

PANORAMA Y PERSPECTIVAS DE LA FISCALIZACION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ESPAÑA *

Por FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de la Universidad
de Madrid

Sumario: 1. Introducción.—2. El principio de «Cláusula general» y los actos excluidos.—3. La fiscalización de los vicios de los elementos de los actos administrativos.—4. La responsabilidad patrimonial de la Administración.—5. Consideraciones fiscales.

1. Introducción

1. Durante casi tres cuartos de siglo, la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España se ha desarrollado bajo los cauces formales de la ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 1894. Esta legislación, suficiente en su época, no ha podido resistir el paso de unos años, que se caracterizan cabalmente por la aparición de un intervencionismo administrativo sólo soportable con la contrapartida de una justicia administrativa adecuada.

* Este trabajo ha sido redactado con destino al volumen de estudios en homenaje a la memoria del profesor Sayagués, que publicará la Facultad de Derecho de Montevideo (Uruguay).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, más bien inmovilista y excesivamente respetuosa con el poder ejecutivo, no se atrevió a apurar las últimas posibilidades que la ley de 1888/94 seguramente permitía. Así es que fué curiosamente un proyecto elaborado por el Gobierno el que habría de convertirse en la avanzada ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora, en la actualidad, de nuestra Jurisdicción Contencioso-administrativa; una ley cuyos resultados positivos son fácilmente palpables en la aún no cumplida década de su vigencia.

Pero no solamente las instituciones, sino los hombres. Quizá uno de los mayores aciertos de la ley de 1956 consista en el sistema de selección a través del cual, en el seno de la Magistratura, se constituyen los Tribunales Contencioso-administrativos. El tributo rendido a la especialización jurídico-administrativa ha producido resultados que ya están a la vista, pues un aire nuevo recorre de arriba a abajo (y no quiero olvidarlo, de abajo a arriba) toda la estructura jurisdiccional.

En las líneas que siguen quiero poner especialmente de relieve hasta qué punto las innovaciones de la ley de 1956 han sido asimiladas y desarrolladas por la jurisprudencia. Algunas limitaciones, no siempre justificadas, a esta labor de progreso jurídico, quedarán también expuestas de rechazo.

2. El principio de «Cláusula general» y los actos excluidos

2. La ley jurisdiccional de 1956 consagra, en su artículo 1.º, el llamado principio de la «cláusula general», a saber: Que la Jurisdicción Contencioso-administrativa tiene competencia genérica para conocer de cualquier recurso que se interponga «en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con disposiciones de categoría inferior a la ley».

Por de pronto, de la expresión legal transcrita se deducen ya algunas exclusiones: así, ni las disposiciones con valor formal de ley, ni los actos de la Administración no sometidos al Derecho Administrativo son susceptibles de recurso contencioso. Además, y aparte el problema que siempre plantea la fiscalización de los actos discrecionales, está la expresa exclusión que la ley hace en su artículo 2.º de los «actos políticos del Gobierno». ¿Qué precisiones ha realizado la Jurisprudencia en relación con estos temas?

3. Recordemos que la posibilidad de impugnar directamente disposiciones o normas jurídicas de carácter general es una de las

innovaciones que introduce la ley de 1956. La limitación de que no pueden recurrirse las disposiciones con valor de ley no sería, pues, en el peor de los casos, sino una limitación a la innovación.

Ahora bien, la imposibilidad de recurrir directamente contra leyes formales encaja correctamente dentro de la lógica de nuestro sistema y es, sobre todo, una consecuencia obvia de la naturaleza de nuestros Tribunales Contencioso-administrativos, a los que no se ha encargado la misión de velar por la constitucionalidad de las leyes. La falta, por otra parte, de un Texto Constitucional orgánico al modo tradicional hace inexistente el obligado punto de referencia que toda declaración de inconstitucionalidad requiere. Y esto ni siquiera puede ser suplido por la tajante declaración, que se contiene en el artículo 3.º de la ley de Principios Fundamentales, de 17 de mayo de 1958, según el cual: «serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente ley Fundamental del Reino» (1).

Precisamente por esto, cuando el Tribunal Supremo se ha tenido que enfrentar con recursos que, en una u otra forma, han discutido la validez de los efectos jurídicos de una ley (como fué el caso en relación con la ley de 26 de diciembre de 1958), ha podido afirmar, sin reserva mental de clase alguna, que «es improcedente la impugnación... por la única razón de hallarse excluida expresamente su revisión en esta vía por imperio de lo preceptuado en el artículo 1.º de la ley Jurisdiccional» (Sentencia de la Sala Quinta del T. S. de 19 de enero de 1961).

La solución del problema no parece, sin embargo, tan clara cuando

(1) El carácter programático y abstracto de estos principios difícilmente puede servir de punto de referencia para decretar jurisdiccionalmente la nulidad de una ley. En efecto, algunos de los principios son tan genéricamente comunes a las creencias vigentes en cualquier nación civilizada (por ejemplo: Que España «... aspira a la instauración de la justicia y de la paz entre las naciones»; o que «todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente» o a una «equitativa distribución de la renta nacional o de las cargas fiscales») que es inimaginable una ley que, al menos directamente, aparezca en contradicción con ellos; otros principios, en cambio, son tan consustanciales al actual régimen español que la aprobación de una ley que los desconociese (por ejemplo, la constitución de España como Estado federal, la declaración como oficial del Estado de una religión distinta de la católica, o el establecimiento del sistema de representación política a través de partidos) no podría plantearse ciertamente como una cuestión jurídica a resolver por el Tribunal Supremo.

Con todo, debe admitirse la hipótesis de que ante una ley contraria a los principios contenidos en la ley fundamental de 17 de mayo de 1958 cabría, si no el recurso directo de impugnación, sí al menos el recurso contra el acto administrativo concreto que la aplicase.

se trata de impugnar disposiciones con fuerza de ley, pero emanadas del poder ejecutivo. Importa que estudiemos separadamente el caso de los decretos-leyes y el de los decretos legislativos:

a) La posibilidad de dictar decretos-leyes (con virtualidad suficiente para modificar leyes formales en vigor) está reconocida al Gobierno «en caso de guerra o por razones de urgencia» por el artículo 13 de la ley de Constitución de las Cortes Españolas.

El Tribunal Supremo, en cuantas ocasiones se le han presentado, ha afirmado categóricamente la inimpugnabilidad de estas disposiciones, ya que «tienen en nuestro ordenamiento jurídico el carácter y condición de una verdadera ley», como se dice en la sentencia de la Sala Quinta de 16 de junio de 1958 (2).

