora del impuesto de derechos reales en las capitales de provincia y la *Real Orden de 9 de abril de 1886*, que atribuyó formalmente a los miembros del Cuerpo la representación y defensa del Estado ante los Tribunales ordinarios.

mación previa a la vía administrativa hubiera quizá reforzado la posición privilegiada de la Administración; pero también hubiera conferido su tramitación a los funcionarios de cada uno de los Departamentos en cada caso interesado. La única forma de recabar la tramitación por la Dirección General de lo Contencioso era romper esta asimilación y reconducir el instituto de la reclamación previa al ámbito procesal de lo contencioso ordinario del Estado, donde las competencias del Cuerpo acababan de asentarse firmemente: en suma, desadministrativizar la reclamación previa y procesalizarla (63), para lo cual nada más fácil que acudir a la vieja identificación con el acto de conciliación, que el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 reafirma enfáticamente (64).

IV. REFLEXIONES SOBRE UNA HISTORIA CONFLICTIVA

A) *Las afortunadas consecuencias de un error dogmático*

No es mi intención continuar haciendo la descripción de la historia legislativa de la reclamación previa, cuyas vicisitudes ulteriores hasta 1958 no ofrecen excesivo interés desde la perspectiva en que está concebido el presente estudio. He pretendido exclusivamente analizar las vicisitudes que condicionaron la génesis y evolución de la reclamación administrativa previa hasta su consolidación definitiva

(63) Esto es, convertirla en un trámite estrictamente procesal. De aquí el énfasis que pone el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 en marcar el paralelismo con la regulación procesal del acto de conciliación; así, por ejemplo, el artículo 3.º, que declara que «no surtirá efecto la resolución que recaiga denegatoria de la pretensión, si el interesado no acredita en igual forma haber presentado la demanda judicial en el plazo de tres meses a contar desde la notificación que se le hubiere hecho», precepto homólogo (si bien con un plazo de presentación de demanda mucho más breve) del artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre ello, *vid.* más adelante, en el texto.

(64) No quisiera que este fenómeno de asunción de competencias y la manipulación dogmática que el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 lleva a cabo se interpretasen peyorativamente. Con independencia de los innegables beneficios que reportaba la centralización del trámite de las reclamaciones previas, se encuentra el factor, nada despreciable, de la necesidad de contar con un período de tiempo suficiente para preparar la defensa en juicio de la Administración. El preámbulo del Real Decreto alude por dos veces, como puede apreciarse en el texto, a las dificultades que se planteaban para la preparación de los asuntos por el hecho de que los órganos a quienes se sometían las reclamaciones remitían sin más a los reclamantes a los tribunales ordinarios, con lo que la Dirección General se encontraba posteriormente emplazada a contestar en plazo perentorio una demanda de la que desconocía todo; lo cual sí es una razón de fondo importante.

en paralelo con la similar génesis y evolución del recurso contencioso-administrativo, al que tan estrechamente está ligada. Cumplido, con mayor o menor fortuna, este propósito, el trabajo podría darse por concluido, dejando al buen criterio del lector que extrajera las enseñanzas implícitas en la singular evolución del instituto.

Confieso, sin embargo, que la simple exposición histórica hasta aquí realizada me deja una cierta sensación de insuficiencia, de detener la marcha a mitad del camino, y que mi impenitente afición de jurista me empuja a trascender el dato histórico y a sentar unas reflexiones que en alguna manera sean actuales. Espero por ello que, en honor de esta afición, el lector me disculpe que sustituya en parte su propia capacidad de razonamiento y exponga brevemente las reflexiones que a un jurista positivo sugiere la atormentada historia de la reclamación previa.

La primera reflexión ya viene adelantada en el rótulo del presente epígrafe, y radica en la sorpresa que el intérprete siente al comprobar cómo una historia tan conflictiva de una institución cuya regulación legal ha estado desde sus comienzos presidida por un manifiesto error técnico (la asimilación de la reclamación previa al acto de conciliación) ha podido, sin embargo, conducir a resultados que, comparativamente, son claramente afortunados. La asimilación al acto de conciliación, buscada primero para acallar las protestas de los órganos judiciales y más tarde para amparar una asunción corporativa de competencia, ha producido el benéfico efecto de independizar la reclamación previa respecto del procedimiento administrativo, evitando el que la garantía jurisdiccional de los particulares frente a la Administración haya sufrido el extraordinario menoscabo que ha experimentado en el ámbito estricto de la jurisdicción contencioso-administrativa. Gracias a este error, las viciosas tendencias aparecidas desde 1860 en la jurisprudencia contenciosa y que restringieron considerablemente al ámbito de la fiscalización jurisdiccional, al sustantivar la vía administrativa previa, no se han extendido a la esfera del contencioso ordinario de la Administración. Cuatro ejemplos son suficientes, creo, para constatar esta singular paradoja.

