

# LA ESPECIALIZACION DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVOS

POR

SABINO ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO

Magistrado del Tribunal Supremo,  
Catedrático de Derecho Administrativo.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS FRANCESES. 1. Génesis. 2. Condición jurídica del juez administrativo. 3. Reclutamiento de los miembros de los Tribunales administrativos inferiores. 4. Reclutamiento de los miembros del Consejo de Estado.—II. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ITALIA I Generalidades. 2. Los Tribunales provinciales administrativos. 3. La jurisdicción administrativa regional. 4. El Consejo de Estado.—III. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PORTUGUESES.—IV. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ALEMANES. 1. Generalidades. 2. Tribunales administrativos inferiores. 3. Tribunales administrativos superiores. 4. Tribunal administrativo federal. 5. Problemática de la jurisdicción administrativa alemana.—V. LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PAÍSES ANGLOSAJONES. 1. En Inglaterra. 2. En Estados Unidos.—VI. LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.—VII. PERSPECTIVA DEL PROBLEMA VISTO DESDE LA NUEVA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 1. Tribunales regionales. 2. Tribunal Supremo.

## INTRODUCCIÓN.

Este trabajo es una continuación del que publiqué en esta misma REVISTA (número 31, 1960, páginas 11 y siguientes), sobre *El Estado de Derecho y la independencia del Poder judicial*, en la que postulaba por una mayor independencia de este Poder, no obstante reconocer que existen muchas disposiciones vigentes que así lo revelan, y, sobre todo, las recogidas en los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Poder judicial, en virtud de los cuales se reservan los Tribunales de justicia el cumplimentar o no los Decretos ministeriales nombrando a los jueces, a los magistrados, previo informe del Ministerio Fiscal, según sea o no conforme a la Constitución, hoy Leyes fundamentales, o a las Leyes ordinarias.

Examinábamos a la sazón la facultad del Juez administrativo para anular, no sólo actos de los órganos administrativos, sino las disposi-

ciones generales del Poder ejecutivo de la Administración, contrarias a las de mayor rango jurídico.

Ahora vamos a completar nuestra tesis del Juez independiente, incluido el administrativo, preconizando la especialización de éste.

Antes de exponer someramente nuestra opinión, presentaremos el desarrollo que adoptan en las legislaciones vigentes algunos Estados ajenos al nuestro, incluso en países de control administrativo por la justicia ordinaria, como Inglaterra y Estados Unidos, que empieza a adoptar nuevas proyecciones, un tanto exageradas, porque tal control se empieza a entregar a órganos o Comisiones de composición estrictamente administrativa, con la carencia de las garantías y principios procesales, cuales son la publicidad y oralidad de los juicios, la controversia o contienda de las partes—Administración y particulares—, en grado de igualdad, y la proposición y práctica de pruebas para demostrar la lesión de los derechos subjetivos u objetivos de los actos y disposiciones administrativas.

## I. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS FRANCESES.

### 1. Génesis.

A) Francia, que fué el país que primero gozó de la jurisdicción contencioso-administrativa, no la enajenó de la propia Administración, y precisamente la Revolución de 1789 (1) tomó su punto de partida de la teoría de la separación de los Poderes para sostener el criterio de que sea la Administración quien haya de juzgar sus propios actos (con órganos que no sean los mismos que los dictan), pero siempre dentro de la jerarquía administrativa.

Incurren los juristas franceses en grave error en la interpretación de la doctrina de la separación de Poderes. sin darse cuenta de que esta separación conlleva la de funciones que no pueden ejercer un mismo Poder: administrar y juzgar, error que acogen publicistas modernos franceses de primero de siglo, como BERTHÉLEMY (2), al decir que la justicia administrativa es la organización jurisdiccional mediante la cual el Poder ejecutivo impone el respeto al Derecho, o de distinto país, como ANDREADES (3), que al combatir a ARTHUR —el cual propugna por

(1) Vid. BORSI, *La giustizia amministrativa*, 1934, págs 94 y sigs.

(2) *Traité élémentaire de Droit administratif*. 7.<sup>a</sup> ed., pág. 919.

(3) *Le contentieux administratif des Etats modernes*, 1934, pags 12 y 13.

una separación de los Tribunales administrativos respecto de las autoridades administrativas—, manifiesta que éste desconoce el principio esencial del Derecho público francés, que atribuye a la autoridad administrativa la competencia exclusiva para conocer de las dificultades contenciosas, que dimanen de sus actos.

B) Veamos el proceso que siguen los órganos administrativos en Francia para convertirse en órganos jurisdiccionales especializados.

Al comienzo del siglo XIX no había jurisdicción administrativa en el sentido actual de la palabra. Solamente había Consejos administrativos—el Consejo de Estado (art. 52. Constitución del año 1808) y los Consejos de prefectura—para la preparación de reglamentos administrativos y para la resolución de negocios contenciosos que interesaban a la Administración. En esta época los Consejos no presentaban el carácter de una jurisdicción, porque ni el Estatuto de sus miembros ni el procedimiento utilizado ofrecían la menor garantía. La Comisión de lo Contencioso, creada en 1806, actúa en justicia retenida (4).

Mucho menos presentaba el carácter de una jurisdicción especializada en la aplicación de un derecho particular a la Administración: la noción del Derecho administrativo no existía. En la época aludida el problema no se resuelve jurídicamente, sino políticamente.

Mas al sentirse la necesidad de un Estado de Derecho, proyectándose la doctrina de la separación de Poderes, no se quiso atribuir el enjuiciamiento de la Administración a los Tribunales de justicia, considerando poco menos que una herejía de dicha doctrina el someter el Poder ejecutivo al judicial. Entonces se transforman los Consejos administrativos (Consejos de Estado, Consejos de prefectura) en órganos jurisdiccionales. El procedimiento se jurisdiccionaliza y, sobre todo, los Consejos se abstuvieron de enjuiciar los litigios aplicando el Derecho común.

Los jueces de excepción se transformaron en instrumento de jurisdicción especializada aplicando un Derecho propio a las actividades específicas del Estado. Esta evolución ha sido muy progresiva: comenzó en el Imperio, reteniendo la justicia el Jefe del Estado (Emperador, en tiempo de los Napoleones, Rey, en el reinado de Luis Felipe de Orleans) y concluyó al comienzo de la tercera República, pasando a ser delegada la jurisdicción en el Consejo de Estado en 1872 (Ley de 24 de mayo) (5).

El problema de la distribución de competencias entre Tribunales

(4) J. RIVERO, *Droit administratif*, 1964, pág. 139.

(5) WALINE, *Droit administratif*, 8ª ed. 1959 págs. 29-31.

administrativos y Tribunales civiles cambia, poco a poco, de naturaleza política a naturaleza jurídica. En adelante se resuelve el litigio aplicando el Derecho y apareciendo unas nuevas reglas. Todo litigio de Derecho administrativo se lleva a la jurisdicción administrativa; todo litigio de Derecho civil se ventila ante la jurisdicción ordinaria. El dominio del contencioso-administrativo se identifica en adelante con el de Derecho administrativo (6).

## 2. *Condición jurídica del Juez administrativo.*

La independencia personal de los jueces administrativos en Francia es asegurada de *facto* y tradicionalmente por una cierta separación del personal de la Administración y de la jurisdicción administrativa; en cuanto a las funciones; y por las reglas de reclutamiento que tienden a constituir un selecto cuerpo de jueces; sin embargo, la independencia del Juez no está garantizada en su Estatuto personal quien no se beneficia del privilegio de inamovilidad ni del de irrevocabilidad, así ha podido darse algún caso excepcional de destitución gubernativa de nombramientos en 1871 y en 1944, y recientemente con De Gaulle, con un consejero partidario de la Argelia francesa.

El mismo método empírico para asegurar la independencia de los Tribunales administrativos inferiores se ofrece en las reformas de 1926 y 1953 (7).

## 3. *Reclutamiento de los miembros de los Tribunales administrativos inferiores.*

Los miembros de los Tribunales administrativos franceses son objeto del Estatuto de 30 de septiembre de 1953, dictado en aplicación del artículo 2.º del Estatuto general de funcionarios (Ley de 19 de octubre de 1946).

Los Consejeros de segunda clase de los Tribunales de provincia (departamento) son reclutados entre los alumnos procedentes de la Escuela Nacional de Administración, habiendo actuado durante cierto tiempo en la sección de lo Contencioso del Consejo de Estado. De cada cuatro miembros pueden ser nombrados uno extraño a la Escuela, entre miembros de los Consejos de Prefectura.

El Presidente del Tribunal de París es elegido entre miembros del

(6) Vid. WALINE, Ob. y ed. cit., págs 55 y sigs. FROMONT, *La répartition des entre les Tribunaux civils et administratifs en Droit allemand*, 1960, pág. 2.

(7) WALINE, *Traité de Droit administratif*, 5.ª ed., pág. 152.

Consejo de Estado y Presidentes de Sección del Tribunal administrativo de París (8).

#### 4. Reclutamiento de los miembros del Consejo de Estado.

Se ingresa en el Consejo de Estado por la categoría de Auditores de segunda (hoy 58 entre los de segunda y primera clase), que si antes de la última reforma podían ser nombrados entre los alumnos de la Escuela Nacional de Administración y entre funcionarios con diez años de servicio, desde 1946 proceden todos de dicha Escuela, según el rango y clasificación que de ésta salen (9). Los Auditores de primera clase se reclutan exclusivamente entre los de segunda clase (10).

En una escala superior están los *Maitres des requêtes* (hoy 51). De cuatro puestos, tres se otorgan a los Auditores de primera clase y el otro al turno exterior, entre funcionarios con diez años de servicios públicos entre los cuales tres puestos se reservan a un Presidente del Tribunal administrativo, a un Consejero del Tribunal administrativo de París o a un Consejero de primera clase de un Tribunal administrativo departamental.

En otro grado superior de la Escala se cuentan los Consejeros de Estado en servicio ordinario; tres plazas se conceden a los *Maitres des requêtes* y uno a funcionarios que hayan cumplido cuarenta años, generalmente Prefectos, Presidentes o Consejeros del Tribunal administrativo de París o Presidente de cualquier otro Tribunal administrativo (11).

Hay cinco Presidentes y otros tantos Vice-presidentes de Sección de nombramiento del Gobierno.

El Presidente y el Vice-presidente son respectivamente el Presidente del Consejo de Ministros y el de Justicia (Guardasellos), si bien éstos no participan en las deliberaciones contenciosas, es decir, en las sesiones en el que el Consejo de Estado obra como Tribunal (12).

