

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

Española y de la Unión Europea

Extranjera

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1956: MODIFICACIONES E INNOVACIONES INCORPORADAS

MARTÍN BASSOLS COMA¹
Universidad de Alcalá
martinbassolscoma@yahoo.es

Cómo citar/Citation

Bassols Coma, M. (2017).

La tramitación parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956: modificaciones e innovaciones incorporadas. *Revista de Administración Pública*, 203, 309-341. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.11>

Resumen

Este artículo estudia el proceso parlamentario de elaboración de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, que es de interés por las enmiendas e innovaciones que se incorporaron a su texto, incluida una definición de la desviación de poder, que contribuyeron al perfeccionamiento del control judicial de la acción administrativa. Además, debe recordarse que la aprobación de la Ley de 1956, que estuvo vigente hasta 1998, coincidió en España con la iniciación de la reforma del derecho administrativo y constituyó un decisivo antecedente para la implantación del Estado de derecho que finalmente se alcanzó con la Constitución de 1978.

Palabras clave

Jurisdicción contencioso-administrativa; tramitación parlamentaria; enmiendas e innovaciones; reforma del derecho administrativo; Estado de derecho.

¹ Letrado jubilado de las Cortes Generales. Catedrático de Derecho Administrativo.

Abstract

The article deals with the process of parliamentary processing of the Judicial Review Act of 1956 that it is of interest for the important amendments and innovations that were incorporated in its text including a definition of the Misuse of Power that contributed to an improvement or refinement of the Judicial Review of Administrative Action. It should be remembered that the approval of the Law of 1956, that was in force until 1999, coincided in Spain with the beginning of the Reformation of Administrative Law and constituted a decisive antecedent towards the implementation of the Rule of Law that finally was reached with the Constitution of 1978.

Keywords

Judicial Review of Administrative Action; parliamentary processing; amendments; innovations; reformation of Administrative Law; Rule of Law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. Objetivos del presente estudio. 2. El marco histórico-político de la promulgación de la Ley. II. LAS ENMIENDAS PRESENTADAS AL PROYECTO DE LEY: LA LABOR DE LA PONENCIA Y DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA DE LAS CORTES. ASPECTOS GENERALES. III. LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TEXTO DEFINITIVO DE LA LEY RESPECTO AL PROYECTO DEL GOBIERNO: 1. Modulaciones en la exposición de motivos: sobre la pretensión inicial de equiparar en la función revisora la jurisdicción contencioso-administrativa con la jurisdicción civil y sobre el alcance procesal de la potestad discrecional. 2. Sobre la extensión de la Jurisdicción y su limitación por la prejudicialidad penal. 3. La especialización en Derecho Administrativo de los miembros de los Tribunales. Y su cuestionamiento: la opción final por una selección reservada exclusivamente a los miembros de la carrera judicial y fiscal. 4. Una regresión en materia de legitimación para anulación de los actos administrativos: del simple interés al interés directo. 5. Actuación de la Abogacía del Estado: ampliación de sus funciones, bajo la dependencia de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. 6. Unificación y reducción de plazos en materia de silencio administrativo negativo. 7. Mantenimiento de la exigencia del Recurso previo de Reposición y su aparente flexibilización por la vía de la subsanación. 8. Ampliación de materias excluidas del conocimiento de la jurisdicción en el ámbito de la administración militar. 9. La ampliación de supuestos para la celebración de vista en el proceso. 10. Precisiones y matizaciones sobre los recursos extraordinarios contra las Sentencias. 11. El cuestionamiento de la admisibilidad de la desviación de poder propiciaría finalmente la exigencia de su definición legal.

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVOS DEL PRESENTE ESTUDIO

El día 16 de diciembre de 2016 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense la «Jornada sobre la jurisdicción Contencioso-administrativa en el Sexagésimo aniversario de la ley de 27 de diciembre de

1956». La Jornada fue presentada por el profesor Ricardo Alonso García, decano de la Facultad y por el profesor Germán Fernández Ferreres, director del Departamento de Derecho Administrativo de la UCM, y la asistencia de Luis María Díez-Picazo, presidente de la Sala Tercera (Contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo

La primera sesión versó sobre «La Contribución de la LJCA de 1956 a la conformación del sistema de Justicia administrativa» y corrió a cargo de los ponentes Tomás Ramón Fernández Rodríguez, catedrático honorífico de Derecho Administrativo de la UCM, y Ramón Trillo Torres, antiguo magistrado y presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, actuando como moderador el profesor José M^a Baño León, catedrático de Derecho Administrativo de la UCM. En la segunda sesión, «Retos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», contó con la intervención de los ponentes Juan Alfonso Santamaría Pastor, antiguo catedrático de Derecho Administrativo de la UCM, el magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Diego Córdoba Castroverde, y el profesor Alejandro Huergo Lora, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, actuando como moderador el profesor Juan Ramón Fernández Torres, catedrático de Derecho Administrativo de la UCM. Asistieron a la Jornada profesores de distintas disciplinas jurídicas, jueces y magistrados, abogados y un nutrido grupo de alumnos de la Facultad de Derecho, la mayoría de los asistentes participaron activamente en el coloquio que se generó a raíz de las intervenciones de los ponentes.

La relevancia y la significación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 para el derecho administrativo y su evolución en nuestro país quedó absolutamente acreditada y confirmada. Los distintos ponentes analizaron las aportaciones de la Ley desde los más amplios aspectos y perspectivas; su significación en el marco histórico político de la etapa de su emergencia; las innovaciones que aportó y los cauces que abrió en orden a las garantías de los ciudadanos; las nuevas técnicas jurídicas procesales que incorporó, sin perjuicio de señalar también sus limitaciones; la calidad técnica de su redacción, que despertó, como afirmaron algunos asistentes, auténticas «vocaciones» de dedicación al derecho administrativo; el impacto tan extraordinario que tuvo en la judicatura especializada y también, aun cuando un poco más retrasada en el tiempo, en el ejercicio profesional de la abogacía. Su posicionamiento antiformalista y especialmente su superación del mero legalismo positivista facilitaron —con algunas reformas parciales— su engranaje con los principios de la Constitución de 1978 y su vigencia en pleno régimen constitucional durante veinte años más. En definitiva, una valoración positiva que unánimemente fue destacada por los ponentes e intervinientes en la Jornada.

Al hilo de las distintas intervenciones, me vino a la mente la idea de investigar el *iter* parlamentario que experimentó la Ley y qué grado de re-

cepción obtuvo por parte de las fuerzas parlamentarias de aquella etapa y si dicho itinerario contribuyó o no al perfeccionamiento del texto definitivo de la misma. Si bien existen abundantes referencias sobre la preparación técnico-jurídica de la Ley antes de su remisión a las Cortes, en la extensa bibliografía sobre la misma² no localicé ningún estudio específico desde la perspectiva que me preocupaba. Por todo ello, me puse inmediatamente a consultar en el Archivo del Congreso de los Diputados el expediente parlamentario de la Ley y pude comprobar que del mismo podrían extraerse datos de cierto interés que ayudan a explicar determinados aspectos de la Ley (algunos aperturistas y otros, por el contrario, restrictivos) con efectos determinantes de la trayectoria de esta en su amplio periodo de vigencia y que pueden contribuir a un mejor conocimiento de la historia de nuestro derecho administrativo.

Ha existido desde siempre una preocupación por parte de la mayoría de los juristas de indagar los factores, causas, móviles y fines que concurren en la producción de las leyes o, utilizando la expresión de Ripert, por la llamada «genética de las leyes». A este respecto, Luis Díez Picazo³ mantenía una posición muy acertada y realista al decir que «el nacimiento de una ley plantea una cuestión de filiación. El *Boletín Oficial del Estado* se limita a publicar el acta de nacimiento, que es un poco como la de un niño abandonado o expósito». Ilustraba esta feliz metáfora precisando que:

[...] algunas veces una revista jurídica o una recopilación de textos nos informa sobre la existencia de un proyecto o de unas discusiones. A veces la opinión pública atribuye la paternidad a una persona determinada. Se habla a veces de la ley de Fulano. Es frecuente que el texto vaya precedido de un preámbulo o de una exposición de motivos, que son piezas retóricas o apologéticas en la que se nos habla de la necesidad existente del hueco que la ley viene a llenar, de la conformidad de la ley con la tradición del país o, al revés, de un avanzadísimo espíritu social.

En definitiva, nos advertía, sin embargo, el citado autor que: «Ocultos quedan las más de las veces los verdaderos motivos, los intereses que están realmente en juego o la lucha que ha sido necesario sostener para poner en pie una ley en vigor». A pesar de este diagnóstico un tanto pesimista, no obstante, defendía como conclusión que «la determinación del origen y del proceso de creación de una ley tal vez no influya demasiado en su consideración normativa exterior, pero muchas veces es o puede ser decisiva en orden a su aplicación, puesta en práctica e interpretación».

² Baselga García-Escudero (1992), «Jurisdicción Contencioso-administrativa española. Bibliografía sistemática», *Revista de Administración Pública*, 127, págs. 169-230.

³ L. Díez Picazo (1973), *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona: Ariel, pág. 138.

