

LOS ORIGENES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

POR

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO: 1. *Lo contencioso y lo gubernativo, jurisdicción ordinaria y jurisdicción privilegiada en el antiguo régimen.*—2. *El principio de la unidad de fueros.*—3. *Análisis empírico de la situación.*—4. *Presupuestos constitucionales de la solución.*—5. *La decisión entre la organización judicial y la Administración.*—6. *Administración activa y Administración jurisdiccional.*—7. *Formulación concreta del sistema.*—8. 1845: *Las primeras realizaciones.*—9. *La triple vía.*—10. *Primer paréntesis: 1854-1856.*—11. *El Consejo de Estado.*—12. *Segunda paréntesis: 1868-1875.*—13. *Restauración provisional.*—14. 1888: *El sistema armónico de SANTAMARÍA DE PAREDES.*

El presente artículo se refiere cronológicamente al siglo XIX. Cierto es que sería fácil remontar el estudio al antiguo régimen, la Edad Media, e incluso a los visigodos y romanos; pero el resultado sería pura erudición histórica, que en nada ayudaría a la inteligencia de la situación actual, objetivo esencial del trabajo. «Con razón se ha dicho que lo contencioso-administrativo, tal como actualmente se le conoce, con su esfera de acción propia, sus tribunales y procedimientos, aparece en el siglo XIX, por más que en los anteriores tiempos no dejen de hallarse indicaciones y antecedentes de su imperfecta existencia. Que ha debido existir siempre, parece nos indudable, un regulador de las relaciones entre la Administración y los administrados; desde que surge el Estado, surge lo contencioso-administrativo, pero surge éste sin sus privativos caracteres, sin el necesario deslinde de lo que le es exclusivo y propio; no metodizado su procedimiento, ni señalada su esfera de acción. En estas condiciones, lo contencioso-administrativo no disfruta la vida del Derecho, sino la que le concede el Poder público» (1).

(1) CABALLERO Y MONTES: *Lo contencioso-administrativo*, I, 1902, pág. 13.

El antecedente más antiguo de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa vigente son las Leyes de 2 de abril y 6 de septiembre de 1845. Por ello, respecto de la situación anterior, bastará lanzar una ojeada brevísima como introducción al estado de cosas que se inicia en el siglo pasado.

1. *Lo contencioso y lo gubernativo, jurisdicción ordinaria y jurisdicción privilegiada en el antiguo régimen.*

a) Es sabido que en el antiguo régimen no existía la llamada división de poderes y que buena parte de las autoridades y magistrados ejercían simultáneamente funciones (o jurisdicción) contenciosas y gubernativas.

«Jurisdicción contenciosa es la que procede con citación o audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprendiendo también así, por lo común, a la gubernativa dentro de la misma esfera contenciosa, o con facultades para obrar en las cosas o negocios, que deben despacharse gubernativamente, iguales a las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura, ni estrépito o trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos los de policía y economía» (2).

b) La segunda característica del sistema consiste en la existencia de una caótica pluralidad de jurisdicciones, justificada en principio por la dificultad técnica de que un solo Magistrado domine las especialidades de cada materia jurídica: «es corta la vida del hombre para andar todo lo que hay en el vasto y dilatadísimo reino de la jurisprudencia, y para conocer en todas sus partes, con la inteligencia que corresponde a un Juez, lo que hay que saber. A un Alcalde y Magistrado ordinario les sería muy difícil entender todo lo que hay que decir de letras de cambio, giro y negociaciones de ellas, seguros, escritura doble y otras muchas materias de comercio, que se suelen ventilar en los consulados. Las ordenanzas militares, y de universidades, piden también algún estudio particular: lo mismo debe decirse de las contadurías y administraciones, con que ha de gobernarse la real hacienda. Para entender bien estas cosas es preciso haber andado en ellas mucho tiempo, atrasando, por otra parte, su estudio, el conocimiento de otras materias, como de mayorazgos, fideicomisos y otros asuntos de derecho común y de uso en todos los días» (3); pero en cuya

(2) DOU Y BASSOLS: *Instituciones de Derecho público general de España, con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, II, 1800, página 47.

(3) DOU Y BASSOLS. ob. cit., pág. 41.

realidad no es difícil entrever un trasfondo de privilegios y de exenciones para ciertas clases y personas, tal como nos pinta, en abundantes testimonios, la literatura de la época.

A nuestros efectos interesa tener presente —puesto que va a ser el caballo de batalla de las reformas del siglo XIX— la distinción entre jurisdicción ordinaria y privilegiada. «Ordinaria es la que conoce de todas las causas de su territorio, a excepción de las privilegiadas, ya sea en primera instancia, ya en grado de apelación. Privilegiada es la que conoce de las que por privilegio o Ley especial, tienen juzgado particular» (4).

Jurisdicción ordinaria contenciosa y gubernativa tienen simultáneamente los Alcaldes ordinarios, Alcaldes mayores, Corregidores, Alcaldes de crimen, Chancillerías y Audiencias y el Consejo de Castilla, mientras que los Alcaldes de barrio y Ayuntamientos sólo tienen jurisdicción ordinaria gubernativa.

En cuanto a las jurisdicciones privilegiadas, para tener una idea de su número y variedad, basta recordar las estudiadas por DOU en los tomos II y III de su citada obra. En ellos, el autor va estudiando sucesivamente las siguientes jurisdicciones especiales: *a)* por razón de las personas: eclesiásticos, grandes de España, empleados de la real servidumbre y en las jornadas de Su Majestad y personas reales, militares, maestrantes, Montepío de viudas y pupilas del Ministerio, el militar, el de viudas y huérfanos de los empleados en las oficinas y el de viudas y huérfanos de los empleados en la renta de correos y lotería, nobles, escolares, extranjeros y transeúntes; *b)* por razón de las cosas: rentas (con infinitas variedades), temporalidades de los jesuitas, pósitos, feudal y enfitéutica, plantíos y sementeras, cabaña real y ganados privilegiados, sanidad, imprentas, teatros y pesca del coral; *c)* por razón de los delitos: competencias atribuidas a Alcaldes de las santas hermandades de cuadrilla, de las salas del crimen y de los consejos de guerra, Real Protomedicato, Jueces de Residencias, Juez de Ministros, Juez competente por contravención al registro mandado de hipotecas, y por otros delitos, superintendente de presidiarios y Jueces de rematados; *d)* por razón de las causas: jurisdicción de los Consulados y Magistrados de competencia.

2. *El principio de la unidad de fueros.*

La Constitución de Bayona pretendió romper con esta situación, introduciendo en sus artículos 57 y 58 el sistema francés de lo contencioso-

(4) DOU Y BASSOLS, ob cit., pág. 56.

administrativo y de su Consejo de Estado, pero sin que el principio llegara a ensayarse siquiera, como es sabido, en razón a las circunstancias políticas del momento.

