

El Ministerio fiscal en el proceso administrativo (*)

I. IDEA GENERAL

A) La figura del Ministerio fiscal no se ha definido en el curso de los tiempos con tan acusados y precisos contornos como la del Juez. Ni ahora mismo es unánime el parecer acerca de la misión que está llamado a realizar. En esta palabras de Plaza (1) se recoge una opinión muy generalizada acerca del confusionismo reinante en orden a la fijación del concepto y función del Ministerio fiscal. Quizás la razón de este confusionismo se deba a que, como ha recordado recientemente Jiménez Asenjo, «el Ministerio fiscal es el producto de la fusión de dos ideas coordinadas: la histórica, que fijó en él la función de defensa de los derechos de la Corona o los públicos a ella encomendados, y la renovadora, idealista o racionalista, que afloró al estímulo de las corrientes ideológicas que dieron vida al derecho revolucionario y burgués del siglo XIX (2). Por ello se ha afirmado que «acerca del Ministerio

(*) El presente trabajo es un capítulo de un *Derecho procesal administrativo*, en preparación.

(1) *Derecho procesal civil español*, 3.ª ed., Madrid, 1951, T. I, página 195.

(2) *Organización judicial española*, ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 1952, pág. 368 y ss., en que afirma que «como un mero valor instrumental se puede caracterizar al Ministerio fiscal como un instituto jurídico encargado de requerir y estimular la actuación jurisdiccional en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley, y procurar la observancia de las leyes reguladoras de las competencias».

público podemos decir que tenemos pocas nociones útiles para penetrar en el verdadero sentido de esta institución. Pero, además, lo verdaderamente terrible es que, para ponernos en camino de saber algún día lo que fundamentalmente debe ser, lo primero que tenemos que hacer es empezar por olvidar la mayor parte de lo que nos han enseñado hasta ahora sobre el Ministerio público» (3).

B) Por lo pronto, podemos afirmar que el Ministerio público es uno de los sujetos que intervienen en el proceso, y uno de los sujetos que no realiza la función de decidir los litigios, sin que tampoco pueda afirmarse que sea una parte. Es un sujeto que interviene en el proceso impulsado por un deber, habiéndose dicho del mismo que es una magistratura particular que existe al lado del Poder judicial, que, aunque no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia (4). En realidad, lo que parece que hoy no ofrece duda es que el Ministerio fiscal es un órgano estatal o conjunto de órganos estatales, cuyos titulares son el personal de un Cuerpo especial de funcionarios (5), que tienen una misión específica. Y uno de los problemas que más ha preocupado a los autores, partiendo del principio de la

(3) Rafael de Pina, en una conferencia dada en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de Méjico, el 29 de julio de 1949, con el título de *El Ministerio público en el proceso civil*, publicada en «Derecho procesal» (temas), México, 1951, pág. 171, en que afirma: «Los procesalistas, afanados en abondar en el estudio de las partes, han descuidado, más de lo que se podía esperar, dado el relieve que tiene, el personaje que en el drama del proceso actúa como órgano del Ministerio público. Figura ésta de una altura comparable a la del Juez, y superior, desde luego, a la de las partes. El tema del Ministerio público es uno, entre los correspondientes a la disciplina del proceso, de los que han quedado inexplicablemente un poco en segundo término en el campo de las actividades de los procesalistas. Sería conveniente que los investigadores de la difícil disciplina del Derecho procesal rectificasen este desvío.»

(4) Hugo Alsina, en *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1941, pág. 496.

(5) En ocasiones se ha afirmado que el Ministerio fiscal es un Cuerpo de funcionarios. Cfr., por ejemplo, el reciente *Tratado de Derecho procesal* de Prieto Castro, t. I, Madrid, 1952, pág. 414 y ss.

división de Poderes, es el de si tales órganos son órganos del judicial o del ejecutivo. Creo que si sus funciones no son jurisdiccionales, en un régimen de división de Poderes es imposible considerar al Ministerio fiscal integrando el Poder judicial, y, en consecuencia, ha de concluirse que son órganos del ejecutivo, pero con una nota importantísima: la de la independencia. Por la doctrina se ha resaltado reiteradas veces la «conveniencia de un Ministerio público, independiente e inamovible; pero conviene aclarar que la independencia de que debe dotársele es la del Cuerpo con respecto al Ejecutivo, y no la absoluta de cada uno de sus funcionarios en cuanto al desempeño de su misión», pues el Ministerio público debe actuar con imparcialidad, y es necesario que no esté personalmente empeñado en el conflicto que ante los Tribunales se debate (6).

C) Ahora bien, ¿qué funciones realiza en el proceso el Ministerio fiscal? Si repasamos las distintas posiciones formuladas en este punto, observaremos que en ellas latén dos principios fundamentales: uno, que tiene su base en la evolución histórica y considera al Fiscal como el representante de los intereses de la

(6) Alcalá-Zamora y Castillo y Levene, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, t. I, pág. 380 y ss. Sobre la evolución histórica de la institución, puede verse, aparte de la obra de Jiménez Asenjo, cit., y ésta de Alcalá-Zamora y Castillo, pág. 369 y ss. Vid., también, López Serrano, en *El Ministerio público*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. LVII (1860), pág. 265 y ss., donde se resalta la importancia del Ministerio público. Así, se empieza el trabajo con estas palabras: «Esta reciente institución de las sociedades modernas a la que también se llama Ministerio fiscal, es la forma completa de una nueva era penal, así como el sello del progreso de los pueblos que van entrando en la senda de la civilización.» «El Ministerio fiscal—añade después (pág. 306)—representa al interés de la colectividad social, la fortuna pública en sus distintas ramas, y la alta, pero racional tutela que incumbe al Estado, ¿quién dudará de la importancia de dicha institución?» En Méjico, también ha estudiado la evolución histórica González Bustamante, en *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, 2.^a ed., México, 1945, pág. 93 y ss., el cual considera al Ministerio público «como una magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley y que es depositaria de los más sagrados intereses de la sociedad».