(8) LAUBADÈRE, *Les reformes administratives de 1953 1954*, pág. 26. VERDEL, *La reforma de Constitución administrativa en Francia*, «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, 1955, págs. 112-21.

(9) BOURDEAU DE FONTENAY, *La formación de funcionarios en la Escuela Nacional de Francia*, en «Documentación Administrativa», núm. 38, febrero 1961, pág. 54.

(10) J. RIVERO, *Droit administratif*, cit., págs. 160-61.

(11) Vid. BONNAND DELAMARE, *Le préfet dans le cadre de la Constitution française de 1958*, «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», 1961, núm. 41, pág. 6.

(12) WALINE, *Droit administratif*, 8.<sup>a</sup> ed., 1959, págs. 152-55.

## II. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ITALIA.

### 1. *Generalidades.*

La jurisdicción administrativa italiana adolece del mismo inconveniente que la francesa, en cuanto sus miembros dependen del Poder ejecutivo, en su nombramiento y cese, sin gozar del privilegio de la inamovilidad; pero, en cambio, si gozan de la especialidad en Derecho administrativo.

Sus órganos son las Juntas provinciales administrativas, sede judicial y el Consejo de Estado en el grado superior. En la región de Sicilia existe el Consejo de justicia administrativa, y en la del Valle de Aosta, la Junta jurisdiccional administrativa, como órganos jurisdiccionales de primera instancia.

### 2. *Los Tribunales provinciales administrativos.*

Las Juntas provinciales entienden en los recursos de legitimación y mérito—apreciación administrativa o tutela de los intereses legítimos (13)—contra las resoluciones de los Municipios, provincias e instituciones de beneficencia—sobrentiéndase públicas— y consorcios comprendidos en la circunscripción provincial, sin perjuicio de apelación al Consejo de Estado.

La composición de la Junta en función jurisdiccional, según el Decreto de 12 de abril de 1945, se integra con el Prefecto, como Presidente, dos consejeros de prefectura, funcionarios administrativos, designados anualmente por el Prefecto y los dos miembros más antiguos elegidos por el Consejo provincial (Diputación Provincial), que forman parte de la Junta en sede de control, y si varios han sido nombrados a la vez, los dos de más edad.

Este órgano es más político que administrativo, es decir, que formado por especialistas en Derecho administrativo, puesto que de los cinco miembros, el Prefecto y los dos miembros elegidos por el Consejo provincial pueden ser ajenos a la especialidad, hasta el punto de ser designadas mujeres. El Consejo de Estado, basándose en el artículo 51 de

(13) Vid. SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, 1960, § 287, págs. 600 y siguientes. G. ROERSEN, *Giustizia amministrativa*, en «Rassegna dei Lavori Pubblici», número 2, 1961, § 11.

la Constitución, proclamó la igualdad de los dos sexos sobre el particular (14).

### 3. *La jurisdicción administrativa regional* (15).

Según el artículo 125, apartado 2.º, de la Constitución italiana, las regiones instituirán en la capital órganos de justicia administrativa de primer grado, que se denominan, según el artículo 55 de la Ley de 10 de febrero de 1953, número 62, Tribunales administrativos, que sustituirán a las Juntas provinciales en cuanto actúan jurisdiccionalmente —o como dice la terminología jurídico-italiana— en sede jurisdiccional.

A) En el artículo 23 del Estatuto regional de Sicilia se descentralizó no sólo una Sección consultiva del Consejo de Estado, sino una Sección jurisdiccional, Consejo de justicia administrativa (Decreto-Ley de 6 de mayo de 1948, número 654), que preside un Presidente de Sección del Consejo de Estado, formada por dos Magistrados del propio Consejo y dos profesores de Derecho de la Universidad o dos Abogados habilitados anteriormente para el ejercicio profesional en jurisdicciones superiores, designados por cuatro años, que puedan ser confirmados por otros cuatro por el Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros. No dice la Ley que los profesores sean de la especialidad de Derecho público, aunque se supone que sí lo serán (16).

B) Para la región del Valle de Aosta se ha organizado otro Tribunal administrativo denominado Junta jurisdiccional administrativa.

Por el artículo 1.º del Decreto-Ley de 15 de noviembre de 1946, número 367, modificado por la Ley de 1 de marzo de 1949, número 76, la Junta está presidida por el representante del Ministerio del Interior, Presidente de la Comisión de coordinación (artículo 45 del Estatuto reformado, aprobado por Ley Constitucional de 26 de febrero de 1948, número 4) y compuesta de un Consejero de la Prefectura de Turín, designado por el Prefecto, del Intendente de Hacienda de Aosta y de dos miembros efectivos y dos suplentes designados anualmente por el Consejo del Valle entre personas competentes en materia jurídica, administrativa y contable.

(14) La Junta provincial administrativa en sede o función jurisdiccional está asistida por una Secretaría instalada en la Prefectura, organizada y regulada según el Reglamento aprobado por Real Decreto de 17 de agosto de 1907, núm. 644.

(15) SANDULLI, Ob. cit. § 288, págs. 603-4.

(16) ZANOBINI, Ob. cit., págs. 427-29.

En los juicios en materia contable intervienen, con carácter consultivo, el Contador o Interventor Jefe del Valle de Aosta, y el perito que ha intervenido en el examen de cuentas.

En régimen jurisdiccional, el Consejo de dicho Valle peca de exceso administrativo, no ya por los jueces especializados, lo que es loable, sino por pertenecer a la propia Administración o ser designados por ella. Adolece de la falta de independencia que tienen los Tribunales administrativos judicialistas.

C) En la región tridentina, Alto Adigio, se previene en el Estatuto especial (artículo 78, Ley Constitucional de 26 de febrero de 1948, número 5), un Tribunal administrativo regional, si bien han estado funcionando bastante tiempo las Juntas provinciales administrativas de Trento y de Bolzano en función jurisdiccional (17).

#### 4. *El Consejo de Estado.*

El Consejo de Estado se compone de seis Secciones, las tres primeras ejercen funciones consultivas, las otras tres (IV, V, VI), funciones jurisdiccionales.

Cada Sección se compone de un Presidente y un número de Consejeros mínimo de siete. La composición de cada Sección es determinada anualmente por Decreto del Presidente de la República. En las Secciones jurisdiccionales es obligatorio que todos los años cambien, al menos, dos Consejeros, pero no más de cuatro, para garantizar una cierta continuidad del personal y asegurar una constante o reiterada jurisprudencia.

Las Secciones deliberan con siete miembros, incluido el Presidente, que pueden ser sustituidos por Consejeros de otras Secciones o los referendarios o letrados auxiliares, que en otro caso preparan las ponencias sin intervenir en las deliberaciones.

Las Secciones jurisdiccionales constituyen un Tribunal único que la Ley designa como Consejo de Estado en sede o función jurisdiccional.

El Consejo de Estado en función jurisdiccional decide, según la Ley de 21 de diciembre de 1950 (artículo 5.º), en Asamblea plenaria constituida por doce consejeros, cuatro por cada Sección, designados anualmente por Decreto del Jefe de Estado, y presididos por el Presidente del Consejo de Estado, a fin de mantener la unidad de la jurisprudencia

---

(17) ZANOBINI, cit, pág. 428. En la actualidad se halla en Italia un estudio de reforma de las Juntas provinciales administrativas para convertirlas en Tribunales provinciales administrativos encomendados a una Comisión integrada de Magistrados del Consejo de Estado y de profesores de Derecho.



de una actividad jurisdiccional—ejerciendo una función mucho más unificadora que nuestras dos Salas de revisión del Tribunal Supremo—, a cuya Asamblea se puede acudir de oficio o a instancia de parte, y el Presidente puede encomendar a la Asamblea plenaria las resoluciones de máxima importancia, entre las que se encontrarán, sin duda, la de cuestiones resueltas contradictoriamente por las Secciones, las que si bien tienen separadas las materias, las mismas cuestiones procesales se pueden ofrecer, pero con interpretación diferenciada en cada una.

Esta Asamblea entiende también en las apelaciones contra las decisiones pronunciadas por el Consejo de justicia administrativa de la región siciliana (18), cuando no actúa en grado de apelación (19).

### III. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PORTUGUESES.

El profesor portugués CAETANO propugna por la intervención de los Tribunales especiales en la resolución de los contencioso-administrativos, apartándose del Ministro o Administración Juez—pues en buen principio jurisdiccional, «no se puede ser Juez y parte»—. Así, en su *Tratado elemental de Derecho administrativo*, dice—transcribo las palabras del libro traducido por el señor LÓPEZ RODÓ—: «La complejidad de las materias que corresponden hoy a la jurisdicción ordinaria, el gran número de Tribunales que tendrían que resolver cuestiones administrativas poniendo en peligro la unidad de la jurisprudencia, el riesgo de que se suscite la vieja rivalidad entre la Administración y la justicia, la falta de lógica de la intervención de los jueces en el ejercicio del Poder administrativo, etc., todo ello parece desaconsejar la solución de conferir lo contencioso a los Tribunales ordinarios» (20).

Después de alternativas entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa para resolver pleitos administrativos se instituye en el Decreto-Ley de 28 de febrero de 1930 el Supremo Consejo de Administración pública y tres Auditorías administrativas para la primera instancia, incluso en jurisdicción objetiva contra la actividad administrativa local y central periférica.

Se reglamentan estos Tribunales en 1931 (Decreto-Ley de 16 de enero y en el Código administrativo de 31 de diciembre de 1940), y se sustituye

(18) ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, ed. cit., págs. 176-77 y 430.

(19) G. AREHESEN, *Ob. y loc. cit.*, § 12.

(20) Trad. LÓPEZ RODÓ, t. I, pág. 426.

o denomina el «Supremo Consejo», «Supremo Tribunal administrativo» (21), con jurisdicción propia, no delegada. Tales Tribunales están integrados más bien de funcionarios de procedencia administrativa, gozando los jueces administrativos del privilegio de la inamovilidad en los mismos términos que los Magistrados ordinarios, colocándose al abrigo de las presiones de la Administración activa (22); empero el nacimiento de la relación de estos jueces es administrativo, es decir, es la Administración quien hace los nombramientos, con lo que se capitidisminuye algo la independencia jurisdiccional, aun cuando no sea más que por gratitud, respecto de la Administración designante.

Sin embargo, los Auditores administrativos son, ciertamente, nombrados entre funcionarios de primera categoría del cuadro general de la Administración, que están al servicio del Ministerio del Interior, con diez años, por lo menos, en servicio activo, o sin estos años si no concurren a solicitar los que ejercieran el cargo este tiempo; y tienen que aprobar en concurso de habilitación, ejercicios públicos y escritos orales, con lo que la especialización práctica se completa teóricamente.

