

HACIA UN NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

SUMARIO: I. Planteamiento inicial.—II. Evolución histórica.—III. Jurisdicción de hacienda, contencioso-administrativa y ordinaria.—IV. Lo económico-administrativo.—V. Relativismo en aquella época: La desamortización, impuestos, actuación privada del Estado.—VI. El Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1868. La Unificación de Fueros.—VII. Contratos y Responsabilidad. Aumento del relativismo.—VIII. Actuaciones no modificables.—IX. Posibilidad de la reforma.

I

Quizá parezca aventurado el título del presente trabajo, teniendo en cuenta la importante reforma que la justicia administrativa ha tenido en España a partir de 1957; sin embargo, con las meditaciones que siguen, se trata de proponer una reforma de más fondo en este sistema tradicional con el fin de dar a la pujante organización contencioso-administrativa actual todas las competencias que enmarcan a la Administración pública. Si este criterio que vamos a defender es acertado o no, sólo al lector corresponde decidir. La propuesta es ésta: *en cuantos litigios sea parte la Administración pública de forma única o litisconsorcialmente, la competencia debe ser de las Salas de lo Contencioso-administrativo.*

Uno de los pilares básicos del Estado de Derecho que ha sido elevado a la categoría de *derecho fundamental*, reconocido expresamente en numerosos textos constitucionales y aun en Leyes constitucionales independientes (como en España) es el de la *seguridad jurídica*. Por ella hemos de entender una situación especial que supone: 1.º Una confianza popular en el Ordenamiento jurídico. 2.º Una apoliticidad de éste, es decir, carencia de sentido partidista. 3.º Una claridad en la formulación de las normas y en el régimen de defensa de los derechos en juego.

La estabilidad no es sólo un patrimonio de lo económico, sino también de lo jurídico, y ello quiere decir que en ambos campos existen balanzas de pagos que pueden estar equilibradas o desequilibradas en cuanto a su contenido, y por ello la urgente tarea, tanto del jurista

como del economista, es brindar los medios necesarios para buscar el tan anhelado equilibrio.

Si estas líneas pueden servir como punto de arranque para esta consecución, habremos obtenido la finalidad que las anima. La política será después la que, a la vista de los datos ofrecidos por la técnica, podrá decidir si conviene o no buscar una fórmula que tienda a la seguridad jurídica en el campo de la justicia administrativa en España.

II

La justicia administrativa en España ha sido un producto de importación procedente de Francia que no ha tenido en cuenta la propia realidad del sistema en la que se implantaba. Una ojeada histórica a su evolución aclarará estas ideas.

A) A través de nuestra Historia la gestión económica de los problemas de Gobierno y Administración se centralizaba, por lo que a la Corona o Estado se refería, en la Cámara económica o Cámara real, sin que en los documentos de la época hallemos referencias abundantes a la palabra «fisco» (una larga investigación en los legajos existentes en el Archivo Histórico Nacional en relación con el Consejo de Hacienda, nos lleva a hacer esta afirmación). Aquella gestión económica afectaba de manera directa a las ventas y donaciones de señoríos jurisdiccionales, de oficios, de bienes reales tales como salinas, minas, arrendamiento de recaudaciones de impuestos y, en general, a las relaciones con los asentistas de la real Hacienda. Como es lógico, las controversias surgían periódicamente a consecuencia de estas relaciones. El Consejo de Hacienda juzgaba normalmente estos casos, si bien el monarca, en ocasiones, por sí y ante sí, dictaba sentencia haciendo justicia a su leal saber y entender. También aquí hemos encontrado numerosos documentos, sobre todo de la época de Felipe IV, en donde se refleja esta *avocación* de competencias de las Audiencias y del propio Consejo de Hacienda.

La doctrina de la época, manifestada sobre todo en las clásicas *alegaciones* de los Fiscales del Rey distinguía entre la actuación a través de las cuales el Rey no se desposeía de su magnificencia soberana, y aquellas otras actuaciones en donde no brillaba esta superioridad (1). En

(1) La voz «fisco» se emplea por la doctrina, pero no es corriente en la documentación original del despacho oficial. En la obra de FAJARDO, *Iuris Allegationum fiscalium* de 1671, se pueden encontrar las principales doctrinas vertidas y recogidas en las controversias surgidas en aquellas épocas. Merece que citemos la primera Alegación (que, como todas, se inicia con las palabras: «pro regio fisco»), en la que argumenta la posibilidad de revocar determinados privilegios concedidos por el Rey. «*Quando enim Princeps contrahit, consideratur uti privatus: cum vero redimit, id facit tanquam Princeps*»... «*cui cum bona Reipublicae data sint pro dote vel pro oneribus ferendis, non potest illa distrahere; vel ex necessitate distrahat, tenetur recuperare*» (pp. 2-14).

cierto sentido, la distinción que se encuentra en la doctrina de los clásicos, de regalías mayores y menores, viene a ser un reflejo de la anterior.

A pesar de esta diferenciación doctrinal, nunca adquirió rango de derecho constituido, y por ende el binomio público-privado fué desconocido en la actuación de esta antigua jurisdicción de Hacienda.

B) El ordenamiento del Estado de Derecho supuso como principio cardinal la separación de las funciones administrativas y judiciales. Un Real Decreto de 24 de marzo de 1834, fecha en que se derrumba el antiguo régimen en España, expresaba en su preámbulo:

«Muchas son las causas que han producido en el sistema administrativo tantas confusiones y desarreglos, pero pocas de mayor trascendencia y de influjo más pernicioso que la mezcla de atribuciones judiciales y administrativas en los mismos cuerpos y autoridades.»

Consecuencia de lo anterior fué suspender el funcionamiento del Consejo de Estado; se suprimieron los Consejos de Castilla e Indias, creándose el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y asimismo se suprimió el Consejo de Hacienda, creándose el Tribunal Supremo de Hacienda Pública.