2. EL MARCO HISTÓRICO-POLÍTICO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY

En el contexto de las anteriores consideraciones, puede trazarse un breve panorama comparativo sobre la génesis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 en atención a la información disponible. Por lo pronto, se conoce el momento de la puesta a punto de su *iter* normativo con la creación y composición de la Comisión encargada de su redacción⁴, que según la Orden de 17 de noviembre de 1952 debía culminar sus trabajos en el plazo de seis meses y que tuvo que ser prorrogado por otros seis meses por Orden de 19 de diciembre de 1953. A mayor abundamiento, J. González Pérez⁵, en diversas publicaciones, ha suministrado informaciones valiosísimas de su participación, junto con el profesor Manuel Ballbé Prunes, en la redacción concreta del articulado del Proyecto de Ley y sobre el impulso que le imprimió el ministro de Justicia Antonio Iturmendi Bañales (abogado del Estado), que había accedido al Gobierno en 1951 y que, según González Pérez, celebraba reuniones periódicas con los referidos redactores desde primera hora de la tarde hasta bien entrada la noche. De su tramitación parlamentaria se dispone de los discursos ante el Pleno de las Cortes de Segismundo Royo Villanova (procurador en Cortes, catedrático de Derecho Administrativo y a la sazón rector de la Universidad de Madrid; una semblanza sobre su trayectoria puede consultarse en J. González Pérez⁶), en defensa del Dictamen de la Comisión de Justicia, y del ministro de Justicia Iturmendi Bañales, que son piezas valiosas⁷ para conocer algunas de las modificaciones que experimentó el Proyecto de Ley. Sin embargo, no se conocen los *interna corporis* de dicha tramitación: las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley con sus correspondientes motivaciones y el informe de la ponencia que lo dictaminó en primera instancia; documentos que obran en el expediente legislativo de la Ley existente en el Congreso de los Diputados. El objetivo de este trabajo es precisamente dar a conocer esta documentación y estructurar una visión panorámica de las modificaciones introducidas en el texto de la Ley y de las alternativas que fueron desestimadas pero que clarifican cuestiones y opciones legislativas puntuales que quedaron en la penumbra en los referidos discursos oficiales y nos permiten

⁴ J. R. Fernández Torres (2007), *Historia Legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (1845-1998)*, Yuste.

⁵ J. González Pérez (1978), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas; (1999), «Evolución de la legislación contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, 150, págs. 209-238 y (2009) «Segismundo Royo-Villanova, en el Centenario de su nacimiento», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 311 y ss.

⁶ J. González Pérez (2009: 311 y ss.).

⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (1956: 11086-7).

una comprensión más cabal de la Ley y de su contexto histórico y político, al tiempo que constituyen una contribución a la celebración del sexagésimo aniversario de la promulgación de la Ley.

Al referir nuestro estudio al ámbito de la discusión parlamentaria de una ley debemos aludir mínimamente al contexto político en el que se desenvolvía el régimen político y al carácter del parlamentarismo de representación orgánica de aquella etapa. Aunque ello requeriría un estudio profundo de historia política y jurídica que no podemos abordar por exceder de nuestro propósito, simplemente cabe apuntar que durante el periodo de elaboración del Proyecto de Ley 1953-1956 el régimen franquista experimenta los primeros brotes de oposición interna con las protestas estudiantiles universitarias de febrero de 1956 que exigieron un cambio parcial del Gobierno y la suspensión de los arts. 14 y 18 del Fuero de los Españoles. Además, coincidiendo casi con la culminación de la tramitación de la Ley de la Jurisdicción en las Cortes, en diciembre de 1956, se asistiría al archivo definitivo de las propuestas falangistas del ministro Arrese de reformar las llamadas Leyes Fundamentales. Según el testimonio de López Rodó⁸, la oposición de Iturmendi Bañales a esta propuesta fue decisiva. Al propio tiempo el régimen franquista daba un viraje radical hacia una reforma administrativa y económica impulsada desde la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, con la correspondiente reforma del Gobierno en febrero de 1957 y la aprobación de las Leyes de Régimen Jurídico, y posteriormente de Procedimiento Administrativo en 1958.

Todo ello explica en gran medida el sentido que desde el aparato político se pretendía presentar con la nueva Ley de la Jurisdicción al destacar el ministro Iturmendi, en su discurso ante el Pleno de las Cortes el 20 de diciembre de 1956⁹:

[...] vivimos en un estado que quiere interpretar fielmente el hondo contenido social de nuestro tiempo y del que en ritmo ascendente se demandan prestaciones positivas como obligación de justicia. No es propósito de este proyecto de ley frenar o cohibir esas prestaciones o servicios públicos que el Estado se ve obligado a satisfacer. Lo que se pretende es situarlos en un ambiente de seguridad jurídica, opuesto a toda idea de arbitrariedad en la que tenga debido encaje la justicia y la jurisdicción administrativa.

Y como conclusión subrayaba que el objetivo de la ley era «impedir que cada uno de nosotros, en nuestros cargos respectivos, podamos sustituir lo

⁸ L. López Rodó (1978), *La larga marcha hacia la Monarquía*, Barcelona: Noguera, pág. 128.

⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (1956: 11085).

dispuesto en el ordenamiento jurídico por nuestra peculiar interpretación del interés público. Una jurisdicción, en suma, que garantice el imperio del bien común y del Derecho en la Administración Pública». Creo que Garrido Falla¹⁰ lograría expresar muy certeramente la evaluación de la Ley en su dinámica aplicativa al destacar como «gran paradoja» que «esta Ley se elabora y promulga durante un régimen que no se inspiraba en los principios democráticos. Fueron una serie de circunstancias —para muchos de difícil explicación— las que hicieron posible la construcción de lo que vengo llamando el Estado administrativo de Derecho». Pero además, como se destacó por varios participantes en el coloquio de referencia, la plenitud de las posibilidades de técnica jurídica que la Ley albergaba se alcanzarían fundamentalmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 y su posterior periodo de vigencia hasta su sustitución por la Ley de 1998.

II. LAS ENMIENDAS PRESENTADAS AL PROYECTO DE LEY: LA LABOR DE LA PONENCIA Y DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA DE LAS CORTES. ASPECTOS GENERALES

Según pone de relieve González Pérez¹¹:

[...] se ha dicho que era muy cómodo legislar con aquellas Cortes. Quien así lo crea, está completamente equivocado. Aquellas Cortes, por supuesto no se atrevían a contradecir lo más mínimo un Proyecto del Gobierno cuando el objeto de la regulación tenía un alcance político. Pero en leyes de carácter técnico, unos Procuradores no sujetos a disciplina de voto proponían a veces —lo que por supuesto también ocurre hoy— los mayores disparates. Por lo que se cuidó muy especialmente que la ponencia para examinar las enmiendas y hacer el Informe a la Comisión fuera integrada por personas preparadas, con experiencia en los procesos administrativos. Y hubo suerte, el Proyecto del Gobierno no resultó malparado por su paso por el legislativo.

El *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (núm. 535, del día 27 de junio de 1956) publicaba el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, integrado por 132 artículos, siete disposiciones transitorias, seis adicionales y dos finales. Después de dos prórrogas, el plazo de presentación de enmiendas finalizó el día 10 de octubre de 1956, formulándose 19 escritos de enmiendas, la mayoría de ellas contenían valoraciones y referencias a varios

¹⁰ F. Garrido Falla (1992), «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», *Revista de Administración Pública*, 128, pág. 17.

¹¹ J. González Pérez (1999: 224).

artículos del futuro texto legal; otras a artículos concretos. El recordatorio de algunas de estas enmiendas no tiene otra pretensión que reflejar las motivaciones político-jurídicas y sociales de aquella etapa para contribuir a interpretar el contexto histórico en el que surge la Ley, al tiempo que dichos escritos detectaban, en algunos casos, cuestiones de interés doctrinal y anticipaban problemas o defectos que posteriormente han tenido que ser corregidos por reformas legislativas.

Dichas enmiendas, como se acredita por los escritos previos y notas manuscritas obrantes en expediente consultado en el Archivo del Congreso de los Diputados, fueron objeto de minucioso estudio por parte de la ponencia integrada por A. Díaz Ambrona, J. Fernández Hernando, J. García Hernández, J. Oreja Elosegui y S. Royo Villanova. La ponencia elevó a la Comisión de Justicia su informe (16 páginas mecanografiadas, pues no fue objeto de publicación) el día 17 de noviembre de 1956, especificando que se emitía «de conformidad con el Proyecto en sus líneas generales, sin perjuicio de proponer que se dictamina, introduciendo en el mismo una serie de modificaciones, surgidas unas veces por las diversas enmiendas presentadas, y otras directamente por ellos (los ponentes), en atención unas y otras a las razones que se especifican». Efectivamente, la labor de la ponencia fue relevante desde el punto de vista técnico jurídico, revisando y ajustando preceptos del texto original, bien por razones de las enmiendas presentadas, bien introduciendo directamente modificaciones puntuales de cierta relevancia —unas en sentido aperturista, otras, paradójicamente, en sentido restrictivo respecto al texto del Gobierno— como tendremos ocasión de comentar, aun cuando con una motivación muy sucinta y en algunos casos inexistente. En el expediente no figura el texto taquigráfico del debate del informe de la ponencia en la Comisión de Justicia (en aquella etapa no era costumbre publicar dichos debates), pero del cotejo de dicho Informe con el Dictamen de la Comisión y el texto finalmente aprobado de la Ley, salvo en un supuesto concreto, no se aprecian prácticamente grandes alteraciones, por lo que cabe presumir que la Comisión se limitaría a ratificar el texto de la ponencia. Para suplir en parte esta laguna, resulta ilustrativo el discurso del ponente Segismundo Royo Villanova, que defendió ante el Pleno de las Cortes el Dictamen de la Comisión que, en última instancia, venía a justificar las modificaciones propuestas en su momento por la ponencia, con un discurso con claro perfil académico (*BO.CE*, 546, de 20 de diciembre de 1956) y que posteriormente lo adaptaría y complementaría publicándolo como un trabajo doctrinal¹². Por último, hay que consignar que el proyecto fue aprobado como Ley por el Pleno de la Cámara con solo dos votos

¹² S. Royo Villanova (1959), «Principales innovaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 22 de diciembre de 1956», en *Homenaje a D. Nicolás Pérez-Serrano*, tomo II, Reus, págs. 265 y ss.

en contra. El texto de la Ley ya aprobada antes de su promulgación fue objeto de revisión y acoplamiento con las modificaciones aprobadas por parte de los servicios jurídicos de la Cámara, posiblemente con la supervisión de la ponencia o de alguno de sus miembros, con la particularidad que la exposición de motivos fue objeto de algunas modificaciones o revisiones que por su interés daremos cuenta en el próximo apartado.