Las infracciones disciplinarias de estos funcionarios son juzgadas por la Sección de lo Contencioso-administrativo del Supremo Tribunal administrativo, que ejercita el Presidente del Gobierno, salvo recurso al Tribunal en pleno (23), lo que contribuye a una mayor independencia jurisdiccional.

#### IV. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ALEMANES.

##### 1. Generalidades.

Después de la segunda guerra mundial los Estados o países de la República federal alemana organiza Tribunales administrativos especiales *Verwaltungsgericht* (Tribunal administrativo inferior) y *Oberverswaltungsgericht* (Tribunal administrativo superior o de apelación), y así lo han hecho (24) fuera del orden judicial ordinario y de la propia

(21) Vid. LOPES DIAS, *Código administrativo*, nota al artículo 810 del Código administrativo.

(22) *Manual de Direito Administrativo*, 1947, págs. 532-35. 1951, pág. 757.

(23) Artículos 800 y 801 del Código administrativo de 31 de diciembre de 1940.

(24) Leyes de los Tribunales administrativos en Baviera de 23 de septiembre de 1946; de Bremen, 5 de agosto de 1947; de Hessen, 31 de octubre de 1946 y 30 de junio de 1949, y de Wurtemberg-Baden, 15 de octubre de 1949. Vid. federal de 16 de diciembre de 1946,

Administración, aunque nutridos con miembros de procedencia de ambos órdenes, equiparable su jurisdicción para resolver los recursos contencioso-administrativos subjetivos y objetivos, no habiendo introducido el de nulidad por desviación de poder, como no se trate de impugnar una inequidad, dentro de la órbita discrecional, pues es un principio de Derecho (fuente normativa) «la igualdad ante la Ley», no sólo federal (artículo 3.º, parte 1.ª, de la Constitución de Bonn), sino de las Constituciones de los países (Constituciones de Baviera, artículo 118; de Hessen, artículo 1.º; de Wurtemberg-Baden, artículo 2.º, apartado 1.º) (25). Los Tribunales administrativos utilizan un procedimiento análogo a los Tribunales de orden común.

La apelación se admitirá si se plantea una cuestión de principio, o se trate de un asunto superior a determinada cantidad, ejemplo, 300 marcos (D. M.), en Baviera.

Esta jurisdicción superior interviene en los recursos de anulación interpuestos contra decisiones de los Municipios del país (Baviera, Bremen) o de cualquier otra autoridad superior (Renania, Palatinado, Sarre) (26).

## 2. *Tribunales administrativos inferiores.*

Los Tribunales administrativos inferiores alemanes están caracterizados por la colaboración de Magistrados funcionarios (*beamtete Richter*), los cuales pueden ser: A) Nombrados de carrera, con título universitario (juristas), vitaliciamente por el Gobierno. Son jueces principales (*hauptamtliche Richter*). Están amparados por los privilegios de inamovilidad e irrevocabilidad conforme al artículo 97 de la Ley Fundamental. Gozan de las mismas garantías que los Magistrados civiles. B) Funcionarios secundarios (*nebenamtliche Richter*), que son Magistrados de otros Tribunales (civiles, financieros, etc.), o profesores de Derecho. Mientras duren sus funciones son inamovibles e irrevocables. Gozan de

---

conteniendo principios para la Ordenación de la Jurisdicción de Alemania Occidental. ULE, *Des Bonner Grundgesetz un die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1950. Para los Tribunales del sector occidental de Berlín, la Ley de 8 de enero de 1951, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1954, § 27, pág. 436.

(25) EYERMAN-TOCHLER, *Verwaltungsrechts Kommentar*, 1950, págs. 138-39. Sobre el contencioso en el Estado Federal suizo; vid. WYSSE, *Le contentieux administratifs en Suisse allemand*, 1960. La contienda sobre lo discrecional queda reservada al procedimiento administrativo (Vid. N. NIETO, *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana*, en esta REVISTA, núm. 32, 1960, pág. 81).

(26) FROMONT, *La repartition des compétences entre les Tribunaux civiles et administratifs en Droit allemand*, 1960, págs. 26 y 27.

un prestigio personal indiscutible. C) Magistrados temporales (*Hilfrichter*), funcionarios administrativos o retirados, equivalente a nuestros Magistrados suplentes.

Colaboran también ciertos Magistrados honoríficos (*ehrenamtliche Richter*), designados, como éstos últimos temporalmente, por las representaciones populares de los países (*Länder*) entre funcionarios y aun entre simples particulares, con o sin título de Derecho, por tres o cinco años.

### 3. *Tribunales administrativos superiores.*

En los Tribunales superiores de apelación habrá Magistrados de carrera y profesores de Derecho. A título secundario pueden nombrarse Magistrados de otros Tribunales y Magistrados o profesores de Derecho jubilados. Los Magistrados honoríficos están en minoría en estos Tribunales del Norte y excluidos en los del Sur.

### 4. *Tribunal administrativo federal.*

Existe también el Tribunal administrativo federal—*Bunderverwaltungsgericht*—(Ley de 23 de septiembre de 1952), compuesto de Salas o Senados, integrada cada Sala por cinco Magistrados profesionales, reclutados también entre funcionarios judiciales y administrativos. El Presidente y la mitad, al menos, de los Presidentes de Sala y de los jueces procederán de los Tribunales administrativos de los países. Son inamovibles y vitalicios.

Entenderá dicho Tribunal no sólo contra los actos administrativos irregulares de las autoridades federales o de las competencias entre las autoridades federales y las de los países, o entre las de éstos, sino en la revisión de los fallos de los Tribunales administrativos de los *Länder*—excluidos los financieros, los sociales y las jurisdicciones disciplinarias—si se invoca infracción del Derecho federal o faltas graves de procedimiento.

BACHOF (27) dice que no existe una carrera especial de jueces administrativos, si bien se procura una capacitación especializada. Estos—dice—se reclutan entre los de la jurisdicción ordinaria o entre funcionarios de grado superior de la Administración y entre los de carácter académico, como hemos visto; y expresa que «la posición de los

(27) *La jurisdicción administrativa en la República federal alemana*, núm. 25 de esta REVISTA. enero-abril, 1958, págs. 297-98.

jueces administrativos es similar a la de los que desempeñan sus funciones en la jurisdicción ordinaria. Como ellos son real y personalmente independientes, y su nombramiento, como el de éstos, es obra del competente Ministro (por lo general del Ministro-Presidente)».

Constituyen los Tribunales administrativos alemanes como un cuarto Poder, el judicial-administrativo, que juzga con entera independencia a la Administración y goza de las prerrogativas del Poder judicial ordinario.

Los Tribunales administrativos dependen de la Presidencia del Gobierno de la federación y del país, y no del Ministro de Justicia, como los Magistrados y jueces ordinarios.

##### 5. *Problemática de la jurisdicción administrativa alemana.*

La jurisdicción contencioso-administrativa alemana, aunque especializada en cuanto al personal que la integra, está equiparada a la jurisdicción civil y penal, y tiene la tutela de los derechos subjetivos y la garantía del orden jurídico objetivo, excluyendo todo enjuiciamiento del buen uso de la potestad administrativa o de las facultades discrecionales, en suma es una jurisdicción de legitimidad, y no admite el recurso por desviación de poder, como ya hemos expresado.

La equiparación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la común conlleva la adopción de un contencioso entre el administrado y la Administración, con juicio público y oral, lo que llamamos Vista, con un proceso probatorio, y con un respeto para la autoridad de la cosa juzgada análogamente a los procesos tramitados entre particulares en la jurisdicción común. Estos son los principios que inspiran y resuelven la problemática de la jurisdicción administrativa en la Alemania Occidental.

Este sistema es seguido con analogía en los Ordenamientos de la Europa septentrional y central: Finlandia, Suecia, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Suiza. En este país se instituyó, para controversias federales, un Tribunal administrativo federal, y en la mayoría de los Cantones se crearon Tribunales administrativos particulares para los recursos contra sus autoridades administrativas cantonales (28).

---

(28) Vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, *La Giustizia amministrativa*, 7.<sup>a</sup> ed., 1954, págs. 24 y 25.

## V. LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PAÍSES ANGLOSAJONES.

### I. En Inglaterra.

A) En los países anglosajones ha venido predominando el Poder judicial (29), aunque con cierta dependencia del Lord Canciller, miembro del Gabinete y Presidente de la Cámara de los Lores, como cuerpo colegislador y Alto Tribunal de justicia (30), imponiendo la restauración de reglas de Derecho administrativo infringido por los funcionarios respecto de los ciudadanos, con las rectificaciones que en estos últimos años se están practicando en Inglaterra y América del Norte, dándose preceptos legales especiales que amparan a los particulares frente a la Administración que se le hace responsable, incluso civilmente (a la Administración local y aun a la Central) (31), cosa que se desconocía en estos Estados en que no había progresado el Derecho administrativo como en Francia y otros países del continente europeo que implantaron Comisiones o Tribunales administrativos que controlan la actividad de la Administración (32).

---

(29) Cfr. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, pág. 22. «En los países anglosajones privados de una Administración fuerte—asegura ALIBERT—, en los que predomina el Poder judicial, reconoce a éste una jurisdicción general cuyo resultado consiste en imponer las reglas de derecho a los funcionarios y a los ciudadanos.

Las acciones de Derecho común son, pues, instrumentos de control judicial sobre los actos del Poder y sobre el funcionamiento de los servicios públicos. GARRIDO FALLA, *La Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 159, marzo 1958, «Organización Administrativa».

(30) JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 1948, pág. 224. MACKENZIE y GROVE, *Central Administration in Britain*, 1957, pág. 389. Preside el Lord Canciller, además el Tribunal de apelación y la Sección de Cancillería del Supremo Tribunal de Justicia y el Comité judicial del Consejo privado. MACKENZIE, loc. cit. BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, 1928, pág. 111.

(31) ROYO-VILLANOVA y FERNÁNDEZ CAVADA, *La responsabilidad de la Administración*, «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 1933, págs. 72 y 73. *La responsabilidad de la Administración pública*, núm. 19 de esta REVISTA, enero-abril 1956, págs. 38 y siguientes. GARRIDO FALLA, *Les caractères spécifiques du Droit administratif espagnol*, en «Revue de Sciences Administratives», vol. XXII, 1956, núm. 2, págs. 25-28. LÓPEZ RODÓ, *L'Administration locales en Espagne*, en «Revue», vol. ed., núms. cits., pág. 44; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le doctrine de la responsabilité civile de l'Administration dans le Droit espagnol récent*, en «Revue», ed. y núms. cits., págs. 103 y sigs.

