

DOCUMENTOS Y DICTÁMENES

INFORME SOBRE LA ADMINISTRACION Y LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ANTEPROYECTO DE BASES PARA UNA LEY ORGANICA DE LA JUSTICIA (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ORDENES JURISDICCIONALES: A) *Jurisdicción civil y laboral y jurisdicción contencioso-administrativa.* B) *Jurisdicción penal y jurisdicción contencioso-administrativa.*—III. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *La naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa y las actuales limitaciones al control judicial de la Administración Pública.* B) *Distribución de competencias e instancias jurisdiccionales.* C) *La segunda instancia y la revisión.*—IV. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA LABORAL.—V. PROCESOS SUMARIOS EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUICIOS DE DESPOJO Y AMPARO.—VI. LA AMPLIACION DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACION PÚBLICA A EFECTOS DE LA DELIMITACION DEL ÁMBITO DE LO CONTENCIOSO.—VII. LA REFORMA DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO EXIGENCIA DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE JURISDICCION.—VIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS.—IX. EL SOMETIMIENTO DE LOS JUECES A LA LEY.—X. EL MINISTERIO FISCAL.—XI. CONFLICTOS JURISDICCIONALES Y PREJUDICIALIDAD.

I

INTRODUCCION

El Ministerio de Justicia, a través de la Sección 3.^a de la Comisión General de Codificación, ha elaborado y sometido a información pública un anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia, que pretende sustituya a la vieja Ley provisional sobre organización del poder judicial, de 15 de septiembre de 1870.

El Anteproyecto consta de un corto y escueto título preliminar y de 82 bases, más una Base alternativa de carácter general, distribuidas en los siguientes títulos:

(*) Este informe ha sido preparado en el Seminario de la Cátedra del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, siendo ponente don José Ramón PARADA VÁZQUEZ, Profesor adjunto de Derecho administrativo.

TÍTULO PRIMERO: *De la función jurisdiccional.*—TÍTULO SEGUNDO: *De la planta y organización de los Juzgados y Tribunales.*—TÍTULO TERCERO: *Del gobierno y administración de la Justicia.*—TÍTULO CUARTO: *Del personal al servicio de la Justicia.*—TÍTULO QUINTO: *Del Ministerio Fiscal.*—TÍTULO SEXTO: *De los Abogados y Procuradores.*—TÍTULO SÉPTIMO: *De la actividad judicial.*

Por la amplitud de cuestiones que esta Ley aborda afecta a todos los sectores especializados en que se encuentra actualmente dividida para bien o para mal de la ciencia del Derecho y todos ellos están llamados a opinar.

Esa amplitud, y la realidad de las especializaciones, han llevado a los autores del presente informe a limitar sus observaciones a aquellos puntos en que la reforma proyectada afecta más directamente a la Administración y a su derecho específico, el Derecho administrativo, sin que ello suponga asentimiento o conformidad con las restantes bases del Anteproyecto que no son objeto de comentario. Expresamente se consigna esa salvedad sobre la regulación de la carrera judicial y fiscal; de forma especial sobre las condiciones de acceso a la misma, de las competencias que a la Administración Pública se reconocen sobre nombramiento para determinados cargos judiciales, y de la ausencia de un mínimo principio de antigobierno sobre base representativa de los propios miembros de la carrera judicial, y de participación de Corporaciones profesionales de juristas, Academias y Universidades.

II

DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE LOS ORDENES JURISDICCIONALES (Base 4, apartado 7)

A) *Jurisdicción civil y laboral. Jurisdicción contencioso-administrativa.*

El Anteproyecto reparte las competencias de las diversas manifestaciones del orden jurisdiccional, salvo la civil, en virtud del criterio de atribución *ex lege*, que establezcan las respectivas Leyes procesales. La jurisdicción civil se configura en cualquier caso como jurisdicción común y residual.

Tal sistema de reparto de competencias ofrece un gravísimo riesgo si se mantienen los criterios actuales en lo que atañe a la delimitación del orden civil y contencioso-administrativo, riesgo que consiste en una constante y progresiva reducción de las competencias de los Tribunales civiles y un correlativo aumento de las competencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ello es posible porque la descripción de las competencias de ésta se hace en base a un simple criterio formal, los actos de la Administración Pública, con lo que basta la concurrencia del acto de la Administración, aunque resuelva conflictos entre particulares, para que su anulación haya de pedirse por la vía contenciosa. El acto administra-

tivo tiene una especie de virtualidad taumátúrgica con fuerza suficiente para convertir la naturaleza del asunto de privado en administrativa.

Si se piensa, además, que todo acto administrativo es ejecutorio y adquiere firmeza como las sentencias judiciales firmes se comprenderá que, aunque resuelva cuestiones privadas, civiles o laborales, es obligado impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa para destruir sus efectos con lo que se obliga a esta jurisdicción a un examen sobre el fondo.

Ocurre, además, que mientras la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene una base firme de asentamiento, el acto administrativo, cualquiera que sea la mercancía que encubra, en ninguna parte se define lo que es una cuestión civil o los negocios civiles, definición o concepto necesario para operar como frontera frente a las actividades de la Administración y sucesivamente de límite a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Está sucediendo, además, y cada vez con más frecuencia, que, cubierta por una legislación específica, la Administración está siendo apoderada de competencias resolutorias de conflictos entre particulares en que se ventilan intereses sustancialmente privados y en los que no existe en causa un interés directo de la Administración. Sirvan de ejemplo de estas anormales atribuciones de competencias las que tiene la Administración para resolver el derecho de réplica en materia de prensa, los conflictos sobre presas marítimas, para acordar desahucios de viviendas y obligar a los propietarios a reparaciones en favor de inquilinos, conflictos en materia de seguros a través del Tribunal arbitral, para resolver conflictos sobre cuestiones de propiedad industrial, expropiaciones entre particulares, etc.; indirectamente se resuelven también conflictos entre particulares con motivo del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en aumento creciente por la gravedad de las sanciones y las materias que comprende.

En los casos citados y otros similares no hay una prohibición de que la jurisdicción civil conozca del conflicto, sino un apoderamiento expreso de competencias a la Administración que prácticamente implica un desapoderamiento de aquélla.

Bien, pues, a través de actos dictados con incompetencia, bien en uso de competencias legales, la Administración resuelve conflictos entre particulares sobre intereses privados en número creciente con riesgo de hacer periclitarse la normal competencia de los Jueces civiles.

Se cree, por ello, que esta base ofrece la oportunidad de salir al paso de este vaciamiento de las competencias de los Jueces civiles, para lo que se estima imprescindible definir el contenido de la jurisdicción civil de una forma positiva, formal y a la vez residual. Asimismo se advierte de la necesidad de declarar esta competencia absolutamente prioritaria respecto a la de la Administración Pública y a la de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Para una y otra finalidad se propone la inclusión de un párrafo dentro de esta base del siguiente tenor:

«La jurisdicción civil será competente en los negocios sobre la aplicación del Derecho privado, las controversias entre simples particulares y todos aquellos litigios que no estén atribuidos a otro orden jurisdiccional.

La existencia de un acto de la Administración Pública decidiendo o prejuzgando una controversia entre particulares no impedirá en cualquier momento el pronunciamiento definitivo sobre la misma de la jurisdicción civil».

Precepto similar se estima debe consignarse para precisar los límites entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa sin la referencia genérica a los conflictos entre particulares ni al carácter residual, criterios propios de atribución de competencias de la jurisdicción civil.

