

I.—ESPAÑA

EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: A. *La legislación contencioso-administrativa hasta el texto de 22 de junio de 1894.* 1. Orígenes. 2. La jurisdicción retenida. 3. El sistema judicial. 4. La vuelta a la jurisdicción retenida. 5. El sistema armónico. B. *La legislación contencioso-administrativa desde el texto de 22 de junio de 1894.* 1. La Ley de 5 de abril de 1904. 2. La legislación durante la Dictadura. 3. La legislación durante la República. 4. La legislación en el nuevo Estado.—II. EL TEXTO REFUNDIDO: A. *Idea general.* B. *Estructura.* C. *Contenido.* D. *Significado.* E. *La cláusula derogatoria.*—III. CRÍTICA: A. *Necesidad y oportunidad de la refundición.* B. *Estructura.* C. *Contenido.*

I. ANTECEDENTES

A. LA LEGISLACIÓN CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA HASTA EL TEXTO DE 22 DE JUNIO DE 1894.

1. Orígenes.

a) Aunque la Constitución de Bayona ya habla de «jurisdicción contencioso-administrativa», al establecer un Consejo de Estado, entre cuyas atribuciones estaba el ejercicio de aquella jurisdicción, no está aquí el origen del contencioso-administrativo español. Como dijo ABELLA (1), siguiendo la opinión general, ni esa Constitución fué otra cosa que un precepto elaborado por quienes no tenían investidura pública

(*) El presente trabajo es la «Introducción» de la obra sobre *Lo Contencioso-administrativo*, que publicará el Instituto de Estudios Políticos, escrita en colaboración de J. GASCÓN HERNÁNDEZ, F. GARRIDO FALLA y E. SERRANO GUIRADO.

(1) Si alguna disposición se preocupó con anterioridad de regular las impugnaciones, no se reconocía más que un procedimiento dentro de la actividad administrativa. Así, el R. D. de 20 de diciembre de 1776, creador de la Real y Suprema Junta de Apelaciones. Como dijo ALFARO, la introducción en España de los principios liberales no cambió la cuestión, y así, en la Constitución de 1812, si bien se recoge el principio de división de poderes, no hay referencia a lo contencioso-administrativo, lo que se explicó por lo atrasados que estaban en aquella época los estudios administrativos y porque acaso creyeran los legisladores que una ley orgánica, y no la fundamental, era la que debía establecer y regular una institución de esta naturaleza. Cfr. *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, pág. 32. Y ABELLA, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, en que dice que «en la acepción estricta de la frase no se conocieron en España los Tribunales citados hasta la época en que se realizó la revolución económico-administrativa determinada por el vasto conjunto de leyes y disposiciones para ejecución dictada en 1845». Cfr. págs. 496 y ss. Sobre el origen de lo contencioso-administrativo en España, vid. ALON-

para representar a la Nación, ni los que la disfrutaron y ejercieron en las memorables Cortes de 1812 se acordaron de instituir cuerpos encargados de conocer de los litigios administrativos.

b) Si bien se crearon algunos organismos encargados, dentro de la Administración, de resolver las cuestiones surgidas con los particulares (2), los proyectos de crear en España un sistema de fiscalización jurisdiccional de la Administración, a imitación francesa, fracasaron: así, el proyecto Silvela y el presentado por la Comisión formada por Martínez de la Rosa, Sancho, Garellt y otros, ninguno de los cuales obtuvo la sanción legislativa (3).

2. La jurisdicción retenida.

a) Por fin, después de aquellos intentos, se llega a establecer lo contencioso-administrativo por las Leyes de 2 de abril de 1845, sobre organización y atribuciones de los Consejos provinciales (regulándose el procedimiento en el Reglamento de 1.º de octubre de 1845), y de 6 de julio de 1845, sobre el Consejo Real (regulándose el procedimiento en el Reglamento de 30 de diciembre de 1846) (4).

b) Se ha dicho por la generalidad de los autores que este sistema fué de jurisdicción retenida. Pero Segismundo Royo-Villanova ha obser-

SO-COLMENARES, *Jurisdicciones especiales*, t. IV, Madrid, 1889, en especial, págs. 14, 31, 166 y 170. En la pág. 31 afirma que el primer destello de la jurisdicción contencioso-administrativa determinado en precepto legislativo bajo el régimen constitucional lo hallamos en el proyecto de ley de «Organización y atribuciones de los Consejos de provincias», presentado en el Congreso de los Diputados el 12 noviembre de 1798.

(2) Por ejemplo, la Real y Suprema Junta de Apelaciones, a que se refiere la nota anterior. Pero, como señalaba BRAVO, desde 1836 «empezó a tomar incremento en los jurisconsultos y hombres de gobierno de nuestra nación la idea de encomendar a un Cuerpo del Estado la resolución de los negocios contencioso-administrativos y de crear un procedimiento especial para sustanciar las reclamaciones de los particulares, cuando los actos de la Administración hubieran causado lesión de alguna clase de derechos. Cfr. *Jurisdicción contencioso-administrativa Comentarios a la Ley de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1888, págs. 17 y ss. Como decía la exposición de motivos del D. de 24 de diciembre de 1843, «los adelantos de la Administración han hecho indispensable la creación de una jurisdicción especial, de naturaleza difícil y compleja, distinta en la esencia y en la forma de la jurisdicción ordinaria que pueda conocer de los negocios contencioso-administrativos y decidir definitivamente sobre ellos».

(3) Una referencia muy completa de las disposiciones y proyectos, en GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 78. Sobre los trabajos de la Comisión nombrada por las Cortes de 1837 para la institución de cuerpos encargados de conocer de los litigios administrativos, cfr. SILVELA, *Estudios prácticos de Administración*, 1838.

(4) Sufrieron varias modificaciones estas disposiciones, variando los órganos que deberían resolver los litigios administrativos. Así, por Reales Decretos de 7 de agosto de 1854, se pasa a las Diputaciones Provinciales y al Tribunal Contencioso-administrativo, y el Real Decreto de 16 de octubre de 1856 restableció las leyes de 1845.

vado que los Consejos provinciales ejercían una jurisdicción delegada, mientras que la del Consejo Real era retenida, «de suerte, que en un mismo asunto, los Consejos provinciales dictaban verdaderas sentencias, en tanto que el Consejo Real, al entender en grado de apelación, tenía su jurisdicción limitada a una mera consulta que elevaba al Gobierno» (5).

c) Este sistema es, desde luego, imperfecto, ya que el más eficaz medio de garantizar la justicia administrativa es el proceso, y la llamada «jurisdicción retenida» no supone un auténtico proceso (6), sino un sistema de autodefensa (7). Las razones que justificaron aquel sistema —y que aún se siguieron alegando después— eran de tipo político y consistían en una fiel reproducción de lo que antes habían alegado los autores franceses (8): el principio de la división de poderes no permitía que uno de los poderes del Estado —el Ejecutivo, en cuyas manos estaba la Administración— se sometiera a otro —el Judicial— (9). El CONDE DE

(5) *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág. 107.

(6) «La jurisdicción retenida no es, en realidad, verdadera jurisdicción.» Vid. GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 17, pág. 104. Los Reglamentos de 1845 y 1846 llegan a emplear la palabra «proceso», pero sin precisión técnica; así, en el capítulo II del título II, el de 1845, y en el capítulo VI, título II, el de 1846.

(7) Muy interesante es el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Imprenta Universitaria, México, 1947, en el que señala como formas de solucionar los litigios el proceso —solución por persona imparcial—, autocomposición —cuando uno de los litigantes consiente el sacrificio de su propio interés— y autodefensa —cuando uno de los litigantes impone el sacrificio del interés ajeno— (cfr. pág. 13). Es decir, la característica esencial de la autodefensa consiste en que, sin o con formas procesales, la decisión del litigio proviene de una de las partes en litigio, que la impone a la otra, y aquí radica su diferencia fundamental con la autocomposición, en la que hay concierto o sumisión. «Por eso, tan autodefensa es la legítima defensa como la revisión de los actos administrativos en vía jerárquica o mediante la llamada jurisdicción retenida, en que la Administración resuelve el conflicto que le suscita el recurrente.» (Cfr. págs. 48, 55 y ss.)

(8) Tal posición ha sido abandonada por la más reciente doctrina francesa, que señala que aquellas razones tienen mero valor histórico: WALINE, *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 4.^a ed., París, 1946, págs. 43 y ss. LAUBADERE, *Manuel de Droit administratif*, 10.^a ed., 1947, págs. 40 y ss., siendo muy interesante sobre la evolución del principio: ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, París, 1947, páginas 269 y ss. Y hoy se señala como razón fundamental la falta de preparación de los jueces de la jurisdicción ordinaria para conocer de los litigios administrativos: BONNARD, *Précis élémentaire de Droit public*, 1934, pág. 144, y *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1926, pág. 79, y en *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934, pág. 105. En el mismo sentido, BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 10.^a ed., París, 1923, págs. 1068 y ss.