Este primer arreglo del sistema administrativo no trajo como consecuencia la garantización de los derechos individuales.

En todos los países el paso del antiguo al moderno régimen se llevó a cabo a través de un período de indefensión más o menos acentuado, y en España esto se produce desde 1834 a 1845, período en el que el anterior Tribunal Supremo de la Hacienda pública es suprimido al poco tiempo de creado y organizado (esto último lo fué por Real Decreto de 19 de abril de 1834 y la supresión por Real Decreto de 13 de septiembre de 1835), y los Jueces ordinarios establecidos en los partidos cuya división se llevó a cabo por Real Decreto de 21 de abril de 1834, no se estimaban competentes para entender en litigios administrativos. Es más, diversas Disposiciones tuvieron que publicarse prohibiendo a los Alcaldes y Corregidores (hasta que estos últimos desaparecieron) el conocimiento de cuestiones judiciales, ordenando la remisión de los procesos pendientes a los Jueces-letrados.

Este período de indefensión era consecuencia lógica de las ideas políticas imperantes en el momento, que envolvían una cierta contradicción porque por una parte se oponían a que los Jueces-letrados (poder judicial en el sentido estricto) intervinieran en los asuntos administrativos, con lo cual el administrado quedaba indefenso, ya que aquéllos tan sólo se creían competentes en las cuestiones civiles. Es precisamente ahora cuando va a surgir el problema de la distinción entre lo público y lo privado a efectos judiciales, lo que no hubiese sucedido de haber declarado su competencia tales Jueces desde el principio, en los asuntos administrativos. Por otra parte, la Administración tampoco podía intervenir en los asuntos judiciales. A juzgar por la disposición que sigue, la mentalidad de la época estaba muy habituada a acudir al Rey

para que forzara por medio de órdenes e instrucciones a sus Jueces el fallo de determinados asuntos. Esto fué lo normal en el absolutismo (2). El Real Decreto de 21 de marzo de 1834 dispuso que no se diera curso a instancias dirigidas por las Secretarías de Despacho sobre la justicia o injusticia de pretensiones o negocios que se hallaban pendientes en los Tribunales, ni se permitiera la alteración de trámites, ni variar el número de Jueces, ni, por último, reabrir pleitos fenecidos.

Esta disposición es muy aleccionadora, pues se dicta cuando se está pasando del antiguo al moderno régimen y todavía la mentalidad no podía comprender lo que este cambio supondría para la estructuración del Estado.

Pero lo interesante es considerar que en este período existen Subdelegaciones de rentas con atribuciones judiciales en la materia de Hacienda, es decir, en la gestión económica del Estado, y tan es así, que su trayectoria histórica llegará, como vamos a ver, hasta 1868.

C) La Ley de 1 de enero de 1845 delegó poderes en el Gobierno para la organización civil del Estado. Esta es la primera disposición seria para transformar España en un Estado a la moderna y consecuencia de ella fué, por una parte, la Ley de 2 de abril de 1845, que estableció la justicia administrativa en manos de los Consejos provinciales, y la de 6 de julio del mismo año, restableciendo el Consejo real y otorgándole competencias judiciales en dicha materia.

No vamos a hacer una reseña detallada de las competencias de ambos órganos, pero sí me interesa destacar que entre ellas se mencionan las relativas a contribuciones provinciales y municipales y en todos los demás ramos «para los que no se establezcan Juzgados especiales» (artículo 9.º de la Ley de 2 de abril de 1845). La competencia del Consejo Real no era de atribuciones, sino de cláusula general, como se desprende del artículo 11 al referirse a los asuntos contenciosos de la Administración.

Al lado de esta jurisdicción general se mantienen los Intendentes y las Subdelegaciones de rentas (el Real Decreto de 27 de noviembre de 1835 establecía una primera instancia en manos de los Intendentes y Subdelegados, con apelación a la Audiencia Territorial respectiva).

A consecuencia de esta coexistencia de jurisdicciones, había que entender que toda la materia relativa a contribuciones e impuestos era competencia de los Consejos Provinciales y del Consejo Real, mientras que a los Intendentes y Subdelegados de rentas les correspondían los demás asuntos en que el Estado se manifestaba—digámoslo con palabras de la época—«como persona jurídica» (terminología ésta que, por desgracia, se mantiene en bastantes ocasiones).

D) El Real Decreto de 20 de junio de 1852 reorganizó la juris-

(2) Sobre estas cuestiones Vid. mi *Curso de Derecho Administrativo*, 1961, pp. 18 ss. y 55 ss.

dicción de Hacienda y se publicó por razones de urgencia en forma de Decreto lo que era un proyecto de Ley con el siguiente contenido:

1.º Se suprimen los Juzgados de las Subdelegaciones de Rentas, pasándose los negocios pendientes a los Consejos Provinciales o a los Jueces de Primera Instancia, según fuese su carácter contencioso-administrativo o judicial.

2.º La apelación, en este último caso, correspondía a las Audiencias.

3.º Se habilitaba al Ministerio de Hacienda, por sí o a través de la Dirección de lo Contencioso, para pedir a los Jueces y Tribunales noticias o informes sobre los asuntos fiscales.

4.º El artículo 16 disponía que en los negocios civiles o criminales en que sea parte la Hacienda pública, se aplicará el derecho común en lo no previsto en las Disposiciones especiales o Instrucciones.»

En realidad, no se suprimió totalmente la jurisdicción de Hacienda, sino que se residenció en los Jueces de Primera Instancia, pero especiales.

4

III

En estos momentos, por tanto, coexistían en España los Juzgados de Hacienda en Primera Instancia, los Consejos Provinciales y Consejo Real como jurisdicción contencioso-administrativa y los Jueces ordinarios. Este complejo orgánico judicial produjo innumerables roces para discriminar sus competencias. Pasemos reseña brevemente a algunos de ellos.