(32) ROBSON, *Justice and administrative law*. Toda su obra conduce a demostrar que existe en Inglaterra un régimen administrativo. Respecto a los Tribunales administrativos. Cfr. págs. 262 y sigs., y HEWART, *The new despotism*, 1929. Vid. también GARNER, *La conception anglo-américaine*; MELANGES HAURIOU, 1929, págs. 338 y sigs., BARATIER, *Le régime administratif de Droit anglais* («Revue de Droit public», 1931). Edición aparte. Estos autores sostienen opiniones contrapuestas a la propugnada por DICEY, en su libro *Intro-*

B) Hay en el día muchos más servicios y departamentos que antaño, en el Estado británico, como los de beneficencia, patrimonio de la Corona, exportación de créditos, registros de nacimiento, matrimonio y defunciones (nuestro Registro civil), de la propiedad, deuda nacional, industrial, etc., que son regidos por funcionarios civiles (33); estableciéndose órganos de control y de la administración de los servicios y de las industrias nacionalizadas, bajo el mando de los Ministros de Transportes y Aviación civil y del de Salvamento y Fuerzas, organizado este Departamento en 1956 con las siguientes Subsecretarías: de Carbón, Petróleo, Gas, Electricidad, Salvamento y Sanidad (34).

En Inglaterra, ante los Tribunales ordinarios se ventilaban cuestiones administrativas, incluso de responsabilidad por infracciones de forma cometidas por los funcionarios estatales al introducirse aquélla en 1947, por la *Crown Proceeding Act*; pero para llevar esas cuestiones ante aquellos Tribunales especiales, que tienen como característica la gratuidad (35), y debido al costo del servicio y a la lentitud del procedimiento judicial se produce una reacción en favor de los Tribunales estrictamente administrativos (36).

En el informe de la Comisión parlamentaria para la reforma de los

---

*duction to the study of the law of the Constitution*, parte 2.<sup>a</sup>, cap. XII (Londres, 1915, traducción francesa *Introduction a l'etude de Droit constitutionnel*, por BATUT y JÈZE), que niega la existencia en Inglaterra del Derecho administrativo, al menos del tipo continental. Sobre Tribunales administrativos militares en Inglaterra consúltese *Gneist, Selbstverwaltung, Kommunalverfassung und Verwaltungsrecht*; HATSHECK, *Das Staatsrecht des vereinigten Gross-Britanien*, 1914, y HERRERO GARRALDA, *El Derecho público inglés*, cfr. HAURIOU, *Précis de Droit administratif*, 1925, pág. 15.

(33) GLADDEN, en la citada obra *The civil service, its problems and future*, pág. 12, dice que: «El Gobierno moderno se diversifica corrientemente en cinco ramas: Cuerpo electoral, legislativa, ejecutiva, jurisdiccional y administrativa».

El Cuerpo electoral elige a los legisladores y contribuye a la formación de la mayoría de los elementos que constituyen opinión pública en que descansan las últimas actividades. El Legislativo confecciona las leyes y alega o colabora en la relación de los miembros del Ejecutivo. El Ejecutivo mueve las ruedas administrativas del país. La Jurisdicción decide sobre los casos concretos en los que el Derecho es conculcado con independencia absoluta de las otras ramas. Y, finalmente, la Administración es la organización encargada de las funciones administrativas.

(34) MACKENZIE y GROVE, *Central Administration in Britain*, 1957, págs. 431-32.

(35) Según BECEÑA, el Juez inglés es la única garantía para el ciudadano en materia de impuestos, pues sostiene con todo rigor el principio constitucional del *Bill of Rights* de 1688, de que es ilegal la imposición contributiva no autorizada por el Parlamento.

El Juez inglés limita al Ejecutivo y sus agentes que atentan contra la libertad personal del ciudadano de hecho; los jueces, afirma DICEY, están investidos de todos los medios para impedir y controlar toda la acción administrativa del Gobierno e imponer su veto contra cualquier procedimiento no autorizado por la letra de la Ley.

(36) LAWSON, *Lo contencioso-administrativo en Inglaterra*, «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, enero-junio, 1955, págs. 141-142.

Tribunales administrativos intitulado *Franks Committee*, cuyo estudio hizo LÓPEZ RODÓ, en su monografía *Justicia y Administración en el Reino Unido* (37), se observa, según este autor, que el número de estos Tribunales sigue en aumento «y que aunque en dos Leyes recientes (38) se devuelvan a los Tribunales judiciales materias que habían sido encomendadas a Tribunales administrativos, esto constituye la excepción a la regla general. Por el contrario, se dan muchos casos en que los Tribunales administrativos no sólo se crean para llenar una laguna decidiendo las controversias que puedan suscitarse en las nuevas materias que el intervencionismo estatal ha traído consigo, sino que incluso se han creado algunos Tribunales administrativos para resolver litigios que antes eran de la competencia de los Tribunales ordinarios».

Tales Tribunales—añade LÓPEZ RODÓ—en el informe de *Frank Committee* se agrupan en seis apartados: a) Cuestiones del suelo y propiedad. b) Seguros y subsidios familiares. c) Asistencia médica y servicios sanitarios. d) Servicio militar. e) Transportes. f) Tribunales diversos.

Agréguese a éstos el Tribunal de Obras Públicas de Londres y la Comisión para la protección de patentes industriales.

No siempre estos Tribunales y Comisiones intervienen en controversias de índole jurídica, sino de orden técnico y administrativo en los recursos que se les formulen, asumiendo funciones no sólo jurisdiccionales, sino administrativas (39).

Contemplando la evolución sufrida en el orden jurisdiccional administrativo en el Derecho inglés, TIXIER (40) recoge la opinión del profesor ROBSON y de otros autores favorables a la creación en Inglaterra de un Tribunal administrativo de Derecho común, pero destaca las objeciones de orden psicológico y práctico que se pueden presentar para implantación; así las de orden psicológico derivan del prestigio casi sentimental que existe en Inglaterra respecto de los Tribunales judiciales: «Los Jueces son los guardianes de la propiedad privada y de las libertades públicas y quitarle *brutalmente* todo control respecto de los servicios públicos constituiría una medida que chocaría con la conciencia y las convicciones de los ingleses.»

ROBSON—quien dedica todo el capítulo III de su *Justicia and ad-*

(37) 1958, págs. 12 y 13.

(38) *The Restrictive Trade Practices Act*, 1956, «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, enero-junio, 1955, págs. 141 y 142.

(39) ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., 1951, pág. 160.

(40) *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, 1954, pág. 156.



*ministrative Law* (edición 1951) (41) al estudio de los Tribunales administrativos, más de 30—es partidario de unificar el control jurisdiccional administrativo, al estilo del Consejo de Estado francés, creando un Tribunal de apelación administrativo, pero no dentro del Poder judicial, dado los elementos técnicos que en la actividad administrativa se presentan, por lo que la recluta de Magistrados administrativos debe hacerse entre miembros de la Administración, como propugna también PORT (42); pero para ello se obvia dentro del Poder judicial con la incorporación de especialistas, si bien pueden tener querencia administrativa o fiscal (43), si han pertenecido a cuerpos de la Administración, lo cual se corrige esto preparando el ingreso de los cuadros de Magistrados en las Escuelas especiales, sin necesidad de que procedan de carreras administrativas civiles.

Según LASKI (44), el campo de la Administración inglesa abarca algo más que la mera ejecución y examen de las disposiciones legales (de cuya tarea se deriva el conocimiento de aquellas normas bajo las cuales viven los ciudadanos).

En unos casos los departamentos gubernamentales disfrutan de los más amplios poderes. En otros se deriva, de una prerrogativa, la del «rey en el Consejo», la potestad de emitir Ordenanzas, como la del Presidente de Francia. Otras veces se concede ésta a organismos de carácter legal, como al Consejo médico general, en Inglaterra (45).

Por otra parte, el nuevo Contencioso-administrativo inglés está incorporado al Poder ejecutivo, sin que ampare el procedimiento los principios jurisdiccionales de publicidad, oralidad y aportación de pruebas,

(41) Vid. págs. 637-41.

(42) Cfr. MURILLO, *El régimen jurídico de las administraciones inglesas*, núm. 1 de esta REVISTA, 1950, págs. 64-65.

(43) En materia de Derecho arancelario sería interesante incorporar en nuestro Tribunal Supremo, de continuar entendiendo en las apelaciones de las resoluciones de la Dirección General de Aduanas y del Tribunal Económico-Administrativo Central, funcionarios del Cuerpo técnico de Aduanas, si bien como asesores de las Partidas arancelarias, no como jueces, para evitar su querencia fiscal.

(44) *El Estado moderno*, traducción de TEODORO GONZÁLEZ, t. II, 1932. pág. 120.

(45) De Inglaterra se ha dicho que no tenía Derecho administrativo. DICEY, en su obra *Introducción al estudio del Derecho Constitucional*, sostiene que un inglés apenas comprende lo que se entiende por Derecho administrativo, y lo equipara a la arbitrariedad y frente a él opone el *Rule of law*. Los autores modernos observan que no existe en Inglaterra ninguna garantía parecida al recurso por exceso de poder, y que se tiene la costumbre viciosa de incluir en las Leyes una cláusula de delegación, para que el Poder ejecutivo pueda dictar reglas y disposiciones (*Rules and órder*). Esto es sostenido por PAUL BARATIÈRE, en *Régime administratif en Droit anglais*. HERWART, en su obra *New despotism*, censura como abusiva la práctica legislativa del Poder ejecutivo en virtud de las cláusulas de delegación.

de modo que los derechos administrativos individuales quedan menos garantizados que en el Derecho continental europeo.

ROBSON, en la mencionada monografía titulada *Justicia y Derecho administrativo* (46), opina que ya existe una jurisdicción administrativa especial, pero quizá porque el Derecho administrativo está en embrión (47), los Tribunales son Comisiones que figuran en el Poder ejecutivo, pues no hay un órgano jurisdiccional independiente y prestigioso. En el trabajo—aunque ya hemos dicho cómo pretende instaurar un órgano jurisdiccional semejante al Consejo de Estado francés—*Le Droit administratif en Angleterre* (48) acusa el referido autor la presencia de fuentes de Derecho administrativo en los reglamentos, las decisiones administrativas y de las jurisdicciones administrativas, y en las costumbres, usos y convenios.

Se dice que si no hay Derecho administrativo en Inglaterra es porque las Comisiones no obran a modo judicial, con juicios orales públicos, sino que todo se hace por escrito, lo que supone una actuación secreta, faltando suficientes garantías, según ya hemos consignado, puesto que a veces se condena sin oír al demandado y sin que pueda aportar pruebas. En resumen: no podemos decir que exista un verdadero régimen jurisdiccional administrativo, de tipo continental, pero sí que

---

(46) Aun cuando mucho más desarrollado que cuando DICEY escribió su *Introduction of the Constitutional Law*, en 1885.

