

# REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO VII

MARZO - ABRIL 1948

NUM. 38

## Lo Contencioso-administrativo

### I

El *recurso* contencioso administrativo supone, en los sistemas de justicia administrativa de régimen judicial y mixto, la resolución jurisdiccional de una contienda; en cuanto en ellos no se contraviene el principio *nemo iudex in causa sua* (1).

En él se resuelven controversias jurídicas mediante un procedimiento solemne, seguido ante organismos independientes con relación a los litigantes, ya que no sólo la circunstancia de desvinculación del órgano encargado de resolver la cuestión con respecto a los interesados en el debate caracteriza, como queda apuntado, la función jurisdiccional en su estricto sentido, sino que en ella ha de concurrir también la solemnidad, cuya estimación genérica implica la práctica de formalidades y el cumplimiento de trámites.

Preordenada la jurisdicción administrativa de carácter contencioso. a la aplicación del Derecho en las cuestiones surgidas con ocasión de los actos administrativos (2), obvio resulta que precisará, dada la finalidad con que fué creada, acomodarse a

---

(1) Véase el inspiradísimo trabajo de BALLBE, *La esencia del Proceso (El proceso y la función administrativa)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Madrid, julio-agosto, 1947.

(2) Por las lesiones de derecho o de interés que puedan ocasionar, según se trate de contencioso subjetivo u objetivo.

las antedichas circunstancias típicas de la función jurisdiccional; cuya consideración influyó de manera principal en la consagración de aquélla como medio de garantizar la sumisión al Derecho de la actividad de la Administración pública y, correlativamente, la adecuada defensa de la legalidad a través de la tutela de los derechos o intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento positivo.

Las formas encierran en la vida del Derecho una doble significación: son baluarte de su ostensibilidad, a la vez que elemento conexivo de los hechos con los preceptos. Deriva de ellas la garantía de la acomodación de los actos a las normas preestablecidas, al hacer posible el conocimiento de éstas y facilitar el enjuiciamiento de aquéllos según las mismas.

Interesado el Estado en el respeto de las leyes, por ellas se cuida de puntualizar los requisitos formales de la administración de la justicia, y las consecuencias que su quebrantamiento debe ocasionar.

Lógico en demasía, por tanto, que en la resolución de las controversias de derecho que los actos administrativos son susceptibles de producir, hayan de regir los principios consignados y originarse, en consecuencia, la existencia de un procedimiento judicial establecido por la ley.

De otra parte, la naturaleza de las funciones público administrativas, y el rango esencial —de imperio— que predomina en los actos a través de los cuales aquéllas se cumplen, refuerza la necesidad, para la fácil compulsa de la pureza de la acción soberana, de un modo solemne de decidir sobre la juridicidad de la misma, en los casos en que haya sido puesta en entredicho. Se protege así el mantenimiento de la legalidad y el prestigio de la Administración.

Mas este procedimiento no puede someterse por entero a las bases del judicial común. El contencioso administrativo ha de seguir direcciones propias, que el interés público reclama para hacer plenamente realizable el alcance de su específico fin; sin que por ello se altere la esencia de la jurisdiccionalidad, cuyas líneas generales por demás sabemos —y la experiencia lo confirma—, son susceptibles de acomodarse a regulaciones par-

ticulares en casos en que, como en éste, así lo impone la especialidad de la materia.

Esta idea capital se aprecia en nuestra legislación de lo contencioso administrativo desde mediados del siglo XIX, tradición no interrumpida en la vigente Ley reformada de 22 de junio de 1894.

En ésta se encauza la tramitación del recurso sobre la base de específicos principios que, siguiendo el molde de sus antecesoras —a su vez elaboradas sobre el patrón de la legislación francesa: Decretos imperiales de 11 de junio y 22 de julio de 1806—, se estiman de necesaria aplicación en aras a ese especial interés público que en lo contencioso administrativo juega.

Sin embargo, no pierde nuestro procedimiento el carácter de juicio solemne con que quiso ser instituido, y dada su finalidad contiene, en las líneas cardinales, cuanto es fundamentalmente necesario que deba contener para alcanzar los objetivos que las leyes persiguen al establecer toda jurisdicción.

