

REFLEXIONES DE UN EX JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CON MOTIVO DEL CINCUENTENARIO DE LA «REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA»

Por
PAULINO MARTÍN MARTÍN

I. En ocasiones, al intentar participar en una efemérides, es difícil valorar en su justa medida la aportación del hecho conmemorado, adscrito, sin duda, a una época que cada año que pasa se aleja de nosotros, ya que el simple correr del tiempo y la acumulación de novedades aportadas por otros termina por limitar, al menos, nuestra capacidad para juzgar la importancia histórica de su nacimiento.

En el caso de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (RAP), sin embargo, la aportación de conocimientos y, sobre todo, los criterios generales y la nueva sistemática o metodología que cabía extraer no sólo de los trabajos monográficos (estudios), sino de las llamadas crónicas, de las notas jurisprudenciales y de las remisiones bibliográficas y noticias de libros, etc., publicados en la REVISTA, dejaron en mí una huella imperecedera, dado que a través de sus páginas me aproximé y entendí la corriente doctrinal creadora de la nueva concepción del Derecho administrativo español, que no consistía en otra cosa que en lograr, a través de un proceso abierto y vía teoría de la institución, el sometimiento de la Administración Pública, como poder jurídico, al Ordenamiento Jurídico, es decir, al Derecho, en que las ideas básicas de la solidaridad social, un *minimum* nacional del servicio público y la colaboración de los particulares con la Administración, etc., eran criterios o técnicas que suministraban, en aquellas fechas, puntos de apoyo de un buscado equilibrio social o expresión sentida y divulgadora en nuestro país del ansia de justicia material que se vivía en Europa después de la II Guerra Mundial ante el hecho cierto del deterioro del valor mítico de la Ley. Mérito, sin duda, atribuible a los profesionales innovadores que, a su vez, fueron los creadores de la RAP y sus principales y constantes colaboradores, cuyos trabajos han enriquecido de continuo el alto nivel de la REVISTA.

Puedo decir, sin hipérbole alguna, que quienes fuimos opositores a Magistrados de lo Contencioso-Administrativo en 1959-1960 (primera oposición restringida en toda la historia judicial españo-

la), sujetos al programa publicado en el «BOE» el 8 de septiembre de 1958 (las oposiciones se celebraron 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 un programa que si bien, desde un punto de vista técnico, respondía muy bien a lo que se pretendía, no por ello dejaba de ser sorprendente por lo novedoso en razón de su sistemática y profundidad (no en balde a su autor —por lo que se refiere al Derecho administrativo, en el que estribaba la dificultad— le venía atribuida ciertamente «una preocupación nueva tendente a dotar al Derecho administrativo español de las estructuras técnicas que permitiesen su aplicación y desenvolvimiento efectivos de la vida jurídica»).

Unido todo ello a la carencia, casi total, de tratados o manuales españoles actualizados de Derecho administrativo (el libro de GARRIDO, primer tomo, se editaba por entregas), el opositor había de buscar en bibliotecas trabajos o estudios monográficos sobre los que construir los temas de un temario muy extenso (referido tanto a la parte general como a la especial) y en el que su enunciado respondía a una concepción monográfica, no sólo por exigencias de principio (lograr una sólida preparación), sino por la mecánica o práctica que la oposición, como prueba, exigía, ya que el opositor en el primer ejercicio habría de enfrentarse a un escrito monográfico sobre un tema escogido por insaculación entre treinta que el Tribunal redactara en base del temario del segundo ejercicio y publicado con treinta días de antelación (el plazo se cumplió sin prórroga) a la práctica de la prueba. En el segundo, oral, el opositor habría de desarrollar a lo largo de noventa minutos cinco temas, lo que daba una media por tema de dieciocho minutos.