(47) MURILLO FERROL, en *El régimen jurídico de la Administración inglesa*, en esta misma REVISTA (cit. vol., pág. 62), hace la siguiente crítica del régimen jurisdiccional administrativo inglés:

«O la marcha de la Administración ha de atemperarse al lento y costoso procedimiento de los Tribunales ordinarios, o saltan las barreras que éstos le ponen y asume ella misma las funciones jurisdiccionales relacionadas con su actividad, obrando, en cierto modo, a espaldas de la Ley e implicando una actuación arbitraria y carente de garantías para el ciudadano, por cuanto no se realiza a través de órganos y procedimientos normalizados.»

Recoge MURILLO (cit. págs. 65-66) las siguientes opiniones contrarias al nuevo régimen de control de la Administración en Inglaterra:

MORGAN considera las siguientes usurpaciones de funciones judiciales por el Ejecutivo de inexcusables y desafortunadas.

Crítica la solución inglesa que confía a la justicia administrativa a autoridades u organismos, sin ninguna de las características de los Tribunales administrativos en Francia y Alemania, y cuyas sentencias no pueden ser revisadas y controladas por los Tribunales ordinarios.

BARKER censura el tipo de justicia administrativa inglesa como productiva del *Rule of law*. Afirma que la *statutory and provisional order* dictada por la autoridad ejecutiva, forma hoy parte de la legislación inglesa y que los departamentos gubernamentales no sólo administran, sino también legislan y tienden cada día más a ejercer funciones jurisdiccionales, que, según el *Rule of law*, pertenece a los Tribunales.

(48) *Le Conseil d'Etat, livre jubilaire*, pág. 651.

se halla en formación, con algunas variantes respecto del régimen clásico francés. En esto están de acuerdo BARATHER, ROBSON, en sus obras mencionadas, GARNER, en *La conception angloamericaine du Droit administratif*, y LAWSON, en *Lo contencioso-administrativo en Inglaterra* (49).

ROBSON afirma rotundamente que los órganos a las Comisiones administrativas aludidas ejercen realmente funciones jurisdiccionales (50).

## 2. En Estados Unidos.

En los Estados Unidos llega el Poder judicial a tal extremo de control que incluso se revela ante la propia constitucionalidad de las Leyes (51).

Por la influencia de la Constitución federal se consagró la doctrina de la separación de Poderes en su verdadero sentido y el principio de que el Poder ejecutivo no podía juzgar los actos administrativos. No hay Tribunales especiales, y las garantías de los derechos de los particulares las amparan los Tribunales ordinarios de los Estados federados o de la Federación según pertenezca a unos u otros la autoridad infractora del Derecho administrativo (52), basada principalmente esta justicia administrativa en la responsabilidad personal de los funcionarios (53). Sin embargo, puede haber un procedimiento administrativo jurisdiccional, sin duda previo al judicial, en virtud del *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 (54), por el que la Administración, en los litigios que los ciudadanos le planteen, designa un Juez instructor, *hearing officier*, que recoge las pruebas y oye a las partes que pueden ser representadas por Abogado, en suma se incoa un contencioso antes

(49) En «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, enero-febrero 1955, páginas 140 y sigs.

(50) Ob. cit., 1951, pág. 102.

(51) Los Estados Unidos han completado este sistema de la Administración judicial por el control de la constitucionalidad de las Leyes, que concluyó, de hecho, en el gobierno de los jueces.

Se ha llegado a ello por la necesidad de defender la integridad del pacto federal y el deseo de proteger los principios individualistas frente a las empresas del Estado o contra las infiltraciones socialistas.

Quizá también la separación absoluta de poderes ha abierto entre el Ejecutivo y el Legislador un surco que ha aprovechado al Tribunal Supremo (ALBERT, Ob. y loc. cit.).

(52) HOHN, *Das Ausländische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, págs. 76 y 77; LUIS G. MARQUÉS, *Gobierno y Administración local en Estados Unidos*, 1957, XIV, *El control judicial*, págs. 216 y sigs.

(53) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, 7.<sup>a</sup> ed., 1954, pág. 27.

(54) MORSTEIN MAX opina que es muy prematuro pensar que el *Administrative Procedure Act* inaugura un período nuevo en materia de recursos judiciales. *Quelques caractéristiques du Droit administratif aux Etats*, en «Conseil d'Etat», citado.

de decidir las Comisiones administrativas (*Federal Trade Commission, Security Exchange Commission, etc.*), sin que parezca admitirse la acción popular para el control de la legalidad de los actos administrativos, al menos en este nuevo procedimiento administrativo (55).

Las acciones judiciales contra la Administración pueden obligar bien a la autoridad administrativa a cumplir un deber impuesto por la Ley, mediante el ejercicio del *writ of mandamus*, bien a reparar un daño actual que intente hacer la Administración, por medio del *writ of injunction*, equivalente a nuestros interdictos, que en materia de expropiación indebida son admisibles en España, por tanto, en asuntos de la competencia de la Administración, como salvedad al principio general consagrado en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

En determinados casos la Ley autoriza una acción judicial para suspender la actividad administrativa a fin de evitar un perjuicio irreparable, por un *writ of prohibition*, sin perjuicio de un *appeal* o recurso definitivo a un Tribunal contra una decisión administrativa. Lo cual tendrá equivalencia al incidente de suspensión del acto administrativo por la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia de parte (artículos 122-125 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo) o a iniciativa de Presidentes de Corporaciones locales (artículo 118 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo) (56).

## VI. LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

1. Al darle un estado jurídico, la Administración no podemos enmarcarla en normas del Derecho común en absoluto en sus relaciones con el ciudadano. Este sí tiene derechos indelebles y naturales a la libertad y a la seguridad vital, en suma, a la vida y al perfeccionamiento humano, o sea, a las clásicas libertades consignadas en las Constituciones del siglo XIX, que adoptan la naturaleza de derechos individuales. Pero estos mismos derechos, esas mismas libertades hay que garantizarlos, hay que asegurarlos, y es el Estado quien ofrece esta garantía,

(55) Vid. GASCÓN Y MARÍN, *Fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos en el Derecho americano*, «Revista de Estudios de la Vida Local», noviembre-diciembre 1954, núm. 78, págs. 845-47.

(56) Vid. VILLAR PALASI, *La Federal Administrative Procedure Act*, núm. 1 de esta REVISTA, enero-abril, 1950, pág. 292.

esa seguridad, y para ello y para sí requiere privilegios, que estén regulados por normas de Derecho público.

El Estado se convierte en tutelador y fomentador de los intereses generales y por ello necesita actuar con autoridad, mediante la acción de oficio y privilegiadamente, y entonces se descubren infinidad de prerrogativas de la Administración que se traducen en el derecho de imponer tributos, de expropiar, de establecer servidumbres, de obligar a prestaciones personales (servicio militar, servicio social femenino, sex-taferia), de limitar la actividad privada en interés público, o de imponer estas actividades en tal interés, cual la obligatoriedad de arrendar pisos para viviendas familiares y, sobre todo, de familias numerosas, a las que quedan supeditadas los destinados a servicios oficinescos o burocráticos, los locales de negocios, y para eso se requiere un Derecho especial que estudien los funcionarios y los jueces administrativos, especializándolos, por lo que si bien es conveniente que unos y otros conozcan las necesidades administrativas, no menos deben dejar de conocer la especialidad jurídica. Si la independencia de las autoridades judiciales es garantía de las libertades y de los derechos subjetivos, la competencia técnica es garantía en la aplicación del Derecho objetivo. Así, pues, el funcionario administrativo y el judicial especializado, deben conocer el Derecho público, sobre todo el Derecho administrativo y el fiscal, con lo que se precisa una preparación jurídico-político, como preconiza GARRIDO FALLA para el primero (57), sin que se desdeñe el conocimiento de la ciencia administrativa (58), pues el funcionario administrativo no es la autoridad administrativa, a quien le interesa el penetrar en los aspectos políticos y técnicos de la Administración y del servicio público, en su actuación discrecional, o como propulsor de *legem ferenda*.

2. Podemos replicar a APLETON (59), que sostenía que el progreso de las instituciones de Derecho público no ha tenido lugar en los pue-

(57) *El Derecho administrativo y la formación de los funcionarios públicos*, «Documentación Administrativa», agosto-septiembre 1960, núms. 32-33, págs. 7 y 14. *Los funcionarios públicos y los estudios de la Administración*, en la misma REVISTA, mayo, 1961, número 41, págs. 29 y sigs.

(58) En este sentido GARCÍA-TREVILLANO, *El Derecho administrativo y la formación de los funcionarios públicos*, «Documentación Administrativa», octubre, 1960, núm. 34, páginas 7-16. Vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, 1940, págs. 144 y sigs. VILLAR y GRANCEL, *La justicia administrativa*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. CXXVIII, pág. 96. GONZÁLEZ PÉREZ, *La justicia administrativa en España*, número 6 de esta REVISTA, septiembre-octubre, 1951, pág. 166. SANDULLI, *Sulla sopravvivenza delle Giurisdizione speciali*.

(59) *Traité élémentaire du contentieux administratif*.

blos que se han reservado para el Poder judicial en absoluto las garantías jurídico-administrativas. Su estancamiento o su retardo ha sido porque no se ha formado, dentro del orden judicial, una Magistratura especializada con todas las prerrogativas e independencias que debe tener tal Magistratura; y a esta especialización obedece el éxito de Francia, que aun viviendo en un régimen identificado con la Administración, ha hecho progresar el Derecho administrativo más que en otros países, y si ha progresado ha sido a medida que los Tribunales contencioso-administrativo se han separado del propio Poder ejecutivo, si se quiere empíricamente, o sea, en tanto y cuanto han tenido jurisdicción delegada del Poder ejecutivo, sin que éste resolviera ulteriormente sobre el particular en que entendiesen tales Tribunales, de suerte que si de iure tienen independencia del Poder judicial, de facto existen discriminados del Poder ejecutivo y de iure también de los órganos administrativos, no políticos (60).

Si logramos separar de la Administración y del Poder ejecutivo los Tribunales contencioso-administrativo, apartándose dentro del orden jerárquico judicial (61), formando lo que podemos llamar unidad de

(60) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 1955, págs. 277 y 288.

(61) Vid. VACHELLI, *La difesa*, cit. 291.