De otra parte, el mayor carácter o, si se quiere, artificiosidad técnica, de los conceptos del Derecho público, cuyo substratum popular es notoriamente inferior al privado —mucho más vivido en la cotidiana existencia—, impone necesariamente sus consecuencias en estas cuestiones adjetivas del Derecho administrativo.

No se debe olvidar que, como señala Fernández de Velasco, no obstante que casi todo el debate secular producido por el recurso se refiera al punto de vista formal, es lo cierto que su especialidad radica en la materia, que implica una limitación jurisdiccional de la actividad administrativa del Estado (3).

## II

Si, como dice acertadamente Caetano (4), la finalidad primordial de lo contencioso administrativo es el ser medio de garan-

---

(3) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª edición, volumen II, página 408.

(4) *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, traducción española y notas de LÓPEZ RODÓ, página 421.

tía de la relación jurídico administrativa —lo que no expresa sino una particularización del fin de la justicia administrativa en general—, la posibilidad de existencia de tal garantía, con rango propio, estará condicionada a circunstancias que hagan viable el nacimiento de una relación jurídica específica que tome el nombre de administrativa (5); en cuanto aquélla implica la determinación de una regla de derecho sobre la materia o relación en sí (6).

Por tanto, independientemente de su contenido, para que pueda existir una relación de derecho cualificada dentro del ordenamiento general del mismo, evidente es que ha de darse la existencia de una norma, o conjunto de normas, con concepción propia en la órbita de aquél.

Fundamento esencial de una justicia administrativa diferenciada de la común, y de lo contencioso administrativo ha de ser, en virtud de lo dicho, la existencia de un régimen administrativo especial, del que brota la noción del Derecho administrativo como conjunto de preceptos jurídicos aplicables a la vida administrativa del Estado (7).

Mas no siempre ha existido, ni aun en la actualidad en todos los países existe, ese régimen jurídico administrativo propio. Nació cuando el sistema de derecho o legalidad en la acción pública sustituyó al de policía. La Administración antigua era esencialmente discrecional en el más amplio sentido de la palabra, y, al no estar limitada por regla jurídica alguna, resultaría impropio hablar de Derecho a ella concerniente, ni de garantías de la aplicación del mismo. No existía límite preciso de los poderes de los agentes que actuaban a nombre del Rey, ni procedimiento determinador de la forma de ejercicio de sus funciones, ni menos, por lo tanto, derecho que los súbditos pudieran

---

(5) *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, traducción española y notas de LÓPEZ RODÓ, página 141.

(6) V. MARTÍNEZ USEROS: *Prolegómenos al estudio del concepto del Derecho Administrativo*. Sevilla, 1946, página 9 y siguientes.

(7) V. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*. 9.ª edición, volumen I, página 38 y siguientes, y *Las garantías jurídicas del ciudadano*, Madrid, 1917.

hacer prevalecer sobre las órdenes dadas en nombre del soberano (8).

A este estado se llegó tras una larga evolución. En las Monarquías que siguieron a los asentamientos de las invasiones germánicas el poder real se hallaba, por punto general, fuertemente desarrollado, sobrepasando el estrecho círculo de atribuciones a que le había confinado el derecho consuetudinario germánico. El Rey —dice Sickel— ejercía un poder absoluto (9), y entre sus muchas atribuciones se contaban la administración de la justicia y la potestad de hacer las leyes.

Los monarcas establecieron la existencia cerca de su persona de un determinado número de servidores, que pudiera semejarse a una organización central de gobierno, en los que delegaban parte de su autoridad. Administraban el patrimonio real puesto que el poder se consideraba parte del mismo. Incluso una delegación más completa y general surge en Francia, durante el período carolingio, bajo la forma de los *missi dominici*, institución algo semejante a lo que habrían de ser los validos durante la etapa decadente de la Casa de Austria en España (10).

La administración de justicia, primeramente ejercida en forma personal, lo fué más tarde a través de tribunales reales de jurisdicción ilimitada e indeterminada, que no tenían otra regla que la voluntad real.