Corona o del Estado; otro, que considera al Ministerio fiscal como institución destinada a velar por el cumplimiento de las disposiciones de carácter general. Según Plaza, «el Ministerio fiscal tiene la misión de velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a los Tribunales y Juzgados; promover la acción de la Justicia, en cuanto concierne al interés público, y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial, procurando siempre, imparcialmente, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social» (7).

Esta dualidad de principios que inspiran las distintas posiciones, no han dejado de tener influencia, como después se verá, entre los tratadistas del Derecho procesal administrativo.

En realidad, hoy las funciones que históricamente correspondían al *Patronus fisci* (8), son desempeñadas fundamentalmente por los Abogados del Estado. Es a éstos a quienes corresponde representar al Estado en los procesos. El Ministerio fiscal, por tanto, debe realizar únicamente las funciones de defensa de la legalidad. Como ha dicho últimamente Pina, «el Ministerio público es una institución encargada de la defensa de la ley (o de la legalidad si se quiere) y su papel consiste en obtener de los tribunales, en los casos que debe intervenir, una aplicación uniforme de las normas jurídicas que logre encarnar en la realidad el principio de la igualdad ante la ley de todos los miembros del Estado, en nombre del cual se ejercita la función jurisdiccional. Cualquier otra función que se le atribuya será extraña a la naturaleza de su actividad específica y constituirá, por lo tanto, una adición inconveniente» (9).

(7) Ob. cit., t. I, pág. 196, siendo opinión generalizada.

(8) Cuantas veces se hace mención a la evolución histórica del Ministerio fiscal, se alude a la Ley 12, Tít. XVIII de la Partida 2.^a, en que se dice que «*Patronus fisci* tanto equivale a decir en romance como ome que es puesto para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenescen a la Camara del Rey». Y, precisamente, en las funciones de tal *Patronus fisci* se fija la doctrina procesal administrativa cuando defiende las funciones representativas del Ministerio fiscal actual, como después se verá.

(9) En *El monopolio de la acción penal*, publicado en «Anales de

II. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Mucho se ha discutido en la doctrina española si el Ministerio fiscal debía intervenir o no en el proceso administrativo. Esta diversidad de opiniones es fácilmente explicable si tenemos en cuenta que, como se ha señalado, no existe acuerdo acerca de la función que en general corresponde al Fiscal en el proceso; según el principio general de que se parta, variarán las posiciones que se adopten al referirse al problema de su intervención en el proceso administrativo. Ahora bien, por lo general, la confusión reinante se debe a un mal planteamiento del problema y a entremezclar dos cuestiones distintas, ya que cuando se ha discutido si el Ministerio fiscal debe intervenir en el proceso administrativo, lo que en realidad se discute es si debe atribuírsele la representación de las Entidades administrativas. Como botón de muestra basta recordar estas palabras con las que Bravo, recién publicada la Ley de 1888, iniciaba el planteamiento del problema: «Mucho se ha pensado en la forma con que la Administración había de defenderse, tanto en los recursos que ella misma promoviere, como en los de mucho mayor número en que el particular acude contra una resolución gubernativa» (10).

Jurisprudencia», año XIV, t. LIV, núms. 3-4 (1947), y en *Derecho procesal* (temas), cit., pág. 111 y ss., en especial, pág. 113 y ss. El problema del monopolio de la acción penal, en relación con el Ministerio fiscal, ha preocupado mucho a los tratadistas del proceso penal. Confróntese, por ejemplo, entre nosotros, Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, t. II, Barcelona, 1950, y Fenech, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, t. I, pág. 381 y ss. Sobre el problema general de la función del Ministerio fiscal, vid. Alcalá-Zamora y Castillo, en *Lo que debe ser el Ministerio público*, en «Estudios de Derecho procesal», Madrid, 1934, pág. 1 y ss.

(10) En *Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1888, pág. 15, en que enumera así los sistemas que se propusieron sobre la representación de la Administración: Uno, que para cada asunto, el Gobierno, representado por el Ministro del ramo en que la resolución reclamada se hubiera dictado, nombrase un Abogado; otro, el adoptado en Francia, consistente en la designación cada año del número de Comisarios que esti-

Y cuando nuestros primeros tratadistas de lo «contencioso-administrativo» se enfrentaron con él, creyeron poco menos que una herejía jurídica el negar la intervención del Ministerio fiscal en el proceso administrativo. Cuando se discutió en el Senado la Ley de 1888, un senador, don Juan de Dios de la Rada y Delgado, alegó en defensa de la subsistencia de la intervención de los Fiscales en los procesos administrativos, una razón histórica, consistente en que la primera vez que aparece ese cargo «no es como representante del interés de la mal llamada *vindicta publica*, sino como representante del Fisco». Es decir, «todo lo que hoy representa la Administración del Estado, porque en aquella época en que el Rey lo era todo, la Cámara del Rey era el Fisco, y, por lo tanto, no había lo que hoy conocemos con el nombre de Administración, y el representante de la Cámara del Rey, representaba lo que hoy representa también el Fiscal del Tribunal Supremo de lo contencioso, es decir, los intereses de la Administración pública» (11). Estas palabras han sido recogidas primero por Paso y Delgado (12), el cual afirma que «el Fiscal, según algunos que

mare conveniente para sostener los derechos de la Administración ante el Tribunal. Y critica así estas posiciones: «Si bien la Administración estaría admirablemente defendida por los primeros Abogados de Madrid, como para su designación habría de ser preciso un nombramiento o poder para cada uno de los negocios, sólo la tramitación del expediente que al efecto habría de instituirse en cada Centro, produciría una paralización en el curso del negocio, o acortaría el término que a la Administración se concede para la contestación de las demandas. Este sistema además sería costosísimo, pues los honorarios de los Abogados ascenderían a cantidades fabulosas en comparación de lo que importa el presupuesto del Ministerio fiscal. Si bien no tendría estos inconvenientes el nombramiento de Comisarios por años o bienes, o la designación de Abogados fiscales por cada Ministerio, no habría tampoco entre estos funcionarios la unidad tan necesaria en un Cuerpo llamado a informar por escrito y de palabra.»