Esta doctrina jurisprudencial es comprensible si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento positivo no se puede postular la ilegalidad de un decreto-ley, por la razón obvia de que el decreto-ley tiene virtualidad para derogar leyes anteriores. Ahora bien, a partir de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 se ha introducido una exigencia formal en la elaboración de los decretos-leyes: que sea previamente oída la Comisión especial a que se refiere el artículo 12 de la ley de las Cortes Españolas, en cuanto a si existen «razones de urgencia» (art. 10, núm. 3, de la LRJ). ¿Si este requisito no se hubiese cumplido, quedaria afectada la validez del decreto-ley? Y, supuesto que así fuera, ¿es competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa para decretar la invalidez? No hay pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, entre otras razones porque, que sepamos, el referido trámite no se ha omitido en ninguno de los decretos-leyes dictados desde la entrada en vigor de la ley de Régimen Jurídico.

b) El caso de los decretos legislativos es diferente del anterior. Como es sabido aquí, hay una delegación expresa del poder legislativo a favor del ejecutivo y, normalmente, el establecimiento de unas bases a las cuales debe ajustarse el ejercicio de la facultad delegada. Es cierto que estos decretos tienen valor de ley; pero también lo es que la condición previa para ello es que no haya infracción de las bases establecidas por el delegante.

Cabalmente por esto resulta discutible la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo y respaldada por algunos de nuestros más

(2) La sentencia de 13 de enero de 1958 declara la incompetencia de la jurisdicción para revisar un decreto-ley de 9 de julio de 1954, que había sido recurrido, y la sentencia de 8 de junio de 1960 afirma la misma incompetencia en relación con un decreto-ley de 31 de mayo de 1957.

conocidos comentaristas (3). Así, la sentencia de la Sala Cuarta de 30 de octubre de 1959 declara que las leyes, de cualquier clase que sean, entre las que se incluyen las dictadas en virtud de una delegación de las Cortes, conforme a la ley de Régimen Jurídico, «no pueden ser objeto de impugnación ante los Tribunales, no existiendo, como no existen en nuestro país, los llamados de garantías constitucionales».

La limitación que con esta doctrina impone el Tribunal Supremo a su propia competencia debe ser calificada de excesivamente prudente, pues, por las razones que antes se han dicho, nada se opone a que el Tribunal entre en la fiscalización de los requisitos previos para que los efectos formales de ley se produzcan, a saber: El dictamen del Consejo de Estado en pleno (núm. 4 del art. 10 de la LRJ) y la no infracción de las bases limitadoras de la facultad delegada. Claro está que, en relación con esto último, la dificultad puede surgir ante la falta de puntos de referencia (dada la amplitud de la autorización concedida) para decidir sobre la posible ilegalidad. Pero es evidente que esto, en cualquier caso, será la cuestión de fondo y que —como en los casos de la llamada potestad discrecional— la Jurisdicción Contencioso-administrativa no podrá decidir sobre la corrección de la medida adoptada sin entrar en el examen de la cuestión. El recurso, pues, debería ser admitido en principio, aunque el resultado sea la desestimación en cuanto al fondo del asunto planteado (4).

(3) TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA: *Comentarios a la ley de lo Contencioso-administrativo*, t. I, Madrid, 1965, pág. 147.

(4) Las dificultades prácticas para fiscalizar la legislación delegada, supuesto que el Tribunal Supremo se declare competente para ello, no pueden desde luego desconocerse, pues, como hemos afirmado en otra ocasión, «una delegación legislativa supone, por definición, un acto de confianza del poder legislativo en el ejecutivo, que tiene por objeto que el gobierno reglamente con fuerza de ley una determinada materia, incluso derogando leyes formales anteriormente vigentes. Este acto de confianza en que la delegación consiente, soporta, desde luego, dos limitaciones esenciales: en primer lugar, el gobierno no puede reglamentar materias distintas que las que constituyen el objeto específico de la ley de Bases; en segundo lugar, el texto articulado no podrá nunca contradecir a la ley de Bases. Ahora bien, contradecir significa en este caso violar o vulnerar expresamente lo que con la ley de Bases se ha querido, sin que tal violación se produzca, por ende, si el texto articulado se limita a ampliar las soluciones apuntadas en las bases, a desarrollarlas y concretarlas y, finalmente, a extraer sus últimas consecuencias lógicas, aun en el supuesto de que desde la perspectiva del legislador puedan aparecer como inéditas. Todo esto viene indudablemente postulado por el mecanismo mismo en que consiste la delegación legislativa.» (GARRIDO FALLA: «La nueva legislación sobre funcionarios públicos», en *Rev. Adm. Pública*, núm. 43, 1964, págs. 381-382.)

c) Mucho más grave es, a nuestro juicio, un nuevo cauce de legislación delegada que se ha abierto paso, especialmente en materia fiscal, al margen del ya citado artículo 10, número 4, de la ley de Régimen Jurídico y, lo que es peor, que ha venido a encontrar confirmación jurisprudencial. En efecto, una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1961, declara: «es doctrina reiterada que las disposiciones complementarias y modificativas de otras tienen idéntica fuerza de obligar y la misma jurídica que aquellas que desarrollan» (5).

El fundamento legal de esta dudosa afirmación se ha querido encontrar en los artículos 26 y 27 de la ley de Régimen Jurídico. Pero, a propósito de estos preceptos, es necesario subrayar: 1) Que las disposiciones administrativas que se dictasen en virtud de las autorizaciones en ellos previstas no tendrán nunca valor de decretos legislativos si no se sigue el procedimiento establecido en el artículo 10, número 4, de la propia ley de Régimen Jurídico; y 2) Que una autorización sin limitaciones para la imposición de cargas fiscales por vía reglamentaria podría ser nula por oponerse al principio establecido en el artículo 9.º del Fuero de los Españoles, según el cual «nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la ley votada en Cortes» (6).

(5) Curiosamente esta doctrina—rechazada en los países de régimen administrativo—sólo ha tenido vigencia, por paradoja, en los países anglosajones, en los que, en cambio, la potestad reglamentaria de la Administración no se presume y se exige delegación legislativa caso por caso. En este sentido, el derecho inglés consagra la llamada «cláusula de Enrique VIII», según la cual «todo reglamento dictado en ejecución de tal ley o de tal de sus artículos debe ser considerado como parte de la ley misma». Ahora bien, esta cláusula ha caído en desuso desde el año 1931.

Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, también rige la doctrina de que los reglamentos dictados por delegación (la cual, por otra parte, suele ser requisito previo para el ejercicio de la potestad reglamentaria) tienen valor de ley. Pero los peligros a que esto pudiere conducir no son graves si se tiene en cuenta que en dicho país es posible la fiscalización jurisdiccional (por inconstitucionalidad) de las leyes. Para mayores precisiones me remito a mi *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 3.ª ed., 1964, págs. 108 y ss. y 118 y ss.

(6) Quiero manifestar mi discrepancia con respecto a las interpretaciones que suelen hacerse de los artículos 26 y 27 de la ley de Régimen jurídico.

El artículo 26 dice así: «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, las materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes». Se ha acusado a este precepto de «inconstitucional» (en el sentido en que esta expresión es válida en nuestro ordenamiento), por entender que viene a infringir el principio de «reserva de la ley» establecida en una ley de mayor rango, como es la de creación de las Cortes Españolas. Pero entiendo, por el contrario, que

4. Según, pues, nuestra jurisprudencia, la competencia específica de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para fiscalizar disposiciones generales se refiere a las que tienen simple valor reglamentario. No entro aquí en la cuestión de si el reglamento ilegal es siempre nulo de pleno derecho (7) o si está sometido a los mismos principios de invalidez que los restantes actos administrativos (8). Sólo me interesa referirme a la valoración que la jurisprudencia viene realizando de la omisión de los trámites que para dictar disposiciones de carácter general establecen los artículos 129 a 132 de la ley de Procedimiento Administrativo.

A pesar del carácter peculiar de estas normas, cuya fundamental finalidad es la de coordinar la propia actividad administrativa interna (9), comienza pronto a aparecer una generosa, aunque discutible jurisprudencia, que reconoce aquí un motivo de anulación. En este sentido la sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1961 declaró la nulidad de una disposición dictada por el Ministerio de Agricultura sin atenerse al procedimiento establecido en los artículos 129 a 131 de la ley de Procedimiento admi-

lo que viene es a reforzar y completar dicho principio por cuanto de hecho prohíbe a la Administración ejercer la potestad reglamentaria de que genéricamente dispone—según nuestro ordenamiento—en relación con estas materias de reserva legal. Dicho de otra forma, en estas materias sólo pueden dictarse reglamentos en ejecución de leyes previas que, además, autoricen a la Administración para el correspondiente desarrollo reglamentario.

Por lo que se refiere al artículo 27, puesto que la materia relativa al régimen tributario y al establecimiento de penas constituye materia reservada a la exclusiva competencia de las Cortes, según lo dispuesto en los apartados c) e i) del artículo 10 de la ley de creación de las Cortes, está claro que vale también la observación que hemos hecho con respecto al artículo anterior. Podría, pues, considerarse «inconstitucional» una autorización legal que no estableciese las bases dentro de las cuales habría de moverse—sin riesgo alguno para el principio de la seguridad jurídica—la potestad reglamentaria expresamente concedida a la Administración.

(7) Así lo afirma GARCÍA DE ENTERRÍA en «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 29, 1959, pág. 180. Una base legal para apoyar esta postura podría encontrarse en el número 2 del artículo 47 de la ley de Procedimiento administrativo en relación con el artículo 28 de la ley de Régimen jurídico. Este último precepto señala que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores». Ahora bien, estos «artículos anteriores» ¿son solamente el 26 y 27 (en los que se establece la prohibición de que la Administración reglamente las materias reservadas a la ley) o incluyen también al artículo 23 donde se establece la jerarquía de las fuentes?

(8) En este sentido, ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo*, 1965, vol. I, pág. 126.

(9) Me remito a cuanto digo sobre este tema en mi *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III, 1963, pág. 80.

nistrativo (10). Parece, sin embargo, que este criterio se atenúa con declaraciones más recientes como las que siguen:

... que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales está contemplando normas, o disposiciones que por su alcance y trascendencia introduzcan normativas nuevas, pero no para los casos en que la Administración se limita dentro del área de una reglamentación previa, a sentar un criterio interpretativo. (Sentencia de 17 de octubre de 1964.)

... que el complicado proceso administrativo reglamentado en el capítulo 1.º del título VI de la ley de Procedimiento administrativo *podiera ser innecesario* cuando la disposición de carácter general se limita a dar cumplimiento a una ley que ya tuvo un proceso elaborativo a través del Consejo de Ministros, de las comisiones y pleno de las Cortes. (Sentencia de 12 de mayo de 1965.)

5. Una de las peculiaridades de la ley jurisdiccional de 1956 es que desaparece la categoría de los «actos discrecionales», que, en cuanto tales, llegaron a constituir un motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo bajo la vigencia de la anterior ley de 1894. La reacción de la actual ley frente a tal sistema se realiza clara y conscientemente en la Exposición de Motivos de la ley de 1956, donde se proclama que «la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos».

Partiendo de este planteamiento que ofrece el propio legislador, no debe de extrañar que la jurisprudencia haya podido, de una parte, desarrollar —como después veremos— una completa doctrina sobre la fiscalización del fin (elemento teleológico) del acto administrativo y la desviación de poder, de otra realizar afirmaciones muy matizadas a los efectos de determinar qué es lo que por discrecionalidad debe entenderse y cómo, en cualquier caso, no debe este concepto servir de refugio a ninguna forma de arbitrariedad administrativa.

(10) En el mismo sentido la sentencia de 8 de octubre de 1962, en cuanto a la doctrina, cfr. ALVAREZ GENDÍN: «Estudio de la nueva ley de Procedimiento administrativo», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 26, 1958, pág. 201; GONZÁLEZ PÉREZ: «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», en *Revista Admón. Púb.* núm. 40, 1963, págs. 9 y ss.

Esto último se subraya con gran precisión en la afirmación que se contiene en la sentencia de 9 de noviembre de 1964, que sólo admite la discrecionalidad...

... en el único sentido admisible tras la precisión conceptual iniciada por el preámbulo de la ley jurisdiccional, y desarrollada por la doctrina de este tribunal, es decir, el de conceder a las entidades o autoridades encargadas de la gestión de los asuntos públicos, cierto mínimo de crédito en orden a su favorable situación para conocer directamente motivos y circunstancias menos perceptibles a través de ulteriores procesos revisorios ya jerárquicos, ya jurisdiccionales; pero nunca hasta el extremo de prescindir de *un criterio razonable* y expresado que pueda ser conocido ulteriormente cuando tenga realidad alguno de los procesos revisorios; ni tampoco equiparando insensible o tácitamente la discrecionalidad que actualmente subsiste, *con la vieja noción equivalente a arbitrariedad o libre resolución exenta de cualquier deber justificatorio...*

Análoga doctrina se repite en ulteriores sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero, 31 de marzo y 10 de mayo de 1965.

