

SOBRE LA TESIS DE PARADA EN RELACION CON LOS ORIGENES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

POR

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TESIS DE PARADA.—III. EL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUPUESTO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. *La jurisprudencia*. 2. *La doctrina*. 3. *La legislación*.—IV. LA ADMINISTRACION DEMANDANTE: 1. *La Administración como parte*. 2. *Administración activa y Administración contenciosa*. 3. *Una cita de Posada Herrera*.—V. DERECHO PREEXISTENTE, INTERÉS LEGÍTIMO Y CONVENIENCIA PÚBLICA: 1. *Derecho preexistente del particular*. 2. *Interés legítimo*. 3. *Conveniencia pública*.—VI. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL.—VII. JUECES DE EXCEPCIÓN. CONCLUSIONES: 1. *Una hipótesis sobre el sistema*. 2. *Jueces administrativos de excepción*. 3. *Conclusión*.

Las cuestiones bien planteadas parece que ya están medio resueltas. Y, sin embargo, la que precede se discute hace quince años, y cada día con más calor, entre los publicistas.

SILVELA, *Estudios de Administración*, 1843, pág. 286.

I. INTRODUCCIÓN

Hay cuestiones del Derecho Administrativo que, al igual que los cometas, aparecen un día en el horizonte científico de los autores y son objeto de un interés creciente que puede llegar a hacerse obsesivo. A veces esto sucede por razones de una alteración evidente e inmediata del trasfondo social, como puede ser hoy el caso del urbanismo; pero a veces las razones son más sutiles, y anuncian quizá una crisis profunda de instituciones cuya superficie se mantiene aún aparentemente sólida.

Esto es lo que está ocurriendo actualmente en España con la jurisdicción contencioso-administrativa. Después de la gran realización que supuso la ley vigente, provocadora de una bibliografía de tipo glosístico, sin problemas dogmáticos esenciales, que se suponían resueltos definitivamente, he aquí que en los últimos meses la doctrina ha empezado a dar síntomas de intenso desasosiego, presididos por la exigencia de un replan-

teamiento total de la función de esta jurisdicción y por un afán de superar la cota, por lo demás muy elevada, de la ley de 1956. Siendo de recordar que tales preocupaciones han cristalizado en una serie de trabajos, casi simultáneos, dedicados a aclarar los orígenes de lo contencioso-administrativo en España en varios de sus más importantes matices (1).

De entre todas estas monografías la debida a PARADA destaca por la enorme originalidad de su tesis, así como por la brillantísima y concienzuda argumentación en que se apoya. Evidentemente, si es que hay que replantearse de veras todo el sistema contencioso-administrativo español, habrá que hacerlo en el sentido indicado por este autor. Tal observación bastaría ya para justificar los presentes comentarios, pero es que hay más: la propia originalidad de la tesis y el enorme poder seductor de su autor han arrastrado de inmediato a un sector doctrinal, dispuesto a extraer las últimas consecuencias de las ideas básicas de PARADA (2). Lo cual supone un motivo de alarma, porque, antes de aceptar como definitivas las tesis indicadas, debe someterse a un riguroso análisis cada una de sus afirmaciones, con objeto de no convertir en dogma lo que es una simple hipótesis de trabajo, ni de considerar como clave lo que sólo debe considerarse como argumento dialéctico.

Quiere esto decir que, aunque entiendo que *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso* es, sin duda, el trabajo más importante que se ha publicado en España sobre lo contencioso-administrativo desde la guerra civil y que su autor ha puesto agudamente de manifiesto la llaga de todo el sistema, aún así, y precisamente por la trascendencia que la tesis puede y debe tener, es necesario aclarar y completar —e incluso corregir— alguno de sus aspectos, para evitar que se desorbiten afirmaciones parciales que sólo han sido invocadas a efectos dialécticos, como simples *obiter dicta*. En este sentido, los presentes comentarios abandonarán en alguna ocasión el modesto papel de glosa para alcanzar el más audaz de la polémica, aun a riesgo de ser pronto desarzonado por la eficaz dialéctica de mi interlocutor. Sé de sobra que este tipo de mono-

(1) Por referirse sólo a los de carácter monográfico publicados en esta REVISTA: MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, número 49, págs. 143 y ss.; NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en el núm. 50, págs. 27 y ss., y antes, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, núm. 37, págs. 75 y ss.; GARRIDO, *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*, núm. 55, págs. 9 y ss.; y PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso-administrativo*, núm. 55, págs. 65 y ss.

(2) Así Tomás R. FERNÁNDEZ, en el núm. 56 de esta REVISTA, *La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: origen y evolución*, págs. 223 y ss.

grafías dedicadas a la polémica son poco menos que inéditas en la Ciencia española del Derecho Administrativo, donde los autores sólo acostumbran a revisar la opinión de sus colegas de forma muy marginal y al hilo de sus propias doctrinas; pero creo que éste es un género bibliográfico extraordinariamente fecundo, en cuanto, aparte de estimular la generosidad y el recíproco conocimiento de los autores (virtudes no demasiado abundantes entre nosotros), es el método más adecuado para hacer madurar las nuevas ideas y, en último término, para conseguir un auténtico progreso científico.

II. LAS TESIS DE PARADA

Los rasgos esenciales, novedosos y polémicos, del trabajo citado de PARADA pueden resumirse así: En 1845, al introducirse en España el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa,

- aparecen doctrinalmente separadas la llamada Administración activa y la Administración contenciosa;
- la Administración activa, salvo excepciones, sólo puede actuar cuando no encuentra oposición por parte de los particulares;
- apareciendo tal oposición, la Administración activa queda paralizada, el asunto se convierte automáticamente en contencioso, y su conocimiento (si no corresponde a la jurisdicción ordinaria) se traspaasa a los Tribunales administrativos o Administración contenciosa;
- las excepciones están constituidas por los llamados “Jueces administrativos de excepción”, únicos casos en los que se permite que sea la propia Administración activa la que decida y resuelva, incluso con oposición de los particulares.

En definitiva, y a nuestros efectos, las consecuencias del sistema son: *Primero: Habiendo oposición de los particulares, la Administración carece del privilegio de dictar actos ejecutorios. Segundo: Surgida la oposición, o sea, convertido el asunto en contencioso, es la Administración (activa) la que tiene que acudir a los Tribunales administrativos solicitando que se dicte por ellos la resolución. Tercero: No se trata, por tanto, de un recurso contra un acto administrativo, sino de un pleito “inter partes” similar al civil.*

Por expresarnos con la terminología de PARADA, según este autor y

en el lugar indicado: “Los órganos contenciosos no fiscalizan ni revisan la actuación de la Administración activa, porque ésta no tiene competencia ni está procesalmente obligada a decidir previamente lo que es asunto contencioso” (pág. 74). Lo que supone que “el proceso contencioso-administrativo no era un proceso revisor de los actos administrativos... (sino) que en él se resuelven en primer grado cuestiones contencioso-administrativas, entendidas como situaciones conflictivas entre partes en posición de igualdad procesal” (pág. 75).