(11) Y concluía: «Resulta, por tanto, que aun bajo este aspecto histórico, antes de que existieran los Fiscales del fuero común, existieron los Fiscales que llamaríamos hoy de lo contencioso, existieron los representantes del Fisco, de la entonces Cámara del Rey, hoy Administración del Estado.»

(12) En *Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos*, Madrid, 1889, pág. 43 y ss.

han estudiado más la historia legal y administrativa de Francia que la de España, no debiera existir en la enunciada jurisdicción (13); porque la esencia de dicho Ministerio, en tesis general, consiste en ser como una personificación de la ley; cosa que no armoniza con el objeto de los Fiscales de la Administración, cuya misión exclusiva es la de representar los intereses del Estado. Y estimo—añadía—que así entendidos los deberes del Fiscal, se forma una idea inexacta de la jurisdicción contencioso-administrativa», y añade: «el fin de la revisión, en forma contenciosa, de las resoluciones gubernativas de ella susceptibles, no es otro sino el restablecimiento del estado de derecho vulnerado por error o malicia, en esas mismas decisiones por el Gobierno o sus autoridades, y claro está que no ha de tener la Administración Abogados de aquellos que por desgracia hay, faltos de conciencia y decoro profesional, para quienes acaso es indiferente de todo punto el sostenimiento de las causas injustas o el de las justas. El Fiscal, pues, no es un mero representante de los intereses del Estado, sino el defensor de los mismos en todo aquello en que sean armónicos con el orden jurídico formado por la legalidad establecida». Estas ideas se reproducen después, casi en su integridad y en ocasiones literalmente, por Caballero y Montes (14).

(13) Estas palabras se reproducen, sin citar la procedencia, en Ubierna, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1935, página 127, que también defiende la intervención del Ministerio fiscal, porque éste, «al defender la Administración, implícitamente viene a sostener el imperio de la ley, atendiendo a que el acuerdo administrativo debe estar en armonía con los preceptos legales de aplicación al caso; aparte de que en realidad no solamente representa los intereses del Estado y el criterio de la Administración, sino que procura defender aquéllos en tanto en cuanto se hallen en armonía con el orden jurídico constituido por la legalidad vigente».

(14) *Lo contencioso-administrativo*, Zaragoza, 1904, t. II, pág. 106 y ss. Gallostra afirmaba: «La intervención del Fiscal en todos los pleitos de esta clase, parece incuestionable. Difícilmente se tratará de ninguno en que la Administración no tenga un interés directo o indirecto; cuando menos el de que se demuestre la justicia o conveniencia de sus providencias si es demostrable; y de todos modos, siguiendo nuestro criterio, el Ministerio fiscal habrá de cumplir en cada caso la misión que creemos debe encomendársele de velar por la pureza del procedi-

En un plano de puros principios no puede por menos de reconocerse que la tesis es bellísima. Pero olvida un hecho fundamental: que en todo proceso deben existir dos partes, y que tales partes deben estar representadas por personas que defiendan sus intereses en el mismo. Precisamente, de esta dualidad de partes y de la controversia que se desarrolla entre ellas, el órgano imparcial llamado a decidir obtendrá aquellos datos necesarios para llevar a cabo su función. Y es indudable que el defensor de la Administración no tiene libertad para no intervenir, ya que debe hacerlo como consecuencia de sus deberes. Para los que estiman lo contrario, creo que bastará con recordar que, según el artículo 25, párrafo primero, L. C. el Fiscal no podrá allanarse a las demandas dirigidas contra la Administración general del Estado, *sin estar autorizado para ello por el Gobierno* (15), y, según el párrafo segundo del mismo artículo, tampoco podrá abstenerse en los asuntos que afecten al interés general. Todo esto demuestra que la representación de las Entidades administrativas que intervienen en un proceso no ofrece especialidad respecto de la representación de las demás personas, y no vemos razón alguna para que en el proceso administrativo se atribuya la representación del Estado a personas distintas de las que le representan en los demás procesos.

Es cierto que el *Patronus fisci* fué representante del Estado. Pero ya hemos señalado que el Ministerio fiscal o Ministerio público es una institución distinta de aquella, siendo los Abogados del Estado los que han asumido las funciones que entonces tenía el *Patronus fisci*.

Creo que el Ministerio fiscal no debe ser el representante de la Administración en el proceso. Pero esto no quiere decir que crea conveniente la designación de un representante especial para

miento, y especialmente por la exactitud de los trámites.» En *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 386.