No obstante, conviene advertir que la posibilidad de elegir entre diversas soluciones legalmente posibles, especialmente con motivo del ejercicio de la potestad disciplinaria (11), sigue reconociéndose expresamente por nuestra jurisprudencia. Así, dice la sentencia de 9 de diciembre de 1964:

... que la facultad de elegir entre las medidas sancionadoras señaladas en los reglamentos para el acto disciplinario enjuiciado, corresponde, por tanto, a la Administración y no a las salas de justicia, por lo que sancionadas las faltas disciplinarias calificadas de «muy graves» con «destitución del cargo» o «separación definitiva del servicio» a tenor del artículo 108 del Reglamento de funcionarios de la Administración local, la Diputación Provincial de O. pudo elegir libremente entre una y otra sanción... en uso de una *discrecionalidad rigurosamente correcta frente a la que nada es dable hacer a la jurisdicción contencioso-administrativa en su función revisora, al no aparecer con la aplicación de tal correctivo, precepto legal alguno infringido.*

El propio tema de la «discrecionalidad técnica» de la Administración debe ser hasta cierto punto replanteado con motivo de alguna reciente decisión jurisprudencial. Hasta ahora, por ejemplo, había

(11) Sobre este tema específico, cfr. A. NIERO: «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria». *Rev. Admón. Púb.* núm. 44, 1964, págs. 147 y ss.

sido materia «tabú» para los tribunales toda decisión administrativa que—como la resolución de unas oposiciones o de un concurso de méritos—se apoyase en el juicio o criterio de un tribunal o comisión calificadora especialmente designado para ponderar las circunstancias y méritos de los interesados. Pues bien: la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1965, al revocar la resolución del Ministerio de Educación Nacional por la que se resolvió el concurso para proveer una cátedra de Historia del Arte en la Universidad de Madrid, nos hace pensar en que nuestro Tribunal Supremo no quiere seguir siendo neutral en estas cuestiones (12).

6. También es una innovación de la ley de Jurisprudencia civil de 1956 el tratamiento que se hace de los *actos políticos*. Al relacionarse en el artículo 2.º las cuestiones excluidas del recurso contencioso-administrativo se señalan aquellas «que se susciten en relación con los *actos políticos del Gobierno*, como son las que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

De la lectura de este precepto se desprende que, frente al criterio de una función política *por su naturaleza*, y con independencia del órgano que la ejercite (13), la ley jurisdiccional sólo excluye del ámbito de la justicia administrativa (y en esto consiste el progreso logrado frente a lo que establecía la ley de 1894) aquellos actos en que simultáneamente dé una doble condición: 1) desde el punto de vista objetivo, que se refieran a la materia de que habla el artículo 2.º de la ley; 2) desde el punto de vista subjetivo, que emanen precisamente del Gobierno, es decir, del Consejo de Ministros. Si bien es cierto que la jurisprudencia vaciló al comienzo, hoy día se trata de una doctrina totalmente establecida. Así, en la sentencia de 2 de octubre de 1964 se combate expresamente la postura mantenida por el abogado del Estado, tendente a que se declarase el carácter político de la resolución recurrida, afirmándose por el contrario:

... que una interpretación como la pretendida por el representante procesal de la Administración... llevaría a cerrar el acceso a la impugnación judicial contra actos que se entendiesen eran ac-

(12) No puede decirse en este caso, claro está, que el Tribunal Supremo haya declarado, frente a la opinión de la comisión calificadora, que los méritos del recurrente son superiores a los del candidato que resultó inicialmente designado. Pero apoyándose en vicios de procedimiento cuya específica consistencia resulta discutible se ha llegado al mismo resultado práctico.

(13) Doctrinalmente esta es la postura que ha mantenido GUAITA en *Actos políticos y justicia administrativa*, en Libro-homenaje al profesor Legaz y Lacambra, t. II, 1960, págs. 918 y ss.

tuaciones de una llamada *política económica, política agrícola, política docente, política comercial* o expresiones semejantes; lo que conduciría—contra lo que es una de las normas esenciales de un Estado de Derecho—a eliminar casi por completo la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ya en sentencias anteriores, como la de 29 de octubre de 1962, el Tribunal Supremo había precisado que las situaciones contempladas por la ley de Orden público no siempre dan lugar a *actos políticos*, en el sentido del artículo 2.º de la ley jurisdiccional, pues hace falta, además, el requisito de que hayan sido dictados por el Gobierno para que estén excluidos de fiscalización jurisdiccional.

Uno de los extremos más criticados de la ley de 1956 está cabalmente en el hecho de que en su artículo 40 prohíbe la utilización del recurso contencioso-administrativo—y en este caso sin hablar expresamente de actos políticos—contra los «actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro». Afortunadamente la nueva ley sobre Prensa e imprenta, de 18 de marzo de 1966, deroga expresamente este precepto en su disposición derogatoria, sometiendo esta materia al régimen normal de fiscalización contencioso-administrativa.

7. El artículo 2.º de la ley de Jurisprudencia civil declara que no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: «a) las cuestiones de índole civil, o penal, atribuidas a la jurisdicción ordinaria y las otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyen por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones».

En realidad no nos encontramos aquí frente a lo que pudiese pensarse, ante una auténtica excepción al principio de «cláusula general»; antes bien, se trata de una regla para garantizar los límites que deben existir entre las distintas jurisdicciones. Por definición, además, aquí no estamos en presencia de «actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo» como quiere el artículo 1.º de la ley de Jurisprudencia civil.

La determinación de cuándo estamos frente a una cuestión de índole civil o penal o de la competencia de la jurisdicción social, presenta, evidentemente, importantes problemas; pero no es este el momento de estudiarlos y resolverlos. Más próximo a nuestro tema está el debate acerca de la extensión que deba darse a esta expresión legal «otras jurisdicciones». Pues si se interpreta en sentido demasiado amplio podría entenderse que cada vez que un órgano administrativo resuelve cuestiones «inter partes» está actuando como jurisdicción

especial y, por tanto, no existe posibilidad de someter tal decisión a la fiscalización contencioso-administrativa.