Contrastando las diferencias de este sistema con el actual, afirma PARADA que ello es debido a una corrupción del modelo inicial —que tiene lugar ya en los primeros años de su establecimiento—, provocada fundamentalmente por dos factores concurrentes: la mala inteligencia del modelo francés, inspirador del sistema de 1845, causa luego de una diferente evolución en ambos países (3), y, en segundo lugar, la tendencia de la Administración activa a abandonar esta incómoda posición de demandante para colocarse en la mucho más fácil de autora de actos ejecutorios, que obliguen al particular a convertirse en recurrente de los mismos.

Pues bien, frente a tales tesis, el objeto del presente trabajo es demostrar que las cosas nunca han sucedido de una manera tan sencilla, y que la jurisdicción contencioso-administrativa, no ya por corruptela, SINO EN SUS MISMOS ORÍGENES, ha sido siempre revisora de los actos administrativos, es decir, que la Administración activa no quedaba paralizada por la oposición del particular, sino que, en cualquier caso, dictaba el acto.

En este sentido los presentes comentarios son un trabajo ortodoxo y parcial. Parcial, porque sólo se refieren a alguno de los aspectos de la monografía comentada, respetando otros, fundamentales, que suscribo totalmente. Ortodoxo, porque con ellos se pretende mantener una postura tradicional que ha vivido pacíficamente durante más de un siglo. Desde hace más de cien años, en efecto, se viene enseñando acriticamente que el acto administrativo constituye la clave del Derecho Administrativo del Estado de Derecho, en cuanto a través de él se articula el control jurisdiccional de la actividad administrativa. Dicho con otras palabras: el acto administrativo es el producto concreto de la actividad administrativa sobre el que los Tribunales ejercen su control. De esta manera resulta evidente la vinculación e interdependencia funcional entre el acto admi-

(3) Tesis que desarrollará luego minuciosamente en alguno de sus aspectos T. R. FERNÁNDEZ, en el trabajo citado en la nota anterior.

nistrativo y lo contencioso-administrativo. Esta doctrina es tan venerable y tan pacífica que parece inútil insistir sobre ella. Valga, por todas, una cita de FERNÁNDEZ DE VELASCO (4):

La institución matriz productora del acto administrativo es el recurso contencioso-administrativo, así como, a su vez, el recurso contencioso-administrativo es una consecuencia de la separación de poderes. *El recurso contencioso-administrativo y las llamadas cuestiones de competencia obligan a inducir y descubrir el acto administrativo: y el acto administrativo, como expresión de una autonomía y substantiva institución administrativa, nace, forzosamente, de la existencia de un recurso contencioso y de un procedimiento para dirimir los conflictos de competencia.*

Así puede comprenderse la importancia de la tesis de PARADA, quien pone ahora literalmente del revés el origen y significado de la pared maestra del Derecho Administrativo, afirmando que lo que hasta ahora se venía considerando como causa, no es más que una consecuencia, e históricamente muy posterior a como venía suponiéndose. Lo que significa que las posibles repercusiones de esta tesis sean sencillamente incalculables. El trabajo de T. R. FERNÁNDEZ es el primer fruto manifiesto, y hay que suponer que vendrán otros muchos detrás.

Por otro lado, la metodología seguida por PARADA, con textos de primera mano anteriores a 1850, me obliga a trabajar con los mismos materiales, ya que, en otro caso, los argumentos no serían homogéneos, y, además, porque él mismo advierte que la postura tradicional es válida a partir del deterioro de las leyes de 1845, digamos unos diez años después. Lo cual explicará la ausencia en este artículo de citas de autores modernos bien conocidos.

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUPUESTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Frente a las indicadas tesis de PARADA me atrevo a sostener aquí las siguientes antítesis:

— La Administración activa no quedaba paralizada por la oposición

(4) *El acto administrativo*, Madrid, 1921, pág. 70. Subrayado en el original.

del particular, sino que, aún así, dictaba actos administrativos normalmente ejecutorios.

— Al particular oponente no le quedaba otro camino que la impugnación del acto en cuestión ante los tribunales.

Es decir, que *la jurisdicción contencioso-administrativa era, en principio, una jurisdicción revisora de actos administrativos*, en la que el particular (5) adoptaba la posición de impugnador del acto administrativo dictado. Antítesis que se fundan en una serie muy variada de argumentos.

1. *La jurisprudencia.*

Parece ocioso advertir que los argumentos extraídos de la jurisprudencia han de ser en este caso los más poderosos, no ya por su valor dogmático, sino por la circunstancia de que constituyen el índice más expresivo de cómo se entendía *entonces* el sentido de la legislación. Los años transcurridos y las deformaciones dogmáticas pueden dificultarnos hoy a nosotros la interpretación de los textos legales de la época, mientras que la práctica y la doctrina jurisprudencial, que van a citarse, estaban libres de estas perturbaciones subjetivas. Lo que viene a continuación es, pues, *Derecho vivido*.

El material manejado está constituido por la jurisprudencia del Consejo Real durante los tres primeros años de su funcionamiento, concretamente desde el 14-7-1847 al 25-11-1849. Estas (Reales Decretos) sentencias son las noventa y cinco primeras que se han publicado de “nuestro más alto Tribunal”, habiéndose tomado del volumen *Jurisprudencia administrativa* (primera época), tomo IV, Sentencias. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1859. De esta manera se pretende obviar el inconveniente de utilizar sentencias de una época en que ya se hubiera corrompido el sistema. Como se ve, lo que se trata de demostrar es que el sistema *ya nació así*.

Pues bien, del análisis de tal jurisprudencia se deduce, sin margen para la menor duda, que *es absolutamente normal y predominante la*

(5) Debiendo entenderse aquí, como es lógico, no sólo a los ciudadanos, sino también a las Corporaciones Públicas, no autoras del acto, puesto que era perfectamente normal que un Ayuntamiento impugnara un acto de la Administración del Estado. Pero aquí el Ayuntamiento actúa como una comunidad, es decir, como un particular. Cfr. por ejemplo, ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho Político constitucional*, Madrid, 1843, p. 313: “Asómase el interés individual (que tal viene a ser el de la ciudad si se le pone en cotejo con el del Estado).”

presencia de un acto administrativo, cuya impugnación constituye precisamente el objeto del recurso. Y aún hay más: no sólo sucedían así de hecho las cosas, sino que el propio Consejo Real reitera machaconamente la necesidad dogmática de que medie un acto administrativo previo, sin cuyo requisito es imposible el recurso contencioso-administrativo:

- 18-8-1847 (devolución de partidas de granos procedentes de un secuestro): "... Consejo Provincial, éste no ha debido conocer en el estado que tiene el pleito, porque no habiendo resuelto la Diputación sobre el informe de sus Comisionados, falta el auto (*sic*) administrativo que había de dar origen al contencioso".
- 15-9-1847 (deslinde de términos municipales): "Oído el Consejo Real, vengo en confirmar la sentencia dictada en este pleito por el Consejo Provincial de Valencia, sobre los derechos de las partes en el juicio competente, y prevéngase al Jefe político de la provincia que en adelante apruebe o desapruebe explícita y terminantemente las disposiciones propuestas o adoptadas por sus encargados que necesitan de la intervención de su autoridad para que puedan y deban considerarse actos administrativos".
- 27-10-1847 (pago de arbitrios para la apertura de caminos): "el Consejo Provincial no pudo conocer de este asunto cuando se principió el pleito, porque no habiendo decidido la Administración activa sobre el pago, no había acto administrativo que diera lugar a la vía contenciosa".
- 17-4-1848 (mancomunidad de pastos): (la decisión) "corresponde a la Administración activa, y al Consejo Provincial luego que el asunto ha tomado el carácter de contencioso".
- 5-7-1848 (toma de aguas y construcción de un molino): "considerando que no existe acto administrativo que haya dado origen al pleito, la demanda tiene por objeto que se le autorice por vía contenciosa para construir un molino"; "por lo expuesto faltan en este litigio dos circunstancias esenciales para que proceda la vía contenciosa, cuales son el acto administrativo y el derecho perjudicado".
- 10-8-1848 (pago de atrasos correspondientes a la dotación de un cirujano titular): "considerando que en este pleito se entabló desde luego el procedimiento contencioso sin haber reclamado previamente ante la Administración activa el pago de la cantidad adeudada y que por consiguiente ni estaba preparado el recurso

- ante el Consejo Provincial ni éste ha sido competente para conocer en el estado que ha tenido y tiene este litigio”.
- 18-10-1848 (traslado de una presa para riego): “por no haber dictado el Jefe político resolución gubernativa no existe el acto administrativo, que en el presente caso había de dar lugar a la cuestión contenciosa”.
 - 18-10-1848 (construcción de una cañería subterránea): “antes de principiarse este pleito el Jefe político debió conceder o negar el permiso para continuar las obras, según las estimase perjudiciales o no a los intereses públicos, con vista de las reclamaciones del Ayuntamiento y de la empresa”; “sólo en el caso de que la resolución de dicha autoridad lastimase los derechos de alguna de las partes procedía el recurso ante el Consejo Provincial o ante los Tribunales civiles, según la naturaleza de la cuestión a que diera aquélla origen”.
 - 15-10-1849 (reclamación de cantidad por importe de suministros): “no existiendo disposición alguna de la Administración activa sobre la inclusión en el presupuesto municipal de la villa de A. del importe de las raciones reclamadas ante el Consejo Provincial, no es llegado el caso de que este Tribunal pueda conocer del negocio por la falta en él de resolución gubernativa que prepare la vía contenciosa”.
 - 15-10-1849 (deslinde y amojonamiento): “para pasar a ser contenciosa y en este concepto poder conocer de ella el Consejo Provincial era necesario que procediese de una disposición administrativa”; “en el presente caso falta este indispensable requisito, por cuanto el Jefe político sin dictar resolución alguna no hizo sino mandar que lo actuado pasase a informe de la Diputación provincial y después... se remitiese al Consejo Provincial bajo el concepto equivocado de que le competía según la ley el conocimiento y decisión de este negocio”.

2. *La doctrina.*

El artículo de PARADA se basa fundamentalmente en argumentos extraídos de los autores de la época. Después de lo que antecede parece ya claro que *en la práctica nunca llegó a aplicarse el sistema por él descrito*. Ahora bien, como pudiera entenderse que el problema no se encuentra en las realizaciones del Derecho positivo ni en la práctica administrativa

y forense, sino en la tendencia doctrinal, pretendidamente clara, pero que fue malograda al no encontrar su adecuada expresión en los otros planos indicados, a continuación va a examinarse la opinión de los autores de 1845, para comprobar si efectivamente ellos tuvieron en su mente y en su pluma la idea que ahora se les atribuye. A estos efectos, se distingue entre quienes escriben antes y después del establecimiento de la legislación contenciosa, limitándonos, además, en este último grupo a los rigurosamente contemporáneos a 1845, es decir, que no se rebasa la fecha de 1850 —dos años después de empezar a publicarse las primeras resoluciones del Consejo Real—, con objeto de evitar el testimonio de autores ya influenciados por la corrupción del sistema.

a) *Autores inmediatamente anteriores a 1845.*

Alejandro OLIVÁN escribe, como es sabido, en 1842 (6), y su autorizado testimonio no deja la menor duda sobre el espíritu de quienes en la cumbre de la política y de la ciencia planeaban la introducción en España de un sistema contencioso-administrativo. Según él, esta jurisdicción había de ser fiscalizadora o revisora de los actos administrativos dictados por la Administración activa:

Consistiendo la jurisdicción contenciosa en la intervención y reforma de los *actos de la administración pública* o activa es necesario que la misma administración tenga la fuerza de superar los obstáculos que se opongan a su marcha (pág. 70).

La administración contenciosa es el complemento de la administración activa: arreglada de modo que comprenda todos o la mayor parte de los ramos administrativos, y compuesta de personas diferentes y diferentemente colocadas que aquellas cuyos *actos* debe apreciar (pág. 72).

Cuando la administración tiene que pronunciar sobre los intereses que se le oponen, o que chocan entre sí en asuntos públicos, puede dar cuatro géneros de decisiones: 3. 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 (págs. 115-116).

En lo contencioso-administrativo, el litigio supone la existencia anterior de un acto de administración, y nace de la reclamación a

(6) Se cita de la siguiente edición: *De la Administración Pública con relación a España* (nueva edición, Madrid, agosto de 1843).

que este acto ha dado lugar. Lo que en su origen no era más que una operación de la administración activa, se transforma en contencioso con ocasión del perjuicio que experimenta o pretende experimentar el que reclama. A los litigios administrativos puede únicamente dar origen... en general todo acto administrativo que, habiendo creado entre el Estado y una comunidad o individuo derechos recíprocos no fundados en el derecho común, promueve contestaciones que no pueden resolverse sino por la interpretación de aquel acto (pág. 117).

Y muy pocos años después POSADA HERRERA (7) escribe:

Todo juicio administrativo tiene que recaer sobre un hecho y un derecho: el hecho será el *acto de la autoridad administrativa*, y el derecho será el que el particular pide ante la misma autoridad administrativa se le conserve. De manera que para que haya contencioso-administrativo ha de fundarse la parte que reclama en la existencia de un hecho de la Administración que ataca derechos preexistentes.