El repaso de los 31 números de la REVISTA publicados hasta 1959 ilustra del número y calidad de los trabajos que vieron la luz y que nos sirvieron de soporte y guía en la preparación; baste como referencia una incompleta relación de los estudios que estimo como básicos en mi particular apreciación. Ellos nos permiten afirmarnos en la idea, ya contenida en el discurso presidencial de Apertura de los Tribunales de 1953 sobre la formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad, «*que el saber del jurista, para ser tal, ha de ser un saber de creación, tanto desde la perspectiva del investigador (científico) como del aplicador (Juez)*», pues, al decir de un clásico conocido, en la medida en que el Estado moderno es algo racional, debido a que la vida pública se ha institucionalizado, generalizado y objetivado sustituyendo la titularidad personal de la función pública por el aparato administrativo objetivado y permanente del poder, ha de ser

tenido —en consecuencia— al jurista como verdadero creador; como expresión, además, de una concepción socializada del Derecho en que la teoría de la institución ha de ser expresión de una concepción nueva y total del Derecho.

Y aquí sólo pretendo dejar constancia de una relación, necesariamente incompleta, de los estudios que nos fueron básicos en nuestra formación de juristas y opositores y que, en mi criterio, merecen ser destacados. Agrupados por autores y con referencia al número de la REVISTA en que fueron publicados, son los siguientes:

ALVAREZ GENDÍN

- *Acción popular y recursos administrativos contra los actos de la Administración Local* (núm. 11).

BALLBÉ

- *Las reservas demaniales* (núm. 4).

BERMEJO

- *Municipios rurales* (núm. 7).
- *Responsabilidad en la esfera de la Administración Local* (núm. 9).

BOQUERA

- *La caracterización del contrato administrativo en nuestra Jurisdicción y en la francesa* (núm. 23).
- *Publicación de disposiciones generales* (núm. 31).

CLAVERO

- *La doctrina de los principios generales y las lagunas* (núm. 7).
- *Municipalización y provincialización de los servicios en la Ley de Régimen Local* (núm. 8).
- *Teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo* (núm. 10).
- *Recuperación de bienes de las Corporaciones Locales* (núm. 16).
- *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia* (núm. 30).
- *La inalienabilidad del dominio público* (núm. 25).

CORDERO TORRES

- *Problemas de la Administración a distancia* (núm. 5).

ENTRENA CUESTA

- *Servicio de autotaxis* (núm. 27).

FUEYO

- *La doctrina de la Administración de facto* (núm. 2).

GARCÍA DE ENTERRÍA

- *Riesgo y ventura y fuerza mayor en los contratos* (núm. 2).
- *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas en los servicios públicos* (núm. 12).
- *El servicio público de los transportes urbanos* (núm. 10).
- *Dos regulaciones orgánicas del contencioso-administrativo* (núm. 10).
- *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público* (núm. 13).
- *Actividad industrial y mercantil de los Municipios* (núm. 17).
- *Dos estudios sobre usucapión en Derecho Administrativo* (núm. 18).
- *La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad* (núm. 20).
- *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (núm. 21).
- *Problemas de Régimen Local* (núm. 25).
- *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos* (núm. 27).
- *El recurso contencioso directo contra disposición reglamentaria y el recurso previo de reposición* (núm. 29).
- *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria* (núm. 30).

Recensiones

- Del libro jubilar con motivo del 150 Aniversario del Consejo de Estado francés (núm. 10).
- *Curso de Derecho Administrativo*, de ZANOBINI (núm. 2).
- *Derecho Administrativo*, de VALINE (núm. 23).
- *Principios de Organización*, de MOONEY (núm. 25).

GARCÍA-TREVIJANO

- *Aspectos de la Administración económica* (núm. 12).
- *Principios de organización administrativa* (núm. 25).
- *Caducidad de las concesiones* (núm. 16).
- *Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento Jurídico español* (núm. 29).

GARRIDO FALLA

- *El negocio jurídico del particular en el Derecho Administrativo* (núm. 1).
- Recensión del libro *Las prestaciones administrativas. Teoría General*, de ALESSI (núm. 1).