En una línea similar se colocó la Constitución de Cádiz. En ella quedaron suprimidos, por lo pronto, la mayor parte de los Tribunales «de privilegio», disponiéndose el conocimiento de todos los asuntos de que trataban en favor de la Jurisdicción ordinaria. Y en segundo lugar, se estableció con todo rigor el principio de la separación de poderes. Tendencia elogiada, pero que había de acarrear consecuencias muy desagradables. «Las Cortes de Cádiz establecieron la separación de los órdenes administrativo y judicial; mas al hacerlo olvidaron que las atribuciones de éstos a la aplicación de las Leyes en los asuntos civiles y criminales, únicos que verdaderamente corresponden a la índole y fin de su institución, dejaban sin juzgadores otras controversias jurídicas que no provienen de un derecho o título civil ni de ningún hecho punible, sino de agravio o lesión de derechos puramente administrativos... La necesidad imperiosa de instituir Tribunales encargados de conocer y fallar en los asuntos contencioso-administrativos sintióse cuando, cambiada la forma de Estado, la experiencia se encargó de demostrar que existen otras contiendas de derechos que las sometidas a la Jurisdicción ordinaria» (5).

De los nefastos resultados del nuevo sistema, nos da elocuente noticia un autor contemporáneo: «La Administración se vió de repente sin fuerza, y, acometida de una paralización espantosa, no le fué dado ya ejercer en bien de la sociedad ninguna de sus funciones. La recaudación de las contribuciones, las obras públicas, los servicios de toda clase quedaron entorpecidos, y no hubo ramo que no se resintiese lastimosamente, y en que el Estado no recibiese perjuicios de consideración. En los tres años que duró aquel vicioso sistema, fué tal el desconcierto en que cayó la Administración general del reino, que ya se dejaba sentir, hasta por los más obcecados, la necesidad de una reforma» (6).

Muy fundadas debían de ser estas críticas, puesto que, en efecto, cuando falleció Fernando VII y se puso en vigor —literal o modificada— la vieja Constitución de 1812, se cuidaron las Cortes de no resucitar el principio riguroso de la unidad de fueros. Ahora bien, como al mismo tiempo se suprimían, o habían desaparecido ya, una serie de Juzgados privativos (e incluso los antiguos Consejos superiores del Antiguo Régimen

(5) Joaquín ABELLA: *Tratado de Derecho administrativo español*, III, 1888, pág. 91.

(6) GIL DE ZÁRATE: *Administración de los Tribunales contencioso-administrativos*, en «Revista de Madrid», 1838. Artículo reproducido (de donde se cita) en la *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, de GALLOSTRA, 1882, págs. 145-160.

y también el Consejo Real de España e Indias, que había venido en cierto modo a sustituirlos), se creó una peligrosa zona de nadie, en la que no conocían los Tribunales ordinarios (por tratarse de materias administrativas excluidas de su competencia), ni tampoco los Tribunales administrativos especiales, puesto que, salvo excepciones, no existían ya.

Las consecuencias de este vacío fueron tan deplorables como se puede imaginar; pero sin que la doctrina ni el legislador (absorbido éste por las urgentes atenciones de la guerra civil y de las convulsiones políticas) acertaran a dar una solución. En un punto mediaba, sin embargo, una unidad de criterio muy generalizada: en la necesidad de constituir unos Tribunales administrativos de competencia general (y no privativa, como los del régimen anterior). Francisco Agustín SILVELA (7) consideraba en 1839 como uno de los objetivos de la reforma que había de hacerse «el purgar [a los Juzgados privativos y privilegiados] del sinnúmero de imperfecciones por las que obran contrariamente a su objeto, el formar una sola y única jurisdicción de muchos de ellos y el convertir aquellos Juzgados pretorianos en salas de justicia».

3. *Análisis empírico de la situación.*

A ORTIZ DE ZÚÑIGA (8) se debe un excelente análisis de la situación inmediatamente anterior a 1845, que hoy nos es particularmente útil, porque se atiene a puntos de vista estrictamente pragmáticos, sin dejarse llevar por las abstractas consideraciones constitucionales, que parecen inevitables en otros escritores de la época.

Este autor, contemplando fenomenológicamente la realidad de su tiempo, aísla tres clases de asuntos perfectamente diferenciados: los contenciosos, cuyo conocimiento corresponde, sin duda, al Poder judicial; los gubernativos o administrativos, que, también sin duda, corresponden a la Administración, y, por último, los contencioso-administrativos, que es donde surge el problema.

La determinación de estos asuntos mixtos, contenciosos y administrativos a un tiempo, es relativamente sencilla: se trata de asuntos «que siendo contenciosos (o civiles) por naturaleza, en razón al derecho preexistente en que se fundan, participan a la vez de la cualidad de administrativos por el carácter de su objeto y por las circunstancias de los que en ellos tienen interés. Esta clase de asuntos se denominan con-

(7) *Estudios prácticos de Administración*, 1839. págs. 181 y sigs.

(8) *Elementos de Derecho administrativo*, III, 1843, págs. 367-379.

tencioso-administrativos, y su deslinde ofrece no menos dificultades, porque es casi imposible hacerlo con el auxilio de reglas generales y fijas».

Pues bien, ¿a qué autoridad corresponderá el conocimiento de este tercer tipo de asuntos? ORTIZ DE ZÚÑIGA constata la gravedad del problema: «éste es uno de los grandes vacíos que se encuentran en nuestra legislación y que ofrece a cada paso tan empeñados conflictos de autoridades y tan repetidas competencias... Si en estos casos es la Administración quien toma a su cargo el conocimiento, el interés individual no tiene suficiente garantía en sus litigios con los intereses comunes, y, por el contrario, si son los Tribunales los que entienden y deciden, escudados en su inamovilidad, con sus pausadas formas, con todas sus solemnidades, la Administración se ve a cada paso llena de trabas, sin poder usar de aquella libertad de acción que necesita para obrar con desembarazo y para llenar cumplidamente los objetos de su institución».

En esta situación la salida es bien clara, y no puede ser otra que «reconocer la necesidad de Tribunales contencioso-administrativos, con el cargo de ejercer esa especie de jurisdicción mixta. Mas entre tanto no se establezcan, ¿quién deberá conocer de los asuntos de esta clase? Imposible nos es dar a esta duda una solución satisfactoria».

En esta misma línea se encuentra POSADA HERRERA (9), que escribe por las mismas fechas. Según él, también es preciso distinguir :

— todas las cuestiones que interesan al público, o que deben resolverse por reglas generales de interés común, ya entre en ellas la sociedad formando un todo, capaz de derechos y obligaciones, ya con relación a la generalidad de los ciudadanos, deben ser decididas por la autoridad administrativa ;

— siempre que se trate de particulares o entre la sociedad y un particular, pero que hayan de resolver por los principios del Derecho civil, corresponderá su conocimiento a los Tribunales ;

— el Poder judicial sólo puede entrar en competencia con el administrativo en los casos que son, generalmente conocidos, con el nombre de materias contencioso-administrativas (y que carecen de una regulación precisa).