Por último, Juan Miguel DE LOS RÍOS escribe en 1845, pero antes de la publicación de la Ley de Consejos provinciales, a la que no hace la menor referencia al estudiar el sistema de lo contencioso-administrativo, que, a su juicio, debe ser introducido en España en los siguientes términos:

La buena organización administrativa exige... que se establezca en el seno de la Administración una jurisdicción especial, a fin de determinar por vía de juicio sobre todos los litigios a que den lugar los *actos de la Administración*, y que ofrezca a un mismo tiempo garantías a la sociedad y a los ciudadanos (8).

b) *Autores inmediatamente posteriores a 1845.*

En 1848 aparece el tomo primero de la popular Enciclopedia de Arrazola, que dedica al tema unos párrafos inequívocos en las voces "Actos administrativos" y "Administración Pública". La cita quizá va a resultar un poco larga, pero es tan contundente que no puede evitarse su transcripción (9):

(7) *Lecciones de Administración*, I, Madrid, 1843, pág. 161.

(8) *Derecho político general, español y europeo*, I, Madrid, 1845, págs. 270-271. El subrayado de estas citas es mío.

(9) *Enciclopedia de Derecho y Administración*, I, Madrid, 1848.

La materia de los actos administrativos es importante bajo muchos aspectos en el vasto cuadro de la Administración pública, singularmente por la relación que tiene con el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, de que son la raíz y fundamento.

De aquí se infiere que sólo un acto administrativo puede dar origen a una contienda entre el interés público y el privado, porque sólo un acto administrativo es el que, perjudicando al particular que goza de ciertos derechos preexistentes, puede dar lugar a la reclamación del agravio, cuyo derecho arranca y no puede nacer sino del acto mismo que lo ha producido. De otra suerte no se podría concebir la acción judicial en el individuo, faltando el fundamento que la ocasiona, como Laferriere y otros han demostrado. La competencia, pues, de los Tribunales contencioso-administrativos, que son entre nosotros los Consejos provinciales y el Consejo real, trae su origen de los actos administrativos, que ofendiendo o dañando un derecho legítimo, previamente adquirido, dan también derechos y lugar por la ley a una reclamación del agravio infringido o del daño causado (pág. 442).

Cuando éstas (las reclamaciones) son claras y patentes, y claro y patente el derecho ofendido y reclamado, la administración activa tiene en su mano la facultad y los medios de enmendar sus resoluciones y disposiciones, reponiendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto que ha producido el agravio. Por ello el particular ofendido recurre inmediatamente al funcionario que lo ejecutó, al superior inmediato, o bien al supremo gobierno, que no sólo es el motor de la administración general, sino también el juez de todos sus funcionarios y dependientes. Este es el orden, porque mientras la administración activa no declara terminantemente injusto o precipitado el procedimiento gubernativo que dio margen a la reclamación, será ocioso acudir a la vía contenciosa y de seguro perjudicial y dispendioso (voz "administración pública", pág. 542).

PELÁEZ DEL POZO es el primer gran comentarista del sistema contencioso-administrativo recién introducido, y en su obra (10) las referencias al acto administrativo previo son constantes; por ejemplo:

(10) *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimiento en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849, págs. 13 y 14. Cfr., además, otras referencias similares en la página 17.

La misión (del Estado) entonces como poder (frente a su personalidad privada) es obrar : sus actos son actos, no del individuo, sino del gobierno, administrativos, y con ellos obrando en su respectiva esfera no siempre obedece al derecho, sino que lo constituye... Tales son también *los actos que producen lo que verdaderamente se llama contencioso-administrativo*. Cuando el Estado, pues, administra, no está en el caso de contratar, no caben, pues sus *actos* en la esfera del derecho civil, pero siempre que *por ellos* se ataquen algunos derechos preexistentes, *nace lo contencioso-administrativo* (págs. 13-14).

Y, en fin, COLMEIRO es un autor a quien PARADA conoce bien, y cita perfectamente, como ha demostrado en varios de sus trabajos. Pues bien, el propio COLMEIRO (11) sostiene inequívocamente que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de actos administrativos previos :

(La administración) manifiesta su poder en forma de acción... o ya se reviste con el carácter de juez y decide soberanamente las reclamaciones contra sus propios actos (pág. 222).

Pueden ser causa de litigios administrativos... en general todo *acto administrativo* que, habiendo creado entre el Estado y una corporación o individuo derechos recíprocos fundados en el derecho común, promueve contestación que no puede resolverse por la interpretación de aquel acto (pág. 223).

Los Consejos provinciales no pueden conocer sino de las cuestiones que *con ocasión de un acto administrativo* se susciten entre dos particulares o establecimientos públicos y entre un particular y la Administración (pág. 241).

El recurso ante los Consejos provinciales no es admisible sino después de otorgada la autorización necesaria por la autoridad competente, pues *sólo después de aquel acto* puede la oposición de tercero provocar una cuestión administrativa (pág. 244).

3. La legislación.

La unanimidad de los autores y de los Tribunales, que acaba de exponerse, se encuentra justificada, además, por una inequívoca redacción de los textos legales, que traemos aquí como último y definitivo argumento. El artículo 1,2 del Reglamento del Consejo Real de 30-12-1846 declara que corresponde conocer al mismo en primera y única instancia

(11) Se cita por su *Derecho Administrativo español*, 1.ª ed., II, Madrid y Santiago, 1850.

“de las demandas contenciosas a que den lugar las *resoluciones de los ministros*”. Presupuesto que se reitera obviamente a lo largo del articulado. Así en el artículo 51, donde se dispone que “las demandas contra la Administración se remitirán por el vicepresidente del Consejo al *Ministerio de donde dimana la resolución que la produjere*.”

IV. LA ADMINISTRACIÓN DEMANDANTE

1. *La Administración como parte.*

La apreciación inicial de PARADA de que la *jurisdicción contencioso-administrativa* no tiene como presupuesto un acto administrativo, le induce a hacer otra afirmación, completamente lógica con su punto de partida, y de carácter no menos heterodoxo, a saber: que “la Administración debía adoptar necesariamente la posición de demandante siempre que se encontrase con la oposición de otro sujeto, titular de derechos, que se resistiese a una actuación material o jurídica de la Administración. La posición de demandante la tenía que adoptar con carácter general en ese supuesto y no en casos excepcionales” (pág. 75).

Por lo que a este punto se refiere, es claro que negada la premisa en que se apoya, también debe rechazarse la consecuencia, y en el supuesto de que los razonamientos desarrollados en las páginas anteriores hubieran sido convincentes, ya no habría necesidad de corregir este extremo. Pero en cualquier caso conviene aportar aquí *ad cautelam* nuevos argumentos:

a) Por lo pronto es ya aplastante la circunstancia de que, en contra de las afirmaciones de PARADA, las demandas presentadas por la Administración no sean normales, sino todo lo contrario, más que excepcionales, puesto que hasta 1850 sólo en *dos casos* fue puesta en marcha la actividad jurisdiccional por iniciativa de la Administración, mediante la correspondiente Memoria prevista en el artículo 216 del Reglamento de 1-10-1845; lo que ni siquiera significa que en tales supuestos la Administración tuviera la condición de parte, pues ello sólo sucede en *uno de esos dos casos* (12).