(9) Estas razones se encuentran recogidas en casi todos los autores de la época. Sin embargo, pronto empieza a defenderse el sistema de jurisdicción delegada. En este sentido, por ejemplo, ALFARO, ob. cit., pág. 56, y UFANO y NEGRILO, en *Tra- tado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ul- tramar*, 1866, en especial, págs. 666 y ss.

TEJADA DE VALDOSERA afirmaba todavía en 1875: «El Poder ejecutivo, o sea, tomado en una acepción más concreta, la Administración pública, es, pues, independiente por causa de la naturaleza política y de su responsabilidad constitucional, y por ambas razones reunidas, es forzoso que en ella radiquen el juicio y la operación de los actos de índole administrativa de las autoridades que la constituyen» (10).

3. *El sistema judicial.*

a) Al triunfar la Revolución de 1868 se inicia en España una fase de su historia constitucional que se ha calificado de «democrática», y de democrática también, la Constitución dictada en 1869. Entonces se suprime la jurisdicción contencioso-administrativa que venía ejerciendo el Consejo de Estado, y se incorpora al Tribunal Supremo y a las Audiencias (11).

b) Este sistema judicial —que tan ardientemente defendió más tarde A. GONZÁLEZ (12)— duró varios años. Y, desde luego, no fué muy eficaz en cuanto a resultados prácticos, pues si rechazable es el sistema de jurisdicción retenida, también lo es el judicial. Aquél, por no ofrecer las garantías suficientes al ser la Administración juez y parte; éste, por atribuir la solución de los litigios administrativos a personal no especializado (13).

4. *La vuelta a la jurisdicción retenida.*

a) «Como el problema de la jurisdicción contencioso-administrativa

(10) *El restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Decreto de 20 de enero de 1875*, en «Revista de España», 13 de enero de 1876. Vid. *Lo contencioso-administrativo*, 1892, pág. 70. Lo verdaderamente curioso es que todavía en 1932 hubo quien alegaba razones parecidas en defensa de la jurisdicción contencioso-administrativa, como SUNYÉ y FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, en el prólogo de una obra titulada *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1932. en cuya página 7 encontramos la siguiente afirmación: «El Poder judicial, como Poder independiente, no puede juzgar una decisión del Poder ejecutivo. Por ello, para resolver el conflicto entre el particular y la Administración debe existir un Tribunal especial independiente de la Administración.»

(11) Decretos de 13 y 16 de octubre de 1868. Cfr. el trabajo de CARRO MARTÍNEZ *Dos notas a la Constitución de 1869*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 58, en especial, pág. 93.

(12) *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1891, en especial, la «Introducción teórica», págs. 9 a 95.

(13) La exigencia de este personal especializado es lo que justifica actualmente una jurisdicción contencioso-administrativa, y precisamente la enseñanza que nos brindan los años de experiencia del sistema judicial y del llamado mixto aconseja que el reclutamiento de los órganos de dicha jurisdicción se haga entre personal especializado.

—dice ALCALÁ ZAMORA (14)— seguía conservando su carácter político, y además la experiencia judicial no había sido alentadora, la Restauración no aplicó al caso su predominante criterio transaccional, que significaba Cánovas, y fué quien deshizo por completo la reforma de 1870, volviendo dicha jurisdicción al Consejo de Estado, con el mismo carácter de retenida que tuviera al caer Isabel II.» En efecto, el Decreto-ley de 20 de enero de 1875 y la Ley de 16 de diciembre de 1876 atribuyeron el conocimiento de los litigios administrativos a las Comisiones provinciales y al Consejo de Estado.

b) Pero la vuelta a este sistema provocó una reacción general. Aun cuando algún autor seguía defendiendo el sistema de jurisdicción retenida, «porque aceptar el principio de jurisdicción delegada equivalía a romper la jerarquía administrativa y destruir la unidad, condición reconocida como indispensable para la organización administrativa» (15), en la opinión de los autores iba prevaleciendo el buen criterio de censurar el sistema de jurisdicción retenida, defendiendo la necesidad de su modificación, a imitación de Francia (16). Se quería la implantación del llamado sistema de «jurisdicción delegada» (17), es decir, considerar a los órganos administrativos encargados de resolver los litigios con facultades propias e independientes de la Administración activa, o bien crear Tribunales especiales (18).

(14) *Lo contencioso-administrativo*. Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943, pág. 80.

(15) GALLOSTRA, ob. cit., págs. 321 y ss.

(16) El paso fué dado por la Ley de 3 de marzo de 1849, si bien se vuelve a la jurisdicción retenida en 1852, estableciéndose definitivamente el de jurisdicción delegada por la Ley orgánica del Consejo de Estado francés de 24 de mayo de 1872. Sobre la evolución de lo contencioso-administrativo puede verse cualquier manual. Por ejemplo, JACQUELIN, *La juridiction administrative*, muy interesante desde el punto de vista del Derecho comparado, en la época de su publicación (París, 1891); respecto de la evolución en Francia, cfr. págs. 147 y ss.

(17) La jurisdicción delegada es auténtica jurisdicción, y su actividad, verdadera actividad procesal, cuando, y sólo cuando, la delegación es mero elemento de principio. GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, cit., página 105. Sobre el problema, vid. también GUASP, *Problemas fundamentales de organización judicial*, en «Rev. de Estudios Políticos», núm. 45, pág. 133.

(18) Las críticas hechas al sistema de jurisdicción retenida originaron una tendencia a configurar lo contencioso-administrativo como un auténtico proceso, que tuvo acogida en varios proyectos, en los que: o se proponía la organización de una Sala especial en el Consejo de Estado, aunque en ocasiones debiera conocer el Pleno (proyecto de 1879, típico de jurisdicción delegada), o la creación de un Tribunal especial mixto con carácter independiente (proyecto de 1883, que viene a ser un «sistema mixto»), o la atribución del conocimiento de los litigios administrativos a los Tribunales ordinarios, como el proyecto de 1886, que, sometido a la aprobación del Congreso por el Gobierno el 22 de julio, se emitió dictamen redactado por SANTAMARÍA DE PAREDES, en la que se defendía el sistema mixto. Una defensa del sistema, en PASO Y DELGADO, *Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos*, Madrid, 1889, págs. 30 y ss.

5. *El sistema armónico.*

a) Pese a las críticas que se dirigieron al sistema de «jurisdicción retenida», después de su restauración, siguió subsistiendo casi catorce años, Y fué SANTAMARÍA DE PAREDES quién ideó una fórmula de transacción entre los criterios en pugna, consistente en atribuir el conocimiento de las pretensiones administrativas a órganos formados, en parte, por personal administrativo, y en parte, por personal judicial, los cuales ejercerían funciones de jurisdicción delegada. Este sistema, que la doctrina designa comúnmente con el nombre de mixto, y su creador con el de «armónico», fué el que prevaleció en la Ley de 13 de septiembre de 1888, en la que el Tribunal contencioso-administrativo quedó unido al Consejo de Estado, dependencia que se acentuó, como señala ROYO-VILLANOVA (19), «después de las reformas hechas en virtud de la autorización concedida por la Ley de Presupuestos de 1892 y aprobada por Decreto de 22 de junio de 1894, completadas en el mismo sentido de rectificación por los Decretos posteriores reorganizando el Consejo de Estado y el Tribunal contencioso-administrativo», por las que, en realidad, el Tribunal contencioso-administrativo quedaba reducido a una sección del Consejo de Estado, con jurisdicción delegada» (20).

b) Este sistema transaccional tuvo el indudable mérito de lograr la creación de una verdadera jurisdicción administrativa y, en consecuencia, de un proceso administrativo, con las consiguientes ventajas en orden a garantizar la justicia administrativa. Sin embargo, pese a los elogios que ha suscitado (21), es censurable, ya que si una jurisdicción especial administrativa está justificada actualmente por razones de orden técnico, es necesario que el personal de sus órganos esté reclutado precisamente entre aquellos que reúnan esta preparación especial; y esta

(19) *Elementos de Derecho administrativo*, 22.ª ed., 1950, t. II, pág. 880.

(20) Es interesante, para ver el sentido de la reforma de 1894, la exposición de los motivos de la misma. En ella se señala que, «tanto por lo que toca a la Ley de 13 de septiembre de 1888, como por lo que respecta al Reglamento de 29 de diciembre de 1890, pero muy especialmente en lo que se refiere a la primera, la Comisión se ha creído en el deber, que estima rigurosamente cumplido, de no alterar ninguno de los principios que la informan, ni de sus prescripciones sustanciales, que al cabo fueron producto del trabajo asiduo de importantísimas personalidades de varios partidos políticos y representan un término de avenencia entre ellos, en medio de las múltiples opiniones que, tratándose de lo contencioso-administrativo, venían sosteniéndose». Y poco después, se decía: «Dedúcese de lo expuesto que la Ley de 13 de septiembre de 1888 no puede propiamente decirse modificada por el trabajo de la Comisión.»