La administración local reposaba sobre la distribución del territorio en circunscripciones, al frente de las cuales se colocaban los Condes, libremente nombrados y separados por el Rey. A ellos correspondían funciones administrativas, judiciales, militares y financieras, ejercidas en su zona; subsistió, sin embargo —en opinión de Wartz—, la organización municipal procedente del período romano, si bien el sistema curial no parecía servir para la administración propiamente dicha, que se

---

(8) BERTHELEMY: Prólogo al *Droit Administratif allemand*, de MAYER, página II.

(9) W. SICKEL: *Die Entstehung der fränkischen Monarchie*, en «Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst». IV (3). página 249 y siguientes.

(10) V. FUSTEL DE COULANGES: *La monarchie franque*, 1888, capítulo II.

hallaba plenamente en manos de los Condes y de los que de ellos directamente dependían (11).

El feudalismo imprimió sus rasgos comunes de descentralización territorial y gobierno local de los señores. Durante esta época es por medio de la administración de justicia como principalmente se manifiesta la acción de carácter público —un tanto mixtificada, pues, como se sabe, esencial al feudalismo es la confusión del derecho público con el privado—, y en ella, cuando no totalmente, sí al menos gran parte, correspondía de hecho y de derecho al señor del feudo.

A su vez, no existía una legislación general, y cada juez podía dictar reglas para la administración de su justicia (12). En el Estado feudal, donde plenamente se desarrolló, el Rey es un señor más, que en sus tierras, al igual que cualquier otro, ejercía la administración y la jurisdicción; pudiéndose afirmar que no ostentaba derechos sino sobre la parte del territorio en la que no se hallaban constituídos señoríos de los grandes feudos (13).

Mas esta situación se cambia, y con ello se inicia el proceso de formación de las unidades nacionales, en las Monarquías de los siglos XVI, XVII y XVIII. Donde el feudalismo se dió, es corriente ver subir a los tronos dinastías que reunían una doble cualidad: suceder en las prerrogativas y dominios de sus antecesoras, y aportar, como poderosas familias feudales, grandes señoríos. Sus dominios particulares eran aportaciones valiosísimas al dominio real, y así se inicia la reconstitución del Estado proseguida hasta final del siglo XVIII. Fué ante todo una obra política, pero, al propio tiempo, lo fué también jurídica. Jugaron en ella principios de tan elevada importancia como el de la anexión de los grandes feudos, la reunión del patrimonio pri-

---

(11) WARTZ: *Deutsche Verfassungschichte*, citado por DECLAREUIL en *Des Comtes de Cîte a la fin du V siècle*, en «Nouvelle Revue Historique», 1910, página 795 y siguientes.

(12) V. ESMEIN: *Nouvelle théorie sur les origines féodales*, en «Nouvelle Revue Historique», 1894, página 523 y siguientes.

(13) FLACH: *Les origines de la France contemporaine*, volumen III, capítulo II, núm. 3.

vado del Rey con el dominio de la Corona, la inalienabilidad del patrimonio real, y consiguiente reglamentación de la forma de suceder al trono, para hacer eficaz ese principio de inalienabilidad y, por ende, de indivisibilidad del reino.

Mas para construir el Estado no bastaba con que, por la ane-  
xión de los grandes feudos, el Rey eliminase a los señores de  
rango superior, puesto que los específicos caracteres del feuda-  
lismo oponían entre el monarca y la población, lo mismo que  
antes entre ésta y los grandes señores, la interferencia de los  
pequeños señoríos. La unificación del poder hubo de realizarse  
en lucha con ellos, a través de la restauración del derecho ro-  
mano como derecho común, del desenvolvimiento de la idea del  
interés público e incluso la utilización de prerrogativas propias  
del sistema feudal.