En Francia la jurisdicción contencioso-administrativa puede ser ordinaria con relación a Tribunales administrativos especiales, pero siempre apartada, independizada del orden judicial ordinario, ni siquiera constituyendo dentro de éste una jurisdicción especial, en el concepto formal dado a estas palabras, en cuanto que integrada por una Magistratura especializada.

Por lo que se refiere a lo contencioso-administrativo francés, dice SANTI ROMANO, *La giurisdizione speciale amministrativa*, «Tratatto di dir. am. it.», vol. III, pág. 512, «... pasando del campo de las razones abstractas a los ejemplos correctos, parece que la autoridad de lo contencioso-administrativo, en la manera que se ha ordenado en Francia, no puede considerarse como Juez especial por el puesto que ocupa en las instituciones estatales de que forma parte (¿Y el nombramiento por el Guardasellos?) y por la naturaleza de la competencia... es lícito afirmar que ciertamente constituyen un orden jurisdiccional distinto del que pertenece a los Tribunales civiles y penales, mas de todos modos no excepcionales... si continuaran llamándose ordinarias las Magistraturas civil y penal, no se trata sino de una inexactitud del lenguaje que no tiene por consecuencia atribuir el carácter especial a lo contencioso-administrativo».

Cfr. DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. II, 1879, pág. 55. «Nosotros hemos repudiado desde nuestro punto de vista las denominaciones de ordinario dadas a los Tribunales judiciales, y de Tribunales de excepción dada a los Tribunales administrativos.»

Vid. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, 1894, pág. 8.; la primera condición de esos Tribunales según BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de la Administration*, 1934, pág. 112. El Tribunal administrativo deberá ser un órgano que estando investido de la función jurisdiccional está rigurosamente especializado en el ejercicio de la misma.

La independencia del Tribunal frente a frente de la Administración requiere que

jurisdicción, procurando, pues, que no intervengan sobre un mismo asunto diversos Tribunales (prohibición de los recursos paralelos), hasta el punto de que por pertenecer al mismo orden jurisdiccional o al Poder judicial, hablando más concretamente, unos Tribunales que intervengan aplicando un Derecho distinto al administrativo, como el Derecho penal, habrán de suspender su actuación esperando adopten los administrativos fallos o decisiones jurídico-administrativas mediante las denominadas cuestiones prejudiciales. Si substraemos los litigios administrativos de la jurisdicción de los Tribunales del orden administrativo que estén ligados con el Poder ejecutivo y los llevamos al Poder judicial, y al propio tiempo especializamos a los Magistrados que se han de dedicar exclusivamente a lo contencioso-administrativo, y que no van a simultanear actuando como Administración y como jueces, ese mismo progreso existirá en todas partes y aun acrecentado con relación al que existe en Francia, máxime si se adopta un proceso expeditivo y en el que el Juez, supeditando el interés privado—no el derecho subjetivo—al interés público y, sobre todo, al Derecho administrativo, se le permita actuar, si bien a instancia de parte interesada o legítima, ateniéndose al principio de la jurisdicción rogada, juzgando si no *ex officio*, sí con integración del principio dispositivo en función restauradora del Ordenamiento jurídico.

Es por lo que el régimen procesal civil que salvaguarda derechos subjetivos privados no sirve o es aplicable a los litigios sobre la Administración y el particular (62) en los que el interés privado no juega o desempeña un papel tan importante como el interés público absoluto, aunqu respondiendo a un orden jurídico adecuado.

---

ningún agente de la Administración tome parte en las operaciones jurisdiccionales del Tribunal. De otra parte, su separación con los Tribunales ordinarios exige que ninguno de sus miembros pertenezca a estos Tribunales debiendo gozar de las garantías que generalmente son acordadas, con limitación del Poder discrecional del Gobierno para el nombramiento; pero, sobre todo, deberá beneficiarlo la garantía específica del Juez, que es la inamovilidad.

La tesis de BONNARD no es distinta de la nuestra sino en cuanto que el Juez administrativo no tiene enlace alguno con el Juez ordinario, a los efectos de establecer en el orden jerárquico judicial una jurisdicción disciplinaria de los órganos supremos judiciales sobre los jueces de toda jurisdicción, pero idéntico en cuanto que obren con independencia de todo órgano administrativo, gozando de las mismas prerrogativas del Juez ordinario, si bien investidos de jurisdicción especial, en cuanto que aplican un Derecho especial, con relación al que sirve para juzgar el Juez ordinario, siendo includible el conocer una técnica procesal especializada.

(62) Cfr. LÓPEZ RODÓ, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, 1943, página 15.

Como dice WALINE (63), la autonomía de una rama supone la de los Tribunales especializados. La especialidad de las reglas administrativas determina la naturaleza de la figura política que regula (contratos, servidumbre, dominio público, etc.), y, consiguientemente, la competencia de los Tribunales especiales, como así sostenía JÈZE para los contratos administrativos, respecto de lo que es preciso atender al fin administrativo que persigue (obras o servicios públicos) (64).

Nuestra tesis a sustentar es la de que los Tribunales contencioso-administrativos se aparten radicalmente de la Administración; no se puede ser Juez y parte. No hay independencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, aunque los miembros de estos Tribunales administrativos no dicten actos administrativos, sino ponen toda su contribución a realizar actos jurisdiccionales, y en tanto no se separe de una manera absoluta de la Administración, sin que tenga ésta retención de prerrogativa alguna, sin que goce la Administración de facultad o no de ejecutar las sentencias, o, al menos, si las sentencias de lo contencioso-administrativo que se refieren a la Administración no sean ejecutivas o sean inaplicadas inexorablemente, es decir, sin que se supla la inejecutoriedad de los fallos mediante indemnización, lo cual se acepta esta modulación en el artículo 106 de nuestra Ley de 27 de diciembre de 1956 de la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo, pues a instancia de cualquiera de las partes interesadas con audiencia de las demás, el Tribunal señalará la suma que debe satisfacer al interesado como resarcimiento de los daños y perjuicios resultantes del aplazamiento de la ejecución de la sentencia o de su inejecución, si no fuese posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia; siendo tan respetuosa nuestra Ley con el Poder judicial, en cuanto a su ejercicio, que prohíbe la inejecución o suspensión de los fallos de los Tribunales contencioso-administrativos—tesis absurda de la vieja Ley de lo Contencioso, si por otro lado habría de proveer o acordar una indemnización—cuando haya quebranto grave de la Hacienda pública. Empero en el artículo 105, número 3, se previene que si estimase la Administración que el cumplimiento de la sentencia, en sus propios términos, habría de producir trastorno grave a la Hacienda pública, podrá el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, fijar la modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma que sea menos gravosa para el Tesoro público, lo que pondrá en cono-

(63) Ob. y ed. cit., pág. 33.

(64) JÈZE, *Les contrats administratifs*, t. I, pág. 8.



cimiento del Tribunal, por medio de la Abogacía del Estado, para que, oídas las partes, resuelva, en definitiva, sobre el modo de ejecutar la sentencia.

En resumen: al principio de la separación de los Tribunales administrativos de la Administración adicionamos el de la especialización de la Magistratura, sin mentalidad fiscal. No se puede encomendar la justicia administrativa a Magistrados que están preparados más esencialmente en el Derecho privado. Son modalidades radicalmente, si no contrarias, sí distintas, y es necesario enfocar los problemas de Derecho público tal como ellos son, y el examen de los hechos y la aplicación del Derecho a estos hechos atemperándose a los mismos, no al prejuicio personal derivado de distinta competencia jurídico-técnica, es decir, de la natural carencia de la competencia especializada, sino estudiando y apreciando su naturaleza jurídica pública, para restaurar el Derecho, sin que se pueda dejar de reconocer la existencia de revelantes excepciones.

No faltan autores como SANTI ROMANO (65), que consideran que la Jurisdicción contencioso-administrativa, no es una jurisdicción especial, dando lugar la extrema importancia y la delicadeza de las funciones jurisdiccionales a que se haya originado la necesidad de otorgar garantías, privilegios y honores a quienes las ejerciten.

Empero, aun cuando dichas prerrogativas y estos honores se otorguen a los jueces de orden administrativo y de orden jurídico privado (incluimos o incorporamos a los jueces administrativos en el denominado Poder judicial, en el orden judicial), no quiere decir que en su virtud haya de considerarse por igual a todos los Magistrados, porque la tendencia debe ser la de formar Magistraturas con arreglo a las distintas disciplinas jurídicas que tratan, al reparar las infracciones habidas en estas disciplinas diferenciadas.

Mientras haya una misma Magistratura dedicada al estudio y reparación de diversas disciplinas, como sucede en el Derecho mercantil, civil y aun con el penal, nosotros tenemos que considerar que el Derecho administrativo no puede ser aplicado por Magistrados que estén formados en ese conjunto de disciplinas, y, por tanto, el mero hecho de que en un Estado la Magistratura contencioso-administrativa se nutra con cierta independencia de la Magistratura que integran los Tribunales que hayan de garantizar los derechos privados, o que hayan de repa-

---

(65) *Le giurisdizioni speciali amministrative*, en el «Tratatto» de Orlando, vol. III, página 512.

rar el Derecho penal reprimiendo los delitos, impartiendo los jueces a las diversas litis su especial técnica, tenemos algún fundamento para decir que se trata de una Magistratura especial y, por tanto, de una jurisdicción especial.

No basta, como dice SANTI ROMANO, para que la jurisdicción sea especial que la ejerciten quienes a su vez tienen otras actividades funcionales políticas distintas, *verbigracia*, cuando siendo Administración en determinados momentos se despoja del carácter de tal y le incumbe ejercitar actos jurisdiccionales como los Tribunales económico-administrativos, y que luego, en determinados casos, realizan actos jurisdiccionales. Serían sólo estos Tribunales, para SANTI ROMANO, los que realizan la jurisdicción especial, ni siquiera para él lo sería el Consejo de Estado francés—y su hermano gemelo, el italiano—, que no se integra con miembros de la Magistratura ordinaria y que depende de la Administración, en cierto modo, pues su jefe nato es el Guardasellos o Ministro de Justicia.

3. Nosotros sostenemos que aun dentro del Poder judicial, apartado del Poder ejecutivo o del administrativo, lo diremos con las mismas palabras de la Exposición de Motivos (párrafo 1.º) de nuestra Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, «esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional» (66). Los Tribunales contencioso-administrativos realizan una jurisdicción especial, porque el juicio en que se aplica la disciplina científica a ellos encomendada—la revisión o control de una situación jurídico-administrativa concreta (67) a ellos atribuida—es especial, hasta el punto de que en muchos Estados, y en nuestro país, entre ellos, según el artículo 16 del Código civil, el Derecho común es un Derecho supletorio de esta legislación administrativa. La excepción confirma la regla. El propio Preámbulo o Exposición de Motivos de nuestra Ley, párrafo 1.º, expresa que la naturaleza del procedimiento contencioso-administrativo se remite a una Ley especial.