(21) Por ejemplo, dentro de la América española, LIRA URQUIETA, *Los Tribunales contencioso-administrativos en España*, en «Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales» (Chile), t. XLVI (1949), págs. 45 y ss. Vid., también, CUEVAS, *La ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, en «Revista de Derecho Público», 1934, págs. 289 y ss., calificando al sistema español de *judicializado*.

exigencia no se da en el sistema implantado por la legislación de 1888-1894 (22) Por otro lado, no hemos de olvidar que cuando dicha legislación se limita a reconocer un «recurso contencioso-administrativo subjetivo», ya el Consejo de Estado francés había creado la doctrina de la «desviación de poder» como fundamento de la pretensión administrativa, y con ello, completado el cuadro de las causas que podían fundamentar el «recurso por exceso de poder».

B. LA LEGISLACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DESDE EL TEXTO DE 22 DE JUNIO DE 1894.

1. *La Ley de 5 de abril de 1904.*

Con anterioridad a la Dictadura, la disposición más importante en materia contencioso-administrativa es la Ley de 5 de abril de 1904, por la cual se separó definitivamente del Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa y se atribuyó al Tribunal Supremo. ALCALÁ ZAMORA ha resumido así la significación de aquella Ley orgánica del Consejo de Estado: «Subsistió el criterio de composición mixta para la nueva Sala, aunque cambiando las proporciones: la mayoría de los magistrados saldrían de la carrera judicial; pero una minoría, cercana a la mitad, no sólo *podría*, sino que *debería* proceder de las administrativas», añadiendo que las variantes introducidas se encaminaban a fortalecer garantías procesales sobre la competencia y ejecución de las sentencias (23).

(22) Como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA: «La cuestión pareció resumirse en un problema de rivalidad de Cuerpos, de modo que, afirmando la procedencia varia de los Jueces encargados de conocer los juicios contencioso-administrativos, se creyó poder darlo por resuelto. No se vió la cuestión, más sustanciosa, de la organización de un personal verdaderamente técnico en Derecho administrativo capaz de hacer de esta jurisdicción un instrumento vivo.» En *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6. Esta falta de preparación ha sido reconocida por el propio Presidente de nuestro Tribunal Supremo, al decir de las Salas 3.^a y 4.^a que «no tienen como misión la de formar jurisprudencia, ni cuentan, para estos menesteres, con una magistratura especializada en las complejas materias del Derecho administrativo y el financiero. No podemos pedir a nuestro alto Tribunal que se adelante a la doctrina científica y adopte direcciones más progresivas que ésta». En la contestación al discurso de recepción de LAHRAZ en la Academia de Legislación y Jurisprudencia: cfr. *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Madrid, 1952 (ed. de la Ac. de Jurisprudencia), pág. 88. No pueden admitirse tales razones como justificación de un sistema, sino, por el contrario, como la más dura crítica del mismo. Es de imperiosa necesidad modificar sustancialmente la organización de nuestro contencioso-administrativo, como ya señalé en la comunicación presentada en el Seminario de Problemas actuales de la Administración pública, publicada en la «Revista de Administración Pública», núm. 6.

(23) *Lo contencioso-administrativo*, cit., pág. 85.

GARCÍA DE ENTERRÍA ha resaltado de dicha Ley un precepto en el que no había reparado la doctrina anterior, al afirmar que, a cambio de aquella separación, atribuyó al Consejo de Estado competencia para conocer de «los abusos de poder... según las disposiciones... que en lo sucesivo se dicten» (art. 27, núm. 4) (24).

2. La legislación durante la Dictadura.

a) *En la esfera local.*—Una de las innovaciones de mayor importancia introducidas por la legislación de la Dictadura en nuestro sistema contencioso-administrativo fué la de dar una regulación distinta al contencioso-administrativo referente a actos de las entidades locales, reconociéndose un «recurso contencioso-administrativo» de anulación contra actos de las entidades municipales por «infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos» (art. 253. Estatuto municipal) (25), recurso que no se admitía contra acuerdos de las Entidades provinciales, ya que únicamente podía interponerse «por aquellos interesados que hayan sufrido lesión en los derechos administrativos reconocidos a su favor» (art. 170, Estatuto provincial).

b) *En la esfera central.*—Se ha afirmado que, en contraposición al enorme avance que supuso en nuestro Derecho la legislación de la Dictadura reguladora del contencioso local, la dictada sobre el contencioso central implicó un retroceso, señalándose como ejemplo de esta tendencia el Real decreto de 14 de octubre de 1926, que amplió los casos por los que el Gobierno podía acordar la suspensión o no ejecución de sentencias, y admitió la posibilidad de que no se indemnizara al perjudicado por la suspensión o no ejecución (26).

(24) Art. cit.

(25) Un resumen de las principales modificaciones introducidas por el Estatuto municipal, en JORDANA DE POZAS, *Derecho municipal*, 1924, pág. 356. Vid. también ANTONIO MARÍA DE MENA, *El estatuto municipal y la actuación de los Tribunales de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1927.

(26) En la línea crítica, PI SUÑER, *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928, pág. 189. JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, sin embargo, señaló que aquella disminución de garantías fué más aparente que real, ya que sólo tres o cuatro sentencias fueron suspendidas por la Dictadura desde 1926 a 1930. Cfr. su «Informe en la defensa de su padre». En *Obras completas*, t. IV, ed. de 1941, pág. 32.

3. La legislación durante la República.

a) *En la esfera local.*—La legislación de la segunda República siguió respetando, en líneas generales (27), la legislación de la Dictadura referente a lo contencioso-administrativo en la esfera local, si bien en 1935 el contencioso-administrativo municipal fué regulado por la Ley municipal de la República, que seguía admitiendo, junto al contencioso-administrativo subjetivo, un contencioso-administrativo de anulación por: «1.º Violación material de disposición administrativa, bien sea legal, reglamentaria o de prescripción autonómica. 2.º Vicio de forma. 3.º Incompetencia por razón de la materia» (art. 223, b) (28).

b) *En la esfera central.*—La legislación republicana completó la tendencia derogatoria de las disposiciones de la Dictadura, que había iniciado el último Gobierno monárquico, con lo que se restableció el sistema de garantías jurisdiccionales existente con anterioridad a la legislación dictatorial. Por su parte, la República introdujo algunas modificaciones en el sistema contencioso-administrativo central, mereciendo destacarse las introducidas por Ley de 26 de julio de 1935, que pueden reducirse a la autorización al ministro de Justicia para crear, con carácter transitorio, otra Sala de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo, y sobre todo, la modificación del régimen jurídico del recurso de apelación (29).

(27) El art. 3.º del Decreto de 16 de junio de 1931, convalidado por la Ley de 15 de septiembre del mismo año, redujo a la categoría de precepto puramente reglamentario sólo aplicable, en cuanto se conforme a lo dispuesto en las leyes votadas en Cortes, al Reglamento de procedimiento en materia municipal de 23 de agosto de 1924, y como era contrario al art. 7.º de la Ley de 1894 el art. 23 del mismo, al señalar el plazo de un mes para iniciar la vía contencioso-administrativa, se entendía derogado y vigente el plazo de tres meses. Cfr., por ejemplo, UBIERNA, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1935, pág. 262.

(28) Pero en la esfera provincial se siguió admitiendo únicamente el de «plena jurisdicción», ya que el Estatuto provincial sólo reconocía legitimación a «aquellos interesados que hayan sufrido lesión en los derechos administrativos reconocidos a su favor» (art. 170, párrafo primero, *in fine*). Sobre las modificaciones introducidas por la Ley municipal de 1935, vid. GASCÓN Y MARÍN, *Régimen jurídico municipal*, en «Revista de Derecho Público», 1935, pág. 358. JORDANA DE POZAS ha dicho de aquella ley que careció de originalidad por limitarse a reproducir o mal copiar los preceptos de la legislación anterior. En *Tendencias europeas actuales del régimen local*, Madrid, 1946, pág. 62.

(29) Las modificaciones introducidas por la Ley de 1935 en el régimen jurídico del recurso de apelación se encuentran recogidas en el actual texto refundido, en especial en art. 25, párrafo tercero, art. 76 en relación con el art. 20, b), y art. 82. Además, la Ley de 1935 contenía, en su art. 14, una importante modificación sobre costas, que ha pasado al art. 101, párrafo tercero, del actual texto.