B) *Jurisdicción penal y jurisdicción contencioso-administrativa.*

Sin duda que el hecho más grave del estado actual de las relaciones entre la Administración y los Tribunales de Justicia consiste en el extraordinario desarrollo de la potestad punitiva o sancionadora de la Administración en todos los órdenes de su actividad y la congelación de la competencia represiva de los Tribunales penales a las figuras del Código penal.

Supuesto que ese reparto de las competencias punitivas parece que en el futuro ha de seguir desarrollándose en forma favorable a la Administración, se estima conveniente aprovechar la oportunidad de esta Ley para ponerle límite de alguna manera.

Para ello debería, en principio, reforzarse la declaración de principio contenida en el artículo 603 del Código penal de que las penas que pueden imponer las autoridades de la Administración no podrán ser superiores a las establecidas en el propio Código penal, límite hoy quebrantado por diversas Leyes especiales que permiten la imposición por vía administrativa de multas de carácter superior a las del Código y que además permiten su conversión en penas privativas de libertad por la técnica de los arrestos sustitutorios. Asimismo, deben revisarse las sanciones administrativas que suponen pérdidas de derechos íntimamente ligados a la propiedad y libertades fundamentales (cierre de establecimientos, suspensión de periódicos, etc.).

La solución óptima y más acorde con las exigencias de la garantía de un Estado de Derecho sería, sin duda, trasladar lisa y llanamente la competencia de estas sanciones a los órganos de la justicia penal, lo que habría de hacerse previa una mayor agilización del Ministerio Fiscal y de su mayor vinculación y coordinación a estos efectos con los órganos de la Administración que tienen atribuidas estas competencias. Los expedientes administrativos sancionadores podrían servir de cuerpo procedimental a efectos probatorios, en base a los cuales el Ministerio Fiscal sostendría la acusación, lo que permitiría simplificar al máximo la fase sumarial del proceso penal, o incluso prescindir de ella, reduciendo la actuación del Juez penal a la que se desarrolla a través del juicio oral. De esta

forma se salvarían las garantías más importantes de la justicia penal, que son, sin duda, la intervención del Juez, el principio de audiencia previa y la correspondiente apertura de las vías del recurso ordinarias de la jurisdicción penal.

Otra solución alternativa para vincular y centrar la competencia sancionatoria del Estado en los Tribunales penales podrá consistir en admitir contra toda sanción administrativa que supere los límites de las penas consignadas en el Código penal, un recurso de apelación ante los órganos ordinarios de la justicia penal, precisando la competencia de éstos en razón del domicilio del sancionado.

Cualquiera de ambas soluciones se presentan como indudable exigencia de los principios tradicionales del Derecho penal y de las declaraciones sobre el carácter independiente de la justicia que se contiene en la Ley Orgánica del Estado.

Como remedios de índole menor, respetando el *statu quo*, se sugiere la derogación expresa del principio *solve et repete* en virtud del cual las sanciones impuestas por la Administración son en algunos casos irrecorribles incluso ante la propia jurisdicción contencioso-administrativa, si, con carácter previo a la interposición del recurso, no se satisface el importe de la multa. De esta forma se condiciona el ejercicio del derecho a recurrir al nivel patrimonial del sancionado, lo que resulta, ciertamente inadmisibles, y que es además innecesario porque disponiendo la Administración del privilegio de ejecución forzosa no precisa de esa coacción indirecta, que supone la privación de la garantía judicial para el cobro de la multa.

La Ley Orgánica de la Justicia ha de abordar frontalmente la cuestión de las jurisdicciones especiales penales integradas en la Administración Pública y en especial las de contrabando y defraudación y delitos monetarios, estimándose en todo caso preferible una diferenciación orgánica dentro de los órganos penales comunes que el actual sistema de integración en la Administración Pública que ha llevado, en el caso de la jurisdicción de delitos monetarios, a que sus decisiones no puedan ser revisables ni por la jurisdicción penal ni por la contencioso-administrativa.

III

LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

(Bases 21, 23 y 24)

El Anteproyecto, en las bases que se citan en el epígrafe, respeta la naturaleza y especial carácter de la Jurisdicción contencioso-administrativa, reduciendo, en principio, la reforma a determinadas innovaciones sobre la planta orgánica y delimitación de competencias entre los Tribunales Contencioso-Administrativos.

Se estima, en contra de ese criterio restrictivo del Anteproyecto, que la Jurisdicción contencioso-administrativa debe ser reformada con una mayor ambición y no operar en ella simples retoques parciales estricta-

mente orgánicos. Asimismo se cree conveniente que esta reforma en profundidad sea abordada en sus líneas maestras precisamente en la Ley Orgánica de la Justicia, por cuanto las innovaciones que se juzgan necesarias se relacionan íntimamente con el concepto mismo de Jurisdicción y con las condiciones de acceso a la justicia administrativa, contenidos típicos de aquella Ley.

A) *La naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa y las actuales limitaciones al control judicial de la Administración Pública.*

La singularidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya configuración actual deriva directamente no de la reforma operada en 1956, sino de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES, radica en lo que se ha llamado su carácter revisor de actos administrativos, lo que, a su vez, supone una asimilación en orden a las condiciones de acceso a la justicia entre el acto administrativo y las sentencias judiciales. En otras palabras, el proceso contencioso de primera instancia guarda una evidente similitud con los procesos civiles y penales de segunda instancia, con las consiguientes limitaciones que son propias de los procesos de impugnación. Pero ni es esencial a la actividad administrativa el otorgamiento a los actos de la Administración de un valor jurídico similar o superior al de las sentencias judiciales, ni esencial a la justicia administrativa su carácter de jurisdicción revisora o de apelación. Se trata, por el contrario, de una solución derivada de una conocida evolución histórica frente a la que existen otras alternativas que, sin perjuicio de respetar las peculiaridades del sistema administrativo, sean más conformes con el concepto mismo de jurisdicción y con el principio de libertad de acceso a la justicia para un control plenario de la actividad administrativa, lo que es ya exigencia inexcusable en un Estado de Derecho.

Como las limitaciones, que constituyen notorias imperfecciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, vienen precisamente de ser su objeto único el recurso contra actos administrativos, vedándose la posibilidad, que es normal en el proceso civil, de competencia jurisdiccional a través de un sistema de acciones, es forzoso analizar las características de los actos administrativos en relación con su acceso al control judicial.

1. *El proceso contencioso-administrativo sólo se da contra actos administrativos previos.*

Ciertamente todo proceso presupone en cierto modo un acto de otro sujeto, un acto previo. Así el proceso civil no es posible en términos generales sin la negativa del demandado manifestada en el juicio de conciliación, que sirve técnicamente a esa finalidad de que el enjuiciamiento recaiga sobre un acto o una actitud de oposición previamente manifestada.

La característica del proceso contencioso no consiste tanto en la exigencia del acto previo cuanto en la rigidez de esa exigencia por una parte, y en su onerosidad por otra. Rigidez porque la regla no tiene

excepción alguna frente a las generosas excepciones que existen en el proceso civil en el que es posible el acceso jurisdiccional de una pretensión, el ejercicio de una acción, sin acto formal previo o, lo que es igual, sin juicio de conciliación (arts. 460 y 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Estas excepciones se justifican bien por razones de urgencia (juicios interdictales, sobre alimentos, juicios universales, juicios en que están interesados los menores o incapacitados para la libre administración de sus bienes, desahucios, demandas de tanteo, retracto o cualquier otra que sea perentoria y urgente), bien por una manifiesta innecesariedad del acto de conciliación en relación con la índole de la acción ejercitada (juicios verbales, juicios declarativos que se promuevan como incidente o consecuencia de otro juicio), o de un acto de jurisdicción voluntaria, los que se promuevan contra personas desconocidas inciertas o contra ausentes que no tengan residencia conocida, juicios declarativos que se promuevan para reclamar la nulidad del cumplimiento de lo acordado en juicio de conciliación.