4. *Presupuestos constitucionales de la solución.*

La ideología político-jurídica de la época exigía que la solución al problema (en los términos planteados empíricamente por ORTIZ DE ZÚÑIGA) dependiese de unos concretos presupuestos constitucionales. Los «administra-

(9) *Lecciones de Administración*, I, 1843, págs. 101 y 112-113.

tivistas» del tiempo —todos sin excepción «administradores» y figuras políticas de gran estilo—, a la hora de afrontar un tema, auscultaban primero indefectiblemente la norma constitucional.

En Francia, medio siglo antes se había partido de las mismas bases, y en la alternativa entre el Poder ejecutivo y el Poder judicial (al margen, naturalmente, del Poder legislativo), se decidieron por el Poder ejecutivo, con objeto de que el Poder judicial no perturbase sus actividades. En España, sin embargo, la situación constitucional es en 1845 muy distinta, y por ello no surge la citada alternativa. Nuestros autores no reconocen el Poder judicial, autonomía constitucional, sino que le consideran como parte integrante —junto al Poder administrativo— del Poder ejecutivo, que corresponde al Monarca. El problema constitucional queda así modificado, y va a tratarse solamente de una simple decisión del Monarca, inspirada en razones de pura oportunidad.

Corresponde aquí, primero, demostrar con los textos la afirmación que acaba de hacerse. «El Gobierno de toda la nación —dice GIL DE ZÁRATE en el lugar citado— se divide, como es sabido, en dos grandes ramas: el Poder legislativo y el Poder ejecutivo..., lo que regularmente se llama el Poder judicial no es más que uno de los ramales del Poder ejecutivo, una emanación suya, cuyo objeto es aplicar las Leyes que arreglan los intereses de los particulares entre sí.» Y al año siguiente (1839) se publican las siguientes palabras de SILVELA: «El supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo de las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus Ministros. A la verdad, este principio no se halla explícito en nuestra Ley fundamental, como no lo está en ninguna constitución; mas no por eso deja de estar virtualmente comprendido en todas ellas... Además, de tiempo inmemorial en España, el Rey está en posesión de ejercer aquel derecho» (10).

La tesis se mantiene durante todo el siglo XIX y llega incluso hasta el XX. Según COLMEIRO (11), «el Poder político es verdaderamente uno solo..., y si alguna división fundamental cabe, es la que separa la facultad de dictar de la de aplicar las Leyes. La Autoridad judicial no es un Poder distinto del ejecutivo, sino una parte de él... Pues que, según la Constitución, el Rey posee la plenitud del Poder ejecutivo, debe ser considerado superior común de la Administración y de la justicia». «De aquí —aclara más tarde Joaquín ABELLA (12)— la subdivisión del Poder ejecutivo en

(10) SILVELA, ob. cit., pág. 189.

(11) *Derecho administrativo español*, 4.^a ed., 1870, págs. 356-357.

(12) *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, 2.^a ed., 1889, pág. 36

administrativo y en judicial o, como otros pretenden, su clasificación en dos órdenes.» Y todavía en 1902 advierte CABALLERO Y MONTES (13): «Dos únicamente son los poderes, para los que consideran que la función de todo Gobierno es dictar Leyes y hacerlas ejecutar: Poder legislativo, expresión de la unidad de la vida social, rigiéndose a sí propia, y Poder político, encargado de llevar a la práctica la unidad por medio de la Administración y de la Justicia.» «Entre las facultades que al Poder ejecutivo se asignan, está la de garantizar los derechos del Estado en su relación con los individuos. Si el fin principal del Estado es la realización del derecho, si al Poder ejecutivo compete la ejecución de las leyes, claro es que, así como para aplicarlas cuando de los derechos privados se trata, existen los Tribunales ordinarios, haya otros organismos encargados de su aplicación, cuando las leyes afecten a las relaciones del Estado con los individuos.» Pero recordando que «otros (KANT, DURÁN y BAS), aceptando como primera potestad del Estado la de dictar las leyes, y, por consiguiente, el Poder legislativo, encuentran existen además dos poderes: el ejecutivo, encargado de aplicar las leyes, ejecutando lo que éstas mandan, y el judicial, cuya misión es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, restableciendo el derecho cuando por actos particulares haya sido perturbado».

Limitándonos, como es lógico, a los autores administrativistas (que siempre se remiten a la teoría general del Derecho constitucional), hay que tener presente, sin embargo, que ya en PASO Y DELCADO (14), se encuentra una refutación formal de la tesis: «Nunca he tenido por buena la división del Poder ejecutivo en administrativo y judicial. He creído, y sigo creyendo, que el Poder público o del Estado es fundamentalmente o se manifiesta por modo sustancial de tres maneras, a saber: función legislativa, función ejecutiva y función judicial.»

5. *La decisión entre la organización judicial y la Administración.*

Quedamos, pues, que en el Derecho constitucional español —a diferencia del francés— no existe una oposición forzada, una alternativa, entre el Poder judicial y el Poder administrativo, sino que, por encontrarse ambos bajo la suprema autoridad del Monarca, corresponde a éste decidir libremente, y por razones de oportunidad, a cuál de las dos Organizaciones —a la Judicial o a la Administrativa— conviene entregar el conocimiento de las cuestiones contencioso-administrativas.

Al ofrecer la Constitución al Rey esta doble posibilidad, los autores se

(13) *Lo contencioso-administrativo*, I, 1902, págs. 2-5.

(14) *Teoría de los procedimientos contencioso-administrativos*, 1889, pág. 9.

esfuerzan en ponderar las ventajas e inconvenientes de una y otra solución.

En 1839 afirma SILVELA (ob. cit., pág. 187) que «lo que precede se discute [desde] hace quince años (es decir, desde la muerte de Fernando VII) y cada día con más calor entre los publicistas: quien opina que en toda colisión intervenga el Poder judicial, y quien pretende exigir Tribunales administrativos independientes, soberanos en su línea»; pero la realidad es que en la literatura el dominio de la última tesis es aplastante. Con la sola excepción de PACHECO —y referida exclusivamente a los contratos administrativos (15)—, los autores se limitan a aludir a la tesis judicialista para refutarla sin compasión. Andando los años, MARTÍNEZ DE ALCUBILLA afirmaría haber sido el primer defensor en España de la tesis judicialista (16).