Todo esto no es óbice para que podamos aplicar antes que el Derecho civil, la costumbre o los principios generales del Derecho administrativo o del Derecho público, sólo en su defecto aplicaremos el Derecho civil, pero no en la laguna procesal contencioso-administrativa, sino, en defecto del Derecho administrativo, en materia administrativa,

(66) Vid. VILLAR Y ROMERO, *Comentarios a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 1957, pág. 10.

(67) MIELE, *Principio di Diritto amministrativo*, 1953, págs. 13 y 14.

pues al ser jurisdicción lo Contencioso-administrativo, le será aplicable las normas procesales comunes, las de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, subsidiariamente, según dispone la Ley de lo Contencioso, disposición adicional 6.ª, y, como dice GONZÁLEZ PÉREZ (68), con las especialidades propicias de la materia sobre que versee.

4. Tenemos ya una materia especial en el Derecho administrativo con respecto al resto del Derecho, pero cuando se llegue, como debe ser el *desideratum*, a constituir diferentes Tribunales con Magistratura de cuerpo distinto y con escalafón también distinto del que nortre hoy los Tribunales ordinarios, lo cual el camino queda iniciado por la nueva Ley de lo Contencioso, para enjuiciar los litigios administrativos con arreglo a ese Derecho especial, podemos decir que es especial semejante Magistratura.

Pese a la división del trabajo, los Tribunales penales, civiles y a veces mercantiles y sociales son comunes u ordinarios por estar constituidos corrientemente por miembros de un cuerpo de Magistratura única. Empero, cuando a su vez estén nutridos por los de un especial Cuerpo de Magistratura, tendrán un mismo rango de especialidad que los Tribunales contencioso-administrativos; o para mejor decir, no sabríamos distinguir cuáles son especiales y cuáles ordinarios, más bien serían o constituirían Tribunales especiales o especializados cuantos sean los Cuerpos de Magistratura diferenciados, aplicando diversas disciplinas jurídicas. Aun dentro de la Magistratura ordinaria las actuaciones procesales se sustancian hoy separadamente unas de otras, con especialidad las penales respecto de las civiles (69).

5. Nosotros entendemos que se debe tender a especializar a las distintas Magistraturas, sobre la base de licenciados en Derecho que tienen

(68) *Derecho procesal administrativo*, t. I, 1957, pág. 39. Vid del mismo autor, *El cómputo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo*, núm. 33 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1960, págs. 114 y sigs.

(69) G. PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, 1957, pág. 38, dice que: «a las jurisdicciones especiales en que el legislador ha creído prudente excluirlos del conocimiento de la ordinaria, atribuyéndose el conjunto de órganos jurisdiccionales diferenciados de los que constituyen la jurisdicción ordinaria. Por eso, en sentencia de la Sala primera, de 27 de junio de 1946, se dice que «fuente y raíz de competencia, en materia civil, la jurisdicción ordinaria, atribuye y atrae al conocimiento de los jueces y Tribunales de esta clase cuantos negocios civiles se susciten en el territorio español y no están exceptuados por ningún precepto especial, y este principio reiteradamente declarado por la jurisdicción y acogido por eficacia preceptiva en los artículos 2.º y 267 L. O. P. y 51 L. E. C., constituye la base obligada y determina el criterio recto a que han de ajustarse para ser decididas las cuestiones y los recursos que versen... sobre competencia o falta de ella por razón de la materia».

cultura jurídica general y abstracta dentro del Poder judicial. No se puede obrar técnicamente con competencia absoluta sin tener una preparación de estas materias que a la vez son contrapuestas a las que maneja la Magistratura ordinaria, que tiene propensión a dar primacía a los derechos privados frente a los derechos de la Administración, que jurídicamente deben prevalecer, y entonces no sobrevendría el fracaso de los Tribunales, o a la inversa veríamos progresar las instituciones jurídico-administrativas, a pesar de que no sea la Administración quien realice esta jurisdicción contencioso-administrativa.

6. ¿Por qué—preguntamos—nuestra propugnación a la especialidad de los Tribunales contencioso-administrativos? La especialidad de los Tribunales contenciosos nace de la especialidad del Derecho que aplica, del Derecho administrativo, y en España también del Derecho fiscal.

El Derecho administrativo y el Derecho fiscal son especiales en contraste con las disciplinas y ramas del tronco del Derecho privado: Derecho civil, Derecho penal, Derecho mercantil y, en cierto aspecto, Derecho social o del trabajo, y dentro del Derecho público, es una rama diferenciada del Derecho político y del internacional, que, generalmente, no tienen Tribunales permanentes para acudir los ciudadanos a los Estados por las infracciones que cometan los Gobiernos o los Estados, a fin de que juzguen tales infracciones, salvo los pactos o convenios estipulados entre los Estados en cuanto se remiten al Tribunal de Justicia de la Haya.

Ello no quiere decir que respecto del Derecho administrativo no haya también un Derecho *sub especial, lege lata*, dentro del marco de la teoría general, sobre organización administrativa, dominio público, expropiación forzosa, procedimiento administrativo, y un Derecho administrativo especialísimo en atención a una actividad teleológica: Derecho agrario, Derecho militar, Derecho penitenciario, Derecho de policía, Derecho minero, Derecho sanitario, Procedimiento administrativo sobre Contrabando y Defraudación—extensivo *ad absurdum* a los delitos monetarios—; y hasta si se quiere atendiendo a la organización especial: Derecho institucional, Derecho de administración local, frente al de la Administración central o general del Estado.

En España se acaba de publicar, atendidos los estudios jurídicos por finalidad administrativa, un libro intitulado *Derecho administrativo especial*, por GUAITA, Catedrático de Derecho administrativo de Zaragoza (70), y ha habido la disciplina académica de Derecho municipal

(70) Ed. 1960, págs. 13-15.

en el doctorado de Derecho hasta la vigencia de la Ley de Ordenación Universitaria y en la Escuela de Administración Local, de Barcelona, hasta el advenimiento de la República, aparte del que se cursa, intitulado *Derecho de entidades locales*, en la Escuela Nacional de Estudios de Administración Local y Estudios Urbanos, que forma parte del Instituto de Administración Local (71).

Empero nosotros la especialización que prejuzgamos para los jueces administrativos es la de las ramas de Derecho público, esencialmente el administrativo y el fiscal, en su parte general, y, a su vez, en las subespecializaciones de que dejamos mérito, lo cual supone un caudal de conocimiento jurídico elevado, a agregar a los conocimientos de Derecho privado y otras ramas del Derecho público, en las que se estudian los actos políticos—excluidos al menos, los del Gobierno, del recurso contencioso-administrativo por el artículo 2.º, apartado b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 (72)—, que los futuros jueces hayan recibido en los estudios de carrera al paso por las Facultades de Derecho.

## VII. PERSPECTIVA DEL PROBLEMA VISTO DESDE LA NUEVA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

### 1. *Tribunales regionales.*

La nueva Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956 tiene, ciertamente, un buen contenido no sólo de independencia judicial, sino de especialización de los Tribunales que reorganiza, sobre todo con la introducción de un turno para cubrir la tercera parte

(71) Creado por Ley de 6 de septiembre de 1910 y reglamentado por Decreto de 24 de junio de 1941.

(72) Al decir la Ley del Gobierno, en genitivo, y no de Gobierno, debiera excluirse sólo los dictados por órgano colegiado suscrito por el Jefe del Estado, aunque sólo lo fuera por un Ministro; pero no el dictado simplemente por un Ministro (ejemplo, una multa). No obstante, la jurisprudencia los considera controlables, y a ello se asocia GUAITA, en su trabajo *Actos políticos y justicia administrativa*, publicado en el tomo II del Homenaje al profesor Legaz (1960), págs. 918 y 19, citando las sentencias del Tribunal, excluyendo actos de la Presidencia del Gobierno de 20 de mayo y 13 de noviembre de 1957 y 17 de junio de 1958; del Ministerio del Gobierno, sentencia de 8 de febrero de 1959; del de Trabajo, sentencias de 13 y 17 de abril y 12 de junio de 1957; del Ministerio de Agricultura, sentencia de 11 de febrero de 1957; del de Comercio, sentencia de 14 de abril de 1957. Sustenta nuestro criterio GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos en materia de orden público*, «Documentación Administrativa», marzo, 1961, número 39, pág. 18. Llega a considerar como acto no político, los acuerdos del Consejo de Ministros «cuando se dicten en ejercicios de las potestades ordinarias que en materia de orden público reconoce la Ley»; hermenéutica excesivamente lata.

de las Salas de lo Contencioso en las Audiencias territoriales, en virtud de su artículo 21, apartado b), por la oposición especializada entre funcionarios de la carrera judicial y fiscal, con tres años de servicios efectivos, pero en punto a la especialización, se orienta en sus rasgos fundamentales en la trayectoria ya expresada, aun quedando poco perfilada, al mutilar las Cortes algunos preceptos del proyecto de Ley, no permitiendo que pudieran hacer oposiciones en dicho turno miembros de otras carreras, sobre todo de cátedras de Derecho administrativo, Hacienda pública y Derecho fiscal: Abogados del Estado, Letrados del Consejo de Estado y Secretarios de Administración local, primera categoría, todos con una preparación destacadamente administrativista.

Lo que no podía ser es que tuvieran acceso a la Magistratura administrativa directamente por oposición, jóvenes sin más que poseer el título de Licenciado en Derecho, y sin una experiencia administrativa, más o menos amplia, en el ejercicio de la profesión pública que obtuvieran ya por oposición, al igual que se exige a los de carrera judicial y fiscal, pero no hay razón para impedir a tales especialistas la oposición en concurrencia con funcionarios de estas carreras, pues ello equivale a hacer de las mismas una clase cerrada que no va con los nuevos tiempos de tecnificación especializada.

Si en el proyecto de Ley se incorporaban a la Magistratura de los Tribunales territoriales, Letrados bisoños inexpertos, mediante libre oposición de Licenciado en Derecho sin pertenecer al Cuerpo de especialistas de Derecho administrativo, con daño de la técnica especializada que hemos propugnado, ahora en el texto de la nueva Ley no se reserva ningún turno a tales especialistas.