Pienso, pues, que en esta materia procede una interpretación restrictiva y que solamente estamos en presencia de una de estas «jurisdicciones administrativas» cuando, de una parte, la ley atribuye expresamente tal competencia jurisdiccional a órganos que dependen de la Administración pública, y, de otra, la resolución que se dicte esté excluida expresamente del recurso contencioso-administrativo.

8. Estrechamente ligada con lo anterior surge el problema relativo a la posibilidad de fiscalizar resoluciones administrativas que precisamente vengán a incidir en materias civiles, penales o laborales que, en principio, están exceptuadas de la fiscalización jurisdiccional. El principio que tradicionalmente ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo es el de que la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, para entrar en el conocimiento de cuestiones relativas a otras jurisdicciones, no impiden su competencia para anular precisamente por incurrir en el vicio de incompetencia —los actos de la Administración pública en los que se prejuzguen estas cuestiones excluidas.

Así, una sentencia de 14 de enero de 1897 declaraba que son cosas distintas: la incompetencia con que la Administración actuaba para conocer del fondo del asunto y la del Tribunal de lo Contencioso para verificar el acierto con que se haya procedido, pues la jurisdicción contencioso es la única para decidir si el ministro tuvo o no competencia para conocer del asunto.

Esta doctrina jurisdiccional (que se dictó tratando de interpretar el alcance del artículo 4.º, número 2, de la vieja ley Jurisdiccional de 22 de junio de 1894) se mantiene invariablemente a través de sentencias como las de 19 de mayo de 1896, 11 de marzo de 1905 y 14 de octubre de 1912. En esencia, se viene a afirmar que:

La jurisdicción contencioso-administrativa es la única que puede decidir conforme a las leyes si la materia resuelta en la vía gubernativa es de índole civil o administrativa; cuestión que es fondo en el pleito y distinta de la incompetencia de jurisdicción.

El hecho de que en nuestro Tribunal Supremo funcionen tres salas de lo contencioso-administrativo da lugar, sin embargo, a que la unidad jurisprudencial se quiebre, produciéndose ciertas decisiones que en ese sentido pueden calificarse de sorprendentes. Es esto lo que ocurre con una reciente sentencia de la Sala 5.ª, de 13 de abril de 1964, que, aun reconociendo que las cuestiones relativas a las prestaciones que un determinado Montepío de Previsión Social debe a sus

afiliados son «de índole puramente social» y que, por tanto, «corresponde conocer a los tribunales u organismos de la jurisdicción social», declara que al resolver el subsiguiente recurso de alzada «el Ministerio de Trabajo obra en virtud de atribuciones de índole jurisdiccional en un ámbito laboral y social», por lo que ni la jurisdicción contencioso-administrativa es competente, por razón de la materia, ni lo es tampoco para declarar la incompetencia de la resolución dictada por el Ministerio de Trabajo (14).

Aparte esta excepción, el sentido de la jurisprudencia reitera la línea tradicional que antes se ha subrayado; a saber:

... que la jurisdicción es incompetente para examinar y anular en su caso las decisiones de órganos administrativos que no hayan tenido en cuenta estas atribuciones de las Magistraturas de Trabajo, que, de otra suerte, la inhibición contencioso-administrativa que implica la declaración de incompetencia produciría el anómalo resultado de dejar subsistente la decisión administrativa improcedente que este tribunal está encargado de revisar y enjuiciar. (Sentencia de la Sala 4.^a de 21 de abril de 1959.)

En el mismo sentido se producen las sentencias de 18 de febrero de 1960, 25 de octubre de 1961 y más rotundamente todavía la de 29 de abril de 1964, en la que se declara que:

... el tribunal posee siempre facultades para pronunciar la incompetencia del órgano administrativo, incluso cuando la materia de su jurisdicción sea propia del ordenamiento procesal encomendado a otros tribunales de distinta jurisdicción (15).

Incluso en esta materia se ha venido a superar un viejo prejuicio que impedía a la jurisdicción fiscalizar los actos administrativos en

(14) El conocimiento de los pleitos sobre prestaciones del mutualismo laboral corresponde claramente a la Magistratura del Trabajo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.^o, núm. 3.^o, del texto refundido de Procedimiento laboral de 17 de enero de 1963. En cuanto a las demás cuestiones que surgen entre las mutualidades y las empresas y entre las mutualidades y el Servicio de Mutualidades, la cuestión es más dudosa, siendo precedentes los recursos gubernativos ante el Ministerio de Trabajo y, eventualmente, el recurso contencioso-administrativo contra su resolución (ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 1959, págs. 198).

En cualquier caso, como se ve, la doctrina de la sentencia citada carece de fundamento.

(15) Por supuesto que ésta es la postura apoyada por la doctrina. Cfr. nuestro libro *Régimen de impugnación de los actos administrativos*. Madrid, 1956, páginas 135 y ss. Asimismo, TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA: *Comentarios a la ley...*, cit., t. I, y ALVAREZ GENDÍN: *Ideas sobre la revisión de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 1965, pág. 40.

que se contenían declaraciones de *incompetencia* (es decir, la hipótesis opuesta a la que nos ha ocupado hasta aquí). Así, la sentencia de 17 de diciembre de 1964 declara que una resolución del Ministerio de Comercio, que decide que el departamento no es competencia y que el particular debe dirigirse a otro (al de Hacienda), no deja de ser un acto administrativo, y por tanto...

... susceptible de una revisión jurisdiccional contencioso-administrativa para definir la condición positiva o negativa de la legitimidad jurídica de lo acordado en el proceso administrativo.

3. La fiscalización de los vicios de los elementos de los actos administrativos

9. La doctrina moderna descubre en el acto administrativo los siguientes elementos: sujeto, objeto o contenido, causa, fin y forma. Respondiendo muy de cerca a esta pauta, nuestra ley de Procedimiento administrativo se refiere a semejantes *requisitos* en sus artículos 40 a 44.

Desde el punto de vista de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa no hay, en cambio, enumeración de los elementos o requisitos del acto administrativo a los efectos de la verificación de sus vicios. El artículo 83 se limita a afirmar que la sentencia será estimatoria «cuando el acto o la disposición incurriere en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Pero cabalmente, para determinar cuándo la infracción del ordenamiento jurídico se ha producido, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de utilizar las más recientes conquistas de la técnica jurídico-administrativa en orden a la delimitación de los elementos que integran el acto administrativo.

Por otra parte, nos vamos a limitar al examen de algunas recientes declaraciones jurisprudenciales en relación únicamente con los siguientes elementos del acto administrativo: el fin, la causa y la motivación externa.