Una Real Orden de 15 de marzo de 1846 declaró la incompatibilidad entre los cargos de fiscal del Juzgado de Hacienda (todavía de las Subdelegaciones de rentas) y el de Consejero provincial, señal de que las materias de sus competencias eran concurrentes o al menos difusamente delimitadas. Una Circular de 6 de abril de 1858 del Asesor general del Ministerio de Hacienda a los Fiscales, disponía que era contencioso-administrativa la materia de las subastas y arrendamiento de bienes nacionales y de actos posesorios que se derivaban, y eran negocios civiles todos los referentes a dominio de bienes o a derechos que se basaran en títulos anteriores o posteriores a las subastas o independientes de ellas. Por su parte, los relativos a las contribuciones directas del Estado eran contencioso-administrativos.

Un Real Decreto de 23 de septiembre de 1846 disponía que los litigios civiles sobre los ramos de correos, caminos, canales y puertos, salvo que se trate de problemas de dominio y propiedad, serían de competencia de los Consejos Provinciales o el Consejo Real, según los casos. En cuanto a los contratos, un Real Decreto de 17 de julio de 1849 modificó el párrafo 1.º del artículo 1.º del Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, suprimiendo la palabra «civil» junto a «contratos».

Todas estas disposiciones del siglo XIX tienen una característica común, y es la de recoger criterios doctrinales en boga durante el mismo, incluyéndolos en sus preámbulos y, a veces, incluso en su articulado.

IV

La coexistencia de las jurisdicciones que hemos mencionado anteriormente aún se verá complicada por una nueva que va generándose a través de estos años: la económico-administrativa. Un Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, refiriéndose a la tramitación de los expedientes económico-administrativos, afirmaba que debía ser similar en forma y solemnidad a los de un juicio verdadero, ya que se hacían declaraciones de derechos, lo que no sucedía en los demás expedientes en que la Administración se limitaba a reconocer o negar una petición.

Como se ve por las citas anteriores, durante el siglo XIX, sobre todo antes de 1868, el régimen español va gestándose a base de deslindes de campos no muy bien caracterizados. Por una parte, lo civil, lo administrativo y lo fiscal, y por otra, la reminiscencia histórica de la tramitación solemne y formal en las reclamaciones económico-administrativas.

V

Conviene ahora que examinemos cuál era la consecuencia práctica de este pugilato dialéctico plasmado en las disposiciones mencionadas. Las dificultades de catalogar determinadas actuaciones de la Administración entre las civiles o típicamente administrativas a efectos judiciales, se manifestó en un relativismo de grandes proporciones:

1.º El problema de la *desamortización*, por ejemplo, daba lugar a tres actos jurídicos distintos cada uno de ellos, con un tratamiento independiente: el acto de desamortización o incautación, las ventas, arrendamiento, redención de censos, etc., y la posesión que se otorgaba al particular adquirente. Estas tres fases eran de la competencia de la Administración y de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que relacionaban directamente al Estado con el propietario desamortizado. En cambio, la que surgía entre el Estado y comprador o adquirente a cualquier título, era una relación civil de competencias de los Jueces ordinarios (no de la jurisdicción especial de Hacienda).

2.º En materia de *impuestos*, la distinción entre los directos y los indirectos suponía un trato contencioso distinto, ya que las controversias

surgidas respecto de los directos eran típicamente administrativas, pero no así las de los indirectos (3).

3.º Por su parte, los Jueces de Hacienda entendían en aquellas materias en que se discutían derechos del Estado como *persona jurídica*, tales como tercerías, arrendamientos o ventas de bienes no desamortizados, etc.

La consecuencia que se dedujo de esta forma de enjuiciar el problema de la competencia administrativa fué la siguiente: La de estudiar de manera descriptiva sin criterio orgánico unitario, la materia administrativa, de tal forma que cualquiera de los Manuales del siglo XIX (y aun del XX y no lejanos) se limitan a examinar cada una de las materias afectadas por la intervención administrativa, determinando en qué casos la competencia es civil y en qué casos es contencioso-administrativa. Este método debe ser reprobado en términos científicos, aunque hay que reconocer su utilidad en el momento presente.

Uno de los medios de que se valió el sistema imperante para discriminar lo público de lo privado fué la denominada *venia* que los Gobernadores civiles o el Ministro respectivo, según el caso, debían dar antes de que el Consejo Provincial o el Consejo Real (llamado Consejo de Estado desde 1858), respectivamente, entendiesen en el litigio.

VI

La reacción contra el dualismo de jurisdicciones se produjo como consecuencia de la revolución y a través del Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1868, cuyo preámbulo merece destacarse:

«La jurisdicción contencioso-administrativa fué implantada en nuestra patria hace más de veinte años. Se le han quitado competencias a los Jueces ordinarios en materias tales como las *ventas de bienes nacionales, deslinde de montes públicos, expropiación forzosa* en cuanto a la forma de actuación, *contratos de obras públicas y daños* por su ejecución. En todas estas actuaciones la Administración pública se comporta como persona jurídica. Nada tiene que ver que se tengan en

(3) La doctrina entendía que la recaudación del impuesto indirecto no daba lugar a un acto administrativo y el directo sí. Esta distinción es incorrecta. Hoy día los impuestos directos e indirectos están más cerca de lo que se puede creer. En orden a la «repercusión» de sus efectos, está demostrado que todos los impuestos son repercutibles, o al menos el contribuyente trata de conseguirlo hasta su incidencia. Queda una diferencia en la técnica de recaudación, pero en ambos casos hay un acto administrativo. Lo que ocurre es que en los indirectos se diversifica el contribuyente *de iure* y *de facto*, afectando el acto en principio a uno de ellos. Basta repasar la forma de obtener la cuota de los contribuyentes obligados al pago en origen o en venta. En Francia esta distinción aún se mantiene, aunque también con las críticas generales de la doctrina y reconociendo su inadecuación. Ciertamente existen numerosas derogaciones. Vid. TROTARAS, *Précis de science et technique fiscales*, 1958, pp. 326 ss.

cuenta disposiciones administrativas en ellas, pues lo mismo sucede con toda clase de obligaciones litigiosas en que, además de las Leyes, se tienen en cuenta las condiciones de los contratos (Leyes especiales).»