El propio SILVELA (pág. 188) se decide sin vacilar por la otra tesis: «Conseguiríase, en efecto, decidiéndose las contiendas por los Tribunales de justicia, las ventajas de dar suficiente garantías al interés individual; pero sería a costa de haber quitado sus fueros al interés general; a costa de haber ahogado la Administración entre interminables dilaciones, cuando su carácter peculiar es la rapidez y la simultaneidad; a costa de haberla sometido, encadenado, aniquilado; al paso que su acción desembarazada y libre, es no ya una necesidad o conveniencia de tal o cual forma de Gobierno, sino una condición de existencia del orden social».

a) Hay un argumento de GIL DE ZÁRATE (ob. cit., págs. 152-153) que repiten indefectiblemente los autores posteriores: «Los litigios, en que entra como parte la Administración, tienen un carácter particular que los distingue esencialmente de los litigios comunes, y esta sola consideración bastaría para que en ellos no entendiesen unas mismas personas. Esta diferencia procede de dos causas: 1.^a La preferencia que exige siempre el bien público sobre la utilidad particular, al cual tiene ésta que ceder. 2.^a La actividad, que requiere la acción administrativa, que no le permite sujetarse a los procedimientos pausados de los Tribunales ordinarios, pues si se le despoja de ella quedaría reducida a la nulidad más completa. Los Tribunales ordinarios prescinden de intereses y no ven más que el derecho: en las causas administrativas prepondera siempre un interés y no puede atenderse estrictamente a los derechos. Los Tribunales ordinarios proceden

(15) En su artículo *Derecho público constitucional*, aparecido en el «Boletín de Jurisprudencia y Legislación», nueva serie, tomo IV, 1842, págs. 65-74.

(16) En la «Revista de los Tribunales y Administración», 1852, según nota (1) de la 6.^a ed. del *Diccionario de Administración*, tomo X, 1921, pág. 384.

de un modo lento, favorable a la averiguación del Derecho: las causas administrativas necesitan decidirse pronto, porque en la tardanza suele peligrar el bienestar de todo un pueblo, o en un ramo entero, en cuya conservación y mejora se halla la nación interesada. La justicia ordinaria, en fin, es impasible: la justicia administrativa tiene que tener, por así decirlo, sensibilidad, dirigida hacia objetos de tanta importancia, como son aquellos de que dependen la conveniencia y felicidad pública.»

b) A. OLIVAN (17) se debe un segundo argumento (en el que insistirá después literalmente COLMEIRO) que, pese a su rigor formal, no deja de causar estupor al pensar en la realidad española. Según este autor, la jurisdicción administrativa es mucho más perfecta que la civil y ofrece mayores garantías a los ciudadanos, ya que en ésta se decide «sin recurso en lo humano para volver a luz un expediente fenecido, ni para castigar a los que juzgasen mal en último término, mientras que en la Administración contenciosa puede considerarse que los negocios nunca fenecen hasta que se resuelve en equidad, porque no se aquieta, en los países bien gobernados, el administrativamente ofendido, que tiene el arbitrio de apelar a la opinión pública y de probar el agravio ante los Cuerpos legislativos, donde se acusa y se exige la responsabilidad a los órganos de la suprema Administración... Lo que se deduce, pues, de la esencia de la organización administrativa y de su orden de procedimiento es que las seguridades o garantías que allí encuentran en el estado normal los derechos de cada uno, son superiores a las de cualquier otra combinación, puesto que, en definitiva, es el país quien viene a juzgar y decidir las reclamaciones de los individuos».

c) POSADA HERRERA (ob. cit., pág. 270) introduce un tercer argumento, que alcanzaría su máxima potenciación en el siglo XX: La incompetencia técnica de los Magistrados judiciales, respecto de lo contencioso-administrativo, ya que se trata de «una cosa extraña a sus estudios y profesión especial».

d) Un cuarto argumento —común para todos los autores— es el de que mientras los Tribunales civiles aplican el Derecho civil, la Administración (o los Tribunales administrativos), el Derecho de este género, con la advertencia de que —como dice SILVELA en unos términos asombrosamente modernos (ob. cit., pág. 218)— «los Jueces de los Tribunales administrativos no lo son de excepción, o de atribución, como se ha dicho comparándolos con nuestros Cónsules de comer-

(17) *De la Administración pública con relación a España*, 1843, citado por la edición de 1954, págs. 197-198.

cio, no; porque su jurisprudencia encierra un orden completo, el orden administrativo, que nada tiene que ver con los demás que haya o pueda haber. En un orden diverso, distinto, enteramente separado y no una restricción o desmembramiento del orden civil».

e) Hay otro argumento de pura hermenéutica tradicional, que aparece reiteradamente manejado por la jurisprudencia del Consejo Real y que puede formularse así: sólo la Administración puede anular, reformar o interpretar sus propios actos, pues si la Autoridad judicial se entrometiera en ellos, infringiría el artículo 66 de la Constitución, que declara pertenecer *exclusivamente* a los Tribunales y Juzgados la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Si la Autoridad judicial pudiese dejar sin efecto las providencias de la Administración, se destruiría la absoluta independencia que debe haber entre ambas (18).

f) Muchos años después recurre Joaquín ABELLA (19) a un argumento nada desdeñable: «los trámites lentos del enjuiciamiento civil no se compadecen con la rapidez inherente al curso de los asuntos administrativos, ni menos son en ningún caso necesarios para dilucidar las cuestiones a que dan lugar, porque la Administración no emplea jamás la astucia, los recursos arteros de un litigante, no tienen interés en aprovechar los errores y descuidos del contrario; su más ardiente deseo es conciliar con el cumplimiento de sus deberes, no sólo el derecho, si que también el simple interés de cualquier ciudadano. Por eso, sin el menor peligro para éste, puede prescindirse, tanto en la formación de los Tribunales como en la ritualidad de los juicios, de solemnidades y precauciones inexcusables cuando se trata de dar a los litigios entre particulares método, precisión, claridad y garantías de imparcialidad que aseguren un fallo justo».

6. Administración activa y Administración jurisdiccional.

Una vez llegados al convencimiento de que la materia de lo contencioso-administrativo no era propia de los Tribunales, sino de la Administración, correspondía a los autores explicar esta «jurisdicción de la Administración», a primera vista un tanto extraña.

(18) La revista «El Derecho Moderno», 1852, pág. 198, en un comentario anónimo (debido, según creo, a Francisco DE CÁRDENAS) afirma ser éste principio reiterado del Consejo.

(19) *Tratado de Derecho administrativo español*, III, 1888, pág. 97.

El problema, sin embargo, se resolvió con toda facilidad, desde el momento en que se concebía a la Administración como un poder gestor de funciones diversas y dotado también de varias potestades. Así entra en juego la tesis, aceptada durante todo el siglo, de las dos esferas administrativas: Administración directa o activa, que tiene una potestad de mando o imperio, y Administración pasiva, que tiene una potestad de jurisdicción o de mixto imperio, dentro de la cual se encaja con toda naturalidad esta jurisdicción contenciosa.

Veamos un par de ejemplos de la tesis: Según OLIVÁN (ob. cit., páginas 187 y 192), «la Administración funciona necesariamente en dos distintas esferas: o caminando directa e inmediatamente a su objeto, consulta la utilidad pública, provee a los varios servicios y obra espontáneamente sin haberse visto provocada, o bien encuentra en su marcha los intereses individuales con que se roza y que reclaman contra ella». Dentro de esta esfera se encuentra la actividad contenciosa, que consiste en «resolver sobre las reclamaciones que se elevan contra sus propios actos. Entonces el negocio se hace contencioso y tiene cierta analogía con los juicios de los Tribunales en materia civil. Es entre un particular y el público».