Así se perciben en la historia tres fases culminantes de:  
Monarquía aún feudal, en sus orígenes; Monarquía moderada,  
en la que, si es claro que no se daba un régimen semejante al  
de las modernas libertades, existían en la nación, al lado del  
poder real, fuerzas más o menos independientes que le servían  
de contrapeso; y, finalmente, la Monarquía absoluta y adminis-  
trativa, en España a partir de Carlos I por su triunfo de Villalar,  
que con el apoyo de las doctrinas cesaristas del origen divino  
del poder consagran, hasta el advenimiento del nuevo régimen,  
un gobierno absoluto y una administración burocrática y cen-  
tralizada; sin garantías políticas ni defensas administrativas  
de ninguna índole, del súbdito.

### III

El Estado de Derecho sustituyó la soberanía personal de los  
Reyes por la de la nación. La Ley es la primera fuente de ex-  
presión de ésta, y puede ser invocada por quien se vea atropel-  
lado por un acto de autoridad realizado al margen de ella.  
Estado de Derecho equivale, pues, a Administración jurídica;  
o sea, que obra dentro de la Ley y con respecto a los derechos  
ciudadanos. A Administración doblemente condicionada por el

Derecho, ya que éste la limita ordenando sus atribuciones y reconociendo derechos a los súbditos (14).

En el Estado moderno constituido sobre esta base, la Administración no puede tener en ningún caso la facultad de intervenir y actuar con plena discrecionalidad, sino que ha de someterse al texto o al espíritu de la Ley.

En el proceso evolutivo de la Administración de policía en jurídica, pueden percibirse diferencias según se trate de los países germánicos o latinos, éstos en particular a hechura francesa. Mientras el nacimiento del régimen jurídico administrativo se produce tanto en Francia como en Alemania en una misma época, los grados de su formación difieren profundamente.

En la primera, al advenir la Revolución, se rompe con todo nexo tradicional, y las creaciones jurídicas no obedecen a un rigorismo de lógica elaboración y sistematización, sino que son consecuencias de necesidades reales, prácticas, que inspirándose casi exclusivamente en la exégesis de las leyes nuevas, y en las resoluciones de la jurisprudencia, aplican criterios y métodos propios del Derecho privado.

El paso del régimen de policía al de Derecho se realizó bruscamente en Francia, mediante la completa destrucción de los antiguos moldes de la actividad administrativa, la abolición de las viejas fórmulas y la supresión de los organismos que habían servido de instrumento a la tiranía del poder real. La Revolución hizo tabla rasa del pasado, y el nuevo edificio que había de levantar sobre estas ruinas no debía recibir ninguno de los antiguos materiales (15).

En el otro caso, las transformaciones políticas no llegaron a romper la continuidad del pensamiento científico germano, y la herencia de los tiempos pasados siguió ejerciendo su influencia, no sólo sobre el sistema sino también sobre el mismo contenido de la ciencia, que en Alemania más que en ningún otro país se ha sometido siempre al principio de autoridad. Por con-

---

(14) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, página 391 y siguientes.

(15) BERTHELEMY: *Loc. cit.*, página V.



secuencia, domina en la materia administrativa el enérgico carácter público de la disciplina.

En Francia, la iniciación del régimen administrativo, que coincide cronológicamente con los primeros años del siglo XIX, debe ponerse en relación con las circunstancias históricas y sociales de la época: la Revolución y el Estado napoleónico, con cuyos dos grandes acontecimientos se conecta la rigurosa y potente organización del poder ejecutivo como medio de debilitar, sobre la base de la doctrina de la división de poderes (16), las prerrogativas de la autoridad judicial. Consecuencia inmediata fué la atribución al Consejo de Estado de la competencia jurisdiccional sobre las amplias materias referentes a la Administración.

En Alemania, por el contrario, si bien los auténticos orígenes del régimen administrativo han de precisarse en la misma época, desde el siglo XVI se venían afirmando con gran intensidad principios de un ordenamiento de policía, en el que se contenía, en cierto modo, una parte de legislación administrativa, no siendo raro encontrar en los escritores del siglo XVIII un carácter científico y sistemático que, como en las obras de Justi y Berg, determinan la Ciencia de Policía. Esta no era, ciertamente, Derecho administrativo, ni establecía un régimen de la propia índole, mas constituye —en la forma como en Alemania se dió— un antecedente inmediato de los mismos. Aparece poco más tarde la obra de Putter, que al asignar al supremo poder la función de *cura avertendi mala futura, cura promovendi salutis*, en esencia base de la Administración, fué preparando aún más el campo para la posterior aparición del Derecho administrativo, al irse poniendo en armonía con las elaboraciones sistemáticas de dichos autores el derecho vigente en aquel tiempo (17).