Consecuentes con este preámbulo, suprimieron los revolucionarios los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado en cuanto jurisdicción contencioso-administrativa y suprimieron también el antejuicio o venia de la Administración, manteniéndose en la Sala tercera del Tribunal Supremo.

El preámbulo transcrito obliga forzosamente en los momentos actuales a plantearse la cuestión de si nuestro sistema de justicia administrativa es o no adecuado para resolver las controversias jurídico-administrativas. Entre las quejas que se manifiestan en dicho preámbulo hay algunas justificadas, por ejemplo, la de las ventas de bienes nacionales; sin embargo, en cuanto a los contratos de obras públicas y daños causados por la ejecución de éstas, la contestación tiene que ser diferente si la hacemos de *lege ferenda* o desde el punto de vista del derecho constituido. Precisamente lo que sostenemos y vamos a razonar es que las quejas del preámbulo del Decreto-Ley de 1868 deben servir para una reforma radical del sistema español.

Una segunda consecuencia del pensamiento de esta nueva generación fué la publicación del Decreto de 6 de diciembre de 1868, conocido por Decreto de Unificación de Fueros, y que en realidad no hizo sino suprimir de raíz la jurisdicción de comercio, y en cuanto a la de Hacienda, suprimió los últimos vestigios que de ésta quedaban: la primera instancia.

No vamos a relatar las vicisitudes históricas que a partir de este momento ha atravesado el sistema de la justicia administrativa en España. Sólo diremos de pasada que la dualidad de jurisdicciones ha conducido a una dualidad de regímenes en muchos casos justificados, pero en otros no, y que, por un fenómeno de inversión curioso, ambos regímenes, público y privado, se ven hoy desencajados de las causas que los crearon, que son—repito—los dos tipos de Tribunales existentes.

VII

Sobre dos pilares se asienta fundamentalmente el edificio de la Administración moderna en lo referente al sistema de garantías jurídicas, y son el *contrato* y la *responsabilidad*.

En otras ocasiones nos hemos referido a la importancia de estos conceptos para dar vertebración a la justicia administrativa, hasta el extremo de que la doctrina francesa de los actos de imperio y de gestión y del servicio público se ha basado precisamente en ellos.

Nos bastará demostrar que hoy día no sirven de base para mante-

ner la seguridad jurídica de los administrados, para lo cual vamos a proceder con separación:

1.º *Contratos.*

Según la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 3.º, apartado a), «las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, *cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, celebrados por la Administración pública cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie», serán de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La primera impresión que da su lectura es la de que todo contrato de la Administración ha caído en la órbita de lo contencioso-administrativo, puesto que habla de «*cualquiera que sea su naturaleza jurídica*», pero esta impresión se desvanece cuando se observa que se mantienen los vocablos «obras y servicios públicos de toda especie», lo que conduce al siguiente resultado: que la naturaleza jurídica se refiere a la inserción de un contrato dentro de una fórmula contractual (ejecución de obras, suministros, transportes, etc.) y no a su calificación de administrativo o civil, por lo cual el sistema anterior sigue en vigor, y ya vimos cómo las primeras controversias surgidas en 1846 se referían precisamente a los contratos.

Pero es que la dificultad, por una parte, de determinar lo que sean obras y servicios públicos, y por otra el error de creer que los contratos con finalidad distinta, pero celebrados por la Administración, nada tienen que ver con esta misma a efectos de impugnación, ha conducido a la creación fantasmal de una categoría de contratos híbridos y de difícil calificación.

Nos llevaría muy lejos, y no es de este lugar, el determinar lo que significan las palabras «obras y servicios públicos» en nuestras Leyes, que la mencionan constantemente. Por de pronto, obra y servicio son claramente diferenciables: la obra se construye y el servicio se presta. Por consiguiente, cuando hablamos de obras y servicios estamos hablando de construcción de unas obras y posterior prestación de un servicio. Puestos de acuerdo sobre este inciso inicial, es preciso seguir preguntándose: La construcción de una carretera por contrato le da a éste carácter público; pero ¿y la de un parque de deportes?, ¿y la de un teatro?, ¿y la celebración contractual de festejos por parte de los Ayuntamientos? En el campo de los servicios, la distribución de gas a los particulares o la distribución de agua, es un *servicio público*, así como es una *función pública* la defensa nacional o la justicia; pero ¿es servicio público la explotación de un cine o un teatro por la Administración?

No podemos hacer aquí un examen pormenorizado de cada una de

las manifestaciones de la Administración pública. Me remito para ello a otro lugar (4). Interesa solamente recalcar el *relativismo* en que nos movemos. No es sólo la dificultad de distinguir lo público de lo privado lo que conduce a este resultado, sino también el hecho de que numerosos contratos que todo el mundo *a priori* califica de civiles, tienen una gran trascendencia en el aspecto administrativo. La existencia de actos separables en el contrato pone de manifiesto la verdad de lo que se afirma. Un Municipio, por ejemplo, que quiera construir una carretera deberá escindir el proceso contractual en dos partes bien diferenciadas: por una, tramitará un expediente donde constará la aprobación de un proyecto, aprobación de un gasto económico, y posiblemente, la autorización de entidades superiores, y sólo después tendrá lugar la perfección de un contrato administrativo a todos los efectos. Ese mismo Municipio quiere comprar un inmueble para instalar sus servicios (la expropiación la utilizará supletoriamente en caso de negativa del propietario) y para ello precisa igualmente una primera fase similar a la anterior (aprobación del gasto, posibles autorizaciones, etc.). Entonces, no es posible hablar de contratos civiles o contratos administrativos en bloque, sino de partes diferenciales de cada uno de ellos. La desintegración de las instituciones jurídicas en fases (ligadas, pero con vida independiente) se impone en el momento presente, al igual que en lo físico la desintegración de las minúsculas células de la materia supone la superación más impresionante de una física racionalista que también actuaba por grandes categorías y con bloques dogmáticos: tal era la física newtoniana.