«Administrar no es solamente gobernar —explica, por otro lado, DÍAZ UFANO (20)—, no sólo es ejecutar la Ley desarrollando los principios que establece, sino que consiste también en examinar sus actos y resolver en juicio sobre las reclamaciones que hace nacer.» De aquí la distinción entre una Administración activa —que provee los intereses generales y colectivos, prescindiendo completamente de los derechos individuales— y una Administración pasiva o contenciosa, que está obligada a respetar los derechos individuales, dándole todas las garantías necesarias para su defensa.

En definitiva, pues, aunque sea la misma Administración la que actúa y la que resuelve, y siempre y en todo caso se encuentre a su cabeza la misma persona —el Monarca—, hay, sin embargo, un matiz diferencial, de enorme significación, según que se coloque en una u otra posición. La diferencia la explica DÍAZ UFANO (ob. cit., pág. 55) con una figura retórica: «Se sigue de aquí que la Autoridad encargada de resolver estas cuestiones debe ser la Administración misma; pero la Administración contenciosa, la Administración revestida de fórmulas jurisdiccionales y puesta en todas las condiciones del sacerdocio judicial:

(20) *Tratado teórico-práctico de las materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar*, 1866, pág. 7.

es el Rey en quien reside en toda su plenitud el Poder ejecutivo, que cambiando la púrpura del César por la toga del Magistrado, y apartándose de las condiciones de la Administración activa de la que es Jefe natural, toma la de sacerdote de la Ley, administrando justicia en juicio contradictorio con todas las garantías que aseguran la importancia, la imparcialidad y la rectitud de este acto.»

El análisis de la naturaleza de esta «Administración jurisdiccional» es la clave de todo el sistema ideado por SILVELA (ob. cit., págs. 186-187), y lo que justifica, en última instancia, que la Administración tenga facultades contenciosas con exclusión de los Tribunales ordinarios de justicia: «¿puede separarse de la Administración activa el derecho de dirimir las contiendas a que da origen la ejecución de las Leyes sin que se destruya completamente el Poder ejecutivo? En otros términos: reconociéndose en la Administración la facultad de apartar a viva fuerza las oposiciones ilegítimas suscitadas por el interés individual contra el interés general; cuando las halle legítimas, esto es, moderadas en su expresión, arregladas en su forma y al parecer equitativas, ¿podrá emprender por sí el examen y solución de aquellas cuestiones, o deteniéndose ante las resistencias, deberá implorar el auxilio de otro poder del Estado para que éste se las dé por vencidas?» La respuesta negativa no puede ser más rotunda: «Querer que la *justicia administrativa* deje de estar bajo la influencia del Gobierno; compararla con la judicial para deducir que una y otra han de ofrecer garantías idénticas al interés individual, es desconocer la índole, el fin y los medios de la primera. Ni un instante debe perderse de vista la naturaleza singularísima de estos juicios, así llamados en sentido figurado: su nombre propio es el de decisiones administrativas. Considérese que, más bien que otra cosa, son medios de vencer dificultades, de remover obstáculos, de preparar actos de Gobierno, de proteger los intereses comunes contra los ataques violentos o directos y repetidos del interés particular. En una palabra, que la *justicia administrativa* no es más que la perfección y complemento indispensable de la acción administrativa.»

7. *Formulación concreta del sistema.*

Todo este aparato doctrinal había de concretarse en 1845 en un sistema orgánico conscientemente calcado del francés, no obstante que los presupuestos dogmáticos, constitucionales y aun reales de ambos países eran muy diferentes, como acaba de verse.

El importador oficial del sistema francés (21), en cuanto primer teórico que concretó sus ideas en un proyecto legislativo, que en lo sustancial se aceptó, fué SILVELA. Este autor presentó al Congreso, el 12 de noviembre de 1838, una proposición de Ley, que sirvió de base a las realizaciones de 1845 (cfr. ob. cit., págs. 181 y sigs.).

En ella, insistiendo en la idea entonces dominante, después de rechazar la solución judicialista y la de Tribunales administrativos independientes, se inclina, en principio, por la tesis administrativista: «de conformidad con el dogma constitucional, el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo en las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus Ministros».

Ahora bien, entiende que este principio no puede ser llevado a la práctica en todo su rigor, por lo que se impone una doble corrección, que va a servir —y esta es la gran aportación de SILVELA— para justificar en nuestro Derecho la importación del sistema francés:

a) En la esfera central, la insuficiencia de luces jurídicas del Rey y de sus Ministros (puesto que de políticos y no de juristas se trata) y la escasez de tiempo, imponen la creación de un órgano asesor —el Consejo de Estado— que les prepare las resoluciones.

b) Por otro lado, la imposibilidad material de que el Consejo de Estado atienda todos los asuntos de la Monarquía, impone la creación de unos órganos de nivel inferior: los Consejos provinciales. Con la advertencia, sin embargo, de que la naturaleza de estos Consejos provinciales va a ser completamente distinta de la del Consejo de Estado: sus funciones no serán meramente consultivas o asesoras, sino que (¡al igual que en Francia!) van a dictar auténticas resoluciones o sentencias.

La razón de esta diferencia es la siguiente: Cuando (como en el Consejo de Estado) se trata de una proposición, el responsable es el que la acepta, es decir, el Ministro y no el que la da. Por ello el Ministro puede aceptar la responsabilidad de las proposiciones del Consejo de Estado, porque son pocas; pero es materialmente imposible que se entere de lo que resuelven los Consejos provinciales, habida cuenta la distancia y la multiplicidad de los asuntos; por ello sería inícuo e irreal exigirles responsabilidades por los actos de aprobación de las propuestas de tales Consejos. De aquí la necesidad de que el Monarca

(21) Cfr. NIETO: *Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo*, en «Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna», III, 1965.

renuncie a ejercer por sí mismo la justicia a nivel provincial y tenga que delegarla.

Claro es que podría objetarse que si el Monarca (o el Ministro) no pueden responsabilizarse de las propuestas de los Consejos provinciales, cabe la solución de que deleguen en el Jefe político, al que el Consejo provincial serviría de asesor, lo mismo que el Consejo de Estado asesora al Ministro. Pero esta solución sacrificaría en beneficio de un cómodo paralelismo orgánico las garantías de los ciudadanos, ya que en trance de delegar, más vale delegar en un Tribunal colegiado que en una sola persona.

8. 1845: *Las primeras realizaciones.*

En 1845 se había conseguido ya una madurez doctrinal, que sólo precisaba de una coyuntura política favorable para poder concretarse en una Ley. Tal sucede en 1845, bajo el Gobierno de Narváez, año en que se estructura la planta de la jurisdicción administrativa, la cual, curiosamente, va a iniciarse por el escalón inferior.

a) Consejos provinciales (Ley de 2 de abril de 1845, Reglamento de 1 de octubre de 1845).