4. La legislación en el nuevo Estado.

a) *En la esfera local.*—Se siguió respetando el régimen anterior hasta la entrada en vigor del texto articulado de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (30), aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (31), si bien con anterioridad se había dictado el Decreto de ordenación de las Haciendas locales, en el que se encontraba regulado —de forma análoga a la legislación anterior— el sistema de impugnación de los actos de las entidades locales referentes a exacciones (32), que luego ha recogido el actual texto articulado de la Ley de Régimen Local, que nos ofrece una regulación completísima y acertada del «recurso contencioso-administrativo», con algunas innovaciones respecto del régimen anterior que suponen un indudable mejoramiento de las garantías de la justicia administrativa.

b) *En la esfera central.*

a') Con motivo de las circunstancias excepcionales en que se hallaba el Poder público durante la guerra, en virtud de la Ley de 27 de agosto de 1938 reorganizando el Tribunal Supremo, se dispuso que la Sala de lo contencioso-administrativo del mismo limitaría su competencia a los recursos contra las resoluciones de los Tribunales provinciales. Posteriormente, por Decreto de 2 de marzo de 1939, se extendió la competencia de dicha Sala a los recursos contra actos de la Administración central de fecha anterior al 18 de julio de 1936. Y, por último, por Ley de 18 de marzo de 1944, «se restablece ante el Tribunal Supremo el recurso con-

(30) Sobre las innovaciones introducidas por la Ley de Bases en lo contencioso-administrativo, MARTÍN RETORTILLO, *Lo contencioso-administrativo en la Ley de Bases de la Administración Local*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1946, págs. 152 y ss., y ROYO VILLANOVA (S.), *Reformas en lo contencioso-administrativo municipal*, en «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local», n.º 34, 1947, págs. 441 y ss.

(31) Una idea general de lo contencioso-administrativo en la nueva Ley, en ROYO VILLANOVA (S.), *La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950*, en «Revista de Administración Pública», págs. 295 y ss., núm. 4. Interesante para ver las innovaciones y aclaraciones respecto de la Ley de Bases, ALVAREZ GENDÍN, *La nueva Ley de Régimen Local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 58, págs. 550 y ss. Una visión de conjunto de la nueva regulación, en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El proceso administrativo en la Ley de Régimen Local española*, en «Revista de la Facultad de Derecho de México» núms. 3-4, 1951).

(32) Sin embargo, este Decreto —y actualmente la Ley de Régimen Local— introdujo algunas innovaciones, como la imposibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa los presupuestos, tanto ordinarios como extraordinarios (arts. 232; 236, núm. 6; 245, núm. 1, y 246, del Decreto de ordenación de Haciendas Locales, y arts. 660; 664, núm. 6; 673 y 674, de la Ley de Régimen Local). Puede verse: CASTRO REÑINA, *Reclamaciones y recursos en la nueva ordenación de las Haciendas locales, conforme al Decreto de 25 de enero de 1946*, Madrid, 1946, y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El proceso contencioso-administrativo en materia de Hacienda local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 56, págs. 169 y ss.

tencioso-administrativo contra las resoluciones que dicte en lo sucesivo la Administración central, en las que concurren los requisitos exigidos por el artículo 1.º de la Ley de 22 de junio de 1894. Dicha Ley, con las modificaciones que en la presente se establecen —termina el artículo 1.º de la Ley de 1944—, queda declarada nuevamente en vigor» (33).

b') Estas modificaciones introducidas por la Ley de 1944 suponían una reducción del campo de lo contencioso-administrativo, en cuanto que excluía de la posibilidad de impugnación ante los órganos de lo contencioso-administrativo las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, Prensa y Propaganda y Abastecimientos (art. 2.º) y las de la Administración central referentes a personal, salvo las que impliquen separación del Cuerpo o del Servicio, siempre que estén dictadas como sanción que no sea por depuración ni responsabilidades políticas, que exija expediente administrativo seguido contra funcionarios o empleados inamovibles, según Ley (art. 3.º).

c') Esta reducción del campo de lo contencioso-administrativo carece de sentido. En efecto, lo contencioso-administrativo no persigue el garantizar los derechos subjetivos, sino resolver con arreglo a Derecho las pretensiones formuladas por los particulares. Y a todo Estado —sea liberal o intervencionista, democrático o totalitario— le interesa que las pretensiones se resuelvan con arreglo al Derecho promulgado por el mismo: le interesa que el ordenamiento jurídico del mismo sea respetado en todo caso, por encima de los funcionarios que le sirven. Una distinta concepción política implicará un Derecho distinto. Pero a todo Estado le interesa enormemente que ese Derecho que él ha promulgado, y en el que se han recogido los principios políticos que le inspiran, sea respetado por todos y no quede desvirtuado en manos de sus funcionarios. De aquí que si el proceso es el instrumento más eficaz de que en los litigios prevalezca el Derecho y no la voluntad de una de las partes, no deba abandonarse esta fórmula, pues ello supone una disminución de las garantías para que los funcionarios ajusten su actividad a los preceptos jurídicos (34).

(33) Sobre las modificaciones de la Ley de 1944 —que se han recogido en el texto refundido—, vid. GASCÓN Y MARÍN, *Restablecimiento del recurso contencioso-administrativo*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 14, págs. 271 y ss., y SERRA PIÑAR, *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa según la Ley de 18 de marzo de 1944*, en Revista «Las Ciencias», año XII, núm. 56, páginas 109 y ss.

(34) Muy interesantes son los artículos que precedieron a la publicación de la Ley de 18 de marzo de 1944 en España, sobre el fundamento de lo contencioso-administrativo en los Estados totalitarios, aun cuando en los mismos se manejen posiciones sobre el fin del proceso, que hoy están superadas en la más reciente doctrina procesal. Vid. ROYO VILLANOVA, *Lo contencioso-administrativo en el Estado totalitario*, en «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», 1941, y GARCÍA OVIE-

II. EL TEXTO REFUNDIDO

A. IDEA GENERAL.

1. El artículo 14 de la Ley de 18 de marzo de 1944 disponía: «Se autoriza al ministro de Justicia para que publique un texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo, en la que se recojan toda las disposiciones legales vigentes en dicha materia.»

2. Haciendo uso de tal autorización, el ministro de Justicia encargó a la Comisión general de Codificación la redacción del texto refundido, lo que se llevó a cabo por la misma, habiendo sido aprobado el texto refundido, previa deliberación del Consejo de Ministros, por Decreto de 8 de febrero de 1952, con el refrendo del actual Ministro de Justicia, excelentísimo Sr. D. Antonio Iturmendi Bañales.

B. ESTRUCTURA.

1. El texto refundido ha mantenido la estructura del de 1888-1894, si bien se ha dividido en dos secciones el capítulo II del título III, dedicado a regular el procedimiento «de la primera o única instancia ante los Tribunales provinciales»: la primera sección regula el procedimiento de los «recursos contra resoluciones de los organismos provinciales de la Administración central», y la segunda, el de los «recursos contra acuerdos de las Autoridades y Corporaciones locales». Y además, se ha introducido un nuevo capítulo (el III) en el título II, y una nueva sección (la sexta) en el capítulo I del título III.

2. Por tanto, la estructura del texto refundido es la siguiente:

Título primero.—De la naturaleza y condiciones generales del recurso contencioso-administrativo (arts. 1.º al 10).

Título segundo.—Organización y competencia de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo. Se divide en los siguientes capítulos:

Capítulo primero.—Disposición general (art. 11).

Capítulo segundo.—Salas Tercera y Cuarta de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 12 y 13).

Capítulo tercero.—Sala de Revisión de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 14 y 15).

Capítulo cuarto.—Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo (arts. 16 a 21).

DO, *Consideraciones acerca del recurso contencioso-administrativo en el Estado totalitario*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, pág. 72.

Capítulo quinto.—Del Ministerio fiscal (arts. 22 a 27).

Capítulo sexto.—Auxiliares de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo (arts. 28 y 29).

Título tercero.—Procedimiento contencioso-administrativo. Se divide en los siguientes capítulos:

Capítulo primero.—De la única instancia ante el Tribunal Supremo (arts. 30 al 63), que se divide en ocho secciones.

Capítulo segundo.—De la primera o única instancia ante los Tribunales provinciales (arts. 64 al 70), dividido en dos secciones.

Capítulo tercero.—De los recursos contra las providencias, autos y sentencias (arts. 71 al 84).

Capítulo cuarto.—Recurso contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 85 al 90).

Capítulo quinto.—Ejecución de sentencias (arts. 91 al 94).

Título cuarto.—Disposiciones generales (arts. 96 al 111).