(15) No es este el momento de estudiar el allanamiento. Sobre el problema, vid. Martín Retortillo, en *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1951, pág. 81, y mi trabajo, *La extinción del proceso administrativo*, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Martín*, Madrid, 1952, pág. 455 y ss.

cada caso, como se ha propuesto. Creo, con Alcalá-Zamora, que «los defensores de la Administración deben proceder de las carreras de ésta y no de la magistratura, para estar identificados con el criterio, los intereses y hasta los apasionamientos que han de defender. Entre los sistemas seguidos es preferible el de defensores permanentes en vez de designarlos para cada caso, porque hay una técnica común de lo procesal y aun de lo sustantivo, que en las intervenciones episódicas se pierde en vez de formarse; porque las especialidades, en cuanto resulten justificadas y posibles, cabe organizarlas dentro del servicio estable, y porque aun el nombramiento excepcional de un comisario, reservado en casi todas las legislaciones como facultad de gobierno, ha caído en desuso, sin duda por el carácter ostensible demasiado coactivo, de un interés señalado en el caso en que se utilizara» (16).

Ahora bien; si el Ministerio fiscal no debe representar a la Administración, ¿quiere esto decir que no debe intervenir en el proceso administrativo? En absoluto. Como ha dicho Delgado Iribarren (17), «si uno de los postulados y fines básicos de esta institución es vigilar por el estricto cumplimiento de las leyes, es innegable que allí donde se haga aplicación de sus preceptos y de sus normas, debe intervenir acuciosamente el Ministerio fiscal para evitar que prevalezcan errores o rutinas que menoscaben el estricto y pulcro cumplimiento de la ley». Y es indudable que en el proceso administrativo se requiere como en ningún otro la presencia del Ministerio fiscal con objeto de «promover la acción de la Justicia, procurando, siempre imparcialmente, el mantenimiento del orden jurídico» (18). Por ello, es elogiabile el sistema introducido por la L. R. L. respecto de la intervención del Ministerio fiscal, con las modificaciones que después se señalarán (19).

(16) *Lo contencioso-administrativo*, Edición de la «Revista de Jurisprudencia Argentina», Buenos Aires, 1943, pág. 99 y ss.

(17) En *La intervención del Ministerio fiscal en los asuntos de carácter civil*, en «Revista de Derecho privado», 1932, pág. 338 y ss.

(18) Cfr. Fábrega, *Lecciones de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1928, pág. 164, y López Rodó, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, pág. 45.

(19) Artículo 387, 1, recogido en artículo 26, párrafo segundo, L. C.

En realidad, el Ministerio fiscal debe intervenir en el proceso administrativo de la siguiente manera :

a) Iniciando el oportuno proceso contra aquellas resoluciones de la Administración que vulneren manifiestamente disposiciones legales, en cuanto tenga conocimiento de la misma, debiendo admitirse la posibilidad de la iniciación del proceso, aun cuando hubieren transcurrido los plazos que señala la L. C. para que lo inicie el particular.

b) Intervenir en todos los procesos administrativos, con objeto de examinar en cada caso concreto si el acuerdo es o no manifiestamente ilegal, con objeto de adoptar una posición de ataque, abstención o defensa del mismo.

c) Procurar que las sentencias sean cumplidas, sobre todo cuando sean condenatorias de la Administración, en que el particular que ha obtenido una sentencia favorable se ve impotente ante la Administración, que se niega a dar cumplimiento a la sentencia (20).

En consecuencia, la solución que se propugna sobre la intervención del Ministerio fiscal en el proceso administrativo es la siguiente :

a) Privar al Ministerio fiscal en todo caso de las funciones representativas. Únicamente deberá asumir la defensa del acuerdo impugnado—con o sin la intervención de la Entidad que le dictó—, cuando estime que es perfectamente lègal y el interés público exija su mantenimiento. Pensemos en el caso de que se simule un proceso para lograr la revocación de un acto declaratorio de derechos, aun cuando este acto sea perfectamente legal. En este caso, no ofrece duda que debe intervenir el Ministerio fiscal defendiendo tal acuerdo.

b) Atribuir las funciones representativas del Estado a sus Abogados, los cuales, cuando las Entidades autónomas no acudan debidamente representadas, podrán asumir la representación

(20) Sobre la importancia del Ministerio fiscal en la ejecución de las sentencias, dentro del Derecho francés, cfr. Toulemon y Blin, *Le respect de la chose jugée*, París, 1939, pág. 112 y ss.

de las mismas. Se deberán designar con carácter permanente a los que deban realizar tales funciones ante los órganos jurisdiccionales administrativos, siguiendo un sistema parecido al actual, ya que, como después se verá, pese al nombre, en el sistema español los órganos del llamado Ministerio fiscal vienen a ser tales defensores. Por eso ha podido afirmarse que «esos defensores de la Administración, aun cuando suela denominarse Ministerio fiscal, no son, a diferencia de éste en general, los representantes de la ley, y sí del interés administrativo cuyo posible y frecuente desacuerdo con los preceptos de aquélla es el supuesto básico de la jurisdicción; de modo que llamarles fiscales supone una impropiedad o un choque entre dos deberes incompatibles muchas veces» (21).

III. ORGANIZACIÓN

A) *Los órganos del Ministerio fiscal.*

«El Ministerio fiscal en lo contencioso-administrativo estará integrado por el Fiscal y Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Abogados Fiscales de las Salas de lo Contencioso-administrativo de dichos Tribunales y por los Fiscales de los Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo» (art. 22, L. C.) (22).

1. Por tanto, al Fiscal del Tribunal Supremo «auxiliarán, bajo su dirección y responsabilidad, el Teniente Fiscal de dicho Tribunal y seis Abogados fiscales», estando adscritos tres Abogados fiscales a cada una de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (art. 23, L. C.).

(21) Alcalá-Zamora, en *Lo contencioso-administrativo*, cit., pág. 100. Sobre el Ministerio público como órgano de control de la Administración en el Este europeo, desnaturalizándose las verdaderas atribuciones del mismo, vid. el interesante artículo de Langrod, publicado en la «Revue internationale de Droit comparé», año II, núm. 4 (1950).