Por el contrario, en el proceso contencioso no se da ninguna excepción al requisito del acto formal previo. Ninguna actitud o actividad material de la Administración por muy injusta o lesiva que sea a los derechos de los administrados puede ser examinada por el órgano judicial sin una previa petición de reforma del interesado ante la propia Administración y sin una desestimación expresa o tácita de la Administración. La base gubernativa fija definitivamente los términos de la pretensión prohibiendo a través de la regla de la prohibición del *novum* que lo allí no alegado, discutido o pretendido, puede ser objeto de recurso contencioso en forma similar a la imposibilidad de un proceso de apelación en que se pretenda algo no discutido en primera instancia.

La exigencia del acto previo administrativo está gravado además con una especial onerosidad en relación con el acto desestimatorio que se manifiesta en el juicio de conciliación. Esa especial onerosidad radica en que frente a la inmediatez con que puede traharse el proceso civil después del juicio de conciliación, la Administración, a través de la técnica del silencio administrativo, puede demorar el proceso contencioso por un plazo mínimo de seis meses. Más aún, si ha existido *ab initio* un acto formal expreso o se ha contestado expresamente a la reclamación del particular, ni aquel acto ni esta contestación cumplen por sí mismos la exigencia del requisito procesal del acto previo, debiendo agotarse entonces la vía administrativa a través de un recurso de alzada o reposición, según proceda, lo que implica la exigencia no ya de uno, sino de dos actos administrativos previos, el inicial y el desestimatorio del recurso administrativo.

De lo expuesto es fácil deducir que el proceso contencioso está condicionado a una espera mínima de seis meses o a un doble acto administrativo, el inicial y el resolutorio del recurso administrativo, lo que le hace rigurosamente inservible, en su configuración actual, para el ejercicio de pretensiones urgentes.

2. *El proceso contencioso es un proceso de apelación sin efectos suspensivos.*

El injustificado privilegio de retrasar sin excepción alguna el acceso del administrado ante el Tribunal adquiere todavía mayor gravedad por consecuencia de la ejecutoriedad inmediata de cualquier acto administrativo antes y durante el proceso. De esta forma al acto administrativo, a efectos de su control judicial, se le otorga mayor confianza y mayor valor que a una sentencia judicial recaída en un proceso civil o penal en los que la regla general es que la interposición de un recurso suspende la ejecución de aquélla (arts. 369, 383 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 114 y 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En otras palabras, el acto administrativo es generalmente acto firme a efectos de su ejecución, aunque se hayan interpuesto recursos administrativos o jurisdiccionales contra el mismo.

Pero no se trata tanto de postular la derogación del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos con motivo de la interposición de un recurso, lo que podría suponer un peligro de paralización de la acción administrativa, cuanto de ampliar las facultades de los Tribunales contenciosos para decretar la suspensión, limitada ahora a los supuestos en que la ejecución pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación. Se trata también de hacer posible que el órgano judicial conozca de la pretensión de suspensión desde el mismo momento en que se produce el acto administrativo o la actividad material, cuya suspensión se pretende, sin necesidad de interponer recursos administrativos o agotar la vía administrativa, lo que permite a la Administración demorar el conocimiento de la pretensión de suspensión por un plazo de tres meses (si es susceptible de recurso de alzada) y de un mes (si es preceptivo el recurso de reposición).

Dicho todo ello de otra forma: el privilegio de la Administración de ejecutar sus propias decisiones, no obstante la interposición de recursos, y asimismo el peligro derivado de la existencia de una actividad de ejecución sin previo acto, exigen que las facultades de suspensión de los Tribunales se ejerciten dentro de un proceso o procedimiento específico con esa finalidad, de corte interdictal, de planteamiento inmediato, y no en la forma actual como una incidencia dentro de él y una vez que el proceso sobre el fondo se ha trabado. Además, una vez que la primera instancia del recurso contencioso ha terminado con sentencia favorable al recurrente, todavía a efectos de la situación fáctica, y mientras se sustancia la apelación, el acto administrativo sigue prevaleciendo y produciendo todos sus efectos, a pesar de una primera instancia anulatoria.

3. *Los plazos de interposición del proceso contencioso sustituyen a los plazos de prescripción de los derechos materiales.*

Sin duda la más grave consecuencia de la configuración del recurso contencioso como recurso de apelación, como un proceso a un acto sentencia y no como proceso de primera instancia, consiste en que la inter-

posición está sujeta a plazos: quince días y un mes para la vía gubernativa y dos meses contra actos expresos y un año frente a actos presuntos en la contenciosa, provocando el transcurso de los mismos, sin la interposición del recurso, que el acto se convierta en inatacable con carácter definitivo, pasando a ser lo que en la terminología legal se denomina acto firme y consentido.

La gravedad de esta solución técnica radica en que esos plazos de interposición del recurso contencioso operan como únicos plazos de prescripción de los derechos materiales resueltos por el acto administrativo. Todos los derechos y acciones contra o frente al sujeto jurídico Administración, cualquiera que sea su naturaleza o su contenido económico, prescriben de hecho a los dos meses de promovida la decisión administrativa que los desconoce o conculca, aunque el derecho material aplicable tenga previstos, como es lógico, plazos más generosos.

Si, por el contrario, el proceso contencioso se configurase, como racionalmente parece aconsejable, como un proceso de primera instancia, la única consecuencia del transcurso de esos plazos, sin interponer el recurso, consistiría en la necesidad de cumplir de nuevo el requisito del acto previo—de la misma forma que en el proceso civil es precisa la reiteración del juicio de conciliación—. De esta forma la pretensión podría ser reiterada dentro de los plazos de prescripción del derecho material sin que la pérdida de la instancia procesal, por transcurso del plazo o por interposición defectuosa del recurso, lleve consigo la extinción definitiva del derecho.

4. *El proceso contencioso-administrativo no comprende la totalidad de los actos de la Administración. Actos exentos del control judicial.*

Una última limitación del proceso contencioso-administrativo español viene dada por su concreción a los actos administrativos no exentos, siguiéndose de aquí que la jurisdicción contenciosa no es por razón de la materia plenamente revisora de la actividad administrativa propiamente tal.

Tres órdenes de materias están excluidas del recurso contencioso-administrativo: los llamados actos políticos del Gobierno, los enumerados en el artículo 40, enumeración no exhaustiva y los que resulta vedada su impugnación en virtud del principio *solve et repete*. Unas y otras exclusiones obedecen a causas diversas.

La exclusión de los actos políticos del Gobierno, según la conceptualización que de los mismos se hace en el artículo 2.º de la Ley jurisdiccional, está más o menos avalada por una tradición histórica y por la existencia de una exclusión similar en el proceso contencioso-administrativo de otros países europeos. La justificación de esta exención se ha visto en la necesidad de respetar una cierta actividad del órgano supremo de la Administración, del Consejo de Ministros, caracterizada como estrictamente política, sobre lo que, por lo demás, existe una cierta unanimidad doctrinal. Por otra parte, esta excepción no es plena, ya que los perjuicios

económicos que se originen como consecuencia de esa actividad se declaran indemnizables bajo control judicial.