C. CONTENIDO.

1. El texto refundido viene a reemplazar a todos los textos legales anteriores que regulaban el «recurso contencioso-administrativo», tomando como base el de 22 de junio de 1894. En el párrafo octavo del preámbulo se hace un resumen de las disposiciones legales refundidas, que, aparte de las referentes al proceso administrativo local, son las complementarias o modificativas del precepto de aquel texto de 1894.

Por tanto, el texto refundido no introduce ninguna novedad respecto de la legislación anterior. Su contenido es el de las disposiciones refundidas. Como se señala en el propio preámbulo, «en observancia escrupulosa del mandato de la Ley, el texto se limita a refundir, sin rectificar su esencia, pero sí equívocos y antinomias, las variadas y numerosas proposiciones legislativas vigentes en la materia, y que, por su propia dispersión, exigían un delicado esfuerzo coordinador dentro de la posible unidad y del debido sistema. No quiere esto decir que, en ocasiones, no se hayan sentido deseos de alterar sustancialmente preceptos legales arcaicos o inadecuados, pero se han frenado en acatamiento a la estricta misión conferida, sin perjuicio de que seguidamente se aborde la reforma de la legislación que se unifica, como consecuencia de la mayor extensión de la actividad administrativa, de la imperfección técnica de nuestro régimen contencioso-administrativo actual, de la necesidad de discriminar su esfera de acción y de simplificar el procedimiento, dándole, en definitiva, mayor eficacia» (párrafo cuarto) (35).

(35). Además, se ha procurado respetar la redacción. En el párrafo sexto del preámbulo se dice: «También se ha respetado en lo posible, y con fidelidad, la re-

2. Sin embargo, en ocasiones, la Comisión ha hecho algo más que «rectificar equívocos y antinomias», y ha acudido al Reglamento de la Ley de 1894 siempre que se ha estimado «necesario o conveniente», como señala expresamente el párrafo sexto del preámbulo (36).

D. SIGNIFICADO.

1. El texto refundido constituye el cuerpo legal fundamental de nuestro proceso administrativo. Aun cuando se admitiera que fuera de lo contencioso-administrativo existen otros tipos de proceso administrativo (37), no puede negarse que constituye el proceso administrativo normal, dado el carácter excepcional que en todo caso tendrían los otros supuestos «procesos administrativos». Ahora bien: no hay que olvidar que lo contencioso-administrativo es una «jurisdicción especial» y un «proceso especial» dentro del cuadro general de los procesos, por lo que su regulación participará también de esta naturaleza especial respecto de las normas reguladoras de la jurisdicción ordinaria. Por ello, es inadmisibles que al regular las especialidades de esta jurisdicción se dicte un Código procesal íntegro, trasplantando al mismo gran número de artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil. Como ha dicho ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, «si existen motivos para implantar una jurisdicción y una judicatura *ad hoc* para lo contencioso-administrativo; no los hay, en cambio, para promulgar un Código procesal íntegro al servicio exclusivo de las mismas (38). Por consiguiente, bastaría con que en el texto regulador de lo contencioso-administrativo se incluyesen únicamente las normas verdaderamente específicas y hacer una referencia a las normas reguladoras del proceso civil, como efectivamente hace el texto refundido, en el artículo 109 (39).

dación de las diversas leyes refundidas, tanto porque así lo aconsejaba su claro y correcto estilo, como porque, de las tres leyes que integran en lo fundamental el nuevo texto, dos de ellas, la de restablecimiento de lo contencioso y la de Régimen Local, son de fecha reciente, y la otra, que es la básica de la de 1894, aparte de la tradición y del tecnicismo de su léxico, goza de la expresión adecuada y precisa.»

(36) En dicho párrafo se señalan los siguientes artículos del Reglamento: el 341, el 311 y 465, lo que «sirve de prueba expresiva —dice dicho párrafo— de que el ánimo que ha presidido los trabajos no se ha encerrado en una sumisión exagerada a la letra de las disposiciones cuando otra cosa aconsejaban la índole de la materia, la lógica de la cuestión y la reiterada práctica procesal».

(37) Lo que afirma, por ejemplo, GUASP, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. I, 1943, págs. 275 y ss.

(38) Cfr. Sección de Bibliografía del «Boletín del Instituto de Derecho comparado de México», año III, núm. 8 (mayo-agosto 1950), pág. 195. Sobre justificación de la jurisdicción especial administrativa, vid., por ejemplo, PLAZA, *Derecho procesal civil*, vol. V, 3.ª ed., 1951, págs. 136 y ss.

(39) Esta aplicación de normas procesales civiles al proceso administrativo se da también en otros sistemas. Cfr. RANELLETTI, *Sulla esecuzione in via amministrativa*

2. Dentro del Derecho comparado, el nuevo texto, al ser fiel a la refundición, se sitúa entre aquellos que no son, ni mucho menos, de los más perfectos dentro de los sistemas europeos. Sin embargo, respecto de los sistemas de otros países (concretamente, de los países americanos), el texto español está situado en posición muy avanzada, siendo dignas de elogio algunas de las normas que en el mismo se contienen. Por ello, no hay que despreciar las normas actuales cuando se aborde la reforma profunda que todos —incluso la propia Comisión que ha llevado a cabo la refundición— creemos necesaria. En este sentido, el texto ofrece un conjunto normativo del que se puede y debe partir, aun cuando gran parte de sus preceptos deban ser abandonados.

E. LA CLÁUSULA DEROGATORIA.

El actual texto refundido, en su artículo 111, dice: «Quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a las contenidas en la presente Ley.» Esta cláusula derogatoria plantea el problema de la vigencia de las disposiciones refundidas, lo que constituye un difícil problema de interpretación.

1. La primera cuestión que ha de plantearse es la del rango del nuevo texto. Pues bien: no ofrece duda que se trata de un caso de Decreto legislativo, es decir, de un caso de funciones legislativas ejercidas por la Administración, en virtud de una delegación o autorización legislativa (40). Por consiguiente, tiene rango de ley, y, en consecuencia, según el principio de jerarquía de las normas, tiene fuerza para derogar las leyes anteriores (41), sin que se requiera la aprobación posterior de los órganos legislativos acerca del modo de haberse llevado a cabo la refundición.

2. Sentada la anterior afirmación, hemos de ver si el texto refundido ha derogado las disposiciones legales objeto de la refundición. Según el

delle decisioni del Consiglio di Stato e dalle Giunte provinciali amministrativi, en «Rivista trimestrale de Diritto Pubblico», año 1, núm. 1, 1951, pág. 80.

(40) Sobre Leyes delegadas o Decretos legislativos, dentro de la doctrina española: RUIZ DEL CASTILLO, *Manual de Derecho político*, Madrid, 1939, págs. 493 y ss. Una amplia referencia al problema, en JAVIER CONDE, *Representación política y régimen español*, Madrid, 1945, en nota 71. Y, últimamente, el interesante trabajo de GÓMEZ-ACERO, *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-leyes*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 60, págs. 67 y ss. (publicado también en «Revista de Administración Pública», núm. 6), donde puede encontrarse una amplia reseña bibliográfica.

(41) Al publicarse el texto refundido de la Ley del contrato de trabajo, aprobada por Decreto, se planteó el problema de la eficacia de la disposición derogatoria, ya que su vigencia nació «no en virtud de una Ley de Bases o de autorizaciones, sino por disposición de menor rango». Vid. PÉREZ BOTIJA, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1945, págs. 330 y ss.

artículo 5.º del Código civil, las leyes sólo se derogan por otras posteriores, y, según opinión unánime de la doctrina, esta derogación puede ser expresa o tácita. El texto refundido no ha derogado expresamente las disposiciones objeto de la refundición, como han hecho, por ejemplo, el Código penal de 1944 (art. 604) y la Ley Hipotecaria de 1946 (disposición final derogatoria) (42), luego ha de plantearse el problema de si tácitamente han quedado derogadas dichas disposiciones. Si la refundición tiene algún sentido, es necesario afirmar que la aparición del texto refundido supone la derogación de las disposiciones refundidas, y abonan esta solución las siguientes razones:

a) Que el nuevo texto sustituye a las disposiciones anteriores. Como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA (43), un cuerpo legal subroga («subrogatio», por diferencia de la común «abrogatio») los preceptos «refundidos» en él de la normativa anterior. Y DE DIEGO afirmaba: «Puede suponerse totalmente derogada la antigua cuando la nueva regula por completo la materia tratada en aquélla, pues sería contrario al fin de una ley sistemática dejar subsistentes algunos preceptos de la antigua» (44).

b) Que esta finalidad derogatoria se desprende de la propia autorización, al hablar el artículo 14 de la Ley de 18 de marzo de 1944 de un texto refundido, en el que se recojan todas las disposiciones vigentes en dicha materia, por lo que, una vez publicado dicho texto, estas disposiciones han quedado recogidas en él y han de aplicarse según el mismo (45).