(12) Encabezamiento de la sentencia de 16-2-1848: “En el pleito que en el Consejo Real pende en grado de apelación entre partes, de la una don Ramón Gómez Cornejo, vecino de Valdepeñas... y de la otra, el Ayuntamiento de dicha Villa, apelado, al que representa mi Fiscal, sobre que se declare absolutamente nula por injusta o en otro caso se revoque la sentencia pronunciada por el Consejo Provincial de Ciudad Real, en la que

b) Por si esto fuera poco —y abundando en lo que ya queda dicho y en lo que se insistirá más adelante— hay una sentencia, cuyo tenor literal es tan contundente y tan ajustado al problema debatido, que no puede resistirse a su transcripción:

S. 27-7-1848: “Considerando que si bien dicha autoridad, para negar o conceder el permiso solicitado, debía tener en cuenta la oposición de Vidal, no por esto procedía pasar el asunto sin previa decisión suya como contencioso al Consejo Provincial, pues aquélla ni variaba la naturaleza de la pretensión, ni por consiguiente su competencia para resolver.” “Considerando que el recurso contencioso... no habría procedido hasta después que el Jefe político hubiera decidido.” “Considerando que por haberse prescindido de este principio 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.”

Siendo de lamentar, por último, el no poder hacer aquí más precisiones en torno al procedimiento propio de la Administración demandante; pero es que los autores sólo dedican unas líneas al tema, glosando más que sumariamente los artículos citados (13). Lo que, por cierto, bien podría valer como prueba de la poca importancia real que tales supuestos habían de tener.

2. *Administración activa y Administración contenciosa.*

Corresponde ahora aclarar el verdadero significado de los términos Administración activa y Administración contenciosa, cuyo juego dentro del proceso es hoy casi completamente desconocido.

De acuerdo con los textos recogidos por PARADA se tiene la impresión de que la Administración activa es un poder debilísimo, cuya actividad

se condena a Cornejo al pago de 31.339 reales de vellón”.—Encabezamiento de la sentencia de 9-5-1849: “En el pleito que en el Consejo Real pende en grado de apelación y entre partes, de la una don Tomás González, vecino de Féliz, en la provincia de Almería..., apelante, y de la otra el Jefe político de dicha provincia, representado por mi Fiscal, sobre que se declare nulo, o cuando no rescindido, el contrato de arrendamiento otorgado a González por la Administración de minas en 6-3-1846 para el aprovechamiento de las plazas, hornos y escombros de las fábricas del Estado del presidio de Audarat”.

(13) Que, por cierto, no hablan de Administración demandante, sino de “negocios que se establecen a instancia de la Administración”. Cfr. PELÁEZ DEL POZO, *ob. cit.*, págs. 186 y 310, hablando de “Administración demandante”.

queda paralizada en cuanto surge la oposición del particular, y que a partir de ese momento lo único que le corresponde hacer es, sin llegar a dictar el acto administrativo, pasar la competencia a la Administración contenciosa. Sin embargo, con las páginas anteriores ya ha quedado sobradamente demostrado que esto no era así.

Ahora bien, ¿cómo compaginar la realidad, que ha sido ya descrita, con los textos citados por PARADA, aparentemente rotundos? Para comprobar su funcionamiento basta examinar un par de casos decididos por el Consejo Real:

a) En la sentencia de 18-10-1848 se trata de una comunidad (el Ayuntamiento de Corella) que solicita del Jefe político de Navarra autorización para trasladar una presa de riego. El Jefe político, vista la oposición del Ayuntamiento de Cientruénigo, en vez de resolver directamente, traslada la petición al Consejo Real, quien procede a conceder la autorización solicitada. Apelada la sentencia, el Consejo Real anula todo lo actuado ante la jurisdicción contenciosa por entender que “en la esfera gubernativa compete exclusivamente a la Administración activa el conceder o negar autorización para hacer obras en los cauces de los ríos” y que “la demanda deducida ante el inferior tenía meramente por objeto el obtener una autorización de esta clase, y que por lo mismo no competía su conocimiento al Consejo provincial, sino al Jefe político”.

He aquí, pues, planteada la cuestión en términos de un modelo, tal como la habían descrito los autores recogidos por PARADA. ¿Significará esto entonces que, tal como afirma este último, el Jefe político (Administración activa) obró correctamente al abstenerse de resolver y, considerando que el asunto se había hecho contencioso, al enviarlo para su resolución al Consejo Real? De ninguna manera. El Consejo Real declara que el Jefe político no obró correctamente y que lo que le correspondía era haber dictado él directamente la resolución. Por tal razón es anulada la sentencia inferior: “por no haber dictado el Jefe político resolución gubernativa no existe el acto administrativo, que en el presente caso había de dar lugar a la vía contenciosa”.

Dicho con otras palabras: la competencia exclusiva de la Administración activa significa aquí que la vía contenciosa no procede *sino después de que la Administración activa ha resuelto*, y que el acto administrativo sólo puede ser dictado por la Administración activa y no por la contenciosa. Esto es lo que quieren decir —y lo que dicen literalmente— los autores de la época.

b) En la sentencia de 10-5-1848 se trata de un alcalde que, cumplien-

do un acuerdo de su Ayuntamiento sobre limpieza de arroyos, destruye obras y plantaciones de un particular. El Consejo provincial desestima el recurso de éste, quien recurre ante el Consejo Real solicitando, en primer término, la nulidad de la sentencia inferior por entender que no es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sino la ordinaria. El Consejo Real desestima tal recurso de nulidad porque “la destrucción de obras y plantaciones... fue un acto de policía rural, y de consiguiente administrativa, cuya calificación, como la de todos los de su género, corresponde a la Administración exclusivamente”.

Ahora, con otra perspectiva, he aquí que vuelve a planteárenos el problema en términos similares a los de la sentencia anterior. ¿Qué significa “a la Administración exclusivamente”: que los tribunales contencioso-administrativos son incompetentes, como pretende PARADA? De ninguna manera. La exclusividad se refiere a la incompetencia de otras jurisdicciones antes de que la Administración activa haya resuelto. Por eso, el Consejo Real afirma la competencia municipal hasta el momento de dictar el acuerdo (y en su ejecución), y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa después de dictado el acuerdo. Y por eso desestima el recurso de anulación por la pretendida “incompetencia de jurisdicción”.

Los ejemplos podrían repetirse; pero creo que con lo que antecede queda ya suficientemente aclarada la aparente antinomia de los textos de los autores de la época.