Difícil es, sin embargo, encontrar alguna justificación sustancial diversa de la simple conveniencia del ejecutivo, a alguna de las exenciones por razón de la materia previstas en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción, expresamente referidas en el mismo, bien remitida su previsión a la exclusión determinada por una Ley dictada al efecto [apartado f)]. Difícil y peligrosa esta exención no amparada en razones de alta política, porque su admisión en la forma actual es una tentación abierta al legislador ordinario para una constante ampliación de los supuestos de actividad administrativa exenta de control judicial, sin la contrapartida, que acabamos de referir en relación con los actos políticos del Gobierno, de procedencia y control judicial de los perjuicios que aquella actividad pueda causar. Los supuestos ya excepcionales o que en lo sucesivo se excepcionen del control contencioso-administrativo vienen a constituir sectores de actividad regulados por normas sin garantía, haciéndose notar que por esta vía podría el legislador ordinario llegar a vaciar de todo su contenido y competencia a la jurisdicción contenciosa-administrativa, lo que sería, con toda evidencia, rigurosamente anticonstitucional.

Con bastante evidencia aparecen también como anticonstitucionales las exenciones parciales actualmente existentes, ya que las mismas, además de no estar materialmente justificadas, contradicen abiertamente lo dispuesto en el artículo 42, apartado 2, de la Ley Orgánica del Estado, en el que se declara con carácter general, sin excepciones, que contra los actos y acuerdos de la Administración podrán ejercitarse ante la jurisdicción competente las acciones y recursos que procedan. El derecho de recurso es además medida de la función y competencia del poder judicial, por lo que resulta, cuando menos, muy discutible que el legislador ordinario esté constitucionalmente facultado para cercenarlo en todo o en parte. Se trata pura y simplemente de un arcaísmo inimaginable en otras jurisdicciones.

Las consideraciones anteriores son aplicables también al famoso principio *solve et repete*, en virtud del cual el derecho de recurso se condiciona al cumplimiento voluntario por el recurrente del mandato o decisión administrativa en materia de multas, arbitrios, contribuciones, impuestos y demás créditos definitivamente liquidados en favor de Hacienda. La exigencia del previo pago como condición del ejercicio del derecho de recurso no encuentra otra causa explicativa que la comodidad de la Administración que, disponiendo de una facultad de ejecución, encuentra en esa exigencia una vía de coacción indirecta para forzar el pago y eximirse así de las molestias del procedimiento de apremio administrativo. La inconstitucionalidad de esta limitación del derecho de recurso, por esta razón precisamente declarado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional italiano en fecha reciente, se hace aquí más manifiesta si se considera que la misma gane en intensidad en función de las limitaciones patrimoniales del recurrente—la limitación es mayor cuanto más económicamente débil es el recurrente—, y de otra en función de la cuantía pecuniaria del acto que se pretende recurrir—a mayor

cuantía más posibilidades de exención del control judicial—. En materia de multas con previsión de prisión subsidiaria, las consecuencias del principio *solve et repete* llevan al aberrante resultado de permitir sanciones de privación de libertad sin posibilidad de ejercitar recurso alguno, facultad que pone al alcance de simples autoridades administrativas mayores funciones y poderes que los reconocidos a los Tribunales penales.

B) *Distribución de competencias e instancias jurisdiccionales.*

1. *Principios generales.*

Una razonable distribución de competencias entre los Tribunales contencioso-administrativos no tiene por qué obedecer a criterios generales diversos de los que admiten como convenientes en otros órdenes judiciales. Al fin y al cabo de lo que se trata es de lograr que el servicio público de garantía funcione con las máximas garantías de acierto, eficacia y comodidad de los usuarios, interés que es también del propio Estado.

En este sentido se estiman como criterios centrales que han de presidir su organización los de acercamiento de la justicia al justiciable y el principio de la doble instancia. El primero permite a los que son parte en un conflicto con la Administración una reacción más pronta y al mismo tiempo más económica, evitando una congestión de trabajo en los Tribunales Centrales. El principio de la doble instancia da una mayor garantía de acierto a las decisiones judiciales.

2. *El sistema vigente.*

En la actual Ley de la Jurisdicción los principios enunciados no han tenido un grado de desarrollo conveniente.

En cuanto al acercamiento del órgano judicial al recurrente sólo se manifiesta, y a nivel de Audiencias Territoriales, para los recursos contra los actos de las Corporaciones locales, pues aunque la competencia de aquéllas comprende también los recursos contra actos de organismos cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, la exigencia legal de agotar la vía administrativa provoca que los actos de las autoridades de los órganos inferiores o periféricos de la Administración del Estado, a través de los obligados recursos de alzada, se convierten en actos de órganos de la Administración Central (Direcciones Generales o Ministro), con lo que automáticamente sólo son recurribles ante el Tribunal Supremo. Ello ha provocado también una situación de congestión de asuntos ante las Salas de lo contencioso ciertamente grave.

La doble instancia está asimismo notablemente limitada al no admitirse más que contra determinadas sentencias de las Audiencias Territoriales (art. 94 de la Ley jurisdiccional), las que además, y por lo que acabamos de decir, no conocen prácticamente recursos contra actos de la Administración del Estado. En resumidas cuentas, la doble instancia judicial sólo resulta de hecho admitida contra algunos de los actos de las Corporaciones locales.

3. *Las soluciones del Anteproyecto.*

Las novedades de la nueva reglamentación pueden concretarse en los siguientes extremos:

— Creación como órgano intermedio entre las Audiencias y el Tribunal Supremo de un Tribunal Central al que se atribuye competencia en materia de personal de la Administración Central, incluidas clases pasivas, materia fiscal, expropiación forzosa, propiedad industrial y responsabilidad civil de los funcionarios de la Administración del Estado.

— Ampliación de la competencia de las Audiencias a los recursos que se formulen contra resoluciones o actos de órganos cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, cuando se refieran a resoluciones de recursos de alzada formulados contra autoridades u organismos provinciales o regionales, y asimismo de la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos cuando no corresponde al Tribunal Central.

— Reducción de las competencias en primera instancia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, a los recursos contra disposiciones de carácter general de la Administración del Estado, suprimiendo las apelaciones actuales y sustituyéndolas por un recurso de casación ante esta Sala, a la que igualmente se atribuye el recurso de revisión.

La necesidad de descongestionar el Tribunal Supremo más que el principio de acercamiento de la justicia al justiciable, parece haber informado la ampliación de la competencia de las Audiencias Territoriales relativa a las resoluciones de recursos de alzada contra órganos de la Administración periférica del Estado. Pero, por lo que después diremos, esta ampliación parece tímida.

A su vez, la creación de un Tribunal Central pretende reducir la actual congestión de asuntos del Tribunal Supremo, que de órgano judicial ordinario en única instancia de los actos de la Administración del Estado pasa a ser, con la excepción de la impugnación de las disposiciones generales, Tribunal de casación en lo contencioso-administrativo.

Esto último sí constituye una novedad, pues de esta forma todos los asuntos administrativos se sujetan al principio de doble instancia, con excepción de los recursos contra disposiciones generales de la Administración Central. Esta innovación es, sin embargo, aventurado valorarla, pues la sustitución de la actual apelación por una casación más generalizada constituirá o no un avance positivo, según sean las características de la casación que se diseñe en la correspondiente Ley procesal. Lo que sí puede decirse es que la reforma constituirá un verdadero retroceso si se estructura la casación contencioso-administrativa sobre el modelo de la actual casación civil.

Se advierte, por último, que en la descripción de las competencias de los órganos judiciales contencioso-administrativos se ha padecido una grave omisión, puesto que los actos de la Administración Central del Estado, fuera de las disposiciones generales y de los que se refieren a materias sobre las que se declara expresamente la competencia del Tribunal Central, no aparece atribuida su conocimiento a ningún órgano judi-

cial de los enunciados. El error proviene, sin duda, de que la descripción de las competencias del Tribunal Central se ha realizado a través de un sistema de lista de materias, siendo así que parece diseñado para conocer de todos los actos de la Administración Central, y por ello los actos de ésta no comprendidos en la lista, y son muchos y variados, quedan sin atribución jurisdiccional.