(22) Un resumen de la organización, en Abella, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1888, pág. 502; Paso y Delgado, ob. cit., pág. 41 y ss.; Caballero y Montes, ob. cit., t. II, página 109 y ss. Y artículos 48 y ss., R. C.

2. «En cada Tribunal provincial de lo contencioso-administrativo habrá un Fiscal del mismo» (art. 26, párrafo primero, L. C.), siendo superior jerárquico de los Fiscales de los Tribunales provinciales, el Fiscal del Tribunal Supremo, «del que dependerán en todo lo que se relacione con el servicio» (art. 27, párrafo segundo, L. C.).

B) *El personal del Ministerio fiscal.*

1. En la jurisdicción administrativa, el personal del Ministerio fiscal no procede en su totalidad de la carrera fiscal:

a) De los tres Abogados fiscales adscritos a cada una de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, uno procede de la carrera fiscal y los otros dos del Cuerpo de Abogados del Estado con la categoría de Jefes de Administración. Ahora bien, «si al quedar vacante alguna de las plazas de Abogados fiscales de procedencia administrativa no hubiere Abogados del Estado concursantes para cubrirlas, se proveerán con funcionarios de la carrera fiscal que tengan por lo menos la categoría de Fiscal provincial de ascenso, reservándose siempre el turno al producirse nuevamente las dichas vacantes para el Cuerpo de Abogados del Estado» (art. 23, párrafo segundo, L. C.).

b) «Los cargos de Fiscales en los Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo serán desempeñados por los Abogados del Estado» (art. 27, párrafo primero, L. C.).

2. No está de acuerdo la doctrina acerca de la bondad del sistema español de reclutar el personal del Ministerio fiscal, habiéndose propuesto su reforma en el sentido de excluir por completo al personal procedente de la carrera fiscal. En este sentido, por ejemplo, Angel Ossorio, estimando como base de la organización judicial que «en la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en los Tribunales provinciales como en el Supremo, el Ministerio fiscal estará exclusivamente confiado a los Abogados del Estado» (23).

(23) Cfr. *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929, página 97 y ss.

Desde luego, hay que reconocer la escasa preparación jurídico-administrativa del personal procedente de la carrera fiscal, especializado en Derecho penal, sobre todo, y, en menor grado, en Derecho civil. Por tanto, es conveniente modificar el sistema español, ya que, tanto se considere al Ministerio fiscal como representante de la Administración, como si se le considera como defensor de la ley, es imprescindible que conozca el Derecho administrativo con soltura suficiente para intervenir con la agilidad que exige el desarrollo de un proceso. Como antes se dijo, las funciones representativas deberían estar confiadas a los Abogados del Estado. Por tanto, si se partiera de que el Ministerio fiscal debe ser el representante de la Administración, bastaría con una modificación del mismo en el sentido propuesto por Ossorio. Pero si se parte de que las funciones del Ministerio fiscal no deben ser representativas, es necesario que los Fiscales que actúen en los procesos administrativos lo hagan con independencia y conocimientos suficientes, pudiendo reclutarse, bien por oposición directa—en que se exigiera un conocimiento profundo del Derecho administrativo—o por concurso entre personas que en principio ha de suponerse que conocen tal Derecho (v. gr., Catedráticos de Derecho administrativo, Letrados del Consejo de Estado), formando un Cuerpo especializado e independiente del Ejecutivo.

IV. FUNCIONES

En nuestro proceso administrativo, el Ministerio fiscal ha tenido siempre funciones representativas, lo que se ha justificado, como vimos, por considerársele continuación del antiguo *Patronus fisci*. Tales funciones representativas también las tiene en el sistema actual. Pero, junto a ellas, desde la entrada en vigor de la L. R. L., tiene también las de ser defensor de la ley en los procesos administrativos cuyo objeto son pretensiones dirigidas a impugnar actos de las Entidades locales. Ello nos obliga a distinguir dos apartados en su estudio.

A) *El Ministerio fiscal como representante de la Entidad administrativa.*

1. *Aclaración previa.*

a) En ocasiones, nuestra jurisprudencia administrativa, al interpretar los preceptos de la legislación procesal administrativa dedicados a regular la representación del Fiscal, ha señalado que éste intervenía en el proceso, en todo caso, en representación de la Administración, abstractamente considerada, independientemente de la Entidad autora del acuerdo impugnado. Así, en un auto de 22 de septiembre de 1941, en el que se afirmaba que «desde el momento en que por estar personado un Ayuntamiento se abstuvo el Fiscal de representar a la Administración... a partir de este momento procesal quedó la Administración demandada, y así procedía entenderlo, representada por el Ayuntamiento y encomendada a éste, con dicho carácter, la defensa de sus propios acuerdos». Refiriéndose a esta doctrina López Rodó (24), afirma que «algunas veces se designa con nombre vago de «Administración general», sin querer indicar con ello ningún órgano representativo del Estado. Se trata—añade—de una figura totalmente ficticia que no hay razón para traer a escena, porque no serviría más que de elemento equívoco, origen de confusiones. El término de «Administración general» debe atribuirse únicamente a la del Estado (la central y sus delegaciones locales), y sólo interviene en el proceso cuando se impugne alguno de sus actos, pero no cuando la demanda se dirija contra un Ayuntamiento, por ejemplo, porque entonces no se reclama nada de la Administración del Estado». Y señala como posible causa de aquella doctrina el deseo de encontrar un sujeto a quien referir el interés público que interviene en estas clases de procesos.

Por eso, cuando Segismundo Royo-Villanova (25), con arreglo a la legislación anterior, se planteaba el problema de la posi-

(24) Ob. cit., pág. 51 y ss.