De mantener este sistema por bloques de instituciones y no por parte de ellas, habrá que llegar a los absurdos que se presentan diariamente. Ya en otra ocasión nos hemos referido a algunos de ellos. Por ejemplo, cualquier actuación de la Administración en el campo privado no legitimada impediría el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa; imaginemos un Municipio que acuerda el lanzamiento del inquilino de una finca de su propiedad. Otro supuesto: una subasta ilegalmente celebrada y adjudicada para el arrendamiento de un bien de propios de una Provincia no podría ser impugnada en vía contencioso-administrativa (así, al menos, lo entiende el Tribunal Supremo) porque afectaba a un contrato civil, y, sin embargo, el acto es administrativo y pertenece a una zona común de actuación. Otro supuesto: un subcontrato celebrado por un contratista de obras públicas y que plantea también el problema de la competencia de los Jueces ordinarios o especiales en las controversias que puedan surgir, etc. Muchos casos más podríamos mencionar, con la seguridad de agotar la tinta; pero basten los mencionados para indicar el hecho del relativismo en que nos movemos. En ocasiones, incluso la terminología es inadecuada. Por ejem-

(4) Pueden consultarse mis *Lecciones de Derecho Administrativo*, editadas por el SEU de Salamanca para los alumnos de la asignatura (segundo curso).

plo, el 3 de octubre de 1950 se aprobó el pliego de condiciones para el arriendo de las salinas de Torrevieja (de propiedad privada del Estado), habiéndose adjudicado el contrato por Decreto de 6 de abril de 1951. En dicho contrato se habla indistintamente de *concesionarios* o *arrendatarios*, llegándose a decir que el derecho aplicable será el administrativo (hay que entenderlo así), ya que el arrendatario «renuncia al derecho común» (art. 33).

Estas cláusulas suelen ser en sí muy sospechosas, puesto que si mantenemos dos regímenes independientes a rajatabla, habrá que examinar con mucha cautela la legalidad de estas renunciaciones en bloque.

Otro ejemplo recientísimo de inadecuación de los calificativos jurídicos nos lo ofrece el convenio entre la Explotación de ferrocarriles del Estado y el Metropolitano de Madrid para la gestión del Suburbano (Madrid-Carabanchel). El Decreto de 22 de diciembre de 1960 fijó sus bases. Se trata de un caso de *gestión interesada*, y, sin embargo, el convenio formalizado en cumplimiento del mencionado Decreto habla del *arrendamiento de servicios* a efectos de la explotación. Ya en otra ocasión hemos abordado este tema. Tratándose de servicios públicos, no caben formas privadas de gestión. La voz «arrendamiento» es inexacta, a no ser que por ella entendamos una figura específica del Ordenamiento administrativo. En la legislación de régimen local, la llamada forma de gestión «arrendamiento», es aplicable a los servicios locales «no públicos», pues para éstos existe la concesión, gestión interesada, concesión de ejercicio, etc... Choca más esta terminología utilizada en el caso del Suburbano, pues la Orden de 11 de abril de 1960, haciendo una calificación exacta, concede la explotación del servicio público desde Tetuán-Plaza de Castilla, al Metropolitano. Se trata de una verdadera concesión pura, si bien las inmovilizaciones (infraestructura) son a cargo del Estado la reversión se establece a favor de éste. Sin embargo, la Ley de 12 de mayo de 1956 la prevé a favor del Ayuntamiento de Madrid (?).

Hay que convencerse de que hoy día la separación entre lo civil y lo administrativo está superada en gran cantidad de casos. No queremos decir con esto que los regímenes deban ser iguales, pero sí que desde el punto de vista de la realidad, dos clases de Tribunales para juzgar procesos en que es parte la Administración es un absurdo. Las fuertes intervenciones administrativas involucran la clara y nítida distinción teórica. La Ley de 13 de noviembre de 1957, que aprobó el Plan de urgencia social de Madrid para la construcción de viviendas, dispone en su artículo 35 que la Comisión ejecutiva del Plan corregirá los actos realizados sin licencia (clandestinamente), *declarando la nulidad de las ventas y arrendamientos*. ¿No es esto una clara invasión en la competencia judicial típica?

Si nos adentrásemos en las figuras contractuales singulares, llegaríamos todavía a resultados más sorprendentes en la vida práctica. Por ejemplo: ¿dónde termina el contrato de compraventa y empieza el de su-

ministros—y viceversa—en las adquisiciones periódicas que realiza la Administración? La compraventa es contrato civil y el suministro (por naturaleza y por tradición histórica) es administrativo. Corrientemente se habla de suministro de vestuario para tropa, de alimentos, de material para aviación, etc.,... pero, ¿son suministros? Existen varios conceptos de este contrato:

a) Uno, civil; b) otro, fiscal; c) otro, administrativo. En un plano teórico el suministro se caracteriza porque no existe un «límite» de la prestación, así el de gas, electricidad, agua, etc., es decir, son contratos con objeto «abierto» en su ejecución. No se sabe al principio cuánto se contrata. Pero, en el terreno administrativo (dejando aparte las definiciones de la legislación del Impuesto de Derechos reales, del Impuesto industrial y otras), existe siempre un *quantum*, y entonces surge la duda de saber si se trata de suministro o de compra con entrega diferida, en ocasiones parciales y en otras únicas y total. A pesar de ello, se habla normalmente de «suministros». Habrá que llegar a definir el suministro administrativo en razón de su envergadura y cuantía. Adquirir un tintero será compraventa civil, pero adquirir 100.000 tinteros para los Ministerios será suministro. Y siempre, como amenaza latente en caso de controversia, la posibilidad de equivocarse la vía procesal. No ya la equivocación—humana—de saber si se aplicará el Código Civil en bloque o no (es decir, el problema del régimen jurídico aplicable), sino lo que es peor, adivinar en muchos casos qué Tribunales serán los competentes para empezar a discutir si debe aplicarse una Ley u otra. Esto es lo que procede abolir urgentemente.