4. *Criterios y soluciones que deben incorporarse a la reforma.*

Las finalidades de desconcentración y de acercamiento de la justicia al justiciable sólo pueden alcanzarse si se establecen las reglas de que las audiencias territoriales son los órganos judiciales contencioso-administrativos de Derecho común y se abandona la idea de creación de un Tribunal Central que presupone su radicación, y con ella de la mayor parte de los asuntos contenciosos, en la capital de la nación, llevando a efecto una reforma análoga a la realizada en Francia en 1953.

Pero la regla anterior parece que no debe llevarse al límite, ni es necesario. Algún tipo de asuntos por su trascendencia o por la especial cualificación del acto del que manan deberá seguir siendo atribuidos al Tribunal Supremo.

5. *Las reglas de distribución de competencias entre Audiencias.*

La desconcentración de asuntos de los órganos centrales y el acercamiento de la justicia administrativa a los administrados requiere abandonar el principio de que la competencia del órgano jurisdiccional de primera instancia viene determinada por el lugar de la sede del órgano del que emanan el acto recurrido o en razón de su ámbito de competencia territorial.

Si tal regla se mantuviera como regla principal y primaria, como es obvio, la congestión de asuntos se produciría en la Audiencia Territorial de Madrid, donde tienen su sede la mayor parte de los órganos de la Administración con competencia que abarca todo el territorio nacional.

Se propone, pues, que la regla según la cual la Audiencia territorialmente competente es aquella en cuya demarcación tiene su sede la autoridad, que en virtud de su propio poder o por delegación ha tomado la decisión impugnada, pase a ser una regla residual en defecto de otras más específicas y por ello primarias. En todo caso se debe hacer constar que al efecto de esa regla residual que la interposición de un recurso administrativo no supone alteración de competencia que se determina en razón del lugar de residencia del organismo que ha dictado el acto inicial, según patrocina el Anteproyecto.

Como reglas especiales y primarias, que priman sobre la anterior, se proponen las siguientes:

— Las cuestiones relativas al dominio público y en general en materia inmobiliaria comprendida, por consiguiente, lo relativo a deslindes, expropiaciones, urbanismo, se atribuirán a la Audiencia en cuyo territorio radican los terrenos.

— Las cuestiones relativas a la aplicación de la legislación reguladora de las actividades comerciales, agrícolas e industriales y profesionales de todo orden, así como las que deriven de la legislación de intervención administrativa en materia laboral y la aplicación de sanciones administrativas en cualquiera de las materias aludidas, deben ser de la competencia del Tribunal en el que se encuentra el establecimiento o la explotación cuya actividad está en el origen del litigio o el lugar de ejercicio de la profesión.

— Las cuestiones relativas a contratos y concesiones deben ser de la competencia del Tribunal en cuyo territorio el contrato o la concesión sean ejecutadas, bien entendido que si la ejecución tiene o ha de tener lugar más allá del ámbito territorial de un solo Tribunal, la competencia debe declararse del Tribunal en cuyo ámbito territorial tiene su sede el organismo que ha firmado el contrato.

— Las cuestiones de orden individual relativas a funcionarios deben ser de la competencia del Tribunal en cuyo ámbito se encuentra el lugar de prestación de los servicios, incluso si el acto impugnado implica cualquier forma de separación o cesación en el servicio, salvo que la decisión suponga un cambio de destino, en cuyo caso éste será el lugar determinado de la competencia.

— En materia de responsabilidad civil de la Administración, si es imputable a una resolución administrativa, el Tribunal competente será el del que corresponde conocer de la anulación de dicho acto, y si el daño causado tiene su causa en una actividad no formal, sino material, el Tribunal competente debe ser aquel en el que se localice el hecho generador.

— Por último, en los litigios relativos a decisiones individuales tomadas en materia de policía que supongan limitación en las libertades o derechos o sanciones el Tribunal competente será el del lugar de residencia de las personas pasivamente afectadas por los actos reclamados.

Las reglas anteriores deben ser completadas con otras sobre el carácter del orden público de las reglas expresadas y correlativa prohibición de sumisiones expresas, así como por otras en que se prescriba que la competencia viene determinada por el acto inicial, sin que resoluciones posteriores confirmatorias del acto inicial al resolver recursos administrativos la alteren y sobre conexidad por demandas accesorias y excepciones.

C) *La segunda instancia y la revisión.*

Para todos los pleitos contenciosos de que conocen en primera instancia las Audiencias Territoriales debería abrirse una vía de impugnación, una segunda instancia ante el Tribunal Supremo, que bien pudiera ser la actual apelación, o bien un recurso de casación, siempre que fuese concebido en términos mucho más amplios y desformalizados que el actual recurso de casación civil.

Parece también oportuno señalar que debe respetarse el actual recurso de revisión en sus términos actuales respecto de las causas que dan lugar al recurso si la segunda instancia continúa siendo una apelación,

bien con reforma de aquéllas si la segunda instancia se diseña sobre el modelo de la casación, por cuanto en ellas se entremezclan motivos previos de una revisión con otros típicos de los recursos de casación, como es sabido.

IV

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA LABORAL

(Bases 22 y 23)

Constituye una de las más singulares innovaciones del Anteproyecto la de excluir de la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa la fiscalización de los actos de la Administración laboral, atribuyéndola al Tribunal Central y a la Sala 4.^a del Tribunal Supremo que en el Anteproyecto el órgano jurisdicción supremo en materia laboral y que sustituye a la actual Sala 6.^a En otras palabras, el control judicial de la actividad administrativa laboral no sigue las reglas y principios comunes al control judicial contencioso-administrativo, separándose de éste y convirtiéndose la actual jurisdicción laboral en jurisdicción *inter privatos* en relaciones laborales y además en jurisdicción contencioso-administrativa especial.

Sin duda los redactores del Anteproyecto han pretendido concentrar en la jurisdicción laboral todo lo relativo a la fiscalización judicial de las normas de Derecho laboral sean públicas o privadas, aprovechando el carácter especializado de aquélla.

Frente a esta presunta ventaja deben hacerse notar algunos graves inconvenientes a la solución del Anteproyecto. Por una parte ello supone una ruptura en el esquema tradicional de la jurisdicción contencioso-administrativa que viene comprendida en nuestra patria y en el Derecho comparado el control entero y total de la actividad de la Administración Pública, cualquiera que sea el sector administrativo que actúe, bien entendido que todos ellos constituyen sectores especializados (militar, agricultura, impuestos, comercio, etc.), y algunos de ellos actuando sobre un fondo de materias reguladas también por el Derecho privado (agricultura, comercio, propiedad industrial, intelectual, minas, montes, etc.).

Por otra parte, las normas que regulan el funcionamiento de la Administración laboral, actuando sobre un fondo de esta índole son normas de Derecho administrativo sujetas a unos principios y a una dinámica propia diversas de la que inspiran el Derecho laboral *inter privatos*, único en el que están especializados los actuales órganos judiciales del Derecho laboral, a los que no es posible reconocer ninguna especial preparación teórica ni práctica en Derecho administrativo que justifique esa atribución. Por el contrario, esa atribución supone restar a los actuales Tribunales contencioso-administrativos algo que ya constituye materia propia de su especialización.

Por último, ha de hacerse notar que esa pretendida atribución obli-

garía a estos Tribunales no sólo a manejar los Ordenamientos sustantivos diversos, el laboral y el administrativo, sino también dos tipos de proceso el laboral y el contencioso-administrativo.