Por lo que respecta a las enmiendas presentadas, la número 16 (primer firmante: Rodríguez Jurado) sería la más crítica con los principios informadores del Proyecto de Ley del Gobierno hasta el punto que podría considerarse materialmente una enmienda a la totalidad, a pesar de reconocer finalmente algunos de los aciertos del Proyecto. El escrito de enmiendas formulaba a lo largo de dieciséis páginas —extensión considerable si nos atenemos a las prácticas parlamentarias de aquella época— catorce grandes objeciones al Proyecto. La primera de ellas, la relativa a que la supresión de los Tribunales Provinciales y la creación de las Salas de las Audiencias Territoriales implicaba apartarse de «la moderna orientación científica, encaminada a la descentralización administrativa y aproximar lo más posible el Tribunal de Justicia a quien necesita de su amparo», todo ello con el consiguiente mayor gasto para los recurrentes al tener que trasladarse a las sedes de los nuevos tribunales y ello porque «cuando se litiga en la localidad en que se tiene habitualmente la residencia, es frecuente encontrar profesionales que por vínculos familiares o de amistad se prestan a trabajar gratuitamente o a cobrar derechos y honorarios módicos y, por el contrario, al acudir a otra población es más difícil lograr esta economía». Paralelamente, también apuntaba que el cambio territorial de las Salas probablemente obedecía a reducir en lo posible «los nuevos gastos que para el Estado tiene que representar la nueva burocracia o personal judicial, que forzosamente habrá que crear por virtud de otras disposiciones del Proyecto».

En línea con esta posición se manifestaba también la enmienda 14 (primer firmante: Conde Alonso) al considerar una regresión la supresión de los Tribunales Provinciales: «[...] lejos de integrar un avance como exponente de las modernas orientaciones, constituye una regresión hacia viejos conceptos políticos de naturaleza centrípeta, cuando las complejidades de la vida actual, imponen la necesidad de normas centrífugas en todas las orientaciones administrativas». La enmienda terminaba con un alegato patriótico en favor del papel histórico que durante la guerra civil desempeñaron las capitales de provincia, «por lo que elevaban a la Comisión de Justicia la emocionada inquietud de las Capitales de Provincia españolas. Defender sus aspiraciones, servir sus intereses, procurar que no se disminuya el fuero de su jurisdicción, es una noble consigna nacida en la entraña de nuestra propia significación representativa que constituye deber indeclinable». La ponencia rechazaría ambas enmiendas por considerar que la implantación de las nuevas Salas en las Audiencias territoriales comportaría

«mayores garantías de eficiencia, al despacho de los mismos». Por otra parte, se añadía «la rapidez de la vida moderna y el progreso de los medios de comunicación imponen abandonar la vieja doctrina de facilitar ante todo la aproximación al Tribunal. Hoy no puede ya temerse que la adopción del sistema que se propone pueda causar trastornos y perjuicios a los recurrentes».

A mayor abundamiento, en la crítica al texto de la ley, en la referida enmienda 16, se subrayaban algunos puntos de interés: la nueva ley no contribuía a resolver el problema más grave, cual era el de la lentitud de la justicia, citando al efecto una serie de preceptos y de trámites nuevos; el texto del Proyecto se correspondía más directamente con las competencias del Ministerio de Justicia, descuidando otras por falta de coordinación, especialmente a las cuestiones tributarias sobre las no se contiene previsiones específicas; la exigencia de recursos previos de alzada, reposición o económico-administrativo eran otros de los factores que incidían en la lentitud y retraso de la jurisdicción, por lo que se abogaba por su desaparición o por su interposición meramente opcional; se criticaba severamente la exigencia del previo pago (*solve et repete*) para impugnar los actos administrativos de contenido económico; el declive del trámite de vista en favor del escrito de conclusiones en lugar de combatir el intrusismo profesional lo incrementaba; se recargaba innecesariamente la misión de los tribunales al exigir que con ocasión de anular las ordenanzas fiscales debían expresar la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados (art. 85); finalmente, se hacían una serie de propuestas para eliminar trámites o defectos de redacción, alguna de cuyas sugerencias fueron admitidas e incorporadas al texto por la ponencia.

La crítica más frontal y dura que se dirigía al Proyecto del Gobierno era, sin embargo, la propuesta estrella más innovadora, la especialización del personal judicial en derecho administrativo.

No es buena norma en la organización del poder judicial ir creando escalafones de funcionarios judiciales especializados en cada una de las ramas del Derecho. Ya está establecido el escalafón especial de los Jueces y Magistrados que actúan en la jurisdicción laboral. Ahora con este proyecto se pretende establecer otros funcionarios judiciales especializados en Derecho administrativo. Y siguiendo por este camino, pronto tendremos especializados en Derecho mercantil, social, agrario, etc.

Frente a esta especialización, se defendía «la Unidad del Derecho y en nuestro sentir el Magistrado, por el mero hecho de serlo, debe de tener y seguramente tiene, la suficiente capacidad y cultura jurídica para administrar justicia en todas las jurisdicciones y, por lo tanto, también en la de la jurisdicción contencioso-administrativa»; se denunciaba finalmente que la especialización podría entrañar privilegios respecto al resto del personal judicial en

orden a ascensos o destinos; y también que esta especialización a través de una oposición restringida no se correspondía con el espíritu que en su día informó la creación de la Escuela Judicial. Pero, sin duda, el argumento más llamativo que se manejaba en la enmienda —en la medida que supone tener en cuenta la situación histórica del momento— era el siguiente:

[...] que en la actual organización judicial de España, por regla general, el trabajo de los Magistrados de Audiencia provincial, no suele ser abrumador, ya que su principal tarea de administrar justicia en el orden penal, muchas veces permite, en no pocas capitales, que durante varios días de la semana el Tribunal de la Audiencia provincial, no tenga necesidad de reunirse. Con ello queda dicho que al no ser frecuentemente abrumador el trabajo que actualmente tienen encomendado, les puede quedar tiempo suficiente para intensificar la labor judicial en el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La enmienda no sería aceptada, pero paradójicamente —insistimos desde la óptica actual— el propio ponente Royo Villanova se hacía eco del hecho de la escasa carga de trabajo para justificar la creación de las Salas de las Audiencias Territoriales al manifestar que:

[...] la reforma obedece al principio de la división del trabajo. La gran mayoría de los Tribunales Provinciales tienen tan pocos asuntos al año que no está justificado su mantenimiento. En cambio, el establecimiento de las Salas de lo Contencioso-administrativo permitirá un reparto adecuado de los asuntos y, al propio tiempo, una dedicación exclusiva de los Magistrados al ejercicio de la jurisdicción contenciosa, en beneficio de la rapidez de tramitación de los pleitos y de la especialización jurisdiccional.

III. LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TEXTO DEFINITIVO DE LA LEY RESPECTO AL PROYECTO DEL GOBIERNO

1. MODULACIONES EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: SOBRE LA PRETENSIÓN INICIAL DE EQUIPARAR EN LA FUNCIÓN REVISORA LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CON LA JURISDICCIÓN CIVIL Y SOBRE EL ALCANCE PROCESAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL

Existe prácticamente unanimidad en considerar que una de las piezas más brillantes y sugestivas de la Ley de 1956 fue su exposición de motivos, cuya lectura, como lo pusieron de relieve muchos participantes en el coloquio, causó impacto en su día y estimularon vocaciones judiciales y de profesionales

de la abogacía por lo que todavía sigue siendo un referente imprescindible en el orden doctrinal. A través de este texto emergieron una serie de conceptos e instituciones jurídicas innovadoras en aquella etapa histórica, tales como: unidad de la Administración (estatal, local e institucional), normas y principios del derecho, el concepto de ordenamiento jurídico y su estructuración jerárquica, infracción jurídica, desviación de poder, discrecionalidad, legalidad y legitimidad administrativas, referencias al interés público, infracción de la moralidad, antiformalismo institución de garantías de las situaciones jurídicas de los administrados y en especial la declaración solemne que «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». Lo más significativo a nuestro juicio es que no se trataba de una mera renovación del vocabulario jurídico, sino del propósito de insertar y lograr su operatividad a través de técnicas procesales también de nuevo cuño, como: acto jurisdiccional, pretensión procesal y sus clases, acción y proceso, actos, motivos (en la versión inicial se hablaba simplemente de razones), alegaciones y fundamentos procesales, etc. Toda esta catarata de nuevos conceptos permitiría aligerar los farragosos y tradicionales aspectos procedimentales del proceso y convertirlo en una norma ágil, sugestiva y operativa.

En el marco de estas consideraciones conviene recordar que la exposición de motivos durante su tramitación no fue objeto directo de ninguna enmienda, sin embargo, si se introdujeron algunas modificaciones de interés a cargo de la propia ponencia, prácticamente sin motivación alguna, salvo puntuales matizaciones o rectificaciones derivadas de las enmiendas admitidas al articulado a efectos de coherencia y ajuste de textos. Pero dos de las alteraciones más sorprendentes, por su carácter restrictivo y que merecen destacarse por su incidencia doctrina de la época, fueron, por una parte, las relativas a la calificación del carácter revisor de la jurisdicción y, por otra, la supresión de un apartado significativo sobre la interpretación y alcance de la potestad discrecional.