3. *Una cita de POSADA HERRERA.*

En esta misma línea hay que situar el problema que parece plantear una cita de don José POSADA HERRERA (14), que PARADA coloca como lema inicial de su artículo, cuya aparente contundencia se desvanece, sin embargo, cuando la integramos en el contexto del que ha sido tomada, ya que *la cuestión a que ella hace referencia no es a la antinomia Administración activa versus Administración contenciosa (objeto de todo el artículo de PARADA), sino a la antinomia Administración versus jurisdicción ordinaria, lo que es completamente diferente.*

En efecto, el contexto de la cita es el siguiente: en la página 269 se pregunta POSADA HERRERA cuál será el órgano más idóneo para residenciar las materias contencioso-administrativas y, dado que en el Derecho positivo español aún no existe ningún sistema concreto, imagina las siguientes hipótesis: el ministro, los Tribunales ordinarios y, en fin, los

(14) Concretamente de sus *Lecciones...*, cit., I, pág. 271.

Tribunales administrativos dependientes; pasando a continuación al examen pormenorizado de cada una de estas hipótesis. En las páginas 269-270 analiza la fórmula ministerial, que rechaza por no aconsejable. Las páginas 270-271 van luego dedicadas a la valoración de la hipótesis de que sean los Tribunales ordinarios los que conozcan de las materias contencioso-administrativas, lo que también rechaza por dos argumentos: uno, el que reproduce PARADA, y otro, el que se transcribe a continuación:

¿Quién, por otra parte, aseguraba a este poder del Estado que el poder judicial no abusaría de sus atribuciones? ¿Quién aseguraba que las medidas más convenientes de la Administración, aquellas que por su utilidad e interés había creído provechosas al país, no habían de ser calificadas por el poder judicial como atentatorias de los derechos de tercero y como perjudiciales para la sociedad? ¿Cómo, por otra parte, el poder judicial, separado de los negocios administrativos, sin los datos que la Administración tiene a la vista, sin los medios de enterarse de los hechos y conocer las necesidades de la sociedad, había de poder fallar sobre estas necesidades mismas y resolver todas las dificultades que para hacerlo era necesario tener en cuenta? Claró es, señores, que no sería provechoso el conceder estas atribuciones al poder judicial, y sí muy peligroso que abusase de ellas; y aun cuando no abusase, no siempre tendría el tino y conocimiento necesarios para ejercerlas en utilidad común.

Como puede comprenderse, todo esto está muy bien, pero no viene al caso, puesto que la ironía retórica del autor sólo se refiere —y sólo puede referirse— lógicamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria y no a los órganos contenciosos de la Administración. La mejor prueba de ello es que cuando en las páginas siguientes se dedica al análisis de la hipótesis de los Tribunales administrativos dependientes no utiliza estos argumentos, que considera inaplicables, y precisamente por ello termina declarándose partidario de los Tribunales administrativos (págs. 272 y ss.).

V. DERECHO PREEXISTENTE, INTERÉS LEGÍTIMO Y CONVENIENCIA PÚBLICA

Los actos administrativos pueden entrar en relación con un derecho preexistente de los particulares, o con un interés legítimo de los mismos o, en fin, con intereses y conveniencias públicos. Conviene examinar separadamente las consecuencias de sus posibles relaciones.

1. *Derecho preexistente del particular*

Sobre este punto no vale la pena insistir, puesto que ha sido analizado constantemente por la doctrina y es pacífica la tesis de que la lesión de un derecho preexistente hace visible, con otros requisitos, el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. *Interés legítimo*

Menos trascendencia se ha dado a esta otra circunstancia, puesto que se ha discutido siempre si bastaba un interés legítimo violado para hacer viable el recurso contencioso o, si por el contrario, se exigía la lesión de un derecho preexistente perfecto. Limitándonos, conforme a lo indicado, al examen de la situación inmediatamente posterior a 1845, puede afirmarse rotundamente que el Consejo Real acogió sin la menor vacilación la tesis de que también los intereses legítimos estaban protegidos por los Tribunales contenciosos. Dos claras sentencias existen al respecto:

La primera, de fecha 30-6-1847, es precisamente la que inicia los repertorios jurisprudenciales, y por la modernidad de su factura y progresivo de su doctrina, hay que reconocer que auguraba inmejorables destinos al Consejo Real, puesto que resuelve la cuestión litigiosa con una generosidad y una limpieza que, al cabo de más de un siglo, no ha podido ser superada. Se trataba de unas obras municipales que, alterando el nivel de una calle, habían producido perjuicios a una vivienda, en cuanto sus puertas también habían sido afectadas. El Consejo Real, en su sentencia, condena al Ayuntamiento a indemnizar al recurrente los "gastos que hayan de invertirse en las obras necesarias a efectos de habilitar para el uso que antes tenían las puertas de las casas mencionadas". Resolución que se basa en los siguientes considerandos: "que la facultad del Ayuntamiento (de realizar obras) está limitada por las leyes, usos, costumbres y reglamentos, y por el derecho o interés legítimo de tercero" y "que en cuestiones administrativas no sólo los derechos perfectos y absolutos, una vez desconocidos y heridos, producen acción e indemnización a favor de los que afecta, sino también los intereses legítimos compatibles con el interés público, e injustamente hollados a nombre de este interés".

La segunda sentencia, de fecha 5-7-1848, aunque menos expresiva, no deja de tener interés, puesto que matiza la distinción entre "interés legítimo preexistente" (que habilita el recurso) y simple "conveniencia particular inmediata" (que no da acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa): considerando "que esta reclamación no había debido

deducirse ante el Consejo provincial, porque no alegando derecho o interés legítimo preexistente que hubiese sido vulnerado, no existía fundamento para entablar la demanda"; "que así en la demanda como en todo procedimiento G. M., sólo ha alegado en apoyo de su pretensión motivos de conveniencia particular inmediata", lo que provoca la no procedencia de la vía contenciosa.

3. *Conveniencia pública*

Durante los años estudiados, el Consejo Real se enfrenta en seis ocasiones con actos administrativos que no lesionan derechos ni intereses legítimos preexistentes, sino que son dictados por razones de conveniencia pública (15). En estos casos la jurisprudencia declara la improcedencia de la vía contencioso-administrativa, precisamente por la ausencia del requisito del derecho o interés lesionado, y concretando más todavía:

Considerando que no puede la Administración proceder en ello (una fijación de límites municipales) de otro modo, porque creada exclusivamente en el interés público la jurisdicción municipal, no pueden tales cuestiones examinarse ni resolverse sino bajo el aspecto de la conveniencia, cuya apreciación, variable como las circunstancias de que depende, no es susceptible de la irrevocabilidad de las ejecutorias; no pudiendo en consecuencia semejante cuestión ser materia de un litigio propiamente dicho, ni pasar por lo mismo a ser en ningún caso contenciosas (S. 22-8-1848).