(25) En *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, página 163 y ss.

ción procesal del Ayuntamiento, afirmaba que éste no era demandado, y que comparecía como coadyuvante, según el artículo 233 de la Ley municipal de 1935 y artículo 41 del Reglamento de procedimiento en materia municipal de 1924, interpretados por copiosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (v. gr., autos de 30 de diciembre de 1936 y 17 de noviembre de 1939 y sentencia de 1 de junio de 1934), lo que se traducía en la imposibilidad de interponer recursos de apelación contra las sentencias que les eran desfavorables (26). Sin embargo, reconocía cómo en ciertos supuestos el Ayuntamiento (mejor debería haber dicho la Entidad local), era parte demandada: en los casos de abstención del Fiscal o del allanamiento del mismo a la demanda (27), recordando la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1935, en que así lo reconocía.

b) Tal doctrina es inadmisibles, como lo demuestran las consideraciones siguientes:

a') No interviene en el proceso administrativo la Administración abstractamente considerada. Quienes intervienen en el proceso son las Entidades administrativas, ya que, según el artículo 248, R. C., «sólo podrán comparecer ante el Tribunal... los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» y «por las Corporaciones, Sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen» (párrafos primero y tercero). Es decir, para intervenir hace falta tener personalidad suficiente (capacidad para ser parte y procesal), a excepción,

(26) Sobre el problema, vid. mi trabajo *El recurso de apelación ordinario contencioso-administrativo*, en «Revista de Administración pública», núm. 4, pág. 196 y ss.

(27) Ob. cit., pág. 165, recordando la doctrina de un auto de 30 de diciembre de 1926 por el que se afirmó que, aunque el Fiscal es el organismo a quien la Ley encomienda en primer término la defensa de los derechos e intereses de la Administración, «en los casos en que tales derechos e intereses no tienen dicha representación por haberse allanado el Fiscal a la demanda, en uso del derecho que le otorga el artículo 50 del Reglamento de procedimiento en materia municipal, entonces, el Ayuntamiento, bien haya comparecido antes o bien se muestre parte después, no ostenta ya el carácter de coadyuvante, sino el de parte recurrida».

claro está, de los casos en que se da intervención al Ministerio fiscal como defensor de la ley.

b') En consecuencia, cuando interviene la Administración como parte en el proceso, ha de hacerlo como demandante—cuando el proceso es de lesividad—o como demandada, cuando acude a defender el acuerdo impugnado por una persona distinta de la que dictó el acuerdo. Y este carácter de parte lo tienen también las Entidades locales cuando se impugnan acuerdos suyos. No se olvide—como dice Royo-Villanova (28)—que en la demanda se pide la anulación o reforma de un acuerdo municipal y que los efectos de la sentencia serán el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre la Entidad local y el demandante. Lo cual no quiere decir—como recuerda López Rodó—que las autoridades o Corporaciones cumplan siempre debidamente su cometido; pero el hecho de que el interés público se halle desatendido o lesionado por ellas, no puede conducirnos a atribuir el interés a una fingida personalidad abstracta (29).

Examinaremos el problema según la Entidad de que se trate, teniendo en cuenta que, cuando hablamos de representación del Ministerio fiscal, nos referimos a la representación de las Entidades administrativas.

2. *Representación del Estado.*

a) El Ministerio fiscal, según el artículo 23, párrafo primero, L. C., «representará a la Administración del Estado»; el artículo 24 añade que «defenderá por escrito y de palabra a la Administración» (párrafo primero), y el artículo 26, refiriéndose al Fiscal provincial, «que representará y defenderá» al Estado. Sin embargo, «el Gobierno podrá cuando lo estime conveniente, designar un Comisario que desempeñe las funciones del Fiscal en determinados negocios». Al discutirse la Ley de 1888 en el Senado, hubo quien censuró esta posibilidad de nombrar Comisario. En este sentido, don Pedro Calderón y Herce. Pero la genera-

(28) Ob. cit., pág. 167 y ss.

(29) Ob. cit., pág. 53.

lidad de los autores lo encontraron justificado, señalando que «semejante facultad no respondía a la desconfianza que pudiera inspirar el Fiscal, sino a la necesidad que se siente en ocasiones de que intervenga en un negocio un hombre de aptitud técnica especial, a quien el respectivo Ministro encomiende por su singular competencia teórica y práctica, y sin agravio del Fiscal, que merece toda confianza del Gobierno y es completamente idóneo para el desempeño de su grave cargo, la defensa de la resolución impugnada» (30). Sin embargo, recientemente, se ha censurado tal posibilidad, hoy en desuso, «por el carácter ostensible, demasiado coactivo, de un interés señalado en el caso de que se utilizaran» (31).

b) Es decir, si toda persona jurídica ha de acudir al proceso a través de las personas físicas «que legalmente las representen» (art. 248, párrafo tercero, R. C.), cuando la persona jurídica es el Estado y el proceso es administrativo, la persona a la que la ley atribuye su representación es el Ministerio fiscal (arts. 23 y 24, L. C.). Y cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido a esta representación, ha afirmado que es «privativa» (sentencia de 14 de febrero de 1936), que corresponde solamente al Fiscal (sentencia de 30 de mayo de 1932), el cual es el mantenedor nato de los acuerdos de la Administración, los cuales está obligado a defender, en cuya misión «sólo puede sustituirle el Comisario» a que se refiere el artículo 24, párrafo segundo (auto de 3 de enero de 1913, sentencia de 6 de febrero de 1932 y auto de 19 de febrero de 1935). Por eso ha afirmado López Rodó (32), basándose

(30) Vid., por ejemplo, Paso y Delgado, *ob. cit.*, pág. 46 y ss.; Bravo, *ob. cit.*, pág. 153, donde reconoce que «el uso de esta facultad ha sido rara vez ejercitado, a pesar de estar también establecido en la Ley de 17 de agosto de 1860, y que es necesario en algunas ocasiones, sobre todo cuando el Fiscal haya impetrado del Gobierno autorización para allanarse»; y Caballero y Montes, *ob. cit.*, t. II, pág. 127 y ss. Vid., también, art. 57, R. C., en cuyo párrafo segundo se afirma que tal designación se hará «por el Ministro que hubiere dictado la resolución objeto del pleito».