---

(16) Que constituye otro de los presupuestos de lo contencioso administrativo, pero que no juzgamos oportuno exponer aquí.

(17) Interesante por demás resulta apreciar el alcance que la noción de policía alcanzara en el último Reich alemán. V. GARCÍA OVIEDO, *La noción de policía en el nacionalsocialismo alemán*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», volumen 174, página 21 y siguientes.

Es, pues, una transformación lenta y progresiva, en cuyo proceso cabe también señalar el esfuerzo de los tratadistas de la Ciencia Cameral (18), y de Mohl, con su Derecho público.

Son evidentemente fundamentales las diferencias de origen del régimen administrativo en uno y otro país. Revolución frente a tradición; ciencia frente a práctica. También democracia frente a autoridad, Estado de Derecho frente a Derecho del Estado.

En Alemania la evolución hacia el régimen de legalidad fué pacífica y casi insensible. Introdújose en la cosa pública mediante su superposición al sistema de policía. Los poderes del Príncipe fueron cediendo a la autoridad de la Ley en todos los casos en que ésta se pronunció, siendo mantenidos, sin cambiar por tanto la fisonomía jurídica, en el vasto campo de materias que entonces escapaban a la acción de aquélla.

Por otra parte, también lentamente la Ley se había emancipado del poder unilateral del monarca. Se hizo obligatoria para la Administración, y de esta suerte se impusieron límites jurídicos a las autoridades administrativas en sus relaciones con los súbditos. Es decir, alcanzan las normas administrativas fuerza vinculatoria bilateral, obligando al funcionario no sólo respecto al superior sino también respecto al súbdito (19). A las obligaciones de éste fundadas en las relaciones de dependencia, corresponden sus derechos como tales. El soberano no únicamente posee derechos, sino también obligaciones, y el súbdito no sólo tiene obligaciones sino también derechos (20).

Es, pues, la sumisión al Derecho la característica peculiar del Estado moderno, que encarna la noción absoluta de la soberanía, al que corresponde, en sentir de Hauriou, la organización centralizada de la nación, que transforma a ésta en verdadero Estado en su acepción de personificación moral de aqué-

---

(18) V. JORDANA DE POZAS: *Los cultivadores españoles de la Ciencia de Política*, en REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, 1944, página 701 y siguientes.

(19) V. IHERING: *Der Zweck in Recht*, página 244 y siguientes.

(20) CARL V. PFIZER: *Ueber die Grenzen Zwischen Verwaltung und Civil Justiz*, en FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, traducción española de ALVAREZ GENDÍN, página 332.

lla. Esta transformación trae como consecuencia la unidad del Derecho bajo el imperio de la Ley, expresión de la voluntad nacional vertida a través del Estado por medio de mandamientos jurídicos (21).

La sumisión del Estado al Derecho puede decirse que supone el punto de origen de la gestación del verdadero Derecho público, y en cuanto a nuestra disciplina se refiere el régimen de legalidad es el que da lugar al nacimiento del Derecho administrativo (22). Bien entendido que de la nueva concepción del Estado deriva la necesidad de una organización adecuada para que sea llevada a la realidad aquella concepción. En este afán dos posibles caminos se presentaban, o bien se adaptarían los organismos existentes sometidos a las normas vigentes de derecho común, o bien se crearían nuevos organismos y se trazarían las reglas de su funcionamiento mediante la creación de un ordenamiento jurídico especial; lo que en última instancia suponía la creación de una nueva rama de la ciencia jurídica.