A) En los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado, al calor del perfeccionamiento general de las teorías y técnica procesales y, por otra parte, la reivindicación de la sustantividad de la autonomía del derecho administrativo, se postulaba doctrinalmente la eliminación de la presentación tradicional de la jurisdicción contencioso-administrativa como una jurisdicción especial o excepcional, dado el carácter meramente revisor de un acto previo frente a la jurisdicción civil que se reputaba como el prototipo o encarnación de la jurisdicción ordinaria. Un autor como A. Merkl¹³, que tuvo mucha influencia en los

¹³ A. Merkl [1927] (1980), *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid: Editora Nacional, pág. 480.

dos principales redactores del Proyecto de Ley describía muy gráficamente el problema al que aludimos, al decir que la única diferencia entre la justicia civil y la administrativa estribaba en que la primera era más antigua que la segunda y:

[...] sobre todo porque la jurisdicción ordinaria pone actos judiciales en los vacíos jurídicos, mientras que la justicia administrativa entra en acción solamente en aquellos casos que ya han sido resueltos en vía administrativa, aunque lo hayan sido de manera subjetiva u objetivamente insuficiente. Pero todo esto no hace que la jurisdicción ordinaria o natural sea más ordinaria o natural que la llamada jurisdicción de derecho público.

Los redactores de la brillante exposición de motivos quisieron salir al paso de este tópico formulando un alegato de normalización y equiparación ente ambas jurisdicciones; así, el texto del Proyecto del Gobierno anunciaba enfáticamente que:

La jurisdicción contencioso-administrativa sí puede calificarse de revisora, lo es tan solo en la misma calidad, medida y efectos con que la jurisdicción civil puede ser conceptuada de revisora de los actos de los particulares y, por ello, la Ley no lo enuncia como una característica que configure la naturaleza de aquella jurisdicción, [y a continuación añadía:] podrá significar cuanto más la necesidad de que exista previamente un acto de la Administración, pero no, como muchas veces se ha pretendido, que este acto deba ser enjuiciado tan solo en su contenido literal, ni que el fallo deba pronunciarse únicamente sobre los mismos datos tomados en consideración por la Administración activa, ni que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad con los hechos de la demanda ni, en fin, que siempre que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración.

Por motivos que no se explicitaron y solo está documentado en el expediente legislativo en una corrección manuscrita anterior al texto previo al de la publicación oficial, la ponencia suprimió el primer inciso sobre la comparación entre la jurisdicción contencioso-administrativa con la jurisdicción civil, perdiéndose una ocasión magnífica en aquella etapa para sentar una equiparación que hoy ya no se discute. El segundo inciso fue objeto de remodelación a modo de una síntesis aclaratoria, mediante el siguiente alambicado texto:

[...] la Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, *revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad con los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración.*

A mayor abundamiento, la referencia en la exposición de motivos a la prueba y a la no existencia de conformidad con los hechos no resultaría finalmente del todo congruente con la modificación introducida a iniciativa de la propia ponencia en el art. 74.3 de la Ley en la que expresamente se subordinaba el recibimiento a prueba a la apreciación por el Tribunal a que la disconformidad en los hechos «*fueran de indudable trascendencia para la resolución del pleito*», mientras que el texto del Proyecto de Ley se remitía simplemente a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento civil.

B) Uno de los avances o aperturas más significativos que aportaba la LJCA de 1956 era la eliminación de los actos discrecionales como una materia —a modo de un *prius*— excluida de la fiscalización jurisdiccional como tradicionalmente se había regulado y que todavía se mantenía en el Texto Refundido de 1952 (art 4.3º). Por ello, en el apartado IV.3, la Ley en su exposición de motivos se vería obligada —ya que en el articulado no se reconocía otro vicio de anulación (art. 83.2) que no fuera una infracción del ordenamiento jurídico (incluso la desviación de poder)— a un pronunciamiento sobre su concepción de la discrecionalidad administrativa, anunciando «que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un “*prius*” respecto de la cuestión de fondo de la legitimada o ilegitimidad del acto». A partir de esta declaración hay que reconocer que la exposición de motivos derivaba hacia unas ejemplificaciones con vistas a su tratamiento procesal (admisibilidad e inadmisibilidad de la cuestión de fondo) en las que se mezclaban referencias a la legitimidad o ilegitimidad de los actos que contenían algunas dosis de imprecisión y de confusión con el concepto de legalidad. En esencia se afirmaba que la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea el interés público.

Ahora bien, desde la perspectiva procesal se especificaba que «la discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones de anulación...», y a continuación se añadía en el texto del Proyecto IV.3 *in fine*: «Los Tribunales, por tanto, desestimaran las pretensiones deducidas, cuando un acto resulte conforme al Ordenamiento jurídico por haber confiado éste a la apreciación del Órgano de que emana la configuración del elemento del acto tachado de ilegítimo por el demandante». Obviamente este texto no ayudaba a la cabal comprensión de la trascendental innovación de la fiscalización de la discrecionalidad, antes al contrario, introducía confusión y, por ello, posiblemente inclinaría el ánimo de los redactores a eliminar este inciso, sin que, no obstante, se diera ningún tipo de justificación, máxime cuando no se había presentado ninguna enmienda a la exposición de motivos.

2. SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y SU LIMITACIÓN POR LA PREJUDICIALIDAD PENAL

En relación a la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, la ponencia, sin haber sido planteado por ninguna enmienda, introdujo tres matizaciones de indudable trascendencia.

- a) En el art. 2, además de excluir las cuestiones de índole civil o penal, se habilitaba genéricamente a que por ley se pudiera atribuir una materia a otra jurisdicción. La ponencia introdujo la siguiente concreción: que «se atribuyan por una Ley a la jurisdicción laboral o a otras jurisdicciones». El motivo alegado para justificar esta precisión se explicitaba: «con lo que se alude expresamente a una jurisdicción como la Laboral, que con frecuencia atraerá hacia sí buen número de cuestiones».
- b) En el art. 3, al extender al conocimiento de la jurisdicción otras materias (contratos y responsabilidad patrimonial de la Administración pública), a modo de cláusula general atributiva el Proyecto hacía referencia a «las cuestiones no administrativas que por ley le atribuye especialmente». La ponencia eliminaría la referencia a «cuestiones no administrativas», con lo cual ampliaba la posibilidad de extender la competencia a cualquier cuestión o materia fuera o no de carácter administrativo.
- c) La redacción del art. 4.1, según el Proyecto del Gobierno, era la siguiente: «la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativo se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo», la ponencia, sin haber sido planteado por ninguna enmienda, y sin dar ningún tipo de explicación o motivación, añadió la precisión «salvo las de carácter penal». Esta adición podía pensarse que respondía a una mera coordinación con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 3 y 114), pero, al propio tiempo, la circunstancia que el texto inicial no contenía esta restricción podía inclinar el ánimo a pensar que se intentaba innovar en esta materia como había ocurrido antes en el marco de la jurisdicción laboral.

En todo caso, hay que anotar que esta breve adición en un tema tan trascendental constituye una de las sorpresas —en línea con lo anteriormente destacado en la cita de L. Díez Picazo— que acontecen si se atiende al proceso parlamentario de aprobación de las leyes y su ulterior valoración por la doctrina. Así, sin perjuicio de subrayar lo escueto y lacónico de esta interpolación que

«dejan una ardua y densa tarea al intérprete», según Rivero Ysern¹⁴, y más recientemente, Morcillo-Moreno¹⁵, califican de extraordinaria importancia esta novedad en la historia del recurso contencioso-administrativo, ya que no existía precedente en el derecho positivo de este ramo e incluso se adelantaría más de treinta años a lo dispuesto por la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Ello no obstante, debe, a nuestro juicio, cuestionarse la precipitación de su incorporación al texto legal y lo escueto de su regulación, que lo convirtieron en un valladar acrítico e inexpugnable que ha llegado hasta nuestros días y ha impedido su adaptación a las actuales circunstancias que demandan un tratamiento más flexible en las relaciones con la jurisdicción penal.

3. LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES. Y SU CUESTIONAMIENTO: LA OPCIÓN FINAL POR UNA SELECCIÓN RESERVADA EXCLUSIVAMENTE A LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL Y FISCAL

El ministro de Justicia Iturmendi Bañales, en su discurso ante el Pleno de la Cámara en defensa de la Ley¹⁶, destacaba que había sido «preocupación de la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Bases, de los juristas que con tanto tino han intervenido en su articulación posterior, del Gobierno y de la Comisión de Justicia de las Cortes, que a la básica y común formación de los juzgadores se una, para los de esta jurisdicción, la de su especialización». Para justificar esta especialización, anteriormente había acudido a un argumento que reflejaba el espíritu de aquella etapa y que es oportuno transcribir: «[...] la especial naturaleza de los litigios de que esta jurisdicción conoce y la creación de una auténtica jurisprudencia que dé certeza y seguridad a nuestro derecho administrativo, exigen de los juzgadores, un profundo conocimiento del derecho material, que rige la acción administrativa y de las necesidades públicas que se persiguen por aquella acción». Esta referencia al «derecho material» de la acción administrativa y no exclusivamente a su aspecto procesal tenía una enorme trascendencia para aquella etapa histórica en la que se estaba asistiendo a una renovación doctrinal del derecho administrativo —especialmente a través de la *Revista de Administración Pública*, creada en 1950— y a una ampliación y transformación de la actividad administrativa,

¹⁴ E. Rivero Ysern (1970), «Perspectiva de las Cuestiones Prejudiciales en el Contencioso-administrativo. Su enfoque por el Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 62, págs. 87 y ss.