V

PROCESOS SUMARIOS EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. JUICIOS DE DESPOJO Y AMPARO

Una laguna que cada vez se hace más evidente en el sistema judicial español es la carencia de mecanismos ágiles, directos y eficaces para la protección de los Derechos fundamentales, que enfáticamente enunciados en Leyes básicas, no tienen una cobertura procesal adecuada, lo que contrasta ciertamente con el diseño de procesos especiales en materias jurídicas secundarias.

No se trata, sin embargo, con la anterior denuncia de postular la vuelta al sistema del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República ante el cual y a través del recurso de amparo (arts. 44 a 53 de la Constitución de 1931) se atendió a esa necesidad con un recurso constitucional que podía darse contra actos de la autoridad administrativa, judicial o de cualquier otro orden. No se trata de volver a aquel sistema, sino de ir más allá, de superarlo precisamente a través de las más modestas técnicas de Derecho sin creación de nuevos órganos judiciales, mucho menos de rango constitucional.

Pero antes de seguir adelante veamos los remedios judiciales actuales a los supuestos de vulneración fragante por la Administración de los Derechos fundamentales.

Una vía de reacción judicial contra las lesiones de derechos y libertades fundamentales suele ser vía penal, lo que supone que no es una reacción contra la Administración, sino contra el funcionario supuesto que buena parte de los atentados a aquellos derechos se tipifican en el Código penal como delitos de los funcionarios públicos. En cualquier caso, con ser un modo enérgico de reacción, la vía penal no supone un remedio sumario por cuanto los efectos del acto administrativo como tal no se enervan, hasta que por dictarse una sentencia penal y adquirir ésta el carácter de sentencia firme, pueda entenderse el acto administrativo como nulo de pleno derecho, al amparo del artículo 477 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

El atentado al derecho de propiedad o, en general, a los derechos patrimoniales tiene aparentemente en los interdictos contra la Administración un remedio judicial rápido y eficaz. Pero se trata de una simple apariencia por cuanto la Administración goza de privilegios en todo proceso civil que aplicados al interdicto echan por tierra su carácter de proceso rápido y sumario. En primer lugar, en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo no se excluye formalmente la acción interdictal contra la Administración del requisito de la reclamación previa a la vía civil, como parecería lógico, pensando que el proceso inter-

dictal está exento del trámite de la conciliación previa. Con la exigencia de este trámite la Administración puede retrasar el proceso durante tres meses, plazo de silencio previsto en el artículo 141 de la citada Ley de Procedimiento. Un nuevo retraso de tres meses, y ya son seis, puede procurarlo el Abogado del Estado usando de su privilegio de suspender el proceso interdictal para consulta a la Dirección General de lo Contencioso, según lo previsto en el Reglamento de aquel Cuerpo de funcionarios. Por último, una paralización todavía superior puede sobrevenir si la Administración plantea al Juez una cuestión de competencia al amparo y con los efectos suspensivos prevista en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 15 de julio de 1948. Por último, condicionada la procedencia del interdicto contra la Administración a que ésta haya obrado fuera de su competencia y con irregularidad en el procedimiento, forzadamente se convierte el proceso interdictal en un proceso de cognición sobre cuestiones de Derecho, lo que ciertamente no responde a su regulación procesal, diseñada pensando en la discusión de simples cuestiones de hecho.

El medio ordinario de recurrir frente a los atentados a los derechos fundamentales es el recurso contencioso-administrativo que no supone, según se ha razonado en el lugar oportuno, un medio rápido y sumario, pues es necesario agotar la vía gubernativa previa sin que la interposición del recurso contencioso tenga efectos suspensivos, debiendo agitarse normalmente las instancias jurisdiccionales para poder encontrar la debida reparación.

Parece claro que ante las dificultades de protección de los derechos fundamentales que por su misma naturaleza merecen una protección judicial específica, la Ley Orgánica de la Justicia haga frente a esta cuestión sentando algún principio general que permita una posterior articulación procesal.

En la situación actual de nuestros Tribunales la Jurisdicción administrativa, por razones obvias, parece como la más idónea para rendir esa función de protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales. Basta simplemente con diseñar ante la misma en proceso específico de amparo o despojo que permita la actuación de pretensiones urgentes contra actos o actividades directamente atentatorias a derechos fundamentales y que de una forma u otra constituyan lo que en Derecho administrativo se denominan vías de hecho por grave irregularidad en el procedimiento o manifiesta falta de competencia.

El inicio de estos procesos deberá estar liberado de las fases gubernativas del recurso o reclamación previa y podría ser encomendada su tramitación o instrucción con amplias facultades suspensivas a un Magistrado de la Sala de lo Contencioso de las Audiencias, a modo de órgano unipersonal, sin perjuicio de la competencia de aquélla para la resolución definitiva del recurso.

La terminología apuntada de recursos de amparo y despojo puede encontrar justificación sobrada en la expresividad de los propios vocablos profundamente vinculados por una tradición de siglos al sentido técnico que se pretende encarnar de nuevo. Concretamente el juicio de despojo,

que figura con este nombre en la Ley II, título XXXIV del libro XI de la Novísima Recopilación, data de una Ley dada en Toro por Enrique II de Castilla en 1371 y tenía por finalidad la restitución inmediata en la posesión de quienes fueran privados de ella por cualquier autoridad o incluso por órdenes del Rey sin audiencia previa y vencimiento por derecho. El amparo es asimismo término vinculado a las más viejas tradiciones del Derecho indiano y actualmente incorporado en protección precisamente de libertades fundamentales, al Derecho de los países Hispano-americanos es, sin duda, una de las instituciones mundialmente más conocidas y respetadas.

VI

LA AMPLIACION DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACION PUBLICA A EFECTOS DE LA DELIMITACION DEL AMBITO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Una Ley Orgánica de la Justicia que ha de dictarse muy superada ya la mitad del siglo XIX no puede dejar sin solución, como uno de los problemas capitales de nuestro tiempo, el relativo al control judicial de la actividad de numerosos entes que caracterizado o no como entes públicos, con o sin personalidad, ejercitan de hecho y de derecho potestades públicas de las que se derivan actos y consecuencias de gran trascendencia económica y social, para cuya fiscalización resultan inadecuadas los procesos civiles y la jurisdicción de este orden.

Se trata en primer lugar de los Sindicatos Nacionales definidos legalmente como Corporaciones de Derecho público con poderes públicos de control en lo social y económico cuya intensidad y alcance sería superfluo ponderar. Con fundamento en la falta de integración formal en la Administración del Estado el Tribunal Supremo viene rechazando los recursos contra los actos de la Organización Sindical en cualquiera de sus esferas, órganos y corporaciones. Resulta de aquí que sólo cuando estos órganos actúan a través de relaciones civiles pueden sus actos ser judicialmente discutidos. Toda la restante actividad que desarrollan, regida por normas cuya naturaleza de Derecho público es indudable, están sin control judicial, sin garantía jurídica propiamente tal. Es de notar, no obstante, que esta materia está en trance de revisión básica con la elaboración de una nueva Ley Sindical, que es de esperar altere esa condición jurídica de los Sindicatos.

Consideraciones similares cabe hacer respecto a la actividad de las llamadas obras sindicales que desarrollan una actividad de prestación de servicio público, paralela y sustancialmente similar a la de otros entes y órganos formalmente integrados en la Administración Pública (Obra Sindical del Hogar, Educación y Descanso, Cooperación, 18 de Julio, etc.), cuya normativa, salvo en lo que afecte en su actuación a través de normas de Derecho privado, está desprovista de garantía judicial propiamente tal.