De aquí, que cuando la Administración pública se halla sometida a las reglas de derecho común, se diga que no existe derecho administrativo, afirmación quizá demasiado absoluta, pues en verdad lo que se pretende decir es que las normas que regulan la actividad administrativa no constituyen cuerpo autónomo; mas en modo alguno que tal actividad se realice independientemente de toda regla de Derecho, en una palabra, que exista o no un régimen administrativo especial, por oposición al régimen jurídico de derecho común.

La esencia del régimen administrativo la basa Hauriou en la existencia de una centralización administrativa, es decir, de servicios que, una vez alcanzada la centralización política en forma de Estado, son organizados por éste con miras a la satisfacción de las necesidades colectivas y confiados a un poder independiente: el ejecutivo. Consecuencia de ello es la substantividad de un derecho especial dotado de la prerrogativa de la

---

(21) V. HAURIUO: *Précis...*, 10.<sup>a</sup> edición, página 5, nota.

(22) ALVAREZ GENDÍN: *Nociones de lo Contencioso administrativo*, en «*Revista de Derecho público*», 1935, página 329; y *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, páginas 40 y 41.

acción de oficio y, correlativamente, de la responsabilidad administrativa en lugar de la individual; siendo garantía de esta duplicidad legislativa la de jurisdicciones (23).

#### I V

También en España la Administración pública vive bajo un sistema de régimen jurídico especial; esto es, no se halla sometida a las reglas de derecho común.

El Derecho administrativo de nuestra Patria, no exento de peculiaridades propias, se nos presenta desde sus comienzos con gran semejanza al régimen jurídico de la Administración pública en Francia. Y es que en España, como en la mayoría de los países del continente europeo, a partir de la Revolución francesa las ideas reformistas y democráticas se habían ido apoderando de la opinión popular y científica.

Paradójicamente, nuestra guerra de la Independencia fué el punto de origen de la adopción de las nuevas ideas de las que los soldados de Napoleón habían servido de vehículo transmisor. Así como las circunstancias —dice Cos-Gayón— eran enteramente adversas a que se emprendiera la guerra, no podían presentarse más favorables para la evolución política. Sin Rey, sin fuerza en el poder central, agitadas y puestas en movimiento las masas nacionales por la lucha, nunca podía ser más oportuno para los reformadores acomodar la Constitución a las exigencias de actualidad (24).

Las Cortes de Cádiz plasmaron su afán renovador en la Constitución de 1812. Por ella se proclamó la soberanía de la nación, dividiéndose la potestad de hacer las leyes entre las Cortes y el Rey; las facultades de aquéllas imponían restricciones al poder real, y así quedaron echadas las bases de un régimen español de legalidad que sufrió las consecuencias de la azarosa vida política de nuestra Patria en el siglo XIX.

---

(23) HAURIU: *Loc. cit.*, página 1 y siguientes.

(24) COS-GAYÓN: *Historia de la Administración pública en España*. Madrid, 1851, página 273.

Mas no es la aspiración de legalidad en la acción del poder público la única base del nacimiento del régimen jurídico administrativo español. A estos efectos han de tenerse muy presentes los principios del *despotismo ilustrado*, especialmente desarrollados durante el reinado de Carlos III, que bajo la forma de un incipiente intervencionismo de Estado influyeron decisivamente, en el propio siglo XIX, durante los dilatados paréntesis de gobierno absolutista.

Propiamente —señala Fernández de Velasco (25)— no había Estado de Derecho en 1834, ni en 1835, ni en 1868. ni en otros muchos momentos del siglo XIX, durante los cuales se produjeron radicales transformaciones de toda índole en la Administración pública española y en el régimen jurídico de la misma.

En verdad que en España el desarrollo de la actividad de la Administración pública y el origen de su régimen jurídico, coincidieron simultáneamente por virtud de la conjunción del principio de la legalidad del Estado, y de las tendencias de los fines expansivos de aquél que inspiraran a nuestros clásicos. A ambas causas se unió la repercusión que en la organización territorial tuvo el sistema de la centralización política, instaurado en el primer tercio del siglo XIX. Tal conexión, que se acusa en los administrativistas españoles de la época, determinó un espléndido florecimiento de nuestra Ciencia (26), y a su vez, por su influjo, un gran impulso en la actividad administrativa de los poderes públicos.