¹⁵ J. Morcillo Moreno (2007), *Teoría y Proactiva de las Cuestiones Prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, La Ley.

¹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (1956: 11082).

como lo acreditan monografías como la de Garrido Falla publicada en 1954, «Las transformaciones del Régimen Administrativo»¹⁷, o bien la obra colectiva editada por el Instituto de Estudios Políticos: *La Administración pública y el Estado Contemporáneo* (1961).

La exposición de motivos del Proyecto de Ley del Gobierno se adelantaba:

[...] no era fácil determinar el procedimiento de selección de este grupo de Magistrados y constituido en la anterior Ley por los llamados Magistrados de procedencia administrativa. Después de ponderar las distintas soluciones posibles se ha adoptado una que permita el acceso a la Magistratura con carácter permanente de personal especializado con vocación decidida a la vez por la Judicatura y el Derecho público que quedara adscrita a otra rama. Estos Magistrados vienen a sustituir en el ámbito local a los que anualmente eran designados para integrar los Tribunales provinciales al lado de los Magistrados de las respectivas Audiencias, sistema que exige una completa y total reforma.

El art. 21 del Proyecto del Gobierno preveía para los magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales una doble composición: las dos terceras partes entre magistrados con categoría para serlo de las Audiencias Territoriales por concurso en el que se estimaba como mérito preferente la especialización en derecho administrativo y el resto como novedad «por oposición directa entre Licenciados en Derecho que reúnan los requisitos para ingresar en la Carrera Judicial. La opinión tendrá a verificar, además de los conocimientos jurídicos generales, la especialización jurídico-administrativa». Los que ingresaran por esta oposición deberían antes de tomar posesión de sus cargos estar adscritos durante un año al «servicio del Consejo de Estado y de otros Órganos de la Administración pública».

En el debate sobre la especialización en derecho administrativo, bien a cargo de licenciados en Derecho o reservando la oposición exclusivamente a los miembros de la carrera judicial, se suscitaban dos tesis opuestas. La posición de la enmienda número 16 del procurador Rodríguez Jurado al considerar que la creación de «un poder judicial especializado en Derecho administrativo puede implicar, además, situaciones de privilegio en perjuicio de los restantes funcionarios judiciales». Previo recordatorio del ingreso y promoción ordinario en la carrera judicial, se sostenía que «no parece razonable que otros funcionarios judiciales por el mero hecho de realizar una oposición que también se les exige a los primeros, puedan desde que se posesionan del cargo, comenzar con la categoría mínima de Magistrados de Audiencia Territorial, saltando estos esca-

¹⁷ F. Garrido Falla (1954), *Las transformaciones del Régimen Administrativo*, IEP.

lones previos que se exigen a los restantes funcionarios judiciales y estableciendo una situación que, en relación con los mismos, tiene las características de privilegio». Complementariamente se denunciaba que en el Proyecto, al exigir un año de servicios con posterioridad a la oposición en el Consejo de Estado, se estaba vulnerando el espíritu que había informado la creación de la Escuela Judicial «es decir que las diversas finalidades que se persiguieron al crear la Escuela Judicial, puedan no ser logradas al establecerse lo que se estipula en dicho art. 21 del Proyecto». La enmienda 19 de Peralta España se oponía también a la provisión como magistrados de los tribunales en las Audiencias Territoriales por oposición entre licenciados en Derecho al considerar que constituía un injerto en la carrera judicial «sin precedentes y sin justificación alguna, teórica ni práctica, podría implicar un injerto negativo, en el competente y honrado Cuerpo Judicial, susceptible de producir resquemores entre los miembros del aludido cuerpo: al distraer plazas que legítimamente pertenecen al mismo e impedirles, en algún caso, el acceso al Tribunal Supremo, sin efectividad práctica alguna y sin fundamento lógico ni técnico-jurídico», rematando su argumentación, «es el contrasentido que produciría la hipotética, pero legalmente posible, elevación al Tribunal Supremo, de un funcionario de poco más de treinta años de edad».

Frente a esta posición, la enmienda 13 (primer firmante, el procurador Sanz Aránguez) argumentaba una serie de motivos en contra de la oposición simplemente entre licenciados en Derecho que alcanzarían la categoría de magistrados de ascenso:

[...] forzado es reconocer su condición de advenedizos al venir a compartir la función judicial con Magistrados que alcanzan la categoría que inicialmente se otorga a aquellos, luego de veinte o más años de servicios efectivos; y fácil es intuir que se contribuiría a la creación de «castas» dentro del Cuerpo, con la obligada falta de armonía y en cualquier caso de compenetración que debe presidir el colegio judicial etc.

Tras la exposición de otros inconvenientes se señalaba:

[...] tendrá, en efecto, el personal reclutado en la forma propuesta a las Cortes, la perseguida especialización en la materia jurídico-administrativa, pero ello no es suficiente para lograr unos jueces cabales para los Tribunales que se crean; la misión del juez es juzgar aplicando la Ley, cualesquiera que fuera su naturaleza, a los casos controvertidos y esta operación de juzgar requiere una experiencia a la que repetidamente ha acudido el Legislador para adscribir determinados cargos de la jerarquía judicial a las últimas categorías de la Carrera, experiencia y práctica judicial que completan eficazmente la formación judicial del Juez y que se prescinde en este caso. Pues la vinculación por término de un año, al

Consejo de Estado u otros órganos de la Administración pública, no puede ser suficiente para alcanzarla.

Para superar estos inconvenientes, la enmienda proponía un sistema de:

[...] oposición restringida entre funcionarios de la carrera judicial con determinados años de servicio y que tengan la categoría que se fije. Los Magistrados de esta forma obtenidos no serán nunca extraños a las Carrera Judicial; el ascenso de categoría por oposición se encuentra al alcance de todos, constituiría premio a un esfuerzo personal y nadie dentro de la Carrera podría considerarlos como advenedizos.

En fin, se consideraba que «se estimula el estudio del Derecho Administrativo dentro de la Carrera, aun en aquellos que no lograren superar con buen éxito las pruebas de oposición, pero que más tarde pueden formar parte de esos Tribunales». La enmienda consideraba como requisitos para concurrir a esta oposición: pertenecer a la carrera judicial, sin nota desfavorable en su expediente personal, categoría de jueces de término o magistrados de entrada y acrediten cinco años de servicios efectivos en la misma; los que ingresen y una vez tomen posesión de su cargo tendrán inicialmente la categoría mínima correspondiente a la de magistrado de Audiencia Territorial y formaran parte de las escalas de la carrera judicial, pero quedarían «permanentemente adscritos a la Jurisdicción contencioso-administrativa», y la oposición tendrá que verificar la especialización jurídico-administrativa.

La ponencia, a la vista de estas posiciones, rechazaría las enmiendas 16 y 20 y se decidiría por aceptar los razonamientos que contiene la enmienda 13 del procurador Sr. Sanz, que «pesan considerablemente en el ánimo de la Ponencia, la cual se inclina a la posibilidad de habilitar una fórmula de oposición restringida para el nombramiento de Magistrados de las nuevas Salas, sobre las bases que establece la propia enmienda, pero dejando su concreción al resultado de las deliberaciones de la Comisión». Efectivamente, en el discurso del ponente Royo Villanova ante el Pleno se destacaría que «pesaron mucho en el ánimo de la Ponencia y de la Comisión los razonamientos de la enmienda presentada por el Sr. Sanz Aránguez: a saber, los inconvenientes de dar acceso a la carrera judicial a personal extraño a la misma, la necesidad de las experiencias y de la práctica judicial y la conveniencia de la unidad en el Cuerpo de la Magistratura». Con este planteamiento, la Comisión daba nueva redacción al art. 21 b del Proyecto de Ley, eliminando a los licenciados en Derecho para poder acceder por la oposición, reservándose a la carrera judicial conforme a la referida enmienda, pero con dos modificaciones significativas: ampliándolo también a la carrera fiscal y reduciendo los años de servicios efectivos de cinco

a tres. Al propio tiempo, se adicionaban dos nuevos apartados al art. 21 en que íntegramente se incorporaban las precisiones de la referida enmienda sobre la celebración de la oposición, aunque además de la especialización jurídico-administrativa se atendería «a verificar los conocimientos jurídicos generales» y la situación de los ingresados como magistrados de ascenso y permanentemente adscritos a la jurisdicción contencioso-administrativa (añadiéndose «conservándose asimismo sus derechos en la carrera de origen»). La nueva redacción del art. 21.2 obligaría a la revisión inicial de la disposición adicional cuarta, estableciéndose que la oposición entre miembros de la carrera judicial y fiscal se celebraría en Madrid, la composición del Tribunal (al menos uno de los catedráticos de Universidad «será de Derecho Administrativo») y se autorizaba al Ministerio de Justicia para regular «el programa y régimen de las oposiciones».

El resultado final de todo este proceso permitirá a Royo Villanova¹⁸ llegar a la conclusión caracterizadora de todo el nuevo sistema de la nueva Ley: «que no se inspira tanto en el criterio ecléctico, de armonizar lo judicial y lo administrativo, como en el de asegurar y fomentar la especialización administrativa dentro de lo judicial».

La apuesta por la solución de la oposición restringida —que tan excelentes resultados ofrecería para la consolidación y éxito de la ley— se puso inmediatamente en práctica y según el testimonio que ha ofrecido P. Martín Martín¹⁹ con ocasión de glosar el cincuenta aniversario de la *Revista de Administración Pública*:

[...] quienes fuimos opositores a Magistrados de lo Contencioso-administrativo en 1959-1960 (primera oposición restringida en toda la historia judicial española) sujetos al programa publicado en el BOE de 8 de septiembre de 1958 (las oposiciones se celebraron en los primeros meses de 1960), sin la ayuda que nos prestó la revista hubiera sido —en aquel entonces— muy difícil la preparación decorosa e indispensable para enfrentarse al reto que suponía el programa.