En primer lugar, la asimilación con el acto conciliatorio ha permitido mantener la esencial proximidad del recurrente a la garantía jurisdiccional, liberando a la vía gubernativa de la hipertrofia sufrida por la vía administrativa previa al contencioso. En ésta, el principio de la decisión previa, más arriba examinado, terminó por engendrar la

técnica reduplicativa de los recursos previos a la vía contenciosa (65), técnica elevada al rango de pura anarquía por la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 1889, y que la vigente Ley de 17 de julio de 1958 sólo ha atenuado levemente. Ello ha convertido a la vía previa al contencioso en un verdadero calvario de plazos y recursos sucesivos que demoran hasta en nueve meses el acceso al Tribunal contencioso (meses durante los cuales la decisión ejecutoria está surtiendo efectos); calvario que en el caso de la reclamación previa es desconocido al configurarse ésta como una técnica extrajerárquica (66) que, al ser dirigida a la máxima autoridad de cada Departamento, elimina recursos intermedios y permite un rápido acceso al proceso.

En segundo lugar, el mismo mimetismo con el acto de conciliación justificó la introducción de la capital regla del silencio negativo (inexistente entonces en la vía administrativa previa al contencioso y que ni siquiera instaure la Ley de Bases de 1889), como paralelo lógico del acto de conciliación intentado sin efecto por incomparecencia de una de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 469 de la vigente). Sobre la trascendental importancia de esta regla no parece necesario insistir.

En tercer lugar, es también este mecanismo el que impidió la configuración de los juicios civiles contra el Estado sobre el modelo del proceso revisor que consolida de manera definitiva la Ley Santamaría de Paredes de 1888 (67); proceso revisor no sólo en cuanto que el juicio contencioso debe ir precedido necesariamente de una resolución administrativa, sino en cuanto el proceso ha de versar necesari-

(65) Lo que, por ejemplo, en Francia, se considera generalmente como una anomalía, hasta el punto de que el recurso previo—en cuanto superpuesto a una decisión previa—sólo es exigible en virtud de expresa previsión legal, al contrario de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, en el que el recurso constituye la regla general; *vid.* sobre ello G. ISAAC: *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, pp. 685 y ss., y, más recientemente, el trabajo de Jean ROCHE: *Les exceptions a la règle de la décision préalable devant le juge administratif*, en los *Mélanges Waline*, París, 1974, tomo II, pp. 733 y ss. La concepción de los recursos como técnica de autotutela reduplicativa, en GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., pp. 343-344.

(66) La conexión entre la técnica extrajerárquica y la conciliación es evidente; al concebirse por la ley procesal la conciliación como un acto previo al proceso, y no como un proceso en sí mismo (con error o no, esa es ya otra cuestión), escapa a la posibilidad de apelación; aplicada esta regla a la organización administrativa, la imposibilidad de apelar exige que sea el ministro quien resuelva. CLAVERO ARÉVALO: *Consideraciones generales...*, cit., pp. 223 y 239 ya advierte este fenómeno, calificándolo asimismo favorablemente.

(67) Sobre lo cual PARADA: *Privilegio de decisión ejecutoria...*, cit., *passim*, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, pp. 67 y ss.

riamente sobre la legalidad o ilegalidad de dicho acto administrativo, resultando por ende improcedente el enjuiciamiento de cuestiones no suscitadas y resueltas en vía administrativa (68). Esta configuración, sobre cuyos efectos limitativos respecto de la garantía jurisdiccional no parece necesario insistir, se justificó por la jurisprudencia a través del más que discutible encaje en la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción (69), y no pudo trasplantarse al proceso civil (pese a los esfuerzos de la Dirección General de lo Contencioso, todo hay que decirlo) por el carácter accesorio y no sustantivo del acto de conciliación-reclamación previa (70).