3. Ahora bien: el problema verdaderamente interesante es el de si el texto refundido ha derogado aquellos preceptos de las disposiciones refundidas que se han omitido en el mismo y a los que después me referiré. En este punto concreto, la solución ha de ser negativa. El Decreto legislativo tiene rango de ley en aquello en que se ajusta a la autoriza-

(42) Acerca de la autorización para redactar el texto refundido de la Ley Hipotecaria, decía ANGEL SANZ, en *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 538: «Es una verdadera delegación legislativa, por lo que el texto refundido deberá ser considerado como una ley delegada y tener, por tanto, plena fuerza de ley. Las fórmulas empleadas en las cláusulas derogatorias del Código penal y de la Ley Hipotecaria son distintas. En ésta se derogan expresamente las disposiciones que se refunden. En el art. 604 del Código penal, después de derogarse expresamente el Código penal de 1932, se dice: «Los preceptos de leyes penales especiales incorporados al presente Código se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes aquellos otros que no contradigan ni se opongan a lo establecido en este cuerpo legal.» Por consiguiente, en la frase «se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo» se viene a reconocer que el texto refundido sustituye (subroga) a las disposiciones refundidas en él.

(43) *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, cit.

(44) *Curso elemental de Derecho civil*, 1927, t. I, pág. 516.

(45) Aun cuando no se exprese, la solución a que se llega aplicando la autorización concedida en la Ley de 1944 y la cláusula derogatoria del texto refundido es la misma que la que expresamente señala el art. 604 del Código penal; es decir, las leyes incorporadas al texto «se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo».

ción concedida por la ley; pero no en lo demás, y es inadmisibles que un texto refundido pueda derogar precisamente algunas disposiciones de las que tenía que refundir, las cuales deben seguir aplicándose. No pretendo ignorar que uno de los problemas más importantes que plantea la legislación delegada es el de su fiscalización. El más eficaz de los sistemas es, sin duda, la posterior convalidación hecha por los órganos legislativos, sin la cual el Decreto legislativo carece de valor de ley. Así se ha exigido en España cuando el Gobierno ha hecho uso de tales prerrogativas legislativas respecto de cuerpos legales tan fundamentales como el Código civil y la Ley Hipotecaria de 1909, habiéndose planteado serios problemas en orden a su convalidación por las Cortes. Este sistema, pese a todos sus inconvenientes, es elogiable, ya que, una vez aprobada la obra de los órganos administrativos, la disposición tiene pleno valor e impide toda discusión ulterior acerca de si el Gobierno hizo o no buen uso de la autorización legislativa. Pero si se parte de que no es necesaria la convalidación posterior, hay que afirmar la posibilidad de que los Tribunales, comparando los dos textos legales, apliquen la legislación anterior o la emanada del Gobierno con autorización, según el uso que el mismo haya hecho de ésta. Esta solución, que se ha abierto paso en la jurisprudencia de los más importantes países continentales, puede tener base legal en España en el artículo 7.º de la Ley orgánica del Poder judicial, al afirmar que los jueces, magistrados y Tribunales no podrán aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni *otras disposiciones, de cualquier clase que sean*, que estén en desacuerdo con las leyes. Y ya he dicho que un Decreto legislativo es ley en tanto se ajusta a la autorización dada por el Gobierno.

III. CRITICA

A. NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFUNDICIÓN.

1. Antes de aparecer en el «Boletín Oficial del Estado» el texto refundido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (46) censuró la refundición por no encontrar «a su favor justificaciones que impongan, no ya su necesidad, sino ni siquiera, acaso, su oportunidad». Y, en apoyo de sus afirmaciones, alegaba las siguientes razones:

a) La imperfección del sistema contencioso-administrativo contenido en las disposiciones legales que iban a ser objeto de la refundición.

b) Que la legislación contencioso-administrativa no estaba tan dispersa como para exigir una refundición.

(46) *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, cit.

c) Que la única escisión importante es la separación entre el sistema contencioso-administrativo central y el local, y en contra de la posibilidad de la refundición de las normas reguladoras de tales sistemas podían aducirse los siguientes argumentos:

a') Uno formal, consistente en que las normas referentes al contencioso-administrativo local están insertas dentro de un Código orgánico del régimen local que tiene el vigor de su juventud y el prestigio de responder a un criterio material de codificación, señalando lo inadmisibles que sería no desglosar una parte del Derecho administrativo local, sino reproducir los preceptos referentes a lo contencioso-administrativo.

b') Otro, material, consistente en que el sistema central y el local se inspiran en principios contrarios, de tal modo que, sin sacrificio de alguno de ellos, no es posible comprenderlos en un solo texto.

d) Que entender la labor de refundición como una tarea de mera recopilación, sin variar nunca «ni un ápice» los preceptos antiguos, es algo que no corresponde al legislador, señor del Derecho, sino a un editor privado.

e) Que una atención cuidadosa a la vida jurisprudencial con que los preceptos antiguos se han desenvuelto llevaría forzosamente a una ampliación de muchos de ellos.

f) Que se han recogido en un texto orgánico y definitivo preceptos dictados con un claro, consciente y expreso sentido circunstancial, como el artículo 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944.

2. Examinaré estas razones que se alegan en contra de la necesidad y oportunidad de la refundición con objeto de ver hasta qué punto son sostenibles.

a) Indudablemente, el sistema contencioso-administrativo español, contenido en las disposiciones legales que se han refundido, es de una imperfección manifiesta y una deficiente garantía de la justicia administrativa. Precisamente a esta imperfección —ya puesta de relieve en 1920 por CIUDAD AURIOLES en su discurso de apertura de Tribunales— me referí en la comunicación presentada al Seminario de Problemas actuales de la Administración pública, en la sesión celebrada en el Instituto de Estudios Políticos el 6 de abril de 1951 (47). Por ello, es necesario que se acometa con urgencia la labor de reformar nuestro contencioso-administrativo. Pero en tanto no se acometa y realice esta reforma por los órganos legislativos, la refundición hecha por un órgano administrativo, en virtud de la autorización concedida por la Ley de 13 de marzo de 1944, era necesaria. Una cosa es que hubiera sido más acertada una reforma del sistema, y otra que se proclame la innecesidad de la refundición. Que aquello hubiera sido mejor no quiere decir que esto no sea

(47) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La justicia administrativa en España*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6.

útil ni necesario, pues lo es, como quedará demostrado con el examen de los siguientes argumentos de GARCÍA DE ENTERRÍA. Lo censurable es que, una vez autorizado el Ministerio de Justicia para acometer la tarea de la refundición, no se haya finalizado hasta ahora en que se anuncia la reforma, pues dentro de nada —si efectivamente la reforma se realiza— nos encontraremos en la misma situación que aconsejó la refundición, y en la necesidad de realizarla de nuevo, a la vista de las reformas llevadas a cabo.

b) La legislación contencioso-administrativa vigente no se encontraba excesivamente dispersa. Tiene razón GARCÍA DE ENTERRÍA. Pero estaba dispersa. No sólo porque se encontraba fuera del texto general la regulación del contencioso-administrativo local (a esto me referiré después), sino porque dentro del contencioso-administrativo central había habido modificaciones importantes, aunque escasas, y precisamente el haberse olvidado estas modificaciones en la realidad procesal ha originado más de un trámite inútil y defectos procedimentales fácilmente evitables con la refundición (v. gr., recursos de apelación interpuestos contra autos denegatorios de prueba). Y si todos estamos de acuerdo en que sobre nuestros órganos jurisdiccionales administrativos pesa un exceso de trabajo y la refundición podía evitar parte de ese trabajo al eliminar trámites inútiles, ¿por qué vamos a negar esta posibilidad? (48).

c) Ahora bien: la legislación referente al contencioso-administrativo local constituye, sin duda alguna, la parte más numerosa de disposiciones legales no contenidas en el texto general, y por ello aquellas respecto de las que la refundición era más imperiosa. Ninguno de los argumentos manejados por GARCÍA DE ENTERRÍA para justificar la imposibilidad de la refundición son convincentes.

a') El hecho de que haya sido regulado recientemente lo contencioso-administrativo local en una ley no supone obstáculo formal a la refundición. Y en modo alguno es elogiable que una modificación inspirada en un criterio material incluya, junto a normas de Derecho material, normas de Derecho procesal. No pretendo ignorar que a veces —y hay no pocos ejemplos de ello en nuestro Derecho positivo— normas procesales incluyen preceptos de Derecho material y viceversa. Pero tal sistema no es elogiable. Es mucho más lógico que las normas procesales formen un todo orgánico, que se encuentren fraccionadas en los distintos cuerpos legales de Derecho material. El criterio contrario llevaría a justificar la supresión de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ejemplo, para incluir sus normas dentro de los respectivos capítulos del Código