10. Los fines que ha de perseguir la Administración pública en el ejercicio de sus potestades están fijados—explícita o implícitamente—por el Ordenamiento jurídico; por eso cualquier apartamiento de dichos fines vicia el acto administrativo que se produzca, dando lugar a la figura de la «desviación de poder» (16).

(16) El artículo 83, 3 de la LJC, dice así: «Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.»

Se ha podido observar con razón que, dados los términos en que el artículo 83 de la ley de Jurisprudencia civil está redactado y, sobre todo, supuesta la falta de una tradición jurisprudencial, la gloria o el fracaso del recurso por desviación de poder estaba en manos de nuestros tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien; casi diez años después de promulgada la ley podemos afirmar que el recurso por desviación de poder es una espléndida realidad de nuestro ordenamiento positivo. En efecto, a partir de 1959 la jurisprudencia se decide abiertamente a anular resoluciones administrativas precisamente por descubrir que han sido dictadas con desviación de poder. Desarrollando la propia virtualidad de la fórmula legal, nuestro Tribunal Supremo afirmó en su sentencia de 14 de mayo de 1959 (Sala 5.^a) que:

... la desviación de poder supone ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar, de los órganos que la Administración ostenta, orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal que inspira la norma que se aplica, aun cuando al hacerlo se observen las formalidades exigidas para su legitimidad, pudiendo afirmarse que dicha desviación es más o menos flagrante según que el fin hacia el que se enderece sea propio de la actividad administrativa, aunque no previsto en el designio de la norma de que se trate o, por el contrario, se inspire en móviles personales o concurra otra causa de ilegitimidad.

La aceptación por nuestro Derecho positivo de este motivo de impugnación de los actos administrativos ha sido, sin duda alguna, la consecuencia de una insistente presión doctrinal. Cfr. GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, cit., págs. 252 y ss.; MARTÍN RETORTILLO: «La desviación de poder en el Derecho español», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 22, 1957; CLAVERO ARÉVALO: «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Rev. Admón. Púb.* núm. 30, 1959; TRUJILLO PEÑA: «La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 31, 1961; GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 38, 1962. Resulta curioso observar que una postura contraria a la admisión de la desviación de poder se ha mantenido por ALVAREZ GENDÍN en *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, página 114, y en *Ideas sobre la revisión de la ley de lo Contencioso-administrativo en orden a la estructura orgánica y la competencia de sus tribunales*, Madrid, 1965. En este último trabajo se lee la siguiente afirmación, con la que lamentamos no coincidir: «Es ineficaz y hasta incongruente el recurso de desviación de poder contra actos discrecionales, no habiendo infracción concreta de normas jurídicas, puesto que a la jurisdicción no le cabe competir apreciar la oportunidad administrativa» (*op. cit.*, pág. 38).

Obsérvese, en relación con la sentencia que acaba de transcribirse, cómo se admite, de una parte, la posibilidad de grados distintos de intensidad en el vicio; de otra, la idea de que la desviación de poder puede producirse incluso cuando «el fin hacia el que se enderece (el acto administrativo) sea propio de la actividad administrativa». En este sentido debe recordarse la declaración que se contiene en la sentencia de la Sala 4.^a de 28 de noviembre de 1961, que declara viciada por desviación de poder la clasificación de una vía pecuaria interpretando la situación existente «del modo más oneroso para los derechos particulares», ya que:

... se ha dirigido a la obtención de un beneficio material para las Haciendas del Estado y del Municipio y para los servicios correspondientes...; plausible fin, pero que no es el que el legislador pretende en las clasificaciones de vías pecuarias en el que concurren las expuestas circunstancias..., lo que supone una desviación de poder definida en el artículo 83 de la Ley jurisdiccional y que debe corregirse.

La configuración del recurso por desviación de poder, como un instrumento para imponer un clima de moralidad administrativa, ha ido abriéndose paso paulatinamente en la jurisprudencia. Las bases de las más recientes evoluciones se sentaron seguramente en la sentencia de la Sala 4.^a de 9 de junio de 1959 al afirmar que el concepto de desviación de poder:

... supone la existencia de un acto administrativo que, a más de insertarse en el marco de la competencia específica del órgano que lo realiza, se halla, por lo que afecta a sus requisitos externos, ajustado a la legalidad, no obstante lo cual está afectado de invalidez por contravenir en su motivación interna el sentido de la teleología de la actividad administrativa, que ha de reputarse orientada siempre a la persecución del interés público.

Si, pues, el acto administrativo está aparentemente «ajustado a la legalidad», esto quiere decir, según se afirma en la sentencia de la Sala 5.^a de 28 de febrero de 1962, que la desviación de poder supone no sólo la limitación externa por un sistema de normas legales, «sino que también un dictado ético-jurídico tendente a *moralizar* la acción administrativa».

Supuesto lo anterior, no debe extrañar que la más reciente jurisprudencia intente descubrir, a través de los datos que el expediente administrativo proporciona, hasta qué punto la Administración ha utilizado sus pretendidos poderes discrecionales, justificados en «ne-

cesidades del servicio», para fines distintos de éstos. Y descubre motivaciones ajenas a tales necesidades del servicio la sentencia de la Sala 4.^a de 3 de abril de 1964, que decretó la nulidad de una resolución del Ministerio de Obras Públicas por la que se trasladaba de destino a un ingeniero de caminos. Y, por su parte, la sentencia de 23 de marzo de 1965 (Sala 5.^a) admite que la jurisdicción es competente para examinar los motivos—a efectos de verificar si hubo desviación de poder—que impulsaron a la Dirección General de Seguridad para decretar el traslado de un funcionario del Cuerpo de Policía en uso de las facultades discrecionales que concede el artículo 186 del reglamento de 25 de noviembre de 1930.

Por supuesto, claro está, que no basta la alegación de desviación de poder por parte del recurrente para que el Tribunal Supremo admita su existencia. La simple duda o sospecha sobre el móvil intencional de los actos administrativos—se declara en la sentencia de 20 de noviembre de 1964—no puede ser suficiente para admitir la desviación de poder, pues esto desnaturalizaría la singular figura concretada por el legislador en el artículo 83 de la ley Jurisdiccional.

11. En otro lugar hemos afirmado—frente a una extendida corriente doctrinal que identifica la causa y el fin del acto administrativo—que el elemento causa consiste cabalmente en los antecedentes fácticos en que el acto administrativo se apoya. Dicho de otra forma: la revisión de la causa significa lisa y llanamente la revisión de los hechos que sirven de precedente y justifican un determinado acto administrativo (17).