Finalmente, hay que dejar constancia, en el marco de la preocupación por la especialización, que se aceptaría parcialmente una enmienda 15 (procurador Galcerán) por la que en los nombramientos de magistrados de las Salas del Tribunal Supremo pudieran recaer en secretarios de Administración

¹⁸ S. Royo Villanova (1959: 269).

¹⁹ P. Martín Martín (1999), «Reflexiones de un Juez de lo Contencioso-administrativo con motivo del Cincuentenario de la Revista de Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, 150.

local de primera categoría con veinte años (quince en la enmienda) de servicios efectivos en la Administración local, cinco (dos años según la enmienda) de ellos en capitales de provincia de más de doscientos mil habitantes. Esta misma posibilidad se extendía en la enmienda a los interventores de Fondos de la Administración local, propuesta que no se admitió, bajo la lacónica justificación de la ponencia de que sus funciones habituales son diferentes, y de forma más explícita sería la defensa del Dictamen ante el Pleno al manifestar «pues estos funcionarios tienen una labor técnica muy limitada en el ámbito de la Administración local».

4. UNA REGRESIÓN EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN PARA ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DEL SIMPLE INTERÉS AL INTERÉS DIRECTO

La ponencia, sin explicitar motivo alguno o inspiración en alguna enmienda, acordaría en el art. 28.1 a) exigir la legitimación para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de los actos y disposiciones de la Administración a «los que tuvieran *interés directo en ello*»; es decir, se volvía a la fórmula anterior del art. 386.3 del Texto Articulado de la Ley de Régimen Local (Decreto de 16 de diciembre de 1950) que exigía «tener un interés directo en el asunto». Con ello se daba en gran medida un paso atrás respecto al Proyecto del Gobierno por cuanto en su redacción inicial simplemente se requería invocar tener «*interés en ello*», máxime además cuando en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada seis meses antes (Ley de 12 de mayo de 1956), en su art. 223, de declaraba que «será pública la acción para exigir a los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de la presente Ley y los Planes de Ordenación Urbana».

En la defensa del Dictamen de la comisión ante el Pleno, Royo Villanova daba por primera vez una justificación de esta restricción:

[...] en esta parte el Dictamen de la Comisión ha introducido una importante modificación en el texto del proyecto. Este hablaba solo de los que tuvieran interés en la declaración de que el acto no es conforme a Derecho o en su anulación. El dictamen, en cambio, exige que se tenga un «*interés directo*». A continuación, aducía que «la modificación es muy importante. Si solo se exigiere un interés sin más aditamentos cualquier particular podría interponer recursos contra los actos de la Administración, alegando el interés genérico que podía tener como ciudadano o habitante, en el cumplimiento de las leyes y en la buena marcha de la Administración. Esto supondría dar al recurso contencioso, el carácter de una acción popular, abierta a todo el mundo. Esto significaría una amenaza para la buena marcha de la Administración que podría ser molestada de continuo con recursos sin fundamento». Concluyendo, en cambio sí se

exige un interés directo, solamente podrán poner en movimiento la máquina jurisdiccional aquellas personas a quienes el acto tachado de ilegalidad amenace perjudicarles o ya les haya lesionado. *Este interés directo es una garantía de la seriedad del recurso* (las cursivas son nuestras).

El propio Royo Villanova posteriormente, en un trabajo doctrinal²⁰, intentaría ampliar la justificación de aquella restricción interrogándose si «el hecho de que el recurso sea interpuesto por las personas que tiene un interés directo, ¿hace perder a la jurisdicción su carácter objetivo?». Apoyándose en autores, como Arias de Velasco y Chiovenda, consideraba que la jurisdicción no perdía su carácter objetivo siempre que atendiera a la preocupación de la ilegalidad del acto reclamado más que a las consecuencias del interés del que reclama, afirmando como conclusión que «el interés del particular no es protegido directamente por la Ley: recibe una protección indirecta, ocasional, refleja. En esto se diferencian tales intereses legítimos de los derechos subjetivos: estos son protegidos de maneras inmediata y directa».

Esta modificación o restricción en la legitimación ha jugado un papel clave en la evolución posterior del contencioso-administrativo e incluso en la legislación de procedimiento administrativo, así como en la jurisprudencia a partir de 1956. Dada la dimensión de esta problemática, no se puede abordar en la presente ocasión, por lo que debemos remitirnos al tratamiento dispensado en las obras generales más representativas: J. A. Santamaría Pastor y L. Parejo Alfonso²¹ y E. García de Enterría y T. R. Fernández²².

5. ACTUACIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO: AMPLIACIÓN DE SUS FUNCIONES, BAJO LA DEPENDENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO

El Proyecto de Ley abandonaba el sistema tradicional de intervención del Ministerio Fiscal, y en su art. 34 se confería la representación y defensa de la Administración General del Estado a los abogados del Estado. A raíz de la admisión de la enmienda 17, cuyo primer firmante era el procurador Alfredo Prados con el aval de otros dieciséis firmantes, la ponencia interpoló la referencia a que esta intervención de los abogados del Estado lo sería «bajo la dependencia de la Dirección General de lo Contencioso del Estado». Las

²⁰ S. Royo Villanova (1959: 28716).

²¹ J. A. Santamaría Pastor y L. Parejo Alfonso (1989), *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Areces.

²² E. García de Enterría y T.-R. Fernández (2011), *Curso de derecho Administrativo I y II*, Civitas.

razones que se invocaban en la enmienda eran que no se hacía referencia a las disposiciones vigentes que atribuían a dicha Dirección General la misión y encargo de «centralizar y unificar dicha defensa cursando las instrucciones adecuadas a los Abogados del Estado para el cumplimiento de su misión». Esta intervención de coordinación de la Dirección General de lo Contencioso debe considerarse acertada a efectos de unificación de criterios y en especial cuando el abogado del Estado tenía que relacionarse con el Gobierno o los departamentos autores de los actos administrativos, como ocurría con el allanamiento (art. 34.2.), bien cuando estimare que el acto administrativo no se ajustaba a derecho (art. 34.3) e incluso en el recurso de lesividad (art. 56.2), que fue también objeto de modificación.

Con carácter general, la ponencia introdujo por iniciativa propia o a sugerencia de las enmiendas diversas modificaciones, dando lugar a nuevas intervenciones de los abogados del Estado (art. 123 en la suspensión de los actos o disposiciones; art. 101 sobre el recurso extraordinario de apelación o bien flexibilizando determinados plazos de intervención en determinados trámites o incidentes —arts. 115 o 119—).

Finalmente, se rechazaría la enmienda 3, cuyo primer firmante fue Manuel Escobedo, que considerando que la defensa de las entidades locales e institucionales, salvo que designen abogado propio, fuera defendidos por los abogados del Estado, ocasionaba perjuicios y «recargaba enormemente el trabajo de aquellos funcionarios, obligara a aumentos de plantilla, con gravamen para el presupuesto general y se desnaturalizara, además, la función de los Abogados del Estado». La ponencia rechazó esta enmienda por considerar que «el sistema seguido por el proyecto no supone más trabajo para los funcionarios que las defienden que el que ya realizan en la actualidad, sin que ello implique mayor gasto en el presupuesto».

6. UNIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE PLAZOS EN MATERIA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El Proyecto de Ley en el art. 38 sentaba por primera vez con carácter general y unificado la institución del silencio negativo, anteriormente solo reconocido en la legislación local y en el ámbito estatal solo en determinadas normativas. A juicio del ponente Royo Villanova, «el legislador español no había resuelto, hasta ahora, el problema con carácter general sino que ha dictado soluciones en algunas ramas administrativas, el problema del silencio» y lo consideraba una innovación sustancial que introducía el Proyecto y «una garantía muy importante para los particulares». Si bien después de ponderar los beneficios que aportaba el silencio negativo, declaraba que:

[...] sería, por consiguiente, peligroso dar un carácter positivo, afirmativo al silencio de la Administración en todos los casos. La actividad administrativa dejaría de ser obra de la Administración para convertirse en labor de los administrados. Si se multiplicaran los casos del silencio afirmativo, se llegaría al absurdo de hacer prevalecer el interés privado sobre el público y considerar realizados actos administrativos aun cuando faltasen los elementos de legalidad y de conveniencia.

En orden a los plazos para la resolución de una petición a efectos de producción del silencio administrativo, el Proyecto de Ley fijaba un plazo de cuatro meses para denunciar la mora y tres meses para considerar desestimada la petición. En este punto, la ponencia aceptó «en su espíritu» la enmienda 16 (procurador Rodríguez Jurado), que denunciaba la excesiva lentitud del proceso contencioso-administrativo que se estaba configurando, pues con solo este precepto «ya se puede comenzar la reclamación con un retraso que se aproxima a los siete meses». Con la aceptación se unificaban los plazos, en ambos supuestos, a tres meses.

7. MANTENIMIENTO DE LA EXIGENCIA DEL RECURSO PREVIO DE REPOSICIÓN Y SU APARENTE FLEXIBILIZACIÓN POR LA VÍA DE LA SUBSANACIÓN

La persistencia en el Proyecto de Ley de la subsistencia del recurso de reposición, según González Pérez²³, respondía «a una idea fija de Iturmendi que antes de iniciarse un proceso administrativo debía siempre darse oportunidad a la Administración de revisar sus actos y evitar el contencioso, ya que su experiencia como Abogado del Estado le había demostrado que el recurso de reposición evitaba muchos procesos inútiles».