Podríamos pasar revista a Leyes netamente civiles con intervenciones de órganos administrativos. La de Arrendamientos urbanos, por ejemplo: contratos forzosos otorgados por el Gobernador civil, desahucios administrativos, obligaciones de reparación impuestas por la Fiscalía de la Vivienda, autorización gubernativa para el derribo de fincas a efectos de la negación de prórroga, etc., etc. En todos estos casos, ¿hay actuación pública o privada a efectos contenciosos?

2.º Responsabilidad.

En este campo el binomio público-privado es más absurdo. Aquí no sólo atacamos la dualidad de Tribunales, sino la dualidad de regímenes. Según el artículo 3.º de la Ley de lo contencioso, son de la competencia de dichos Tribunales «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». No había distinción entre la actuación pública y la privada. Pero—y aquí está el fantasma tradicional que se apodera de toda reforma sensata—la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 41, volvió a revivir la distinción. Creemos que con un ejemplo bastará para demostrar la falacia de esta construcción.

Imaginemos que un Municipio explota un matadero o un servicio público de distribución de aguas (por gestión propia, sin persona jurídica distinta). Tiene un autobús de su propiedad que traslada todos los días a sus funcionarios al lugar de trabajo. Uno de estos días el vehículo atropella a un peatón, causándole la muerte. *Razonamiento:* Como quiera que el autobús está en acto de servicio, pues conduce a los funcionarios, y la actuación que éstos desarrollan son públicas, pues los servicios en los que están encuadrados lo son, la responsabilidad es *administrativa* y la competencia es del Municipio en vía administrativa y de los Tribunales contencioso-administrativos. El régimen jurídico de fondo será también el administrativo, el cual reconoce y acepta el principio de la responsabilidad objetiva, incluso por hechos legítimos (existe, podríamos decir, un seguro a favor de terceros automático, sin perjuicio de la repetición que en determinados casos se admite).

Imaginemos ahora que el autobús se dedica a llevar a determinados artistas al teatro Municipal que explota éste, también por órgano propio (con o sin hacienda especial, pero en todo caso sin personalidad). El atropello en este caso daría lugar a la responsabilidad común, pues no se explota un servicio público; con competencia de Jueces ordinarios y (lo que es peor) con aplicación del régimen del Código, que es el siguiente: juego de la misma por culpa o negligencia (dejamos aparte el caso de delito doloso o culposo). Es cierto que el Supremo (Sala 1.ª) va suavizando el régimen, admitiendo que no sólo surge responsabilidad por culpa, sino que precisa para exonerarse que el agente obre con previsión y diligencia, es decir, que frente al carácter negativo tradicional surge el positivo actual; pero, a pesar de ello, dista mucho de parecerse a una responsabilidad de tipo objetivo absoluto como es la administrativa. ¿Es ello absurdo o no? ¿Qué culpa tiene el peatón de ser atropellado *por el mismo vehículo*, pero afectado en cada caso a una actuación diferente? Este caso podría formar parte de la picaresca de JEHRING en su deliciosa *Jurisprudencia en serio y en broma*. Problemas similares surgen en los casos en que los daños provengan de hechos imputables a Sociedades de ente público: ¿qué Tribunales tendrán la competencia?

Un atropello producido por un autobús de la Sociedad Madrileña de Transportes, por ejemplo, siempre que no entre en juego la actuación penal de los Jueces de Instrucción—aquí no hay privilegio judicial administrativo, salvo respecto a la acción civil, como veremos—, ¿da lugar a una controversia civil o administrativa?

La competencia y régimen jurídico aplicable viene dada, hoy día, por la naturaleza de la actuación: si se trata de funciones y servicios públicos (aunque sean industriales o comerciales), tendremos la administrativa; si se trata de actuaciones que no asumen dichas características, tendremos la común. Esta delimitación quiere decir que nada tiene que ver en principio la persona del agente productor del

daño, o sea que un atropello—me refiero insistentemente a la responsabilidad por «hechos» y no por actos jurídicos, porque de ella se desprende más patentemente la desigualdad de trato, ya que el hecho material en sí mismo es neutro—producido por un vehículo afecto a una línea regular de autobuses explotada por un particular (persona física o jurídica) mediante concesión (no sería lo mismo de tratarse de servicios discrecionales explotados previa autorización, ya que no son servicios públicos), da lugar a la mecánica de la responsabilidad administrativa y no a la ordinaria. Tengamos en cuenta que en caso de que los daños den lugar a responsabilidad penal, el régimen de la responsabilidad civil nacida a consecuencia del delito o falta será también el administrativo; lo único que varía es la vía para solicitarla cuando se acumulan las acciones penales y civiles, pero no cuando se reservan las acciones civiles para ejercitarlas después con independencia.