(31) Alcalá-Zamora, *Lo contencioso-administrativo*, cit., pág. 100.

(32) *Ob. cit.*, pág. 47. El problema de a quién corresponde la representación y defensa del Estado ha sido resuelto por un auto de 17 de

en la Circular de 12 de enero de 1940, que el Fiscal sólo defiende a la Administración con carácter privativo, cuando se trata de la Administración del Estado.

c) Como antes se dijo, estas funciones representativas deberían atribuirse al Cuerpo de Abogados del Estado, designándose con carácter permanente cerca de los Tribunales aquellos Abogados del Estado a los que correspondería tal función, reservándose al Ministerio fiscal otras funciones de intervención imparcial de defensa de la ley (33).

3. *Representación de las Entidades locales.*

a) Como personas jurídicas que son, las Entidades locales también han de intervenir en el proceso a través de sus legales representantes. Estos legales representantes son el Alcalde, cuando se trata de un Municipio (art. 116, g), L. R. L.) y el Presidente de la Diputación provincial, cuando se trata de una Provincia

abril de 1942, sentando la siguiente doctrina: «Que son tres las soluciones que se ofrecen a la Sala: o que sea el Fiscal del Tribunal el representante de la Administración general, o el Abogado del Estado, o bien que ambos funcionarios conjuntamente defiendan los intereses de aquélla, el primero como genuino defensor de la Administración pública, y el segundo como Abogado del Estado, considerado éste en su aspecto de persona jurídica. Y descartada desde luego esa dualidad en la representación, que es contraria a la ética procesal confirmada por nuestra Ley enjuiciatoria, que prescribe que todo litigante ha de comparecer en juicio, o personalmente o por medio de un Procurador o de un Letrado (arts. 3 y 535 de la L. E. C.), sólo queda por optar por una de las dos primeras soluciones, de la que sólo es factible la primera, es decir, que sea el Fiscal del Tribunal el que ostente la representación que se discute, toda vez que las disposiciones legales vigentes en la materia establecen de modo terminante que este funcionario ostentará la representación de la Administración general, es decir, del Estado, en la jurisdicción contencioso-administrativa, estando encomendada esa representación al Abogado del Estado únicamente para la defensa de aquélla ante los Tribunales y Juzgados de la jurisdicción ordinaria.»

(33) La intervención del Ministerio fiscal en defensa de la Administración, se ha criticado porque supone una presión sobre los Tribunales. Sobre el problema, vid. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pág. 225 y ss.

(art. 268, f), L. R. L.). Por tanto, en principio, la representación de las Entidades locales no corresponde al Ministerio fiscal, el cual actuará como defensor o Comisario de la ley; ahora bien, «si no compareciere la Administración demandada (34), asumirá también su representación en el recurso de plena jurisdicción, y si estimara que el acuerdo no es defendible, serán notificadas la Corporación o Autoridad interesadas por si creyeren conveniente designar representante en juicio» (art. 387, l), L. R. L.; art. 26, párrafo segundo, L. C.).

b) Al configurar así la intervención procesal de las Entidades locales la nueva legislación, ha sido elogiada por la doctrina (35). Por tanto, es indudable que cuando se trata de tales En-

(34) En otras ocasiones he señalado el problema de si las Entidades locales podrán comparecer, después de la entrada en vigor de la Ley de Régimen local a través de sus representantes legales, o necesitarán de Letrado. Así, en *El proceso contencioso-administrativo de anulación en la esfera local*, en «Revista general de Derecho», julio-agosto, 1951, pág. 358, y en *La justicia administrativa en España*, en «Revista de Administración pública», núm. 6, pág. 167, planteándome el problema de si en estos casos regía una regla especial de postulación diferente a la que se señala en el artículo 30, L. C., estimando entonces que lo correcto sería estimar que, pese a la entrada en vigor de la Ley de Régimen local, debería exigirse a las Entidades locales comparecer representadas por Abogado o por Procurador asistido de Letrado.

Pero, una vez publicado el texto refundido de la L. C. parece ser que la solución debe ser otra, ya que cuando la L. C. exige que las Corporaciones intervengan representadas por Letrado y, en tanto no comparezcan, así serán representadas por el Ministerio fiscal, se refiere a las Corporaciones que no sean locales, mientras que cuando se refiere a las locales habla sencillamente de que «no comparezcan» (art. 26, párrafo segundo). Ahora bien, esto es lo que señala la ley cuando se trata de la actuación del Fiscal del Tribunal provincial, mientras que cuando habla del Fiscal del Tribunal Supremo en su artículo 24, parece exigir que, en todo caso, los Ayuntamientos deberán estar representados por Abogado, y en tanto no acudan representados por Abogado, les representará el Fiscal. Tal solución está en armonía con el artículo 251, R. C., ya que, salvo el Municipio de Madrid y la Diputación de la misma provincia, se tratará de interesados que no residan en tal localidad, y deberán acudir al Tribunal en la forma preceptuada por tal artículo 251.

(35) Durante la vigencia de la legislación anterior, se criticó el

tidades, la representación del Ministerio fiscal no tiene carácter privativo, como ocurre con la del Estado, sino, por el contrario, carácter subsidiario para el supuesto de que las Entidades locales no comparezcan cuando sean demandadas (36).