Frente a esta unificación ante todas las administraciones en la exigencia del recurso previo de reposición, la enmienda 16 (Rodríguez Jurado) consideraba que dicho recurso contribuía a la lentitud de la justicia administrativa y que, a su juicio, «este solo ha debido de establecerse con carácter voluntario o sea con el carácter de voluntariedad y tramitación sencilla», tal como se planteaba en el reglamento de procedimiento económico-administrativo. La ponencia, sin embargo, no aceptaría esta pretensión del recurso de reposición como meramente potestativo, invocando el argumento de que «el recurso de reposición vino a ser como un acto de conciliación y ofrece la ocasión a la Administración pública para poder rectificar sus errores, evitándose así a los particulares la tramitación siempre larga de un pleito».

²³ J. González Pérez (1978: 2254).

Pese a esta negativa, la ponencia fue en cierta medida sensible a esta crítica y, al amparo del principio antiformalista, declarado en exposición de motivos, «los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones de los Tribunales y no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar justicia» y en analogía al sistema de subsanación de defectos, introdujo la adición en el art. 129 de un nuevo párrafo del siguiente tenor:

[...] si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de Reposición, siendo este preceptivo y se hubiese denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días si se acreditara dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedara en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición en forma expresa o transcurra el plazo a que se refiere el art. 54 (es decir desestimado por silencio administrativo por el transcurso de un mes).

De esta suerte se dulcificaba una exigencia formal de la cual no se tenía plena conciencia de su utilidad. A juicio de Royo Villanova²⁴, el legislador incurrió en un olvido en esta adición al no extender la legitimación para la referida alegación «por otra parte distinta de la Administración demandada y a la apreciación de oficio por el Tribunal».

8. AMPLIACIÓN DE MATERIAS EXCLUIDAS DEL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Pese a las aperturas que presentaba el Proyecto de Ley del Gobierno en materia de fiscalización de las cuestiones de personal, actos discrecionales y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, el artículo 40. b) seguía excluyendo «los actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro». De esta exclusión solo se liberaban respecto a las leyes de 1944 y el texto refundido de 1952, las cuestiones sobre depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo y abastecimientos. Sobre estas materias excluidas, tan importantes para las libertades públicas —así como de los actos de Gobierno—, se omitió toda referencia a lo largo de la tramitación de la ley ni, por supuesto se presentaría enmienda alguna. Hubo que esperar a las Leyes de Prensa e Imprenta (1966) y de Cinematografía y Teatro (1967) para la derogación del referido art. 40. b).

El Proyecto de Ley del Gobierno (art. 40 c) también en materia militar excluía de la fiscalización judicial exclusivamente «las órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, Oficiales y Suboficiales de los

²⁴ S. Royo Villanova (1959: 275).

Ejércitos de Tierra, Mar y Aire por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas». La enmienda 4 (procurador M. Vizcaíno y ocho más) postuló la ampliación de esta exención del control jurídica a «las resoluciones dictadas como consecuencia de expediente gubernativo seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de Tropa o Marinería con arreglo al art. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar y las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos en el mismo Código» y «las Órdenes ministeriales que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente». La ponencia aceptó plenamente esta ampliación, transcribiendo íntegramente la primera partes y unificándola con la segunda, si bien sustituyendo la referencia a postergaciones acordadas por órdenes ministeriales, con una simple referencia a «y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente».

Los argumentos de la enmienda, expuestos de forma muy contundente, apelaban a la Ley constitutiva del Ejército de 1878, la propia Ley de 1894 de lo Contencioso-administrativo y en particular a los Decretos Leyes de 27 de febrero y 3 de marzo de 1926 (que excluían de la jurisdicción contencioso-administrativa a las resoluciones dictadas en los expedientes prevenidos en el Código de Justicia Militar y de Marina de Guerra), justificaban que no se estaba en estos supuestos ante actos administrativos, sino a «actos de Imperio y no de administración». En especial se señalaba que «el Mando militar para garantizar la eficacia del Ejército precisa la calificación anual de quienes lo componen y ello obliga al ejercicio de funciones de carácter discrecional que no pueden quedar supeditadas a intervenciones extrañas porque no son actos puramente administrativos». A mayor abundamiento para justificar esta especialidad de la profesión militar se sostenía que «la disciplina se mantiene de una parte, mediante la selección rigurosa del personal que forma parte del Ejército y también por la exigencia permanente de mantener una conducta digna de pertenecer por ello, procedimientos especiales regulan las sanciones a que los militares están sometidos que, en circunstancias especiales, pueden llegar, en el caso de desobediencia, a la pena de muerte, lo que nunca se da en las demás carreras del Estado».

9. LA AMPLIACIÓN DE SUPUESTOS PARA LA CELEBRACIÓN DE VISTA EN EL PROCESO

La celebración de vista en el contencioso-administrativo había ido perdiendo progresivamente protagonismo, en gran medida por las restricciones impuestas sobre su celebración por la Ley de 1944 (art. 11. excluyéndola en materia de personal y en función de la cuantía) y en el Texto Refundido de 1952 (art. 61, sometiéndolo a un riguroso orden de antigüedad). El Proyecto de Ley (art. 76) admitía la vista solo cuando lo pedían las partes o lo estime

necesario el tribunal. La enmienda 16 (Rodríguez Jurado) denunciaba las restricciones sobre la celebración de vista que se establecían, pues:

[...] la vista pública se ha mantenido generalmente en nuestra legislación en todos los órdenes, porque las muchas generaciones que se han precedido sin duda han creído que se queda más conforme con el contenido de la sentencia (y por lo tanto contribuye más a la fe en la justicia) el litigante que presencia cómo el tribunal escucha las alegaciones de su defensor que aquel otro que solo sabe que estas alegaciones han sido consignadas por escrito y que le pueda pasar por la imaginación (aunque no se corresponda normalmente con la realidad) la idea de que, ante el agobio de trabajo y acumulación de pleitos, en un determinado tribunal, tenga que recaer, fundamentalmente, el trabajo en el magistrado ponente, sin poder prestar los restantes miembros una atención tan intensa como las que se produce cuando la totalidad de ellos escucha en la vista los informes de las partes. En consecuencia, proponemos como enmienda que se rectifique el Proyecto en los aludidos artículos, volviendo al sistema de celebración de vista pública en cuantos casos se halla establecido en la legislación vigente.

Al propio tiempo el autor de la enmienda consideraba que la celebración de vista propiciaba la eliminación del intrusismo profesional al exigirse la intervención de abogado, pero a pesar de ello, al fomentar la vía del escrito de conclusiones, «al no exigirse la presencia personal del Letrado ante el Tribunal de Justicia en el acto del informe en la Vista, resultara mucho más fácil para los que practiquen el intrusismo, ya que no siempre es difícil encontrar en la amabilidad de un amigo una firma disponible».

La ponencia, pretextando atender a estas consideraciones de la enmienda, optó por revisar el contenido del art. 77, pero solo en el aspecto de flexibilizar el orden riguroso de la antigüedad de los asuntos, exceptuando los «referentes a la materia de Expropiación forzosa y aquellos otros que por prescripción de la ley o por acuerdo de la Sala fundado en circunstancias excepcionales, deban tener presencia, los cuales estando conclusos podrán ser antepuestos a los demás cuyo señalamiento aún no se hubiera hecho».

10. PRECISIONES Y MATIZACIONES SOBRE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS SENTENCIAS

En el art. 101, el Proyecto de Ley regulaba un recurso extraordinario para aquellas sentencias que no eran susceptibles de apelación ordinaria. La ponencia introdujo algunas modificaciones de importancia, calificando la causa de la impugnación como «en Interés de la Ley» y al mismo tiempo habilitando su interposición en exclusiva a la abogacía del Estado, «aun cuando no hubiera intervenido en el procedimiento», lo cual venía a generar una discriminación

respecto a las demás partes como agudamente denunció posteriormente González Pérez en sus comentarios²⁵. Al propio tiempo, aceptando la enmienda 16 (Rodríguez Jurado), en el apartado 4 se determinó que la sentencia fijara la «doctrina legal», y eliminando el propósito inicial del Proyecto, que advertía: «cuya inobservancia podrá determinar responsabilidad por los Tribunales inferiores» y ello, según la enmienda, por considerar conminación exagerada y vejatoria en lo disciplinario.

Por lo que afectaba al recurso extraordinario de revisión (art. 102) en su apartado b), la ponencia introdujo una modificación posteriormente retocada por la comisión en cuya virtud se sustituía «los mismos litigantes o a otros distintos en igual situación» por la de «mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llegue a pronunciamientos distintos», con lo cual se homologa el tratamiento con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

11. EL CUESTIONAMIENTO DE LA ADMISIBILIDAD DE LA DESVIACIÓN DE PODER PROPICIARÍA FINALMENTE LA EXIGENCIA DE SU DEFINICIÓN LEGAL

El texto inicial del art. 83.2 del Proyecto del Gobierno decía que: «La sentencia estimara el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurrieran en cualesquiera formas de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso por *desviación de poder*». Era la única mención que en el articulado del Proyecto de Ley que se refería a la institución de la desviación de poder. Aun cuando desde hacía ya algunos años algún sector doctrinal postulaba su admisión en nuestro sistema de justicia administrativa —Gascón y Marín²⁶— no sería hasta el art. 101 de la Constitución de 1931 cuando se reconocería que por ley se regularía recursos contra los actos discrecionales de la Administración «constitutivos de exceso o desviación de poder».

Dicha ley, sin embargo, no se dictaría ni desarrollaría. Por lo tanto, el Proyecto de Ley constituiría un primer reconocimiento operativo y en el marco de la legislación ordinaria.