Singularmente en el sector económico cualificado por su dinamicidad sucede que la Administración del Estado comienza a reconocer la potes-

tad de producir actos administrativos a las organizaciones privadas representativas de esferas de intereses. En este sentido surgen dos técnicas autonómicas: Por una parte la Administración utiliza los contratos como fuentes de potestades, renunciando a encontrar la legitimación integral de sus potestades en la vía de imperio. En una sociedad democrática la Administración percibe la superior eficacia de las potestades convenidas sobre las potestades impuestas. De esta forma a través de contratos instrumenta la acción pública, siendo frecuente que en esos contratos se reconozca a los interesados diversas funciones de este carácter; tales son, por ejemplo, en nuestros regímenes de acción concertada las potestades reconocidas a las empresas que firman el concierto para establecer sistemas adecuados en torno a la promoción y fomento del comercio exterior, prohibiendo determinados mercados, imponiendo marcas únicas de comercialización o fijando los precios máximos y mínimos del producto.

Una segunda vía, al margen de esta Administración por contrato, es la constitución de agrupaciones de interesados desprovista totalmente de personalidades, basadas en la técnica privada de la representación, a través de Comisiones gestoras a que se reconoce el poder de determinar la conducta económica de los agrupados.

Estas relaciones no societarias, pero sí asociativas, son típicas en Derecho agrario (Grupos Sindicales de Colonización), en Urbanismo (Juntas de Compensación), en Derecho minero (agrupación de servicios en los cotos), en montes, en comercio exterior (grupos de exportadores), etc.

En consecuencia, este vasto campo de la Administración autónoma de la economía no viene afectado por referencias subjetivas, pues los entes representativos se encuentran desprovistos de personalidad jurídica o del carácter de órganos o personificaciones de la Administración Pública, al ser integralmente organizaciones privadas. Se trata de un retorno incipiente al sistema gremial que requiere una respuesta adecuada de la organización judicial, cuyas bases actuales están pensadas para unos postulados jurídicos y políticos, el liberalismo del pasado siglo, en el que la asociación, el gremio y el Sindicato estaban formalmente prohibidos y penalmente castigados.

El concepto de Administración Pública que a efectos jurisdiccionales establece el artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa impide también que las decisiones de éstos en ejercicio de los poderes reconocidos por la Administración sean residenciados ante los Tribunales de la jurisdicción por ausencia de la nota subjetiva de actos de la Administración Pública. Sin embargo, los efectos de estos actos administrativos producidos por organizaciones privadas son tan radicales y tan amparados por los exorbitantes privilegios inherentes a la acción pública que no se puede dejar indefenso al ciudadano por meras consideraciones formalistas en torno a la ausencia de carácter público del titular de la actividad.

VII

LA REFORMA DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO EXIGENCIA DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE JURISDICCION (Base 2)

La base 2 del Anteproyecto, recogiendo lo dicho por el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado, define la actividad jurisdiccional como aquella a la que está atribuida las facultades de decisión y ejecución: «La potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales».

El concepto no es nuevo, sino que en los mismos términos consta en el artículo 245 de la Constitución de Cádiz y ha sido recogido en todas las constituciones de nuestra patria, de donde ha pasado a la citada Ley Orgánica del Estado.

En la época de su formulación este concepto respondía a la realidad del sistema jurídico con el que concordaba, pues el Estado constitucional español rechazó la idea de una jurisdicción contenciosa administrativa concedida como un fuero privilegiado y servida por funcionarios. El Decreto de 13 de septiembre de 1813, congruentemente con el concepto de jurisdicción antes expuesto y de su atribución exclusiva a los Jueces y Tribunales declaró de la competencia de éstos en todos los litigios en que fuera parte la Administración, incluida la materia fiscal.

El establecimiento en 1845 de una jurisdicción contencioso-administrativa concebida como un fuero privilegiado y servida por funcionarios y políticos se hizo, por consiguiente, sin amparo alguno en —más bien en contra— el concepto constitucional de jurisdicción. Ello explica que una de las primeras medidas de la evolución de 1868 fuera precisamente su derogación y la atribución pura y simple, por segunda vez, de los pleitos contencioso-administrativos a los Tribunales comunes.

La restauración posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES y la evolución del sistema hasta nuestros días han llevado de nuevo a una discordancia con el concepto constitucional de jurisdicción, dadas las virtualidades decisorio ejecutorias reconocidas a los actos de la Administración en materia sancionadora y en los litigios, conflictos y controversias sobre derechos en que se enfrentan la Administración y un particular e incluso dos particulares, según antes hemos expuesto.

Esos poderes decisorio ejecutorios de la Administración son superiores, como vimos, a los de un órgano judicial de primera instancia. Asimismo para concluir es oportuno insistir que siendo ello pura consecuencia y efecto reflejo del sistema contencioso-administrativo, el punto central de la reforma ha de ser precisamente el evitar que de su articulación técnica se derive el reconocimiento a la Administración, de modo general e indiscriminado, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, o al menos y como alternativa compensadora, se robustezcan notablemente los poderes judiciales de control.

VIII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS (Bases 22 y 25)

Otra innovación del Anteproyecto de sentido diverso de la anterior es la de atribuir a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de una materia que no ha sido hasta ahora de su competencia y que no le es propia, cual es la de los pleitos sobre responsabilidad civil de los funcionarios públicos. La atribución se hace en favor de las Salas de las Audiencias y del Tribunal Central.

Presumiblemente la causa de esta atribución se encuentra en la circunstancia de que en las cuestiones de responsabilidad civil se entremezclan como datos del proceso, datos de hecho y de derecho, pertenecientes al orden civil y administrativo, máxime cuando el acto o la actividad de un funcionario en cuanto tal pueda dar origen a responsabilidad personal del funcionario o a responsabilidad de la Administración. Es evidente por ello, y dada la formación básica de toda la Magistratura en Derecho privado, que los Tribunales Contenciosos están especialmente cualificados para conocer de estos pleitos.

El razonamiento anterior, sin embargo, no es suficientemente justificativo de la atribución, debiendo señalarse, con lo cual pierde ya parte de su fuerza, que argumentos similares justificarían la atribución a los Tribunales contenciosos-administrativos de competencia para juzgar los delitos de los funcionarios públicos con motivo y ocasión del desempeño de su cargo o al menos de algunos de ellos, como la prevaricación, exenciones ilegales, usurpaciones de competencias, nombramientos ilegales, etcétera, en que el tipo criminal viene dado, pura y simplemente, en función de conductas que suponen vulneración de normas de Derecho administrativo.

Si se observa, además, que el proceso administrativo actual tiene como presupuesto la existencia de un acto administrativo y de una vía gubernativa previa, y que sus trámites procesales están pensados para la Administración Pública en posición de demandada se comprenderá que esa atribución de competencias obligan, cuando menos, al diseño de un proceso especial que ha de estar forzosamente inspirado en el proceso civil por tratarse al fin y al cabo de una cuestión y de un pleito entre simples particulares.

Las anteriores observaciones parece que deben ser ponderadas antes de adoptar una solución definitiva.

IX

EL SOMETIMIENTO DE LOS JUECES A LA LEY (Base 2, apartado 2)

Se recoge en este punto una regla tradicional del Derecho público moderno. Sólo la Ley, entendiéndose por tal la norma o el acto emanado del poder legislativo vincula al Juez o Tribunal. Negativamente esto comporta que el Juez no está vinculado por las normas emanadas del ejecutivo de la Administración, en otras palabras, por los Reglamentos. Sólo la norma-Ley vincula de tal forma que el Juez no puede admitir que ese extremo se discuta en el proceso ni plantearse de oficio la cuestión de su validez. El Reglamento vincula solamente al órgano judicial en la forma de los actos jurídicos válidos, lo que supone la posibilidad de verificar su validez o legalidad.