Organización: Jefe político y tres a cinco vocales, nombrados por el Rey, de los cuales, dos, al menos, han de ser letrados.

Competencia: Las materias de su competencia se enumeran en una lista en el artículo 8, que se completa, en el artículo 9, en una cláusula general: «entienden en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la Administración civil, para los cuales no establecen las Leyes Juzgados especiales, y en todo aquello a que en lo sucesivo se extienda la jurisdicción de estas Corporaciones». La Real Orden de 20 de septiembre de 1852 determina sus competencias en materia de Hacienda. La Ley de 25 de septiembre de 1863 amplía (arts. 83 y 84) el catálogo de competencias, pero suprime, en cambio, la cláusula general.

b) El Consejo Real (Ley de 6 de septiembre de 1845, Reglamento de 30 de diciembre de 1846).

Organización: Se estructura, dentro de él, una sección de lo contencioso, que actúa como Tribunal con audiencia pública para las partes.

Competencia: En primera instancia: demandas sobre remates y contratos del Gobierno y Direcciones Generales, y sobre las resoluciones ministeriales, «cuando el Gobierno las sometiera al Consejo». En segunda

instancia: apelación y nulidad de los fallos de los Consejos provinciales.

c) Por lo que se refiere a las provincias ultramarinas, muchos años después, por Reales Ordenes de 4 de julio de 1861, se crearon unos Consejos administrativos de Ultramar, en los que no parece necesario detenerse aquí.

9. La triple vía.

De conformidad con la planta jurisdiccional de 1845, se ofrecen a los ciudadanos tres vías jurídicas para la protección de sus derechos, dando así una garantía que parece satisfacer ya las exigencias de la doctrina de la época: «Para reformar los actos injustos o arbitrarios de la Administración y poner los derechos de los particulares a cubierto de los perjuicios que pudieran causarles la ignorancia o la mala fe de los funcionarios administrativos, con providencias ilegales en el fondo o en la forma, han establecido las Leyes los *recursos convenientes ante el superior jerárquico en la línea administrativa activa, y ante los Tribunales ordinarios, por la vía contenciosa*, cuando se alega que hay derechos vulnerados. Y si todavía envolviese la declaración alguna cuestión de propiedad, tendría expedita el perjudicado su *acción ordinaria ante los Tribunales*» (22).

Pero precisamente esta pluralidad de vías, no obstante las garantías que representaba, daba entrada al pavoroso problema de las cuestiones de competencia, pesada e inevitable cruz de esta planta jurisdiccional, que casi llega a paralizarla y que en vano intentan aliviar los esfuerzos de la doctrina y del propio Consejo Real. El examen del siguiente cuadro comprueba la importancia de estas dificultades:

AÑO	Decisiones de competencia	A favor de la Administración	A favor de los Tribunales	No ha lugar a decidir
1846	76	53	11	12
1847	103	43	58	12
1848	63	35	24	4
1849	64	32	21	11
1850	55	36	15	5
1851	48	29	16	3
1852	80	49	19	10
1853	57	41	8	8

(22) Revista «El Derecho Moderno», tomo XII, 1852. pág. 200.

10. *Primer paréntesis: 1854-1856.*

La Revolución de 1854 suprimió de raíz el sistema vigente. Los Reales Decretos de 7 de agosto de 1854 —inspirados en la primera ansia revolucionaria de transformar todo lo existente— suprimieron los Consejos provinciales y el Consejo Real. Los asuntos de que eran competentes los primeros pasaron a las Diputaciones Provinciales, y para sustituir al segundo se creó un Tribunal contencioso-administrativo, como segunda instancia para los fallos de las Diputaciones Provinciales.

El sistema no dió buen resultado: Las Diputaciones, tal como estaban organizadas, no eran capaces de funcionar como un Tribunal. Y por lo que se refiere al Tribunal contencioso-administrativo, que sucedió al Consejo Real, la crítica posterior le fué siempre adversa. SANTA-MARÍA DE PAREDES (testigo de excepción, pero, a decir verdad, muy poco imparcial) lo explica de la siguiente manera: «era un Tribunal compuesto de empleados activos o cesantes, que la Administración nombraba libremente, sin condiciones de ninguna clase; estos funcionarios no tenían retribución alguna por el desempeño de este difícil y trabajoso cargo, eran amovibles y, sobre todo, no ejercían la jurisdicción delegada»; lo que se comprueba al repasar los Decretos de la época, muchos de los cuales acaban con la fórmula significativa de «oído el Tribunal contencioso y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros» (23).

11. *El Consejo de Estado.*

Con el fin del bienio revolucionario progresista, se cierra el paréntesis judicialista. El Real Decreto de 16 de octubre de 1856 restablece la situación de 1845, que va a prolongarse hasta la nueva Revolución de 1868.

En este período tienen lugar, sin embargo, dos reformas de importancia: a) En la esfera central, el Real Decreto de 14 de julio de 1858, al reorganizar el Consejo Real, le da el nombre de Consejo de Estado. b) En la esfera provincial, la Ley de 25 de septiembre de 1863 derogó la de 2 de abril de 1845, estableciendo nuevas disposiciones sobre la organización y atribuciones de los Consejos provinciales.

(23) Discurso ante el Congreso de Diputados, pronunciado el 14 de diciembre de 1887. Transcrito en el *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., 1898, págs. 815 y sigs.

En cualquier caso, a lo largo de estos años, fué consolidándose una doctrina científica y jurisprudencial que había de asegurar a la jurisdicción contenciosa un puesto en el Derecho administrativo y en la vida española. No obstante, el prestigio del Consejo de Estado se vió siempre envuelto por las turbulencias de unas luchas políticas, de las que no pudo librarse. Los partidos progresistas siempre fueron sus enemigos más declarados. Por otro lado, es innegable que fué con frecuencia el instrumento del partido en el poder y que su nombre iba asociado al de una intervención administrativa, en ocasiones no demasiado feliz.

La Gloriosa Revolución de 1868 se apresuraría a hacer de él una de sus primeras víctimas.

12. *Segundo paréntesis: 1868-1875.*

A los pocos días de instalarse en Madrid el Gobierno revolucionario provisional, los Decretos de 13 y 16 de octubre y de 26 de noviembre de 1868 suprimen el Consejo de Estado y los Consejos provinciales, pasando sus competencias, respectivamente, a las Salas especiales del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales. La unidad de fueros se ha consumado, ratificada, además, por la Ley orgánica del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870. Con el nuevo sistema desaparecen los Tribunales contencioso-administrativos; pero no desaparecen los asuntos de esta naturaleza, que siguen siendo conocidos por la jurisdicción ordinaria, bajo un procedimiento especial muy distinto al que regula los litigios civiles. Lo esencial es que la Administración se ve privada de sus prerrogativas en orden a lo contencioso-administrativo, como consecuencia del rango ordinario que se le ha dado. Por ello, además, la Administración deja de ser competente, como lo era antes, para decidir en cada caso si era procedente o no la vía contenciosa y, además, se priva al Gobierno de su antigua facultad de disentir de los acuerdos de los Tribunales contenciosos.