Sin embargo, la característica más acusada que la vía gubernativa ha obviado gracias a su asimilación al acto conciliatorio es, sin duda, el uso generalizado de la regla de no admisibilidad de los recursos dirigidos contra los actos consentidos y confirmatorios, regla creada —al igual que la naturaleza revisora del proceso— por simple vía jurisprudencial (71) y elevada a la categoría de norma por el artículo 4.º de la Ley de 1888. Es en virtud de este paralelismo cómo el artículo 3.º del Real Decreto de 23 de marzo de 1886 fijaba, como antes notába-

(68) La configuración revisora del proceso no es, por otra parte, una creación original de la Ley Santamaría de Paredes, la cuál no hizo más que recoger una doctrina jurisprudencial que se venía aplicando, según parece, desde los Reales Decretos-Sentencias de 21 de julio de 1866, 25 de octubre y 25 de noviembre de 1867, 30 de enero, 10 y 30 de junio de 1868, y repetida invariablemente por toda la jurisprudencia posterior: Sentencias de 25 de junio, 4 y 7 de octubre, 8 y 11 de noviembre de 1869; 8 de marzo, 2 de abril, 10 de junio y 25 de noviembre de 1870. A partir de esta fecha, la jurisprudencia es tan abundante que veda toda posible reseña.

(69) Ros BIOSCA: *Procedimientos contencioso-administrativos...*, cit., p. 68, en nota.

(70) Así, por todas, la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 6 de julio de 1901*, desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado en un litigio en el que se había omitido respecto de ciertas pretensiones la reclamación previa. A la alegación de incompetencia de jurisdicción, la Sala replicó que «...el presente recurso no se funda realmente en la falta de competencia de los tribunales ordinarios, puesto que dicha competencia se reconoce, expresamente, sino en la omisión de un trámite de carácter gubernativo, cuya omisión no implica incompetencia ni puede, por tanto, dar fundamento al recurso de casación por quebrantamiento de forma que autoriza el número 6.º del artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

(71) La creación de la técnica del acto consentido tiene su origen, claro está, en la implantación por vía reglamentaria de un sistema rígido de plazos impugnatorios a partir del Real Decreto Bermúdez de Castro de 21 de mayo de 1853, al que me he referido en otra ocasión (*El problema de los plazos...*, cit.); sistema de plazos de cuya pura mecánica institucional extrae la jurisprudencia la regla a partir de las sentencias de 10 y 28 de marzo de 1870, 24 de octubre de 1872, 25 de noviembre de 1875 y otras numerosísimas posteriores. Sobre ello, *vid.* VILLAR PALASI: *La doctrina del acto confirmatorio*, en el núm. 8 de esta REVISTA, pp. 11 y ss., y, para una visión crítica, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., pp. 447 y ss.

mos, un plazo de tres meses para la presentación de la demanda, a contar de la notificación desestimatoria de la reclamación previa; si el requisito no era cumplimentado en plazo, «no surtirá efectos la resolución que recaiga denegatoria de la pretensión». El precepto no decía más, y es aquí donde la calificación entraba en juego, reenviando a las reglas procesales del acto de conciliación; en concreto, al artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual:

«Si no se presentare la demanda ordinaria dentro de los dos años siguientes al acto de conciliación, no producirá efecto alguno este acto, y *deberá intentarse de nuevo antes de promover el juicio.*»

La aplicación de este precepto a la vía gubernativa implica, claro está, la plena repetibilidad de la reclamación previa, al contrario de lo que ocurre con la vía administrativa que precede al contencioso, y la consiguiente exclusión de la técnica del acto consentido; una técnica cuyo pretendido fundamento teórico queda de esta manera puesto por completo en entredicho y revelada, en cambio, su auténtica naturaleza de privilegio injustificable en manos de la Administración. Por ello, no deja de ser sorprendente que la caracterización clásica de la reclamación previa se haya mantenido en la Ley de Procedimiento Administrativo (e incluso reforzado en la reforma de 1983), una ley extraordinariamente dogmática, pero que en este caso—y afortunadamente— ha tenido que rendirse ante la fuerza de los tópicos (72).