Fruto de esta doble corriente es el régimen jurídico de la Administración pública española, toda vez que ampliada incesantemente el área de competencia de la acción estatal, y arraigadas en el sentir colectivo las ideas de legalidad del régimen del Estado, de cara o a espaldas del Constitucionalismo se estimaba que la Administración debía someterse al Derecho. Simultáneamente, la apreciación de la especialidad de las funciones públicas influyó en el ánimo de nuestros compatriotas, en el

---

(25) Prólogo a la 2.<sup>a</sup> edición de su *Resumen...*, página 9.

(26) V. GARCÍA OVIEDO: *El intervencionismo de Estado en los Administrativistas clásicos españoles*, en REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, 1944, página 1 y siguientes.

sentido de estimar que este derecho no debía ser el de común aplicación a las relaciones de los particulares, surgiendo así el régimen administrativo español, cuya exposición se condensa en el estudio de nuestra disciplina. Señalemos, no obstante, de entre sus rasgos fundamentales:

1.º Que existe una legislación administrativa especial, reguladora de la actividad de la Administración pública, cuando actúa revestida de los atributos del poder, como consecuencia necesaria de la especificación funcional que la caracteriza. Es esta legislación, o mejor dicho, la situación que a consecuencia de ella se produce, la que Dicey (27) calificaba de arbitraria; cosa de todo punto inexacta, puesto que en ella impera el control de la Ley, aunque sea por normas de privilegio con relación a las que rigen la vida individual. Es, pues, una legislación no común, en virtud de los supuestos, también extraordinarios, que contempla.

De esta circunstancia de posición privilegiada de la Administración, derivan numerosas consecuencias que se comprenden en el acervo de las instituciones administrativas: a) Es la primera el reconocimiento a la Administración de cierta participación en la función legislativa, basada en el hecho de que la ordenación de sus servicios requiere en su mayor parte una especial capacidad técnica suscitadora de reglas particulares, para la formulación de las cuales no se halla siempre preparado el poder legislativo. Razones de oportunidad y urgencia abonan también la existencia de esta facultad que se ejerce a través de la potestad de dictar reglamentos. b) Si la Administración en el desempeño de su misión se hallase situada en el mismo plano que los particulares, muchas veces la vida administrativa se haría imposible, ya que el cumplimiento de los fines del Estado tropieza con frecuencia con la resistencia de las voluntades individuales, instada por el entrecruce de los recíprocos intereses o por un mero estado de indolencia o de apatía. No basta con la implantación de normas de derecho meramente declarativas, sino que para su efectividad se encuentran dotados los actos administrativos, producidos con arreglo a las mismas, de una fuerza ejecutoria de la que carecen los de los particulares. Así se evita ver la vida adminis-

---

(27) DICEY: *Lectures introductory to the Study of the Law of the Constitution*, edición francesa de BATUT y JÈZE, 1902, página 285 y siguientes.

trativa constantemente paralizada por reclamaciones, más o menos fundadas, de aquéllos. La potestad de mando es la expresión de este poder de acción de oficio. c) La actividad administrativa se resuelve concretamente en servicios; la relación administrativa se verifica mediante la acción del Estado por intermedio de las personas, cuyo contenido es, por punto general, un servicio prestado por la acción de administrar (28). La noción del servicio público pertenece a la Administración y cabe suplir en términos de igualdad, se ha dicho, administración por servicio público; o es, al menos, la especie más calificada del servicio administrativo (29). Siendo así que la actividad administrativa implica la idea de servicio, y que éste en cuanto que es público supone idéntico carácter en el organismo que lo presta, e idéntico fin en su realización (30), no puede extrañar la existencia de un régimen jurídico especial que tienda a dar satisfacción a una categoría de necesidades de interés general (31) y por el cual la Administración se vea investida de prerrogativas especiales; de las que resalta el poder de modificar la organización, libremente, en todo momento (32). Dada la esencia del servicio, que supone un conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas (33), su organización y funcionamiento queda sustraída al imperio de la ley ordinaria, jugando en ella casi todos los procedimientos de excepción del Derecho administrativo. Particularidades que existen en el régimen administrativo español y son, como decimos, corolario de la estimación de los intereses cuya promoción contempla el servicio público.