Este principio, que deriva del Ordenamiento constitucional y formulado por vez primera en el artículo 92 de la Constitución de 1869, está recogido en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico y cuya versión tradicional es la del artículo 7.º de la Ley Orgánica vigente al decir que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos generales, provinciales o locales que están en desacuerdo con las Leyes». Se opina que esta regla debe recogerse expresamente en la nueva Ley e incluso matizarla para dejar bien sentado que la vinculación de los Jueces directamente a la Ley implica poderes positivos de verificación de la legalidad y, en general, de la validez de todo tipo de normas sin aquel carácter de Ley, y por ende la facultad que debe ser formulada como un deber elemental de Juez de no acatamiento o aplicación de las disposiciones y Ordenes que estén en desacuerdo con las Leyes o estén afectas de cualquier otro vicio que afecte gravemente a su validez.

X

EL MINISTERIO FISCAL (Base 2, apartado 3, y base 68)

El Anteproyecto sigue manteniendo los equívocos que, sin duda por un complejo proceso de acarreo histórico, se han producido en torno a esta figura del Ministerio Fiscal, y cuya propia denominación —fiscal viene de fisco— ya nada tiene que ver con sus actuales funciones.

Entre esos residuos históricos que empañan y desfiguran la institución sobresalen la asimilación funcionarial y de carrera y formación de los propios Jueces la tendencia a convertirse en fiscalizadores del funcionamiento judicial (Base 68, 3, 1), es decir, de inspectores de los propios Jueces, y a una cierta tendencia a participar en exceso de la Majestad del Estado con la adopción genérica para sus miembros de la denominación de Fiscales del Reino, fundamentalmente pretenciosa y que no corresponde a la realidad. Decimos esto porque todos los funcionarios

del Estado, todos los Jueces, lo son del Reino o del Estado, y lo que de todos es predicable, no puede ser solamente atributo o calificativo de una minoría.

Residuo histórico es también la configuración del Fiscal como defensor de la legalidad a través de una transmutación de fisco o fiscalidad por legalidad. Actualmente afirmado el principio de sometimiento del Juez a la legalidad es éste el verdadero aplicador y defensor de la legalidad, el verdadero órgano imparcial por esencia. El Ministerio Fiscal cumple simples funciones de servicio público (tutelares en el Derecho de las personas y familia, ejercicio de la acción pública en el Derecho penal), permitiendo así que el proceso responda a determinados principios (rogatorios y contradictorios), pero en todo caso tales funciones no son propiamente jurisdiccionales. De aquí que exista una contradicción evidente entre los principios de jerarquía funcional y de legalidad e imparcialidad.

Basta, se insiste, con un órgano neutral e imparcial que es el Juez; pero para que pueda serlo es indispensable que las demás partes del proceso sean iguales sin que ninguna de ellas esté revestida de poderes públicos cualificados. El ensalzamiento equívoco del Ministerio Fiscal, su pretendida neutralidad e imparcialidad en el fondo lo que suponen es una merma de neutralidad e independencia del propio Juez.

Por ello la institución del Ministerio Fiscal se estima que debe ser rigurosamente administrativizada. Configurarle como un puro y simple servicio público con funciones tutelares y de ejercicio de acciones públicas, dependiente además de la Presidencia del Gobierno, rompiendo todo tipo de vinculaciones orgánicas y de carrera entre Jueces y Fiscales y destacando su función de simple parte en el proceso.

XI

CONFLICTOS JURISDICCIONALES Y PREJUDICIALIDAD (Base 8 y Base 6)

Al remitirse a una Ley especial nada se dice de esta base sobre el procedimiento y garantía a seguir en la resolución de los conflictos entre la Administración y los Tribunales, bien entendido que la cuestión relativa al órgano con competencia resolutoria de los conflictos está ya resuelta por el artículo 57 de la Ley Orgánica, que atribuye esa función al Jefe del Estado. Queda, pues, sin decidir constitucionalmente los aspectos de asesoramiento técnico y de procedimiento, sobre lo que debería pronunciarse la Ley Orgánica de la Justicia, pues a ésta afectan sustancialmente.

En este punto del asesoramiento del Jefe del Estado en el actual sistema la única garantía técnica es el dictamen del Consejo de Estado. No obstante, se estima que este asesoramiento debe ser abandonado por la elemental razón de que el Consejo de Estado es un puro y simple órgano de Gobierno y Administración, si bien especialmente cualificado (ar-

ticulo 40 de la Ley Orgánica), y por ello puede informar con neutralidad en los conflictos en que es parte la Administración frente a los Tribunales. Lo mismo cabría decir si para resolver las cuestiones de competencia se recabase únicamente el informe del Consejo judicial. Nótese, por lo demás, que en el Consejo de Estado no hay la menor representación judicial. Se sugiere por ello que en los conflictos entre la Administración y los Tribunales el actual dictamen del Consejo de Estado sea sustituido por el de un órgano rigurosamente neutral, creándose con esta finalidad una comisión paritaria de Consejeros de Estado procedentes del Cuerpo de Letrados y de Magistrados del Tribunal Supremo, que podría ser presidida por el Presidente o Vicepresidente de las Cortes. Esta comisión haría las veces en el orden técnico del Tribunal de Conflictos que funciona en otros países europeos.

Se hace notar también la conveniencia de consignar en esta base que no hay posibilidad de conflictos entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa por razones obvias.

Asimismo debe aprovecharse la regulación del sistema de conflictos y de prejudicialidad para afirmar el principio de plenitud de jurisdicción del Juez penal, principio contradicho en la actualidad por el artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales y por una reciente jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

El artículo 15 de la Ley de Conflictos permite a la Administración plantear a los Tribunales penales cuestiones de competencia en base a la presunta existencia en el proceso penal de cuestiones previas administrativas y con ello paralizar o incluso dejar sin efecto el proceso penal. Esta facultad de la Administración ha servido fundamentalmente como fórmula de protección de los funcionarios públicos acusados de delito, sobre todo en aquellas etapas históricas en que no estaban vigentes las técnicas de la llamada garantía administrativa o autorización para procesar a funcionarios.

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en pronunciamiento reciente (auto de 29 de octubre de 1968), ha sentado de hecho la anómala doctrina, anómala en relación con la tradición de nuestro Derecho y del Derecho comparado, de que los Tribunales penales no tienen competencia para entender de las denuncias contra funcionarios públicos cuando el examen de los hechos imputables comporta una valoración o calificación de actos administrativos que como tales tienen abierta la posibilidad de su revisión jurisdiccional a través de recursos administrativos y contencioso-administrativos. Se funda tal doctrina en que el examen por el Tribunal penal de tales actos, aunque ello sea a los solos efectos penales de responsabilidad de los funcionarios, comportaría una intromisión de la jurisdicción penal en la contencioso-administrativa.

El error de esta decisión judicial se hace patente con sólo advertir que los delitos de los funcionarios públicos presuponen siempre actos y actuaciones administrativas y como tales revisables por vía administrativa y contenciosa: negar por ello la posibilidad de un directo enjuiciamiento penal equivale a hacer imposible la misma responsabilidad penal de los funcionarios públicos y hacer tabla rasa de los correspondientes

tipos del Código penal. De nada vale argüir en contra de lo expuesto que la competencia del Juez penal sería siempre posterior al pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa, pues de una parte los delitos de los funcionarios son perseguibles de oficio y de otra los actos administrativos son revisables a instancia de parte; de aquí que se haría en todo caso depender la acción pública y la virtualidad y cumplimiento del Código penal de comportamientos privados del carácter voluntario, como son el ejercicio de los recursos administrativos y contenciosos.

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ.



BIBLIOGRAFIA