A dicho artículo se presentó una enmienda (19) en contra de la admisibilidad de dicha innovación, por considerarla inspirada o mera traducción del *detournement du pouvoir* y ello por considerar inadmisibile:

²⁵ J. González Pérez (1978: 1157).

²⁶ J. Gascón y Marín (1917), *Las garantías jurídicas del ciudadano y la evolución del recurso contencioso-administrativo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y legislación.

[...] en nuestra sistemática jurisdiccional tal motivo para poder atacar los actos discrecionales, por atentar al principio de separación de poderes. Dado que nuestros Tribunales Contenciosos-administrativos están incorporados al Poder judicial, lo que no sucede con el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos franceses y el Consejo de Estado italiano, órganos más bien del Ejecutivo que entienden en los recursos de anulación por desviación de poder y aun en Francia tal competencia hasta el Decreto de 28 de noviembre de 1953 se ha estimado prudente reservarlo al Consejo de Estado.

A juicio del autor de la enmienda, el poder judicial:

[...] debe entender solo de la infracción de Ordenamiento jurídico, aun comprendiendo en el mismo a la costumbre y los principios generales del Derecho que son con arreglo al art. 6 del Código Civil, pero no para apreciar el fin de los actos administrativos discrecionales, para lo cual se precisa una preparación técnica y administrativa, no simplemente jurídica que es la que en realidad poseen los Tribunales contencioso-administrativos.

Después de este razonamiento fundamentado jurídicamente y que revelaba un conocimiento del derecho comparado, la argumentación de la enmienda revelaba su auténtico propósito, que no era otro que pretender salvaguardar la autonomía municipal con una justificación que no dejaba de ser curiosa, pues consideraba que no debía atribuirse:

[...] a los Tribunales incorporados a las Audiencias Territoriales, pues su imparcialidad y su competencia técnico-administrativa, *sería mayor que la de los miembros de Corporaciones Locales, que disponen de asesoramientos técnicos adecuados y por ello podía ser atentado a la autonomía administrativa de dichas Corporaciones y un acicate para atemorizar o por lo menos paralizar la actividad de la Administración Local, abriendo temerariamente la vía jurisdiccional, prevaleciéndose de unas presuntas desviaciones de poder.*

Como alternativa, la enmienda proponía la supresión del motivo de la desviación de poder o atribuir la competencia exclusivamente «*al Tribunal Supremo, siendo indispensable entonces un interés directo para promover el consiguiente recurso contencioso-administrativo*».

El autor de la referida enmienda fue el procurador en Cortes Fernando Beltrán Rojo, a la sazón alcalde de Oviedo. Si bien firmaba a título individual el 15 de julio de 1956 el texto de la enmienda, inmediatamente recibió por correo un alud de adhesiones y apoyos, según consta en la documentación del expediente legislativo, por parte de presidentes de Diputación y alcaldes de las capitales de provincia, entre ellas las de los alcaldes de Madrid y Barcelona.

La enmienda causó cierto impacto en el ánimo de la ponencia, ya que en un estudio o nota preliminar que consta en el expediente se afirmaba «la ponencia examina con particular atención la enmienda 19, suscrita por F. Beltrán Rojo y en la que se propone con razonamientos de indudable fuerza, la suspensión de la decisión en el apartado 2 del art. 83 de la desviación de poder. Queda pendiente de su más completo estudio por modificación sustancialmente el Proyecto en uno de sus aspectos fundamentales». A raíz de este estudio, la ponencia decidiría ensayar, según consta en diversas hojas manuscritas, una definición de desviación de poder. En una primera versión, su texto «constituirá desviación de poder el ejercicio de actividades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico». Finalmente, en el informe definitivo de la ponencia de 17 de noviembre de 1956 se acuerda rechazar la enmienda 19 de Beltrán Rojo «porque el recurso por desviación de poder constituye una mayor garantía para los administrados. La ponencia propone, acogiendo en parte los razonamientos de la enmienda, que se adicione a este artículo el siguiente apartado 3): “Constituirá desviación de poder el ejercicio de la actividad administrativa para fines distintos de los que deben perseguir, de acuerdo con el interés público y con sujeción al ordenamiento jurídico”».

La Comisión de Justicia, según S. Royo Villanova en la defensa del Proyecto ante el Pleno, destacaba que: «La Comisión ha estimado conveniente para mayor claridad, dar una definición de la desviación de poder que faltaba en el Proyecto», definición que aligeraba el primitivo texto interno de la Ponencia en el siguiente sentido: «constituirá desviación de poder el ejercicio de actividades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico». En el último momento, en un texto de corrección de errores, remitido previamente al Ministerio de Justicia antes de su publicación oficial, sin explicación alguna que conste en el expediente legislativo, se sustituyó «actividades administrativas» por «potestades administrativas». Esta sustitución no dejaría de tener sus repercusiones inmediatas jurisprudenciales y, especialmente, doctrinales, en orden a si la desviación de poder podría darse tanto en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre y 1 de diciembre de 1959). Clavero Arévalo, en un luminoso trabajo publicado en 1959²⁷, se planteó, comentando estas sentencias, la distinción entre potestades y funciones o actividades administrativas, indicando que la expresión «potestades» es un concepto acuñado en el derecho público italiano, aun cuando no había unanimidad doctrinal sobre si el acto administrativo es fruto del ejercicio de una potestad o de una

²⁷ M. F. Clavero Arévalo (1959), «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 30, págs. 105-131.

función «porque la idea de potestad implica siempre una libertad o discrecionalidad en el origen de su ejercicio. Se puede poner en ejercicio la potestad o se puede no poner... Todo ello con independencia de que, si se decide ejercerla, el contenido de las actuaciones este reglado y sea automático». Mientras que la idea de función supone necesaria y obligatoriamente el ejercicio de la actuación administrativa, sin que quepa posibilidad de eludir dicho ejercicio. La conclusión del autor era que el vicio de desviación de poder en la forma definida en el art. 83.3 de la LJ puede concurrir en los actos discrecionales y los de contenido automático en el ejercicio de potestades, sin que tal vicio pueda darse en actos de contenido automático que se produzcan en el ejercicio de funciones administrativas.

Por último, hay que indicar que a raíz del debate en la comisión se añadió un apartado 2 al art. 94 del siguiente tenor: «las sentencias que versen sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de APELACIÓN». Al no poder disponerse del texto taquigráfico del debate en la Comisión de Justicia no podemos verificar el exacto origen de esta adición, pero según las palabras de S. Royo Villanova, cabe presumir que con ello en gran medida se pretendía dar satisfacción a la referida enmienda de Beltrán Rojo, a pesar de su desestimación formal al explicitar que «sin embargo consideramos que *una materia delicada y nueva, en la que conviene unificar la jurisprudencia y sentar criterios, ha admitido el recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, contra las Sentencias dictadas en los recursos por desviación de poder, en todos los casos*». De esta suerte se garantizaba que en cualquier caso la posible apreciación de la concurrencia de la desviación de poder quedaba en última instancia reservada al Tribunal Supremo.

El ponente S. Royo Villanova se vería obligado a exponer las razones de esta novedad que se incorporaba al texto de la ley. Así en principio señala que «por amplios que sean los poderes de una autoridad, le han sido concedidos solamente por un fin o fines determinados. Por eso hay desviación de poder cuando se persiguen fines personales de venganza, lucro, etc., incluso hay desviación cuando se persigue un fin público que no es el señalado por la ley en el caso concreto. Vgr. con medidas de policía se persiguen miras fiscales». De esa manera, continuaba, «la jurisdicción contencioso administrativa tendrá la facultad de interpretar las leyes que han concedido poderes a los órganos y autoridades administrativas, determinando el fin para el que les han sido otorgadas». La misión de los Tribunales será la de tratar «de descubrir el espíritu de las normas jurídicas, sancionando las violaciones. No de la letra de la ley sino del espíritu de las leyes. Algunos autores han hablado a este respecto de un control de la “moralidad administrativa”, pero es más acertado hablar de un control de la legalidad administrativa de los motivos o del fin» (ello explica que finalmente se introdujera una interpolación en el punto IV. nº 5 *in fine* de la exposición de motivos del siguiente tenor: «según puntualiza el texto legal,

saliendo al paso de la tesis que la configura solo como una infracción de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa»).

Advierte, sin embargo, en un ejercicio de realismo que esta «indagación será difícil; habrá que determinar en cada caso el fin que ha perseguido el autor del acto; y es fácil comprender que cuando una autoridad usa de sus poderes con un fin inconfesable no va a tener la ingenuidad de expresarlo». Disfrazará los motivos verdaderos del acto y oficialmente dará un pretexto legal. No siempre será fácil descubrir sus intenciones. «No obstante», concluye, «es muy conveniente acoger este vicio de ilegalidad dentro de nuestro sistema de lo contencioso-administrativo y que ya figura en otros sistemas progresivos como el francés, el italiano y el alemán».

Con independencia de la trayectoria de las polémicas doctrinales y jurisprudenciales que se han desarrollado posteriormente en torno a la institución de la desviación de poder y su cuestionamiento en nuestra justicia administrativa desde 1956 hasta la actualidad —cuestión que no corresponde analizar en la presente ocasión— no podemos dejar de consignar la influencia que el inciso «incluso la desviación de poder» del art. 83.2 de la Ley de 1956 ha tenido, según García Soto²⁸, en el constitucionalismo de Venezuela, que ha incorporado textualmente dicha referencia a sus textos constitucionales de 1961 e incluso en el más reciente de 1999.

²⁸ C. García Soto (2014), «“Incluso por Desviación de Poder”. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (o cómo los Profesores Manuel Ballbé y J. González Pérez influyeron en la Constitución de Venezuela)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, págs. 349-363.