El preámbulo del Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1868 expresa muy claramente los argumentos que justifican el cambio de criterio: «La jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido mirada, generalmente, con disfavor; arrancando de los Tribunales muchas cuestiones que debían ser de su exclusiva competencia, atribuyendo el conocimiento de pleitos que frecuentemente eran cuestiones de Derecho civil a Corporaciones, cuyos miembros no tenían el carácter de inamovibles, y dejando la re-

solución definitiva y ejecutoria al Gobierno, árbitro de admitir o desear los fallos que el Consejo de Estado le consultaba, no inspiraba cumplida confianza, ni a los litigantes, ni al país, que veía que, en último lugar, una de las partes en el litigio venía a decidirlo.»

Hoy suele considerarse esta reforma como una medida de exclusiva intención política. Pero no es así. La verdad es que el sistema anterior había incurrido en vicios, objetivamente criticables, que, de haber sido corregidos a tiempo, hubieran permitido otra solución menos radical. A la autoridad de un autor, en aquella época tan ponderado, como GÓMEZ DE LA SERNA, me remito.

Este autor —defensor en un tiempo del sistema— había advertido, años antes de la Revolución, que la jurisdicción contencioso-administrativa se deslizaba por una vía peligrosa: «Si se quiere que la jurisdicción contencioso-administrativa se arraigue; que lejos de ver muchos en ella una máquina para sustraer al Derecho común cuestiones que deben caer bajo su competencia, un ataque a los derechos privados, un elemento invasor de las atribuciones que por su índole corresponden a los Tribunales ordinarios y una infracción injustificable de los principios en que descansa el Derecho civil, necesario es despojarla de todo lo que, con sobrado motivo, da lugar a que la opinión extraviada condene todo lo bueno y lo malo, sin ponerse deslindes que puedan ser convenientes. Así, y sólo así, se rectificará la prevención desfavorable que la rodea y se desvanecerá la idea que abrigan muchos de que lo contencioso-administrativo es sólo un conjunto indigesto, indefinible e inexplicable, de cuestiones desmembradas del Derecho civil por el capricho de algunos jurisconsultos y de algunos administradores que, aunados en funesto consorcio, han hecho una creación forzada y artificial para rebajar el orden judicial, separar a los ciudadanos de sus Jueces naturales, conculcar los derechos privados y servir al despotismo o secundar las miras del espíritu reaccionario. Los que creemos que la jurisdicción contencioso-administrativa debe sostenerse, somos los más obligados a contribuir a que desaparezca todo lo que fundamentalmente se diga para destruirla.»

Pero estas sanas advertencias no fueron escuchadas, y después de la Revolución, justifica el mismo autor la supresión del Consejo de Estado, observando, con serena melancolía, que «si nuestra voz hubiera sido atendida, es muy probable que, reintegrada la jurisdicción ordinaria en sus naturales atribuciones y satisfecha la opinión pública, no se hubiera vuelto a poner en tela de juicio si debía o no existir lo contencioso-adminis-

trativo : no se hubiera podido decir ya que esta creación era un privilegio odiosísimo en favor de la Administración» (24).

13. *Restauración provisional.*

La Restauración política posterior vino acompañada, como no podía ser menos, de una Restauración institucional: El Decreto-Ley del Ministerio-Regencia de 20 de enero de 1875 restableció la jurisdicción contencioso-administrativa en las condiciones en que existía antes de 1868, sin otra diferencia que la que resultaba de encomendar anteriormente a las Comisiones provinciales, establecidas por la Ley de 29 de agosto de 1870, las atribuciones que en la materia ejercían los antiguos Consejos provinciales.

En el preámbulo de este Decreto-Ley se justifica, con las siguientes palabras, la actitud restauradora: «Lo contencioso-administrativo es un discreto medio de poner freno a la arbitrariedad ministerial, sin menoscabar los fueros del Gobierno del Estado: su establecimiento produjo sazonados frutos, y fué tan bien acogido por la opinión pública, que aun cuando en 1854 se suprimió el Consejo Real, se reconoció la necesidad de crear un Tribunal especial que conociese en lugar suyo de las demandas contra las providencias gubernativas. Restablecido aquel alto cuerpo en 1856, volvió a entender en los asuntos contencioso-administrativos con tan notorio acierto, que sus decisiones cada día cobraban más autoridad y ejercían más influjo en la interpretación y aplicación de las Leyes que regulan los diversos ramos de los servicios públicos.»

14. *1888: El sistema armónico de Santamaría de Paredes.*

Pero esta situación no había de durar mucho. El sentido de la Restauración española no fué, ni mucho menos, el poner las cosas en el punto que se encontraban antes de la Gloriosa Revolución: sus directores eran lo suficientemente inteligentes como para comprender que no se trataba de una simple vuelta al pasado, y que el único medio de que España consiguiese una cierta estabilidad política, exigía algo más que una restauración: concretamente, una reestructuración integradora de los elementos positivos de la oposición, que anteriormente habían sido sistemáticamente rechazados, forzándoles así a adoptar una expresión revolucionaria.

(24) Artículos de la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», publicados en *Colección...*, cit., págs. 319 y sigs.

Desde el primer momento se pensó, por tanto, en dar una nueva planta a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo proceso de elaboración fué tan largo como bien meditado, y en el que tomaron parte lo mismo los adversarios que los defensores de la jurisdicción especial, con objeto de superar definitivamente las antiguas diferencias y llegar a una «solución armónica». Este carácter de conciliación política aparece aludido expresamente en la Exposición del Real Decreto de 22 de junio de 1894: «La Ley de 13 de septiembre de 1888 fué el resultado de una transacción y avenencia entre los defensores de la jurisdicción retenida, y los de la delegada, en este orden de la realización del derecho y producto del estudio y asiduo trabajo de importantes personalidades de los diferentes partidos políticos que sostienen en este punto distinto criterio.»

Así se llegó a la Ley de 13 de septiembre de 1888, llamada de **SANTAMARÍA DE PAREDES**, y que no fué debida a su pluma, ni mucho menos (25), pero que, desde luego, se inspiró en las doctrinas de este autor, quien tuvo, además, la oportunidad de defenderla en el Congreso en un discurso memorable (14 de diciembre de 1877), que constituye uno de los documentos más importantes de nuestra doctrina sobre lo contencioso-administrativo.

La gran idea de **SANTAMARÍA DE PAREDES** —defendida tercamente en la Comisión parlamentaria y frente a la oposición— fué el llamado sistema armónico. Idea que no era original, puesto que siempre había sido tenido en cuenta por los autores anteriores a la hora de valorar las posibles soluciones de esta jurisdicción, pero que nunca había encontrado un defensor tan competente. **SANTAMARÍA DE PAREDES** aportó a la lucha política el talento de su ciencia universitaria, con la que arrolló a sus adversarios.