4. *Representación de otras Entidades autónomas.*

a) Según los artículos 24 y 26 (párrafos primeros de ambos), el Fiscal representará y defenderá por escrito y de palabra a «las Corporaciones que estuviesen bajo su inspección y tutela, mientras estas últimas no designen Letrado que las represente y cuando no litiguen contra aquella o entre sí mismas».

b) Ante la claridad de las disposiciones en este sentido, ha recaído jurisprudencia bastante uniforme acerca de los supuestos en que debe representar el Fiscal a estas Entidades (vid., por ejemplo, sentencias de 31 de enero de 1942 y de 5 de mayo de 1945) (37).

criterio de conferir la representación de las Entidades municipales al Fiscal, por atentar contra el principio de autonomía municipal. En este sentido, Amaya, Martí y Vega de la Iglesia, en *La Ley municipal de la República española*, Madrid, 1935, pág. 428 y ss., citando, como digna de mención, la opinión sustentada por el Diputado señor Beca en la sesión del 12 de marzo de 1935 («Diario de sesiones del Congreso», número 169, pág. 47). Vid., también, Martín Retortillo, *El coadyuvante de la Administración en lo contencioso*, en «Revista de Derecho público», 1933, pág. 7, y en «Nuevas notas», cit., pág. 284 y ss.

(36) Vid., por ejemplo, López Rodó, *El coadyuvante*, cit., pág. 47 y siguientes.

(37) Vid., por ejemplo, Caballero y Montés, ob. cit., t. II, pág. 125 y ss., censurando el texto de la ley, por estimar que debió ser más expresiva y especificar las Corporaciones que considera sometidas a la especial inspección y tutela de la Administración. Indudablemente, parece que la ley se refiere a las personas jurídico-públicas institucionales, respecto de las cuales el Estado realiza funciones de tutela. Ahora bien, la importancia práctica del precepto es escasísima, ya que, normalmente, los actos de tales Entidades no causan estado en vía administrativa, sino que son susceptibles de impugnación ante los órganos estatales. Por tanto, cuando se llega a la vía procesal, el acto impugnado es estatal, no interviniendo en el proceso la Entidad institucional.

B) *El Ministerio fiscal como defensor o Comisario de la ley.*

1. Una de las innovaciones que introdujo la L. R. L. en su artículo 387, 1), recogida después en el Texto refundido de la Ley de lo contencioso, en su artículo 26, párrafo segundo, es que en los procesos administrativos cuyo objeto sean pretensiones dirigidas a impugnar actos de las Entidades locales, el Fiscal actuará como «defensor o Comisario de la ley». Es decir, no tiene que defender el interés de una de las parte litigantes, sino el más alto de que triunfe la legalidad, de acuerdo con la esencia del Ministerio fiscal. Por ello, convendría generalizar al sistema a todos los procesos administrativos, como antes se señaló. Un problema que plantea el texto de la L. C. es si tal precepto es aplicable sólo en primera instancia, como parece desprenderse del hecho de que se regula en el artículo 26, que se refiere a la actuación del Fiscal de los Tribunales provinciales, sin contenerse precepto análogo en el artículo 24, que se refiere a la actuación del Fiscal ante las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Sin embargo, creo que la interpretación que debe prevalecer es la que estime que tal actuación del Fiscal como defensor de la Ley debe darse en todos los procesos cuyo objeto sea la pretensión de reforma de las Entidades locales, bien se trate de la primera instancia o de instancias ulteriores.

2. Aun cuando tal es la misión del Ministerio fiscal en los asuntos locales, la ley reconoce que también puede asumir la representación, en los casos antes señalados, de que no comparezca la Administración local demandada en los procesos de «plena jurisdicción», asumiendo una doble posición que, en alguna ocasión, puede originar dificultades, pues mientras como defensor de la ley tiene la obligación de la objetividad, como defensor de una de las partes ha de mantener una posición «parcial» (38); de aquí que.

(38) Cuando Alcalá-Zamora estudiaba la actuación del Ministerio fiscal, parecía prever esta dificultad, al afirmar: «Esos defensores de la Administración, aun cuando suela denominárseles Ministerio fiscal, no son, a diferencia de éste en general, los representantes de la ley, y

quizás, hubiera sido preferible afirmar que, en los casos de que no comparezca la Administración demandada, siga el proceso en rebeldía, si bien, cuando el Fiscal como defensor de la ley entienda que debe defenderse el acuerdo impugnado, en cumplimiento de su misión, pondrá en práctica todos los medios legales a su alcance para que subsista el acuerdo impugnado, aparte de la posibilidad de coadyuvantes, como expresamente reconoce el artículo 26, párrafo segundo, *in fine*, L. C.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

*Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias
Políticas. Registrador de la Propiedad.*

si del interés administrativo cuyo posible y frecuente desacuerdo con los preceptos de aquélla es el supuesto básico de la jurisdicción; de modo que llamarles fiscales supone una impropiedad, o *un choque entre dos deberes incompatibles muchas veces*. Contra la mezquina ilusión curial de convenir al interés privado la falta de pericia y pasión en esos defensores, la experiencia ha demostrado lo contrario, porque cuando el cansancio, la falta de preparación profesional anterior o el temperamento individual han hecho que flaqueara la defensa administrativa, entonces la del interés público, que se presume generalmente en aquélla, ha solido refugiarse en los magistrados del Tribunal, con demasiadas iniciativas supletorias de oficio, y el riesgo de una deformación tutelar de criterio, que aun recta y noblemente intencionada desvía al juzgador de su misión imparcial». Sobre el problema, vid., también, Royo-Villanova (S.), *Reformas en lo contencioso-administrativo municipal*, en «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración local», núm. 34 (1947), página 442 y ss.