Considerando que es exclusivamente propia de los jefes políticos en sus respectivas provincias, y de mi gobierno en lo general del Reino, la designación de límites jurisdiccionales de los pueblos por envolver peculiarmente cuestiones de orden público los negocios de esta clase y deberse resolver teniendo presente tan sólo razones de conveniencia (S. 23-5-1849).

Planteamiento que, como es sabido, termina desembocando dogmáticamente en el complicado tema de las facultades discrecionales de la Administración:

Considerando que en consecuencia de lo dicho corresponden privativamente las cuestiones de este género a la Administración acti-

(15) Se trata de división de límites jurisdiccionales entre pueblos (ss. 29-12-1847, 22-8-1848, 13-9-1848, 8-11-1848 y 23-5-1849) y separación y sueldo de un maestro de escuela (s. 24-5-1848).

va, única que en uso de sus facultades discrecionales las puede convenientemente resolver, habiendo por lo mismo conocido sin jurisdicción el Consejo provincial (S. 22-8-1848).

Tal como dice la sentencia de 24-5-1848, en relación con un maestro separado de su cargo :

Considerando que las varias disposiciones citadas por N. I. (el recurrente) en apoyo de su derecho no pueden en ningún caso servir de fundamento para reclamar por la vía contenciosa, pues ni crean derechos ni modifican los existentes, ni tienen otro objeto que el arreglo de un servicio público confiado exclusivamente a la Administración activa, la cual fija reglas y concede garantías a los agentes subalternos, pero conservando siempre el carácter discrecional y la absoluta libertad para aplicarles; libertad que no puede ni debe prescindir en actos de esta naturaleza..., libertad que no conociendo otro límite que la conveniencia pública, de que sólo la administración activa es juez, excluye todo recurso que no sea ante la misma.

Estudiar ahora el candente problema de la discrecionalidad nos llevaría demasiado lejos (16); a nuestros efectos basta con lo transcrito, donde queda claro que aquí nos encontramos con un concepto—el de conveniencia pública—que políticamente sólo puede ser valorado por la Administración activa, y técnicamente es separable de los derechos e intereses legítimos, únicos que habilitan la vía contenciosa. Con el resultado de que los Tribunales de este orden han de declararse incompetentes.

VI. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL

También es sorprendente y novedosa la interpretación que hace PARADA del principio de la separación de poderes en relación con el tema que estamos tratando (17). Para este autor, la opinión recibida y consagrada peca de superficial y, basándose en la moderna tesis de SANDEVOIR de la

(16) Remitiéndome al excelente trabajo de T. R. FERNÁNDEZ, citado en la nota segunda, tan agudo como minucioso, y que suscribo casi totalmente. En él se echa de menos, sin embargo, un manejo metódico de la jurisprudencia de los años 1847 a 1877, cuyo conocimiento habría de impulsar al autor, quizá, a matizar algunas de sus afirmaciones, excesivamente rotundas y apriorísticas.

(17) *Ob. cit.*, págs. 70-73.

distinción entre la teoría de la Asamblea constituyente y del régimen napoleónico, entiende que las Constituciones españolas de 1812, 1837 y 1845, no siguen el modelo napoleónico, sino el constituyente, o sea el judicialista, con la consecuencia de que el sistema de lo contencioso-administrativo introducido en 1845 era “manifiestamente anticonstitucional” (*sic*). No quiero ahora entrar en la crítica de las audaces teorías de SANDEVOIR —que tanta influencia han ejercido en PARADA y más aún en T. R. FERNÁNDEZ—, puesto que es preciso esperar a la acogida que en los especialistas del país vecino encuentre; pero sí puede acotarse la afirmación de PARADA de que en España, en 1845, “habrá clara conciencia de que (para la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa) falta un fundamento constitucional expreso”. A este respecto, mi antítesis, por el contrario, dice así: al margen de que todos los autores de la época pudieran estar equivocados en su interpretación, es lo cierto que se daba por obvia la legitimación constitucional del nuevo sistema.

Para comprobarlo, basta examinar la cita que de SILVELA hace PARADA en la página 73 de su artículo, y además, entre otros, los siguientes testimonios:

a) Decisión del Consejo Real de 14-9-1849: “los actos administrativos no pueden ser anulados, reformados ni interpretados, sino por la administración gubernativa o contenciosa, siendo contrario al artículo 66 de la constitución, y a la independencia de aquella, la intervención de los tribunales civiles para decidir acerca de su validez o nulidad” (18).

b) Según POSADA HERRERA (19), “la primera separación radical que se hizo en España del poder judicial y administrativo, la debemos a los autores de la Constitución de 1812, la cual marca los límites en que debe encerrarse el poder judicial, al mismo tiempo que se separa completamente del poder administrativo todas las atribuciones pertenecientes a los Tribunales. Conforme con este principio, la de 1837, en su artículo 63, dice que a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente 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. Este artículo era una necesidad en la época actual para la buena organización de la sociedad y para la recta administración de la

(18) *Apud* Lorenzo ARCOS ORODEA, *Estudios sobre las competencias*, en “La Escuela del Derecho”, Revista Jurídica, II, Madrid, 1863, pág. 226, donde se desarrolla minuciosamente esta teoría de la legitimación constitucional de lo contencioso-administrativo (aunque con fecha posterior al período objeto del presente trabajo).

(19) *Ob. cit.*, I, pág. 82.

justicia, porque el poder administrativo y el judicial son dos poderes cuyo carácter es completamente opuesto”.

c) Y unos años después de la Constitución de 1845, según COLMEIRO (20), “en estos principios constitucionales se funda la facultad inherente a la Corona... y el derecho a juzgar definitivamente, y en último grado todas las cuestiones contenciosas de la administración”.

VII. JUECES DE EXCEPCIÓN. CONCLUSIONES

1. *Una hipótesis sobre el sistema*

De acuerdo con lo que antecede, parece claro que en 1845 —y no sólo años después— el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa responde en España a un esquema algo distinto del descrito por PARADA:

a) Hay, en efecto, una línea de separación entre la Administración activa y la Administración contenciosa (21); pero su significado es el siguiente: cada una de estas esferas tiene competencias propias en las que recíprocamente no pueden interferirse, y que se articulan en un orden cronológico o sucesivo, es decir, que la Administración contenciosa sólo entra en juego *después* de haber dictado un acto administrativo la Administración activa y, por su parte, la Administración activa, a partir de ese momento, ya no puede actuar. Dicho con otras palabras: se trata de competencias exclusivas, y la determinación de sus círculos es importante no sólo porque establece una separación entre ellas, sino respecto de la jurisdicción ordinaria. Hay, pues, un acto administrativo previo a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual es muy lógico, puesto que la violación de normas objetivas o de derechos subjetivos que realice la Administración ha de ser normalmente causada por una actuación administrativa inmediata y concreta (o sea, un acto administrativo), y no por la vaga impresión de que va a actuarse algún día en tal sentido. En definitiva, es la oposición del particular *al acto* lo que convierte una materia en contenciosa, y lo que no puede hacer la Administración activa es decidir sobre tal oposición, de la misma manera que la Administración contenciosa no puede intervenir antes de haber sido dictado el acto administrativo. En una palabra: la jurisdicción contencioso-administrativa es, en principio, revisora de actos administrativos.