Según este autor, la jurisdicción contencioso-administrativa venía expresándose tradicionalmente en alguna de las cuatro fórmulas siguientes, cuya insuficiencia sólo podía ser superada mediante la nueva fórmula armónica:

- a) El sistema administrativo puro, que se caracteriza por las si-

(25) Formaban parte de la Comisión redactora, bajo la presidencia de **RUIZ CAPDEPÓN**, **SILVELA**, **ALBA** y **Alfonso GONZÁLEZ**. En las etapas anteriores habían intervenido decisivamente **GALLOSTRA**, **COMAS**, **BARZANALLANA**, **TEJADA DE VALDOSERA**, **COLMEIRO**, **GROIZARD**, **BECCERRA**, **ALVAREDA** y **ALONSO MARTÍNEZ**. También es muy de tener en cuenta la influencia de **CAMACHO** a través de la Ley de 31 de diciembre de 1881, reguladora del procedimiento judicial, gubernativo y contencioso-administrativo en el ramo de Hacienda.

guientes notas: lo contencioso-administrativo no es más que una revisión del acto administrativo producido en la vía gubernativa; debe resolverse por la misma Administración con jurisdicción retenida y mediante el dictamen de cuerpos consultivos.

b) El sistema judicial puro, que se caracteriza así: lo contencioso-administrativo no es una revisión del acto gubernativo, es un verdadero pleito; en este pleito el Estado puede ser demandado —y, además, condenado— como un particular cualquiera.

c) El sistema administrativo ecléctico, que se caracteriza porque en él lo contencioso-administrativa es una revisión, cierto, del acto gubernativo, pero una revisión que debe hacerse con más formalidades: jurisdicción delegada y funcionarios inamovibles.

d) El sistema judicial ecléctico, en el que lo contencioso-administrativo no se considera como un pleito como otro cualquiera, sino muy especial, por cuya razón se impone una sala especial dentro de los Tribunales ordinarios de justicia.

Para superar todas estas soluciones propuso —e impuso— SANTAMARÍA DE PAREDES su sistema armónico: lo contencioso-administrativo no pertenece ni al orden judicial ni al orden administrativo; tiene una situación propia; ni es una segunda parte del Procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: lo contencioso y lo administrativo, y no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al judicial. Un Tribunal especial contencioso-administrativo, así concebido, ni es una rueda de la Administración ni una Sala o Tribunal perteneciente al Poder judicial, sino que tiene un enlace más alto, a saber, con el Poder armónico o regulador: aquel Poder llamado a resolver todos los conflictos de acuerdo con la opinión y con las Leyes, aquel Poder que participa en algo de la vida de los Poderes especiales, sin deber confundirse con ninguno, y cuya misión más propia es la de representar la unidad del Estado, velar por la independencia de cada uno de los poderes y resolver sus conflictos para mantener el orden constitucional.

Partiendo de estas bases, ¿cómo habría de constituirse un Tribunal así concebido? Muy sencillamente: si se trata de resolver un conflicto entre el Poder público y el interés particular, deben estar representados el criterio del Derecho público y el del Derecho privado, escogiéndose, al efecto, entre lo más selecto de la Administración de justicia y de la Administración civil. Concretamente, el Tribunal superior contencioso-ad-

ministrativo se constituirá, mitad por mitad, de individuos que tengan las condiciones para ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo y de individuos que tengan las condiciones para ser nombrados Consejeros de Estado (26).

15. *Del Consejo de Estado al Tribunal Supremo.*

La Ley de 1888 experimentó una reforma sustancial por la Ley de 22 de junio de 1894 (impuesta por el artículo 30 de la Ley de presupuestos de 1892-93) y una transformación orgánica por la Ley de 5 de abril de 1904. Esta última terminó con la ficción de un Tribunal, integrado artificialmente en el Consejo de Estado, y que, más de acuerdo con la realidad, pasó a formar parte del Tribunal Supremo: «La jurisdicción contencioso-administrativa, en las dos instancias que atribuye al Tribunal de lo Contencioso la Ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 22 de junio de 1894, se ejercerá por una Sala que se creará en el Tribunal Supremo y que se llamará de lo Contencioso-administrativo. De esta Sala formarán parte necesariamente tres Magistrados, procedentes de la carrera administrativa en el grado de Jefe superior de Administración. Esta Sala formará parte del Tribunal Supremo para todos los efectos» (artículo adicional primero).

De ordinario suele considerarse a esta Ley como una medida de importancia secundaria o formal, que se limitó a consagrar legalmente una situación que realmente ya existía. Lo cual es cierto; pero hay otros aspectos que no pueden ser pasados por alto, ya que son trascendentales: la Ley de 1904 no es una simple reforma formal, sino que implica la liquidación definitiva de un problema constitucional que venía siendo la clave de toda la problemática del siglo anterior. La especialización de la jurisdicción contencioso-administrativa deja de ser la consecuencia de una peculiaridad temática esencial —la peculiaridad de la naturaleza de su objeto, el acto de la Administración revisado— para ser la simple consecuencia de la peculiaridad del Derecho aplicable, en el sentido de que por la dificultad de su manejo se impone el nombramiento de Jueces de competencia técnica especializada. Desaparece la sustancia constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus Salas quedan asimiladas a las de la jurisdicción civil, sin otra peculiaridad que el orden de su procedimiento y la procedencia de los Magistrados que las componen.

Ahora bien, esta radical transformación nunca ha sido suficiente-

(26) Discurso, ya citado, ante el Congreso de los Diputados.

mente valorada, y por eso han seguido manejándose unas ideas nacidas bajo un signo diferente —el sistema administrativo o el sistema armónico— como si nada hubiera pasado. Las consecuencias de este *passus* han sido muy graves. Desde entonces la jurisdicción contencioso-administrativa se ha convertido en algo equívoco e incongruente, en una jurisdicción a la que ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional, y que ha seguido basándose en una serie de principios creados para la jurisdicción retenida, e incluso para la jurisdicción armónica, pero que ninguna razón de ser tienen ya en una jurisdicción integrada en el cauce estructural de un Tribunal Supremo de Justicia. La doctrina moderna insiste en que su especialidad es puramente técnica, pero en la práctica, sigue pensándose en una especialidad esencial, como si aún nos encontrásemos en el sistema armónico. Por ello la tarea más urgente que se impone a la doctrina actual es la de tomar conciencia de la transformación, aparentemente sencilla, que tuvo lugar en 1904 y extraer las consecuencias de la misma, liberándose definitivamente de los principios inspiradores de la jurisdicción del siglo pasado (siendo el más perturbador de ellos el llamado *carácter revisor* de los Tribunales), que ilógicamente aún siguen siendo los que inspiran, por inercia y por desconocimiento de la Historia, el sistema vigente (27).

(27) Cerrado este trabajo, ha aparecido en el número 49 de esta REVISTA un interesante artículo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, titulado *Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública*, en el que se desarrollan con toda minuciosidad algunos puntos que aquí se han pasado prácticamente por alto.