Si los funcionarios de alta categoría de tales Cuerpos pueden ser Magistrados del Supremo, ¿por qué no haber admitido a los de las inferiores, o por lo menos a las de las categorías intermedias, a la oposición para Magistrados de Audiencias territoriales? Ni el ingreso instantáneo o improvisado de Licenciados en Derecho sin experiencia jurídico-administrativa, ni el veto para ingresar por oposición a los juristas avezados en cuestiones jurídico-administrativas, debiera prevalecer; máxime si no han de participar de cajas nutridas con fondos de procedencia fiscal. Así el título académico y la práctica se compaginarían con la doctrina obtenida que, como dice la Ley de lo Contencioso-administrativo, tenderá a verificar, además de los conocimientos jurídicos generales, la especialización jurídico-administrativa.

A nuestro modo de ver el problema hubiera quedado más centrado sin estas dos soluciones extremas: la inexperiencia y la de madurez no especializada.

Para los Magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo (artículo 21 de la Ley) también existe un primer turno de nombramiento: Dos terceras partes entre Magistrados, con categoría para serlo de la Audiencia territorial respectiva, por concurso en el que se estimará como mérito preferente la especialización en Derecho administrativo.

Los méritos preferentes a que se refiere dicho apartado, para Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales, se especifican en el número 2 de la Orden de 26 de abril de 1958, agrupados en los siguientes apartados: a) Haber actuado como Magistrado vocal en Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por tiempo no inferior a un año. b) Ser o haber sido Catedrático durante cuatro años, profesor adjunto por oposición de Derecho administrativo, Hacienda pública o Derecho fiscal en las Facultades de Derecho o Ciencias Políticas y Económicas y Comerciales, o bien Letrado del Consejo de Estado, Abogado del Estado, Letrado del Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia o del Cuerpo facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Letrado de las Cortes, Auditor de los Cuerpos jurídicos de Tierra, Mar y Aire o secretario de administración local de primera categoría, todo ello dentro de lo prevenido en la legislación sobre incompatibles de la carrera judicial. c), Estar diplomado en los cursos de administración pública de los Institutos de Estudios Políticos o de Estudios de la Administración local, o, en su caso, de la Escuela judicial, hoy podía agregarse de la Escuela de Alcalá. d) Haber publicado obras y otros trabajos científicos sobre Derecho administrativo o Derecho fiscal, o ser doctor en Derecho y en ciencias políticas, económicas o comerciales con tesis que versen sobre Derecho administrativo, Hacienda pública o Derecho fiscal.

Dichos méritos, según la propia Orden de 26 de abril expresada, serán apreciados discrecionalmente por el Ministerio, y en su defecto, se podrán tomar en cuenta cualquier otro que acredite especialización en Derecho administrativo o fiscal; más si es discrecional el apreciar entre sí la prelación de dichos méritos, en cuanto a su calidad, no creemos que lo pudiera ser en función de la cantidad de ellos, es decir, que el que reúna dos o más de ellos debe ser preferido al que reúna una sólo; de no haber otras circunstancias peyorativas del concurrente.

Los ejercicios de la oposición (73) para el ingreso por el turno comprendido en el apartado *b*), anteriormente consignados, son tres, los cuales consisten:

a) El primero en desarrollar por escrito, en el plazo máximo de tres horas, un tema designado por la suerte de un temario de treinta temas de carácter monográfico, que redactará el Tribunal sobre las materias del programa, temario que habrá de ser publicado con un mes de antelación a la fecha del comienzo del ejercicio.

b) El segundo turno, el de oposición, consistirá en la exposición oral, en el plazo máximo de hora y media, de cinco temas designados por la suerte, uno de cada una de las materias siguientes por: Principios de Derecho público, Derecho administrativo (*parte general*), Derecho administrativo (*parte especial*), Derecho fiscal y Derecho procesal administrativo, del programa que se publique oportunamente, pudiendo la Orden de convocatoria autorizar que los opositores dispongan de un breve tiempo para preparación de la exposición oral, con cuya innovación se racionaliza el sistema de oposición, desterrando el rutinarismo y el memorismo, pues hasta ahora las oposiciones semejan verdaderas competiciones de exhibición de papagayos.

c) El tercero consistirá en la resolución, en el plazo máximo de cinco horas, de un caso práctico que el Tribunal determinará, pudiendo disponer los opositores de textos legales que el Tribunal señalará y pondrá a su disposición.

Esta solución de recluta de los Magistrados de los Tribunales administrativos que el actual Ministro de Justicia, señor Iturmendi, introdujo en la nueva Ley de lo Contencioso, es francamente loable.

## 2. *Tribunal Supremo.*

El problema de la especialidad se halla atendido en las Salas de lo Contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo (artículo 20, número 2, apartado *b*) y *c*), de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27

---

(73) El Tribunal que juzgará en Madrid tal oposición, según la disposición 4.<sup>a</sup> de la Ley de lo Contencioso, será nombrado por el Ministerio de Justicia, y será presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o el de la Sala del mismo Tribunal en quien delegue, y estará constituido por los Vocales siguientes: *a*) Dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de los que uno será del Tribunal Supremo y otro de la Audiencia Territorial; *b*) Dos Catedráticos de Universidad, uno de los cuales, al menos, será de Derecho administrativo; *c*) Un Letrado del Consejo de Estado; *d*) Un Abogado del Estado; *e*) Un Abogado en ejercicio designado por el Colegio de Madrid; *f*) El Jefe de la Sección de Personal de las Carreras Judicial y Fiscal del Ministerio de Justicia, que actuará como Secretario.



de diciembre de 1956) con cierta atenuación, mediante el turno tercero de los procedentes de carreras administrativas y académicas; y mediante el turno segundo reservado a los Magistrados adscritos a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales, con diez años de servicio en los mismos, aunque quizá convendría establecer unas ciertas prelaciones de méritos contraídos en estudios del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración; y algún requisito de méritos también debiera figurar para el primer turno, como exigir actividades jurisdiccionales, académicas o publicitarias en materia jurídico-administrativa de *iure condendo*, y sobre todo de *iure conditio*, o sea, en el turno que se abre entre Magistrados con arreglo a las normas que rijan la promoción del procedente de la carrera judicial—¿y por qué no también de la fiscal?—, pues si bien es indispensable estas disciplinas iusprivatísticas en los Tribunales contencioso-administrativos, para la configuración de ciertos negocios jurídicos sometidos al Impuesto de Derechos reales, al de Emisión y Negociación de valores o al de Personas jurídicas, y el Derecho penal, para la aplicación de la legislación de Contrabando y Defraudación y de Delitos monetarios—hoy llevados en grado jurisdiccional a la Sala 3.ª de lo Contencioso-administrativo del Supremo, que, a mi modo de ver, tratándose de sanciones de carácter afflictivo, aunque sea subsidiariamente, con la privación de libertad, debiera pasar a la Sala 2.ª de lo Criminal en su última instancia—, no menos importante es tener un conocimiento profundo y seguro de la naturaleza jurídica del dominio público común o especial (aguas, minas, bienes comunales, etc.), de las propiedades especiales intelectual e industrial, en cuanto interesa su difusión a la sociedad, de los Derechos reales administrativos y de las limitaciones administrativas de las propiedades, de los contratos públicos, de la expropiación forzosa, de la prescripción administrativa del aprovechamiento de aguas, instituciones y figuras jurídicas que guardan cierta distancia del dominio privado, de la transmisión privada de las propiedades especiales, de los Derechos reales civiles, de los contratos privados civiles o mercantiles, sobre todo la expropiación forzosa, de la compraventa; y es preciso tener concepto claro de la imposición tributaria y de las exacciones locales, en su diversificación técnica tan ajena al concepto de renta, de la procedencia de anular o inaplicar las disposiciones generales de rango inferior a la Ley, de la apreciación jurídica de la desviación de poder, etcétera (74).

(74) *P inapplicabilità degli atti amministrativi*, 1950, págs. 191 y sigs. *La disapplicazione delle giurisdizioni speciali*.

Hay que reconocer, sin embargo, que en la realidad, sin exigirlo la Ley, se han seleccionado Magistrados competentes en materia o estudios administrativos.

Empero, el que se acierte en nombrar Magistrados de la carrera judicial para los Tribunales contencioso-administrativos, no autoriza a cerrar la entrada en dicha carrera para estos Tribunales de procedencia académica o administrativa, ni aun para sus Presidencias, pues ello equivaldría a tanto como a parcializar la justicia, en vez de vigorizar la competencia.

Como réplica al régimen clausal de la clase judicial, se opone la de que en otras carreras no se introducen turnos para los procedentes de las judicial o fiscal. Ciertamente que la objeción contiene una dosis grande de razón opositora; pero yo no propugno una infiltración en la carrera judicial ordinaria de miembros de otras carreras jurídicas, salvo de las académicas, lo cual esto se admite en los Tribunales y Cortes supremas europeas, sino la especialización de los Tribunales contencioso-administrativos. El *desideratum* sería contemplar una escala independizada de la ordinaria judicial, con ingreso en el Cuerpo; pero en los grados superiores, para el progreso de la ciencia jurídica especializada y estímulo de los propios componentes de la escala aislada, sería ilógico prescindir de la incorporación de personas de carreras administrativas o de otras escalas judiciales.

Empero, recíprocamente se pueden designar Catedráticos extraordinarios por el Ministerio de Educación Nacional, según el artículo 61 de la Ley de Ordenación de Universidades españolas de 29 de julio de 1943, en personas que ostenten títulos académicos y superiores—consecuentemente miembros de las carreras judicial y fiscal—de notorio prestigio científico y los designados gozarán de los mismos derechos o prerrogativas que los Catedráticos numerarios. Por tanto, pueden ser designados Rectores de Universidad y Decanos de las Facultades Universitarias.

Estas designaciones de Catedráticos, no pertenecientes al Escalafón general de numerarios, existía ya en virtud de lo dispuesto en la Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857, pues así lo autorizaba su artículo 171, por cuya autorización fueron nombrados profesores extraordinarios de Universidad los doctores MARAÑÓN, YAHUDA y OBERMAIER; como lo fué don EUGENIO D'ORS, en virtud de lo prevenido en dicho artículo 61 de la vigente Ley de Ordenación Universitaria.

El Ministro de Educación Nacional puede nombrar a un prestigioso

Juez o Magistrado, Catedráticos de Facultad de Derecho—por cierto, sin requisito mínimo de años de ejercicio profesional—, a lo que no puede corresponder con la misma moneda el Ministro de Justicia, pues sólo está facultado a proponer al Gobierno como Magistrado del Tribunal Supremo, a un Catedrático de Derecho con más de veinte años de servicio, si es para Salas de Derecho común, o sólo con quince años de servicio si para las especiales sobre lo Contencioso-administrativo.