- *La Administración y la Ley* (núm. 6).
- *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales* (núm. 7).
- *El recurso subjetivo de anulación* (núm. 8).
- *Transformación del concepto jurídico de la policía* (núm. 11).
- *La polémica sobre la enseñanza del Derecho* (núm. 10).
- *Recensión del Tratado de Derecho Administrativo* de SAYAGÜES (núm. 13).
- *Doctrina del silencio* (núm. 16).
- *La eficacia de los actos en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo* (núm. 26).
- *Los medios de la policía y la teoría de la sanción administrativa* (núm. 28).
- *La Administración como objeto de las ciencias jurídicas y no jurídicas* (núm. 23).
- *Recensión del libro Sistema Institucional Italiano*, de ALESSI.

GASCÓN H.

- *Los fines de la Administración* (núm. 11).
- *Problemas actuales del Decreto-Ley* (núm. 15).

GONZÁLEZ PÉREZ

- *La revocación del acto administrativo* (núm. 1).
- *Declaración de lesividad* (núm. 2).
- *La cosa juzgada en lo Contencioso-Administrativo* (núm. 8).
- *Las costas en lo Contencioso-Administrativo* (núm. 9).
- *Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo francés* (núm. 15).
- *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (núm. 17).
- *La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo* (núm. 18).

GUAITA

- *Ejecución de sentencias* (núm. 9).
- *Administración institucional y Recurso Contencioso-Administrativo* (núm. 11).
- *Consejo de Ministros* (núm. 29).

JORDANA DE POZAS

- *El problema de los fines de la actividad administrativa* (núm. 4).
- *Las comisiones para la reforma administrativa* (núm. 21).

LÓPEZ RODÓ

- *Presupuestos subjetivos del principio que prohíbe ir contra los propios actos* (núm. 9).

MARTÍN-RETORTILLO (S.)

- *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en Derecho español* (núm. 26).
- *La institución contractual en Derecho Administrativo* (núm. 29).
- *La desviación de poder en Derecho español* (núm. 22).
- *El exceso de poder como vicio del acto administrativo* (núm. 23).

PARADA

- *Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios* (núm. 31).

R. MORO

- *Sobre la Ley del Suelo de 1956* (núm. 20).

ROYO VILLANOVA

- *La formación de los funcionarios públicos* (núm. 2).
- *Administración y política* (núm. 10).
- *Responsabilidad de la Administración Pública* (núm. 19).

SÁNCHEZ AGESTA

- *Planificación económica* (núm. 3).

SERRANO GUIRADO

- *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios* (núm. 21).
- *El procedimiento de deslinde de montes públicos* (núm. 2).
- *El trámite de audiencia en el Procedimiento Administrativo* (núm. 4).

TENA IBARRA

- *Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración* (núm. 6).

VILLAR PALASÍ

- *La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»* (núm. 5).
- *La actividad industrial del Estado en Derecho administrativo* (núm. 3).

- *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. Policía y precio justo* (núm. 14).
- *Observaciones sobre el sistema fiscal español* (núm. 4).

II. Una vez aprobada la oposición pasamos a formar parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con una formación enriquecida con los conocimientos del Derecho público que habíamos adquirido a lo largo de los dos últimos años. No obstante, mi preparación —al menos— era principalmente de Derecho privado. Sabíamos que en nuestro Derecho hay que sostener la sujeción del Juez a la Ley y a los principios generales del Derecho. Hay, desde luego, creación jurídica en la Sentencia, pero esta creación opera sobre presupuestos legales, jurídicos y objetivos. Misión del Juez —al decir de CASTÁN— es la de individualizar el Derecho, integrarlo con resoluciones nuevas y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo. Pero esta misión no puede desvirtuar el papel de la Ley, que ha de ser aplicada y adaptada a los casos particulares. En términos análogos, DE CASTRO había escrito que «*la aplicación de las normas supone una atribución creadora en cuanto el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la Ley*», y añade que esta idea fue general antes de la generalización de la moda positivista. Es indudable, por otra parte, que la nota creativa se manifiesta con más fuerza en los casos en que al Juez se le concede la posibilidad de decidir según su criterio o según equidad (de ahí la importancia de la distinción entre normas rígidas y flexibles o elásticas). Asimismo, la aplicación del Derecho es una operación compleja. Según FERRARA, no es posible la consideración aislada de la norma, sino que ha de atenderse al efecto de la norma en su totalidad. La técnica de la decisión radica en saber encontrar las varias normas que deban, en su combinación, gobernar el caso concreto.