(72) En su redacción original, la Ley de Procedimiento Administrativo mantenía en su artículo 142 una redacción muy próxima a la del Real Decreto de 1888: «No surtirá efecto la reclamación si la resolución fuese denegatoria y el interesado no presentare la demanda judicial en el plazo de dos meses, a contar de la notificación de aquélla, o en su caso, en el de cuatro meses desde el transcurso del plazo señalado en el párrafo tercero del artículo anterior.» La Ley de revisión de 2 de diciembre de 1983 rectificó la redacción del precepto desglosándolo en dos párrafos: en el primero se contienen los plazos para la presentación de la demanda entre la jurisdicción ordinaria, añadiéndose un segundo en el que se sustituye la mención primitiva de «no surtirá efecto la reclamación» por la precisión de que «transcurridos estos plazos para ejercitar la acción, si ésta no hubiere prescrito, habrá que intentar una nueva reclamación previa en vía gubernativa». Por las razones expuestas en el texto, no comparto la opinión de GUAITA, que reputa de innecesaria, «aunque quizá no venga mal» esta precisión (*La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1984, p. 20). Me parece fuera de toda duda que la adición del nuevo párrafo (que, como el mismo autor advierte, no se hallaba en el Proyecto de Ley) se hizo con la mirada puesta en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sobre la base de la tan repetida equiparación entre reclamación previa y acto conciliatorio.⁹ Ciertamente es que la repetibilidad de la reclamación previa

B) *Conclusiones criticas sobre nuestro procedimiento administrativo*

Pero aún ha de darse un paso más allá, pues la historia de la reclamación previa sirve para algo más, desde luego, que para felicitarse por las beneficiosas —e insospechadas— consecuencias de un error teórico. Vuelta la oración por pasiva, esta misma historia proporciona una serie de enseñanzas realmente luminosas, que permiten afrontar críticamente el examen de nuestra actual legislación sobre el procedimiento administrativo y contencioso, cuya experiencia, tras diecisiete y diecinueve años de tan abundantes como justificados elogios, ha revelado la existencia de fallos muy notables cuya subsanación se hace día a día más perentoria. Sin desconocer el sustancial avance que estas normas supusieron en su día sobre el *status* normativo anterior, resulta irracional perpetuar la actitud de loa indiscriminada hacia unas leyes que en buena parte de su articulado no han hecho otra cosa que acumular sedimentos históricos de dudosa validez, y cuya inadecuación a la Administración española de la década de los setenta es algo más que patente. La fecunda labor de investigación llevada a cabo en los últimos años sobre los orígenes de nuestro sistema administrativo ha permitido recobrar una perspectiva crítica respecto de las verdades heredadas, cuyo árbol genealógico no posee la pureza que se ha pretendido. Permitaseme, para terminar, reseñar sumariamente las conclusiones que pueden extraerse de la significativa historia de la reclamación previa.

En primer lugar, es preciso terminar con la equiparación entre reclamación previa y acto de conciliación. Aun reconociendo las afortunadas consecuencias que este equívoco ha tenido en el desarrollo histórico de la institución, las más elementales consideraciones de orden técnico se oponen al mantenimiento de esta calificación, que hoy resulta equívoca y perturbadora. Equívoca, porque la reclamación previa carece de puntos sustantivos de contacto con el acto de conciliación, y perturbadora, porque la calificación apoya la regla

venía siendo un dogma pacíficamente admitido por la jurisprudencia civil, y desde este punto de vista, la reforma puede parecer efectivamente innecesaria. Pero no menos cierto es (y este matiz ha escapado a la bien probada perspicacia de GUARA) que la fórmula de la primitiva redacción «no surtirá efecto la reclamación» era lo suficientemente equívoca como para permitir en cualquier momento un giro jurisprudencial en la Sala 1.^a que trasplantase la técnica del acto consentido al proceso civil ordinario. Visto el panorama poco halagüeño que la jurisprudencia ofrece en los últimos años, creo que debe alabarse unánimemente la precaución del legislador, que corta de raíz toda posibilidad de discusión sobre el tema.

de la incuestionable necesidad de plantearla, cuando es este punto, precisamente, el que debe someterse a discusión. La reclamación gubernativa previa no es un acto de conciliación, sino un trámite sustancialmente idéntico a la vía administrativa previa al contencioso; es, en suma, un privilegio que carece hoy por completo de justificación. Nacido, como hemos comprobado, como consecuencia de unos condicionantes muy específicos y como producto de un cúmulo de tensiones históricas, la desaparición de estas circunstancias han convertido la reclamación previa en un trámite dilatorio de tan escasa eficacia resolutoria, cuando menos, como el recurso de reposición; por todo ello resultaría deseable su supresión o, cuando menos, su conversión en un trámite de cumplimiento potestativo para el demandante (73).