(48) Una de las objeciones fundamentales que se hacen a nuestro sistema contencioso se basa en la extraordinaria duración de los procedimientos, debido al escaso número de órganos jurisdiccionales que están llamados a resolver. Por ello, debe procurarse la eliminación de aquellos asuntos que se han iniciado por desconocimiento de las normas procesales vigentes.

civil. El que nuestro Derecho procesal administrativo se encuentre en una fase muy rudimentaria de elaboración, no sólo no justifica la dispersión de sus normas para incluirlas en los cuerpos legales de Derecho material, sino que, por el contrario, aconseja recoger todas las normas procesales administrativas en un solo cuerpo legal —como sería aconsejable, según la opinión general, unificar la regulación del procedimiento administrativo— que fuera el punto de partida para un estudio de las mismas, estudio que un administrativista sólo puede llevar a cabo debidamente si se despoja de su técnica propia y acoge la técnica procesalista (49).

b') Por otro lado, tampoco convence el argumento de fondo, ya que, si bien es más progresivo el sistema contencioso-administrativo local, ello no impide que una gran parte de los preceptos reguladores de lo contencioso-administrativo sean comunes (lo demuestra así el artículo 400 de la Ley de Régimen Local), y por ello, en un mismo cuerpo legal pueden contenerse estos preceptos comunes y las normas especiales de cada uno de los procesos administrativos que en el mismo se regulen. Por ello, la refundición no es «yuxtaposición externa de cosas distintas e impenetrables»; la simple lectura del texto refundido demuestra que la regulación del sistema central y del local forma un todo orgánico, si bien las normas especiales de éste suponen un enorme avance respecto de las especiales de aquél.

d) La tarea de la Comisión encargada de la refundición no ha sido recopilar unas disposiciones a continuación de otras, sino, teniendo en cuenta las contenidas en las disposiciones refundidas, hacer un verdadero Código, lo cual no puede ser obra de un editor privado. Sin embargo, si se partiera de que la disposición nueva no derogaba las refundidas, hay que admitir el escasísimo valor práctico de la refundición, ya que, después de ésta, habría que seguir teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, por si se había cometido alguna omisión o inexactitud al hacer la refundición.

e) Que haya existido doctrina jurisprudencial sobre los textos refundidos, nada justifica en contra de la refundición. Aun partiendo de que

(49) Esta preparación especial para enfrentarse con los problemas del proceso administrativo es una exigencia de la eficacia de los trabajos. En este sentido se manifestó CARNELUTTI en la recensión a la edición de 1937 de la obra de RANELLETTI, *La garanzia della giustizia amministrativa*, y, recientemente, desde la «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», CANNADA-BARTOLI, en la recensión a la obra de CABBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*. En España, GUASP ha propugnado, como método para el estudio del proceso administrativo, «extraer los datos de la doctrina administrativa y utilizar los conceptos de la doctrina procesal». Cfr. el interesante prólogo a la obra de LÓPEZ RODÓ, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, pág. 3. Para ello, desde antiguo, se ha propugnado la creación de cátedras de Derecho procesal administrativo. En este sentido, la «Introducción» de la obra de GALLOSTRA *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, págs. 1 y ss., opinión que recoge PI SUÑER en *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928, págs. 3 y ss.

dicha doctrina jurisprudencial fuese elogiable (y ello ocurre en muy pocos casos, como reconoce el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA), nada impide que se reitere dicha doctrina jurisprudencial, y, sin embargo, la refundición permitirá que, aclarando algunos de los preceptos refundidos, no se continúen interpretando erróneamente. De aquí que, una vez más, tengamos que afirmar que la refundición en sí no es censurable, aunque sí lo sea el modo de haberse llevado a cabo.

Y, por último, en cuanto a la inclusión en el texto refundido de preceptos de sentido circunstancial, ha de señalarse que ello se limita a dos números del artículo 4.º, que era necesario incluir en tanto subsistan las circunstancias que los motivaron, para evitar omisiones perjudiciales a aquellos que intenten utilizar la vía contencioso-administrativa.

3. Por tanto, hemos de resumir que la refundición era necesaria. Lo interesante es ver el modo de haberse realizado. Ello nos permitirá enjuiciar debidamente la obra realizada y su utilidad.

B. ESTRUCTURA.

1. Dos sistemas pudieron seguirse para refundir los preceptos dedicados a regular el proceso administrativo referente a actos de las Entidades locales: uno, dedicando un título especial del texto refundido al mismo, aplicándole, en lo no previsto en él, las normas sobre el proceso administrativo referente a actos del Estado; otro, señalándose en cada una de las secciones del texto refundido las especialidades del proceso administrativo local. En principio, la Comisión ha seguido este segundo sistema, como lo demuestra el párrafo tercero del artículo 1.º, los párrafos segundo y séptimo del artículo 2.º, el párrafo segundo del artículo 3.º, el párrafo segundo del artículo 7.º, el artículo 9.º, los artículos 16 a 21, etc.

2. Prescindiendo de cuál de los dos sistemas hubiera sido preferible, lo que es censurable es el no haberse seguido el criterio adoptado hasta sus últimas consecuencias y haberse abandonado en ocasiones, planteando al intérprete las consiguientes dificultades. En efecto, al regular en la sección segunda del capítulo II del título III el procedimiento de los «recursos contra acuerdos de las Autoridades y Corporaciones locales», se incluyen normas que no se refieren propiamente al procedimiento, y que hubiera sido más lógica la inclusión en otros lugares de la Ley. Por ejemplo:

a) En el párrafo segundo del artículo 65 se incluyen normas referentes al recurso de reposición, que es un requisito previo del proceso y, por tanto, un trámite que está fuera del procedimiento en su sentido estricto. Como norma referente al procedimiento administrativo, debería haberse incluido al hablar del requisito de «causar estado», o, al

menos, dentro del título I, junto a otros requisitos previos del proceso, como la declaración de lesividad.

b) En el párrafo primero del artículo 65 se dan normas sobre el plazo para iniciar el proceso, precepto que debería haberse incluido en el párrafo segundo del artículo 7.º, con lo que se hubiera evitado la referencia que en el mismo se hace a aquél.

c) Y en el artículo 70, último de dicha sección, se incluye una norma sobre competencia, cuyo lugar adecuado hubiera sido el título II, referente a «Organización y competencia de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo», dentro del capítulo IV, referente a «Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo».

3. Por otro lado, se ha de señalar qué preceptos generales se han incluido al regular procesos concretos, como, por ejemplo, las normas sobre postulación recogidas en los artículos 30 y 31, que son comunes a todos los tipos de «recurso contencioso-administrativo», con la especialidad del artículo 26, y que, sin embargo, se han incluido al regular el procedimiento en única instancia ante el Tribunal Supremo.

C. CONTENIDO.

1. La primera objeción que merece el texto refundido está basada en el excesivo respeto a la legislación refundida. Si todos estamos de acuerdo en la necesidad de la reforma del sistema contenido en dicha legislación —y esta necesidad se reconoce en el propio preámbulo del texto—, podría haberse dado acogida en el mismo a algunas innovaciones que hubieren mejorado nuestro contencioso-administrativo, teniendo a la vista la doctrina jurisprudencial. Esta doctrina jurisprudencial podría haberse tenido en cuenta en dos direcciones:

a) Para acoger la que es verdaderamente elogiable, como la afirmación reiterada de que siempre tienea jurisdicción los órganos de lo contencioso-administrativo para ver si la Administración obró dentro de su competencia y con arreglo al procedimiento señalado en las leyes, por ser cuestiones de «orden público», lo que unánimemente ha aplaudido la doctrina (50).

(50) En la esfera local, en España, como vimos, está reconocido legalmente el proceso de anulación. Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El proceso contencioso-administrativo de anulación en la esfera local*, en «Revista General de Derecho», julio-agosto 1951, págs. 360 y ss. En la esfera central se ha pretendido su admisión en los dos primeros supuestos (incompetencia y vicio de procedimiento). Ya CIUDAD AURIOLES, en su *Discurso de apertura de Tribunales* de 1920, dijo de las sentencias que comentaba que «no pueden abrir más ancho campo al principio doctrinal del recurso de nulidad por abuso de poder. También habían pensado en dicha posibilidad: BALLBÉ, *Los poderes de los Tribunales administrativos*, en «Revista General de Legislación y

b) Y, por otro lado, para haber aclarado algunos preceptos de tal forma que hiciesen imposible que la jurisprudencia sucesiva insistiese en errores señalados por una opinión general que censura el exagerado formalismo de nuestros órganos jurisdiccionales administrativos. Baste citar la exigencia de impugnar la disposición general cuando se impugna el acto concreto de que es aplicación, sin que precepto alguno lo imponga; este criterio jurisprudencial, como otros de nuestro Tribunal Supremo, aun cuando en pura doctrina pudieran admitirse, son rechazables al incrementar los obstáculos procesales que impiden el entrar en el fondo del asunto.