El Juez, para cumplir su misión, ha de utilizar necesariamente conocimientos extrajurídicos que forman elementos o presupuestos del razonamiento. Verdades naturales o matemáticas, principios psicológicos, reglas de comercio y de la vida social, forman una masa inagotable de nociones del saber humano, de las que el Juez se sirve cotidianamente en el desenvolvimiento de su actividad. Son éstos los principios de experiencia, definiciones y juicios hipotéticos de general contenido, obtenidos por observaciones de casos singulares, pero elevados a principios autónomos con validez para el futuro. A veces, es la Ley misma la que hace apelación al conocimiento del Juez cuando en sus disposiciones no determina precisamente el estado de hecho, al reenviar a factores sociales (v. gr.: usos locales, buenas costumbres, la buena fe del comercio, etc.), debiendo así valer como De-

recho lo que el Juez —en razón de sus conocimientos de las relaciones sociales— considere como normal y típico en aquella serie de fenómenos.

Pues bien, nuestra experiencia de Juez de lo civil (ocho años) no fue muy alentadora. El tráfico jurídico-privado en los Juzgados que serví no dio para mucho, aparte de que los criterios interpretativos o jurisprudenciales venían dados o estaban muy consolidados (la reforma de la parte general del Código Civil de 1974 estaba aún muy lejana). Por ello, la llegada a lo Contencioso-Administrativo lo fue con ilusión y con la esperanza de coadyuvar en plenitud a lograr una jurisdicción ágil y una doctrina jurisprudencial actualizada. Nosotros veníamos a sustituir a los compañeros que en las Audiencias habían desempeñado tales cometidos jurisdiccionales, como una carga de lo añadido no deseado. En fin, nosotros arrancábamos con una ilusión amparada en las normas avanzadas, para la época, que la Ley contenía y, en concreto (art. 83.2), la posible estimación del recurso cuando el acto o disposición incurriese en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, unido a los supuestos tasados y, en cierto modo, restrictivos de las causas de inadmisibilidad (art. 82), tal como se desprendía de la interpretación que daba la propia Exposición de Motivos, al decir que la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento Jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las Leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra o circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente a la naturaleza de las Instituciones, incluida la desviación de poder. A la vez que resalta el carácter antiformalista de la Ley con la finalidad de evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos, comportaban la subsistencia de infracciones administrativas, en pugna con la Justicia. O con la declaración cierta de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.

Por otra parte, la RAP era un escaparate en el que se mostraban no sólo comentarios monográficos de jurisprudencia, sino reseñas jurisprudenciales muy detalladas del contencioso-administrativo, fiscal y económico-administrativo, rompiendo con la omisión generalizada anterior. La falta de comunicación entre la doctrina y la jurisprudencia, que, según opinión general de la época, era una constante histórica, empezó a romperse con la puesta en marcha de la nueva Ley, con la nueva composición de los Tribunales y por la desaparición

ción del vacío cubierto por la RAP, al ser vehículo de información de las nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales.

Por mi parte, sólo quiero dejar constancia de supuestos resueltos por Sentencia en armonía con la doctrina científica contenida en trabajos publicados en la REVISTA:

1. *Exigencia del trámite de audiencia* en todo tipo de procesos, incluidos los llamados de decisión de plano en materia de orden público (*Sentencias de 23 de junio y 30 de septiembre de 1972, 5 de diciembre de 1973, 28 de enero de 1975, 25 de octubre y 29 de diciembre de 1976, 31 de diciembre de 1979, 18 de marzo de 1980, etc.*).

2. Aplicación de la doctrina de la *reformatio in pejus* en todo tipo de procesos en segunda instancia y extraordinarios (*Sentencias de 12 de junio de 1972, 15 de febrero de 1973, 16 de abril de 1975, 7 de febrero de 1980, 8 de abril de 1983, 12 de diciembre de 1990*).