Resumiendo el estado de derecho positivo, puede afirmarse que la fiscalización de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa se da en el siguiente supuesto:

a) En primer lugar, la apreciación de su existencia. Todo acto administrativo, cuya justificación se encuentre en presupuestos fácticos determinados, puede ser impugnado en base precisamente a la inexistencia de tales hechos (18). Esto es lo que ocurre con el ordenamiento en la revisión de las sanciones disciplinarias por causa de faltas cometidas por los funcionarios. La prueba de los hechos constitutivos de la falta es materia en la que entra sin restricción alguna la jurisprudencia contencioso-administrativa.

(17) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III, 1963, páginas 101 y ss.

(18) Hay una materia, en cambio, en la que nuestro Derecho ha proclamado la imposibilidad de que la Jurisdicción contencioso-administrativa revise los hechos: la materia fiscal en que han intervenido previamente los jurados fiscales (cit. CLAVERO ARÉVALO: «Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa». *Rev. Admón. Púb.* núm. 39, 1962).

b) La jurisprudencia suele entrar también—y esta es una conquista más reciente—en la valoración de los hechos. Es frecuente que nuestra doctrina jurisdiccional (y asimismo la científica) invoque esta cuestión con la relativa a la desviación de poder (19). Pero el tema es distinto y debe, por consiguiente, ser cuidadosamente diferenciado. En este sentido puede recordarse la sentencia de 3 de julio de 1961, relativa a la calificación de la novedad de los hechos imputados en un expediente disciplinario a un profesor de la enseñanza oficial. Como concepto emparentado, pero diferente de la desviación de poder, podría hablarse aquí de la «regla de la razonabilidad de la medida», como un principio lleno de posibilidades tanto teóricas como prácticas.

c) Finalmente, la posibilidad de fiscalizar los criterios técnicos utilizados por la Administración, en particular cuando se trata de expedientes administrativos contradictorios. Un ejemplo típico en nuestro Derecho viene dado por los expedientes de declaración de fincas ruinosas (20). El límite de este control parece encontrarse, según la jurisprudencia tradicional, en los casos en que la decisión administrativa recoge la propuesta de organismos especialmente constituidos para emitir el juicio de valoración técnica (por ejemplo, tribunales de oposiciones y concursos). Pero ya citábamos al comienzo de este trabajo la reciente sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1965, que, aunque apoyándose externamente en la apreciación de vicios de procedimiento, viene realmente a corregir el criterio de valoración establecida por la comisión juzgadora de un concurso para provisión de una cátedra universitaria.

12. Respecto a la motivación, conviene que hagamos algunas precisiones previas. Sabido es que la doctrina distingue entre la motivación interna y la motivación externa del acto administrativo. En cuanto a la primera, puede identificarse o con los móviles subjetivos del funcionario que actúa en nombre de la Administración y entonces su fiscalización se realiza a través del recurso por desviación de poder, o con los presupuestos objetivos que justifican la emanación del acto administrativo, y entonces estamos en presencia de la doctrina de la causa.

(19) Así la sentencia de 24 de octubre de 1959, y el comentario que hace a la misma GONZÁLEZ BERENGUER en «Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 37, 1962, págs. 166 y ss.

(20) *Vid. E. ROCA: El expediente contradictorio de ruina*, 1961, y la abundante jurisprudencia allí citada.

La motivación que ahora nos interesa mira al aspecto externo y formal del acto administrativo; pero aun así, todavía cabe distinguir entre la obligación que la Administración tiene de motivar la resolución final que dicte y la obligación de que esa resolución se dicte a la vista de propuestas e informes debidamente motivados de los organismos que han intervenido en la tramitación del asunto.

Creo que una reciente sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1965 ilustra suficientemente acerca de hasta dónde ha llegado nuestra jurisprudencia en orden a vigilar la observancia de estos requisitos formales. Alegado en este caso por el recurrente el incumplimiento de trámites en la elaboración del acto, así como la carencia total de motivación de la resolución final y opuesto por la Administración el argumento de que la motivación es innecesaria en los actos discrecionales, he aquí la doctrina sentada por la aludida sentencia:

... que si bien las partes convienen en que se contempla un acto de naturaleza discrecional, tanto la doctrina como la jurisprudencia y la propia motivación de nuestra ley jurisdiccional han consagrado que la discrecionalidad no impide la revisión del acto ni tampoco de los elementos que lo integran y entre ellos los que sean indispensables para su perfecta elaboración, a fin de que no se confunda la discrecionalidad con la arbitrariedad o con lo graciable; previsoramente, el legislador, aun en supuestos de gran discrecionalidad, suele exigir ciertas garantías de acierto y de que no se usará de ella de un modo arbitrario, de aquí la exigencia de informes, propuestas, etc., que lleven al ánimo del órgano resolutivo una fundada convicción de que su acuerdo encaja dentro de los fines que la norma se propuso al otorgarle la facultad discrecional.

En aplicación de esta doctrina el Tribunal Supremo encuentra que no es suficiente una propuesta de resolución en la que se omite todo razonamiento o informe, ya que no resulta suficiente para ilustrar el juicio de quien ha de decidir. La doctrina resulta especialmente significativa si se tiene en cuenta que en el supuesto aludido se trata de un acto cuya decisión, en cuanto al fondo, dependía de facultades discrecionales de la Administración.

4. La responsabilidad patrimonial de la Administración

13. Las exigencias del Estado de Derecho no quedan satisfechas si el ordenamiento positivo no tiene una respuesta precisa para la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sabido es que los sistemas jurídicos comparados suelen ofrecer, aparte las posturas intermedias, dos soluciones alternativas al problema: 1) o un sistema imperfecto de responsabilidad de la Administración compensada por una responsabilidad sin reservas exigible a los funcionarios públicos (como ha sido el caso en los Estados Unidos de América hasta 1946 y en Inglaterra hasta 1947); 2) o un generoso sistema de responsabilidad de la Administración pública en el que la responsabilidad personal del funcionario pasa a un segundo plano.

Debe advertirse que en España hasta muy recientemente ninguno de los dos sistemas había alcanzado su plenitud. Por lo que se refiere a la responsabilidad directa del Estado el párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código civil la dejaba reducida al supuesto realmente imaginario de que el Estado obre «por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada». Por lo que se refiere a la responsabilidad del funcionario—que por consecuencia de lo antedicho vendría a ser el supuesto normal—, quedaba también condicionada por el procedimiento especial establecido por la ley de 5 de abril de 1904, que, al exigir el requisito del recordatorio previo, convertía también esta responsabilidad en un auténtico juego de azar para los particulares.