(20) *Ob. cit.*, II, pág. 219.

(21) Cfr. ya en NIETO, *Los orígenes...*, cit., págs. 37-39.

b) La existencia de un acto administrativo previo es condición necesaria, pero no suficiente para integrar la competencia de la jurisdicción-administrativa. Además de ello es preciso que el acto en cuestión haya infringido un derecho (administrativo) preexistente del particular. Si cualquiera de estas dos condiciones no aparece, los Tribunales contencioso-administrativos deben declarar su propia incompetencia, absteniéndose de entrar en el fondo del asunto (22). A estos efectos, la jurisprudencia equipara los intereses legítimos a los derechos perfectos. Pero cuando no aparecen ni unos ni otros, porque la Administración sólo ha actuado por reglas de conveniencia pública, se entiende que el requisito queda incumplido y que la jurisdicción contencioso-administrativa es incompetente. Técnicamente suele hablarse en tales casos de potestades discrecionales de la Administración. Esta situación suele explicarse también con la afirmación de que no todos los actos administrativos dan lugar a la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos: los actos discrecionales no la integran porque no cuentan con el segundo requisito (la violación de un derecho).

2. *Jueces administrativos de excepción*

El esquema indicado sufre una alteración cuando intervienen los llamados Jueces administrativos de *excepción*. En tales supuestos la oposición del particular al acto administrativo no convierte el asunto contencioso, atrayendo la competencia de los Tribunales, como es lo normal, sino que la Administración retiene la competencia decidiendo sobre el litigio. De aquí deduce PARADA, sin embargo, unas consecuencias que no comparto; para este autor, la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos no es sino una generalización de la competencia excepcional de los Tribunales administrativos de excepción, que tiene lugar en un proceso que se consuma en las decisiones posteriores a 1845.

A mi modo de ver, esto no es así, sino casi lo contrario. Por lo pronto, los Tribunales administrativos de excepción no son el germen del posterior sistema de lo contencioso-administrativo, sino la reliquia del sistema anterior, donde el fenómeno no era excepcional, sino absolutamente normal. Y en segundo lugar —y esto es lo más importante— la competencia de los Tribunales contenciosos no puede considerarse como generalización de las competencias de los Tribunales administrativos por

(22) Cfr. art. 73 del Reglamento de 1-10-1845. Lo cual explica que más de la tercera parte de las sentencias del Consejo Real se limiten a anular lo actuado en la jurisdicción contencioso-administrativa declarando la incompetencia de la misma.

la sencilla razón de que se trata de competencias de naturaleza distinta: la de los Tribunales contencioso-administrativos es auténticamente jurisdiccional —en el sentido defendido por PARADA en uno de sus luminosos trabajos (23)—, mientras que los Tribunales Administrativos de excepción son una segunda instancia administrativa, como se prueba por la circunstancia de que sus decisiones son impugnables ante el Consejo Real (24). Lo que significa que, incluso cuando ellos intervienen, el sistema jurisdiccional sigue siendo el mismo, salvo la interpolación de una nueva instancia administrativa. De la misma manera que ahora sucede con los Tribunales contencioso-administrativos.

Por otro lado, el desinterés que tiene la doctrina decimonónica por esta figura —y que tanto extraña a PARADA (25)— queda explicado por la circunstancia de que tales jueces son considerados siempre como variedades homogéneas de los Juzgados privativos de Hacienda, Guerra, Marina y demás privilegiados (26). Lo que refuerza la inaceptabilidad de la teoría de este autor sobre la evolución anormal de lo contencioso-administrativo (en cuanto ensanche o generalización de los otros Tribunales de excepción), dado que éstos ya habían sido previstos por la Ley inicial de 1845 y articulada su actuación con los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

3. Conclusión

En las páginas que anteceden se han desarrollado algunos de los puntos —graves y menos graves— en que me permito disentir de PARADA. Ahora bien: dado lo insólito que es en nuestro país una polémica científica de este género, tengo especial empeño en subrayar que estas páginas mías deben considerarse como un tributo a la importancia del trabajo de este tratadista. Como es obvio, casi nunca está el lector en total acuerdo con el autor; pero sólo cuando la personalidad de éste y el interés de sus tesis son excepcionales, vale la pena el salir a la arena para manifestar el desacuerdo. Y tal es el caso de PARADA, la mayor parte de cuyos artículos vienen suponiendo aportaciones capitales al Derecho Administrativo español.

(23) *Derecho Administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador*, en el núm. 52 de esta REVISTA, págs. 59 y ss.

(24) Art. 9 de la Ley de 2-4-1845 y art. 2 del Reglamento de 30-12-1846, considerándolos como una "primera instancia en negocios contencioso-administrativos".

(25) *Privilegio de decisión...*, cit., pág. 101.

(26) Tal como aparece en el mismo COLMEIRO, recogido incluso por PARADA, en el capítulo VIII del libro 5.º, donde se agrupan todas estas figuras bajo un mismo título y concepto.

Además, el desacuerdo en algunos de los argumentos utilizados no implica disensión en la tesis fundamental, a saber: que lo contencioso-administrativo ha evolucionado en un sentido regresivo y formalista en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora de los actos de la Administración, o al menos que el transcurso de los años y el cambio de las circunstancias sociales y jurídicas no ha sido aprovechado para matizar también este criterio inicial, absolutamente inaceptable en las necesidades de la vida jurídica actual; máxime cuando con tanta frecuencia se utiliza como un pretexto para justificar la inhibición del Tribunal Supremo, incluso a costa de la indefensión de los particulares y de una auténtica denegación de justicia.

Resumiendo: No debe pretenderse el abandono total de este principio, pero sí su matización o flexibilidad, cuando su aplicación resulte injusta. Y eso puede pretenderse, tanto por razones de dogmática moderna (27) como por razones de interpretación histórica (28). En tal sentido, la aportación de PARADA es sencillamente decisiva. Por ello puede asegurarse que durante muchos años los detalles de su argumentación podrán, y deberán, ser corregidos; pero la tesis central se mantendrá y será utilizada inevitablemente como punto de partida para nuevas investigaciones.

(27) Como está desarrollado en NIETO, *La inactividad...*, cit.

(28) Como pretende PARADA, y también ya NIETO en *Los orígenes...*, que, por cierto, se cierra con las siguientes palabras (pág. 50, con subrayado en el original): "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 consecuencias de la misma, liberándose definitivamente de los principios inspiradores de la jurisprudencia 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 Derecho vigente.