3. Sobre el carácter normativo o vinculante de la Memoria en el planeamiento urbanístico (*Sentencias de 16 de junio de 1977 y 9 de julio de 1991, etc.*).

4. *Los principios generales del Derecho como límite de la potestad reglamentaria* (*Sentencias de 14 de febrero de 1977, 22 de septiembre de 1986, 8 de junio de 1992, etc.*).

5. El carácter exclusivamente jurídico de los procedimientos sancionadores o disciplinarios en cualquier supuesto (especial referencia en materia de prensa y orden público en general, disciplina académica, etcétera) (*Sentencias de 29 de noviembre y 15 de diciembre de 1972, 17 y 26 de febrero de 1973, 15 de diciembre de 1973, 7 de febrero de 1986, etc.*).

6. El principio «pro actione» como expresión del derecho al ejercicio de la acción (*Sentencias de 30 de junio de 1981, 25 de mayo y 19 de noviembre de 1984, etc.*).

7. El principio de la buena fe, su relación con el fraude y la buena fe y la doctrina de los actos propios (*Sentencias de 2 de marzo de 1978, sobre equidad y buena fe; relación con el fraude y buena fe, Sentencias de 18 de junio de 1979 y 10 de mayo de 1980; en general, Sentencias de 6 de junio de 1981, 27 de febrero de 1981 y 24 de noviembre de 1973*).

Todos estos supuestos y muchos otros estuvieron inspirados en las ideas y aportaciones doctrinales contenidas en las monografías o estudios publicados en la RAP.

Los criterios interpretativos basados en una perspectiva institucional o conforme al Ordenamiento tienen mucho que ver (piénsese en que nos movemos en una época preconstitucional y, por ello, es de recordar aquí el impacto y guía que para los juristas españoles

han supuesto los trabajos sobre las *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho* y la *Lucha contra las inmunidades en el Derecho Administrativo* —núms. 63 y 38 de la REVISTA—, del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA) con las doctrinas contenidas en los trabajos publicados, unido a las reseñas bibliográficas y jurisprudenciales que hacían asequible a cualquier Juez administrativo no sólo las últimas aportaciones doctrinales de los más cualificados juristas de la especialidad, sino de la última doctrina jurisprudencial, que a ojos vistas se esforzaba en motivar sus resoluciones amparándose no sólo en una exégesis legalista, sino más bien ateniéndose a una interpretación finalista o razonable, en la que los principios generales del Derecho y la aportación de la doctrina científica no estuviesen ausentes.

Podría decirse que nos esforzábamos en enriquecer nuestras resoluciones incorporando como doctrina los juicios, apreciaciones o las declaraciones que sobre una determinada figura jurídica habían logrado una cierta opinión doctrinal común o, a veces, incluso, bastaba la solución ofrecida con rigor por un autor de autoridad científica reconocida. En alguna ocasión, también se produjo el fenómeno en sentido inverso. Uno de ellos sería el de los límites del Reglamento en base de la aplicación de los principios generales; la doctrina del acto consentido y la inoperancia del silencio positivo en el caso de peticiones ilegales (solución, en principio, muy criticada por la doctrina) serían, también, aportaciones jurisprudenciales.

He creído, siempre, que ese intercambio de ideas y conocimientos entre la doctrina científica y la jurisprudencia fue fructífero para todos. Y que ello fue posible —en gran parte— gracias al servicio instrumental de intercomunicación que prestó la REVISTA y que fue esencial para que unos y otros pudiéramos cooperar, cada uno en su campo, a conseguir, en España, una justicia administrativa que, integrada plenamente en el Poder Judicial, ofrezca hoy un grado aceptable de competencia técnica o especialización equiparable al que ofrecen los países de la Unión Europea.

Celebremos con alborozo el «Cincuentenario de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA», con el deseo y la esperanza de que siga durante muchos años ilustrando a los juristas. Es, ciertamente, un deseo muy sentido de quien es deudor de la REVISTA por lo mucho que de ella ha recibido.