Empero la situación cambia radicalmente; primero con la ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 y después—y sobre todo—por la ley sobre Régimen jurídico de la Administración del Estado (texto refundido de 26 de julio de 1957), cuyo artículo 40 declara que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de todas las lesiones que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea la consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa». Este principio se completa con la afirmación de que «la simple anulación en vía administrativa o por los tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no supone derecho a indemnización» y con la restricción—de carácter jurisdiccional ahora—de que cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, la posible responsabilidad en que haya incurrido, habrá de exigirse ante los tribunales ordinarios (art. 41).

Ante un precepto legal con tantas posibilidades, ¿cómo ha reaccionado nuestra jurisprudencia?

En algunas de sus sentencias el Tribunal Supremo se ha mostrado ciertamente cauteloso. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala 3.^a de 26 de septiembre de 1958 niega que la estimación de un recurso que comporta la anulación de una multa impuesta por la Administración pública implique la condena para esta última del pago de los intereses de la cantidad exaccionada, por aplicación del principio de responsabilidad. En otros casos, y haciendo gala de esa misma cautela antes aludida, el Tribunal Supremo se ha refugiado en la partición de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil que del artículo 41 de la ley de Régimen Jurídico se desprende (21). La sentencia de la Sala 4.^a de 28 de junio de 1963 niega la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la responsabilidad por daños causados a un automóvil particular por otro propiedad de un organismo público. A tales efectos se sienta la doctrina de que:

... la lesión sufrida en sus bienes (por el recurrente) no es consecuencia del funcionamiento de servicios públicos, pues la finalidad del Parque Móvil, al atender a las necesidades de desplazamiento de organismos oficiales, no es prestar un servicio público administrativo con una regulación jurídico-administrativa de carácter especial y la consecución de una finalidad general.

Es cierto que no se niega aquí la procedencia de la indemnización (incluso la sentencia alude expresamente a su planteamiento ante la jurisdicción ordinaria), pero en cualquier caso se trata de doctrina que no solamente deja insatisfecho al comentarista, sino que incluso contrasta con otras decisiones más audaces del propio Tribunal Supremo. En efecto, la misma Sala 4.^a se enfrenta en su sentencia de 11 de noviembre de 1965 con un supuesto de daños (incluida la pérdida de una vida humana) causados por un camión militar. A la vista de los hechos la sentencia declara que:

... como único responsable directo el Estado al ser la lesión consecuencia de la prestación anormal de un servicio público, carácter que es obligado asignar al de Transportes Militares, y así la reclamación indemnizatoria viene naturalmente a encuadrarse en el artículo 40, párrafo 1.º, de la Ley de Régimen Jurídico, y

(21) Sobre este extremo, vide L. MARTÍN-RETORTILLO: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», en *Rev. Admón. Púb.* núm. 42, 1963, págs. 169 y ss.

no, como pretende la resolución impugnada en el artículo 41 del propio ordenamiento legal, aplicable cuando el Estado actúa en relaciones de derecho privado y excluyente de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este evidente giro jurisprudencial en punto al tema de qué debe entenderse por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ha tenido importancia decisiva—como se desprende de la lectura de la sentencia últimamente citada que recoge la alusión expresa al mismo— el decreto de la Presidencia del Gobierno de 7 de septiembre de 1960, que, al resolver, previo dictamen del Consejo de Estado, el conflicto planteado entre la jurisdicción ordinaria y la Administración, vino a afirmar que la actuación de unos funcionarios de Correos que al encender fuego para calentarse incendiaron un vagón de ferrocarril perteneciente a Renfe, constituye un hecho que afectaba directamente a la gestión del servicio público (22).

Pienso, sin embargo, que la más generosa interpretación del alcance que a la responsabilidad patrimonial del Estado puede darse, en defensa de los derechos de los particulares, se encuentra en la sentencia de la Sala 4.^a de 24 de marzo de 1962. Merece la pena que sea recordado el supuesto de hecho. Dado el curso deficitario que presentó la campaña oleícola 1957-58, una orden de la Presidencia del Gobierno de 16 de diciembre de 1957 decretó la financiación de dicha campaña a cargo de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes. A pesar de esto, la Comisaría no hizo nada en este sentido, por lo que los almacenistas de aceite hubieron de negociar por su cuenta los oportunos créditos bancarios. Los almacenistas reclamaron al Estado el interés devengado por estos créditos, los gastos consiguientes a las operaciones crediticias y el resarcimiento por los beneficios que dejaron de percibir. La sentencia del Tribunal Supremo estima la pretensión y por tanto el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por una suma total que asciende a 18.778.297 pesetas.

El mismo principio limitativo que contiene el artículo 40 de la ley de Régimen jurídico, según el cual la anulación de un acto administrativo no comporta necesariamente responsabilidad de la Administración, no impide al Tribunal Supremo entrar en el examen de aquellos casos en que la ilegalidad puede ser fuente de responsabilidad. Es ya general la doctrina de que el funcionario indebida-

(22) Vide, los comentarios a este decreto de S. MARTÍN-RETORTILLO, en número 33 de la *Rev. Admón. Púb.*, 1960, págs. 119 y ss.

mente separado del servicio tiene, al ser repuesto en él, derecho a percibir los haberes no devengados durante el tiempo de la separación ilegal. Y en este mismo campo de la relación funcional se llega ya a reconocer—y así lo hace la sentencia de la Sala 3.^a de 5 de diciembre de 1963—el derecho a indemnización que asiste al personal no funcionario de carrera que cesa en su labor técnica o manual, siempre que el cese no obedezca a motivos imputables al cesante.

5. Consideraciones finales

14. El estudio jurisprudencial que nos ha traído hasta aquí pone de relieve el gran avance experimentado por nuestro sistema de justicia administrativa. La ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 vino en muchos puntos a corregir el positivo formalismo e inhibicionismo de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa que ciertamente no había explotado todas las posibilidades que encerraba la vieja ley de 1894; pero hay que admitir que el aire renovador que la nueva ley trajo se ha contagiado pronto a la jurisdicción encargada de aplicarla. Con la relativa perspectiva que nos proporcionan ya estos nueve años de aplicación de la ley podemos felicitarnos de que el recurso contencioso-administrativo sea un instrumento cada vez más efectivo en la lucha por la legalidad.