2. Además, ha de señalarse que pese a que las disposiciones legales refundidas no eran muchas, al hacerse la refundición no se han recogido en el texto algunos preceptos. Se pueden señalar las siguientes:

a) Al regular el artículo 107 la suspensión de las resoluciones impugnadas en la vía contencioso-administrativa, ha recogido íntegramente el artículo 100 del texto de 1894, olvidándose de hacer mención en el mismo a la importante y elogiada innovación que introdujo el artículo 367 de la Ley de Régimen Local. En efecto, el antiguo artículo 100 sólo permitía la suspensión de la resolución cuando su ejecución pueda ocasionar daños irreparables, mientras que el artículo 367 de la Ley de Régimen Local permitía que se acordase la suspensión, no sólo cuando el daño fuese irreparable, sino de difícil reparación; habla de «evitar perjuicio de reparación imposible o difícil» (51). Al no haberse hecho mención de este último matiz, en el texto refundido se restringe el campo de la suspensión de acuerdos locales.

b) Al regular el cómputo de plazos, el artículo 102 ha recogido el artículo 94 del texto de 1894, y ha hecho caso omiso del artículo 402 de la Ley de Régimen Local. Esta omisión, en líneas generales, apenas si tiene importancia, ya que la regulación del cómputo en el artículo 402 es muy parecida a la del artículo 94 antiguo. Sin embargo, existe alguna diferencia. En efecto:

a') El antiguo artículo 94 y el actual artículo 102, en su párrafo segundo, dicen: «Al computarse los plazos señalados por días, se descontarán los feriados, y si en uno de éstos expirase el término, se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil siguiente.» Y el Tribunal Supremo

Jurisprudencia», t. 172, págs. 671, y GARRIDO FALLA, al comentar una sentencia de 8 de julio de 1948, en la «Revista de Derecho privado», 1948, pág. 837. Por último, han defendido dicha posibilidad: LETRA, en *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho administrativo*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 52, páginas 497 y ss., y SERRANO GUIRADO, *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 4, págs. 129 y ss.

(51) Se reproducen las ideas mantenidas en mi comunicación al Seminario de Problemas actuales de la Administración pública, sesión del 6 de abril de 1951. Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La justicia administrativa en España*, cit.

ha entendido en ocasiones que esta prórroga hasta el primer día hábil siguiente sólo es posible aplicarla cuando el plazo venga dado por días, pero no cuando venga dado por meses, como el plazo para iniciar la vía contencioso-administrativa (así, sentencias de 16 de abril de 1892, 16 de junio de 1899, A. de 12 de junio de 1905, sentencias de 15 de marzo de 1932, 12 y 16 de mayo de 1936 y 22 de septiembre de 1949), lo que es censurable, ya que (52):

a'') Si no se aplica al plazo regulado por meses, por analogía, la regla referente al plazo por días, estaremos ante un caso no regulado en la Ley de lo Contencioso, y habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento civil como supletoria, y aplicando el artículo 305 de ésta, habrá que entender prorrogado el plazo hasta el primer día hábil siguiente.

b'') Que el argumento fundamental que utiliza la jurisprudencia en contra de la aplicación de dicho precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil consiste en afirmar que en la propia fecha final pudo ser depositado el escrito de referencia en el buzón que funciona, conforme al artículo 264 del Reglamento de la Ley de lo Contencioso, argumento que es inadmisibile, no porque dicho buzón no funcione, sino porque dicha posibilidad de presentar escritos en días feriados, como en las horas que no son de oficina en los días hábiles, se da también en el proceso civil, ya que se pueden presentar los escritos en el Juzgado de guardia, y, a pesar de ello, existe la regla del artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

b'') Sin embargo, aquella desviación de la jurisprudencia no era posible después de publicada la Ley de Régimen Local, ya que el apartado 4 de su artículo 402 establece con carácter general que «si el término expirase en día feriado, se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil».

Al hacerse la refundición, se debiera haber redactado el artículo 102 de acuerdo con el artículo 402 de la Ley de Régimen Local para impedir aquella interpretación errónea del Tribunal Supremo; pero si entendía la Comisión que ello supondría una innovación en el régimen de las disposiciones refundidas, al menos debiera haber señalado la distinta regulación aplicable al contencioso-administrativo local.

c) Existe otra omisión que carece en absoluto de trascendencia. Me refiero al artículo 399 de la Ley de Régimen Local, que establece el principio de plazos improrrogables en el contencioso-administrativo local, «con las salvedades determinadas en la Ley». La inclusión de este precepto era innecesaria (y por esto es elogiabile el criterio de la Comisión al no incluirle en el texto), ya que se llega al mismo resultado por el camino del artículo 102, párrafo cuarto, *in fine*, de la Ley de lo Contencioso, al establecer que «no podrán reducirse ni ampliarse por el Tri-

(52) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit. en nota anterior.

bunal, sino en los casos en que se le conceda expresamente la facultad de hacerlo».

d) Por otro lado, al omitirse algunas disposiciones derogatorias de los textos objeto de refundición, se siguen manteniendo preceptos que han perdido importancia. En este sentido, se puede citar el final del párrafo segundo del artículo 94; al regular la ejecución de sentencias, establece que denunciada la demora al Tribunal Supremo, cuando se trate de su sentencia, se pasará el tanto de culpa al Tribunal de justicia correspondiente, y *en su caso, a las Cortes*. Este párrafo es idéntico al párrafo segundo del artículo 86 del texto de 1894. Entonces tenía una justificación indudable, va que, como señalaba CABALLERO Y MONTES —siguiendo la opinión general—, al comentar dicho párrafo, «únicamente las Cortes eran competentes para juzgar los actos realizados por los ministros» (53); la Ley de 5 de abril de 1904, en su artículo 4.º, todavía atribuía al Senado la competencia para conocer los juicios de responsabilidad civil de los ministros. Pero el Real decreto de 18 de enero de 1924 privó de tal competencia al Senado para atribuírsela al Tribunal Supremo en pleno (54); luego si se hubiera tenido en cuenta esta modificación, se podría haber actualizado el texto de la Ley de lo Contencioso.

3. El criterio respetuoso de la Comisión no ha impedido que en ocasiones se mejore la redacción de algunos preceptos, obedeciendo a ese doble criterio de que se habla en el párrafo séptimo del preámbulo —«fidelidad a lo intrínseco de los preceptos legales y mejoramiento de su fórmula dentro de su estructura»—. Esto se ha logrado en la mayoría de los casos. Y ha de citarse alguna innovación en este sentido que prestará enormes servicios a la justicia administrativa, como el número 5.º del artículo 33, que evitará en lo sucesivo que, al interponerse un recurso, se olvide justificar el cumplimiento del artículo 6.º tan formalistamente interpretado por nuestra jurisprudencia. Pero, a veces, el intento de mejorar la redacción ha ido en contra del espíritu de los preceptos refundidos. Por ejemplo, el párrafo cuarto del artículo 2.º del texto de 1894 disponía: «La Administración podrá someter a revisión en la vía contencioso-administrativa las providencias de primera instancia que por Orden ministerial se declaren lesivas.» Toda la doctrina que se había ocupado del precepto —y la jurisprudencia— habían estimado que también podrían ser declaradas lesivas las resoluciones que no

(53) CABALLERO Y MONTES: *Lo contencioso-administrativo*, Zaragoza, 1904, t. III, pág. 333. Tratándose de responsabilidad penal, el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dispone que «corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los casos reservados por las leyes al Senado...». En parecido sentido, art. 7.º del R. D. de 29 de agosto de 1893 y art. 284 de la Ley orgánica del Poder judicial.

(54) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Madrid, 1951, pág. 25.

fuesen de primera instancia, y, siguiendo este criterio, el párrafo sexto del actual artículo 2.º ya no habla de «providencias de primera instancia», sino de «resoluciones». Pero es que el artículo 2.º antiguo, cuando hablaba de providencias de primera instancia, lo hacía porque ello significaba una excepción del núm. 1.º del artículo 1.º («causar estado»), la Administración podía iniciar el proceso aun cuando el acto cuya reforma se pretendía no hubiese causado estado, lo que no está expresamente dicho en el nuevo texto, y parece someter al «recurso de lesividad» al mismo régimen jurídico que el interpuesto por persona distinta de la que dictó el acto que se impugna.

JESÚS GONZALEZ PEREZ

Profesor Adjunto de Derecho administrativo.
Registrador de la Propiedad.