Podemos resumir la situación actual de esta materia como sigue:

a) Daños ocasionados a consecuencia del desarrollo de funciones y servicios públicos, ya sea por culpa, dolo, caso fortuito, del agente, y aun por el mero hecho de haber producido una lesión: *Competencia*, de la Administración y posterior de los Tribunales contencioso-administrativos. *Régimen jurídico*, el expuesto, de cobertura absoluta. Podemos afirmar que se responde siempre que no actúen dos causas que paralizan la responsabilidad, y son: la fuerza mayor—y ésta, incluso con muchas cautelas, casi limitada a daños bélicos—y la culpa—grave—del lesionado (o dolo, por supuesto). En los casos de dolo o culpa grave del agente activo productor de la lesión habrá repetición por parte de la entidad a la cual ha imputado su actuación.

El régimen administrativo debe aplicar la teoría de la *compensación de culpas*, según la cual, en el caso de que por ambas partes—el órgano administrativo y el lesionado en este supuesto—haya habido culpa o negligencia, se llega a una neutralización de ellas, y consiguientemente a la irresponsabilidad, salvo que se estime que una es «más preponderante» que la otra (jurisprudencia constante en materia civil). Cuando coexiste dolo con culpa, ya no es de aplicar esta teoría.

Si hay preponderancia, pero el lesionado también obró con negligencia, el que debe responder tiene a su favor una disminución cuantitativa en el pago de los daños y perjuicios: los Tribunales moderan a su criterio el *quantum* de la indemnización.

b) Si el daño se ha ocasionado por dolo o imprudencia punible (temeraria o simple con infracción de Reglamentos), puede haber dos posibilidades:

1.ª Que en el sumario que se instruya y en el proceso penal se accione criminal y civilmente por los daños. En este caso, aunque la vía judicial es la de los Tribunales ordinarios penales, el régimen jurídico de la responsabilidad civil será el administrativo, es decir, que no ac-

tuará en absoluto el artículo 22 del Código Penal—derogado en cuanto se aplicaba a la Administración como patrono o empresario—.

2.^a Que se reserven el lesionado o causahabientes la acción civil para actuarla después de finalizar el proceso penal. En este caso, tanto la vía como el régimen será el administrativo.

c) Daños ocasionados fuera del desarrollo de funciones y servicios públicos. Competencia y régimen ordinario. Juego del artículo 1.902 del Código Civil—suavizado jurisprudencialmente con la corriente anteriormente mencionada o del Código Penal en su caso—.

d) Daños ocasionados por concesionarios al explotar *servicios públicos*. Competencia y régimen administrativo, salvo el supuesto de acumulación de acciones penales y civiles si surge el caso b) 1.^o.

No puede hablarse seriamente de actuación de *funciones públicas* por concesión, ya que éstas son siempre gestionadas directamente.

La Historia demuestra lo contrario. La época señorial y absoluta conoció concesiones de funciones públicas (justicia, moneda, defensa, etcétera). La función de «fe pública» actuaba a través de Notarios, Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio, etc.; es un caso de ejercicio privado de funciones públicas, pero con una característica especial, y es que, dada la independencia de actuaciones y su carácter jurídico y no material, el Estado queda desligado de las posibles consecuencias dañosas que ocasionen estos particulares. Se limita a poner a disposición de los usuarios tal medio de confianza pública. Puede repasarse toda la legislación referente a dichos casos y se verá cómo la responsabilidad es particular de cada uno de ellos y, a lo sumo, mediante un sistema de colectivización entre todos los de la misma profesión.

Este régimen de responsabilidad que acabo de exponer es metafísicamente ilógico. Se olvida siempre el aspecto subjetivo de los Entes Públicos. La responsabilidad, lo repetiremos después, se conecta con el «quién» y no con el «qué» o el «cómo» se actúa.

VIII

Pueden surgir ciertas dificultades en relación con determinadas actuaciones. Pasemos revista a algunas de ellas:

a) En todos aquellos casos en los que, aunque se esté atacando *indirectamente* actos administrativos, la Administración no es parte, debe mantenerse la situación presente. Por ejemplo, la nulidad de patentes, modelos, marcas, etc., es de competencia de los Jueces ordinarios, en muchos supuestos, y mediante un proceso especial. Aquí se litiga entre partes afectadas (un titular contra otro titular, un titular contra un usurpador no titular, etc.), pero se ataca indirectamente el acto administra-

tivo «no negocial» (respecto de las patentes y modelos de utilidad, esto es claro) que otorgó el certificado. A pesar de ello, el litigio no envuelve a la Administración.

Forman parte de este supuesto los actos dictados dentro de la denominada «Administración de los intereses o relaciones privadas»: el litigio para impugnar la legitimación de hijos por concesión administrativa (en España del Jefe del Estado), o la modificación de apellidos, o la adopción (ha necesitado previamente a la intervención notarial un expediente administrativo), o los asientos registrales en general, o la nulidad de matrimonio por ilegalidad de la dispensa, etc. Siempre que en estos casos se litigue entre partes afectadas, la Administración queda al margen.

b) En aquellos otros supuestos en los que habría lugar a un litis-consorcio entre Administración y terceros (que pueden ser a su vez otras Administraciones), la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo debe arrastrar todo el litigio por ser preponderante la posición de la primera. Es un caso de aforamiento que consiguientemente afecta e influye en todos los que están en la misma posición en cuanto a la relación jurídico-material se refiere.

De todas formas, se trata de problemas a estudiar sobre la mesa de trabajo en el caso de acometer la reforma propuesta.

IX

Creemos suficientemente demostrado el relativismo que impera en nuestro sistema de justicia administrativa.

A mi juicio, hay una forma de salvarlo, al menos por lo que se refiere al administrado y al profesional. Hoy es muy difícil que se acierte por quien se dedica al ejercicio activo de la Abogacía en casos marginales sobre la naturaleza pública o privada de una actuación de la Administración. Repito que hay casos claros. Un contrato para construir una carretera, un cuartel, etc.; pero hemos de ir siempre a la marginalidad. Existen además actuaciones de la Administración híbridas y, hasta me atrevería a llamar, espúreas. Por ejemplo, los actos de festejos populares, que aunque aparentemente son irrelevantes para el derecho, tienen y pueden tener consecuencias jurídicas. Por ello, esta dificultad de discriminación debe ser trasladada del profesional al Juez. Este, con su mayor competencia práctica y unidad de criterio, dirá después qué régimen jurídico debe ser aplicado al caso, el cual habrá sido defendido o atacado por ambas partes.