Pero, en segundo lugar, la evolución de la reclamación previa demuestra paralelamente la total falta de justificación que poseen las reglas de substantivación de la vía administrativa previa al proceso contencioso, como requisito *sine qua non* para el planteamiento de éste. Como se ha puesto reiteradamente de relieve, la vía administrativa previa constituye una auténtica carga para el particular, cuya duración, unida al carácter no suspensivo de los recursos, hace en numerosas ocasiones prácticamente inútil el proceso contencioso-administrativo. No es por ello en absoluto utópico propugnar la conversión de la vía administrativa en un sencillo trámite, asimismo de carácter potestativo, que permitiese un acceso más ágil a la vía jurisdiccional y que, desde luego, no condicionase el examen del fondo al examen previo de las pretensiones en la vía administrativa. El ejemplo de la reclamación previa, cuya omisión no permite la impugnación de la sentencia civil por quebrantamiento de forma, tal y como hemos comprobado, es realmente decisivo, y demuestra que el incumplimiento del trámite no supone graves perjuicios para el Estado, como afir-

(73) Creo que aludir a las ventajas del acto de conciliación no tendría, a estas alturas, ningún valor efectivo. La ventaja de poder evitar un litigio mediante el reconocimiento de las pretensiones del demandante en vía gubernativa resulta estadísticamente tan nimia que es por completo despreciable; aparte de que el demandante, que previamente al litigio ha realizado normalmente los sondeos oportunos, sabe *a priori* cuál va a ser el destino de la reclamación. Si hay posibilidades de arreglo, la planteará —de ahí su configuración potestativa—; y si no la hay, hacerle esperar los meses de silencio es algo completamente injustificado. Pero tampoco me sirve el argumento, frecuentemente esgrimido, de la necesidad de disponer de un tiempo suficiente para preparar la contestación de la demanda, puesto que el abogado del Estado ya dispone para ello del plazo de consulta (de tres meses) a la Dirección General de lo Contencioso (artículo 58 del Reglamento Orgánico, Decreto de 27 de julio de 1943).

man gratuitamente los defensores a ultranza de la obligatoriedad de apurar la vía administrativa.

Una conclusión similar se obtiene en relación con la irracional proliferación de recursos administrativos, contraria a todo principio de economía procedimental. La importante labor de poda llevada a cabo por la Ley de Procedimiento Administrativo no supone más que un paso transitorio hacia la fusión de los recursos de alzada y reposición, que resulta cada día más urgente. Por lo demás, la centralización de las unidades de tramitación de los recursos, llevada a cabo por el artículo 14, *d)*, del Decreto 2764/1967, de 27 de noviembre, constituye un importante paso previo para esta unificación, suprimiendo las duplicidades orgánicas que hasta entonces justificaban en cierta forma la pluralidad de recursos. En este aspecto, la técnica extrajerárquica que inspira la reclamación previa es un precedente ejemplar, digno de ser seguido, y que prueba el carácter de auténtica desviación anómala respecto de las soluciones originales que el actual régimen de pluralidad de recursos posee.

Sin embargo, donde la reclamación previa resulta más reveladora es en el tema, ya aludido, de la excepción de acto consentido y confirmatorio, defendida como exigencia ineludible de la seguridad jurídica y del principio de preclusión con tanta tenacidad como con escaso acierto. La excepción de acto consentido, una de las más graves quiebras de la garantía jurisdiccional de los ciudadanos frente al poder público, es al tiempo uno de los postulados más gratuitos y faltos de base de cuantos ha imaginado nuestra doctrina procesal. La plena repetibilidad de la reclamación previa, sujeta sólo a la prescripción del derecho material que se ejercita, no ha supuesto quiebra alguna en la seguridad jurídica, y constituye, fuera ya de razones dogmáticas, una prueba concluyente de la inconsistencia de las razones en que pretende apoyarse la excepción de acto consentido. La extensión de la regla de la repetibilidad al procedimiento administrativo es hoy día una exigencia elemental que, a mi juicio, no es susceptible de polémica en términos razonables.

Estas apresuradas conclusiones no tienen otra finalidad que poner de manifiesto el valor de ejemplaridad de una institución marginada como la reclamación previa en la actual coyuntura de nuestro procedimiento administrativo y contencioso. Una vez más, el retorno a los viejos principios, a las sabias soluciones de los iniciadores de nuestro Derecho administrativo, permite desvelar las anomalías de un sistema procesal cuyos errores ha mitificado injustamente una

tradición poco escrupulosa. La reflexión sobre los no demasiado limpios antecedentes de nuestro vigente ordenamiento supone por sí sola un examen de conciencia necesario y, en definitiva, un moderado alegato en favor de un proceso contencioso no estrictamente revisor y de una mayor flexibilidad y menor procesalización del quizá pomposamente denominado procedimiento administrativo.