2.º Que el privilegio de la vida administrativa se basa en la Ley. A veces podrá revestir su acción carácter discrecional, pero en modo alguno arbitrario. El sometimiento de la Administración a la legalidad establecida es exigencia consagrada en todos los Estados modernos, y la organización de su control constituye uno de los puntos fundamentales en que se escinden los diversos sistemas administrativos.

---

(28) POSADA: *Tratado...*, 1.ª edición, volumen II, página 3.

(29) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Ob. cit.*, 1.ª edición, volumen I, página 43; 2.ª edición, volumen I, página 171.

(30) GARCÍA OVIEDO: *La Teoría del Servicio Público*. Madrid, 1923, páginas 18 y 19.

(31) JÈZE: *Los principios generales del Derecho Administrativo*, edición española, página 242.

(32) GASCÓN Y MARÍN: *Ob. cit.*, 7.ª edición, volumen I, página 216.

(33) ALVAREZ GENDÍN: *El Servicio Público*. Madrid, 1944, página 21.

En España, las cuestiones de derecho planteadas entre la Administración y los particulares no son sometidas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios (siempre que aquélla no actúe como persona jurídica de derecho privado), y el control de sus actos constituye uno de los caracteres específicos de nuestro sistema administrativo.

Los asuntos litigiosos son sometidos a una revisión interna, muchas veces jerarquizada, antes de plantearse en términos de verdadero pleito. Apurada la vía gubernativa se abre el campo de la revisión jurisdiccional, mas no ejercida por los Tribunales ordinarios, sino ante los especiales contenciosos administrativos, de diversa composición según los tiempos. El carácter mixto que hoy impera parece el más aconsejable, si se quiere mantener la independencia jurisdiccional de régimen administrativo y evitar la enojosa situación de que el propio litigante sea juez de sus asuntos.

3.º Muy importante en nuestro sistema jurídico administrativo, y decisivo para la verdadera existencia de un régimen de tal índole, es la consagración del principio de la responsabilidad del Estado.

Esta se encuentra admitida en nuestra Patria, con carácter directo, por los daños inferidos a los particulares de actos legales en la gestión de los servicios públicos. Así se establece en numerosos preceptos de legislación especial, y la falta de una norma general, suficientemente expresiva a este respecto, viene supliéndose apejando al artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso administrativo de 22 de junio de 1894.

Sin embargo, la responsabilidad del Estado no se admite en los casos de culpa o falta del funcionario, en la esfera de la Administración central, ni directa ni subsidiariamente. Se aplica entonces el artículo 1.903 del Código Civil, que exige para declarar dicha responsabilidad que el Estado hubiese obrado por medio de un agente especial. En la esfera local la solución es distinta. Por imperio del artículo 209 de la vigente Ley municipal de 31 de octubre de 1935, las entidades públicas locales son responsables unas veces de forma directa y otras subsidiaria, de las faltas cometidas por sus funcionarios dentro de la órbita de sus atribuciones respectivas; principio que mantiene la Base 62 de la Ley de 17 de julio de 1945.



Convendría resolver la antinomia y optar por el criterio admitido en estas últimas leyes.

A análogos resultados, alcanzados en los países de la Europa continental, han conducido los diversos procesos de transformación del régimen de policía al de legalidad, de que anteriormente hemos hecho mención, según los casos de pueblos germánicos, bajo la influencia del derecho prusiano, o de los latinos, en más o en menos a hechura del sistema francés iniciado con la Revolución (34).

ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS

Dr. en Derecho. Profesor adjunto de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla.

(Continuará)

---

(34) V. ORLANDO: *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano*, volumen I, página 45 y siguientes; HAURIOU, *Ob. cit.*, 8.<sup>a</sup> edición, página 6 y siguientes; FLEINER, *Loc. cit.*, página 25 y siguientes, y MAYER, *Droit Administratif allemand*, volumen I, página 23 y siguientes.