¿Es posible articular esta reforma? Con gran facilidad. Veámoslo:

a) Ante todo, la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente en cuantas controversias fuera parte la Administración pública *subjetivamente* considerada. Ciertamente surge un problema, y es el de

distinguir entre los entes públicos y privados; pero éste es más fácil de solucionar, porque aquí se puede utilizar, incluso en los casos marginales, un criterio enumerativo.

b) La forma de acudir a dichos Tribunales es en España un instrumento que nos facilitaría la reforma. Hoy día, ya sea para acudir a los Jueces ordinarios o a los contencioso-administrativos, es preciso formar un acto administrativo, en el primer caso apurando la vía previa, y en el segundo, porque el recurso contencioso-administrativo se da sólo contra «actos» y no contra «actuaciones». Por tanto, fuera cual fuera ésta, el interesado acudiría a pedir satisfacción de su pretensión ante la Administración concreta en cada caso, y después, caso de negativa, a los Tribunales contencioso-administrativos. Ni puede hablarse de que así se desdibujaría la distinción entre acción y recurso, pues esto es inoperante. Se solicita la satisfacción de una pretensión civil, mercantil, administrativa pura, etc., y en ambos casos habrá que formular una demanda, para lo cual se solicitará el envío de las actuaciones administrativas. Hoy día éstas se remiten en los procesos ordinarios, en período de prueba, mediante testimonios o certificaciones. Esta remisión no es absoluta ni incondicionada. Hay documentaciones administrativas que no pueden ni deben ser enviadas. Son las que se refieren a la política y a cuestiones secretas.

La reciente Ley alemana de 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung*), en su artículo 99 prevé este supuesto. Cuando la remisión de actuaciones o documentos afecten a la Federación, a los *Länder*, pudiendo tener consecuencias sobre el bienestar general, o bien cuando la Ley lo prohíbe o su contenido debe mantenerse secreto, puede negarse la Administración a la remisión. Naturalmente que esto da lugar a un incidente con participación del funcionario competente que negó el envío y con posible apelación.

También en los Estados Unidos de Norteamérica, con su Administración «al aire» y vista por el público desde fuera y desde dentro, aparece este nuevo aspecto de la inmunidad estatal. Ha sido objeto de críticas porque conduce—se dice—a una tiranía del poder. Lo cierto, sin embargo, es que la diferencia entre «soberano y propietario» (terminología anglosajona que traduce la nuestra de actuación pública y privada) se mantiene en este campo judicial con la vieja, feudal (en Inglaterra es lógico, pero Estados Unidos no conoció feudalismo, y, sin embargo, también se aplica la doctrina de la inmunidad estatal, si bien con numerosas restricciones) y arcaica teoría de que «el Rey no puede ser juzgado ante sus propios Tribunales» (5). Esto son cuestiones a resolver en los detalles de esta reforma que se propone.

(5) DORSEY WATKINS, *The State as a party litigant*, Baltimore, 1927. Concretamente sobre la remisión de documentos, REILLY, *Discovery against the U. S. A.: a new aspect of sovereign immunity?*, «North Carolina Law Review», vol. 21, 42-43, pp. 155 ss.

c) Las competencias entre Jueces ordinarios y Salas especiales desaparecerían.

d) Se mantendrían dos regímenes distintos, pero detectados por los mismos órganos judiciales con unidad de criterio y con distintas consecuencias.

e) Habría que unir a esta reforma procesal una de fondo: la absoluta unificación del régimen de la responsabilidad, la cual debe regirse por las normas propias para todos los casos de actuaciones de la Administración. Se olvida que la responsabilidad está ligada al aspecto organizativo de la Administración y no a su actuación concreta. La responsabilidad, diríamos con terminología de la física, se deriva *de la energía potencial que está acumulada a consecuencia de la posición adoptada por los entes públicos*.

f) Con esta unificación de jurisdicciones, no caemos en un sistema estamental, porque ni el espíritu es el medieval, ni se piensa en una fuerza política a la que se quiere favorecer, ni se suprime la dualidad de regímenes. Al contrario, se haría para favorecer a todos los administrados, otorgándoles la seguridad jurídica de que hoy, en gran medida, carecen, evitando conflictos, controversias interorgánicas, que sólo redundan en desprestigio de la Justicia.

g) Los Jueces contencioso-administrativos encontrarían así la posibilidad de desplegar toda la preparación que el nuevo sistema les ha confiado.

La reforma que se propone en nada se parece a las discusiones que se sucedieron durante el siglo XIX. Estas tenían infraestructura política con ánimos exaltados y sin la preparación que da la perspectiva histórica de las épocas posteriores. Además, no se trata de unificar jurisdicciones en manos de los Jueces ordinarios; todo lo contrario, de otorgárselas a quienes, por su mayor preparación en estos momentos, están llamados a crear una jurisprudencia que se ponga a la altura de las más avanzadas. Al igual que la reforma italiana de 1942 hizo descansar su Derecho mercantil en el concepto de «impresa» e «imprenditore», sin que por este sentido subjetivo se pueda afirmar la vuelta al régimen estamental de la Edad Media, tampoco la nuestra supondría una reacción contra las conquistas—en nuestro campo han sido virtuales siempre—constitucionales, sino, al contrario, la consolidación última de una confianza en sus instituciones.

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS.

Letrado del Consejo de Estado,
Catedrático de Derecho Administrativo, y
Vocal del Tribunal Contencioso-administrativo Provincial
de Salamanca.