

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO IX

JULIO-AGOSTO 1950

NUM. 52

El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho administrativo

Suele distinguirse teóricamente dos fórmulas de revisión jurisdiccional de la actuación de los Organismos administrativos: de una parte el examen del fondo del acto que implica la posibilidad para el Tribunal de sustituir íntegramente a la Autoridad administrativa en el sentido de poder sustituir también el acto impugnado por otro nuevo en el que se declare el derecho que corresponda al demandante, que constituye el recurso llamado de plena jurisdicción o subjetivo, y de otra aquel en que el Tribunal se limita a examinar la validez del acto impugnado decidiendo sólo si es conforme a derecho o si, por el contrario, es ineficaz o nulo (1).

Esta distinción que pudiéramos llamar clásica, ha sido modernamente impugnada por el profesor Bonnard en su estudio de derecho comparado sobre el control jurisdiccional de la Administración (2) al considerar que tanto uno como otro (excepto el supuesto de represión penal) tienen un carácter subjetivo en cuanto tanto el recurso de plena jurisdicción como el de anulación, están basados en la existencia a favor del recurrente, de un derecho subjetivo. Se apoya este profesor francés en la existencia de un derecho «subjetivo a la legalidad».

(1) Un estudio en derecho comparado: *Le controle juridictionnel de la Admon.* Bonnard, 1934. Un estudio abstracto en *Derecho administrativo*, de Merkel. Capítulo «La Justicia Administrativa».

(2) *Le controle juridictionnel de l'Admon.* París, 1934, págs. 62 y sig.

basado en su concepción del derecho subjetivo como el de exigir una conducta determinada de un órgano (3). Excedería de los límites de este trabajo entrar en esta polémica de los autores franceses (4).

Lo que nos interesa retener es que cualquiera que sea su calificación, lo cierto es que se admite por la doctrina como algo recibido, la existencia de dos clases de recurso contencioso: uno que tiende a la revocación y sustitución del acto, y otro que sólo aspira a su anulación.

Es normal encontrar en nuestros tratados de Derecho administrativo la afirmación de que el recurso contencioso-administrativo español ha sido tan sólo del primer género hasta la publicación del Estatuto municipal y que sigue hoy, por tanto, en lo que respecta a la Administración central, siendo puramente un recurso subjetivo o de plena jurisdicción y que tan sólo en lo que se refiere a la esfera puramente local y más concretamente en la municipal, existe este recurso de anulación. Ciertamente esta misma afirmación ha sido hecha en algún caso por la Jurisprudencia, al decir, por ejemplo, en la sentencia de que en el aspecto provincial no cabe e. recurso de anulación, ya que el Estatuto provincial no extendió en esta esfera los supuestos regulados por el Estatuto municipal.

A pesar de estas manifestaciones tan amplias, la realidad es que el recurso de anulación existe precisamente en nuestra Jurisprudencia limitado como veremos a ciertos supuestos, pero con una vida tal que las sentencias pueden citarse en número extraordinariamente frecuente. Se intenta precisamente aquí demostrar cómo efectivamente ese recurso de anulación ha existido y existe de un modo jurisprudencial y, por tanto, en éste, quizá único aspecto, nuestra Jurisprudencia ha tenido un carácter pretoriano de ampliación de su jurisdicción frente al criterio restrictivo mantenido normalmente en la aplicación de los estrechos límites que el artículo 1.º de la Ley orgánica de

(3) Véase *Les Droits publics subjectifs*, en «Revue de Droit Public.», 1932.

(4) Sostenida por DUGUIT y BARTHELEMY.

la jurisdicción ha fijado para la materia contencioso-administrativa.

Parece necesario antes de entrar en el examen de nuestro Derecho, examinar el nacimiento del recurso de anulación en el país donde esta institución ha sido llevada al máximo desarrollo en virtud de la actuación del propio órgano jurisdiccional, el Consejo de Estado, en el Derecho francés.

El recurso de exceso de poder, típica y cronológicamente el más importante de los recursos de anulación franceses, comienza a aplicarse en Francia tan pronto vive el Consejo de Estado. El texto que consideran los franceses como fundamental del exceso de poder, es la Ley de 7/14 de octubre de 1790 (5).

Según Hauriou el exceso de poder como una vigilancia disciplinaria de los poderes administrativos, ha podido transformarse en contencioso a diferencia del recurso jerárquico, gracias al hecho de que se llevaba ante el Rey como Jefe del Estado, porque aunque como hemos visto la Ley mencionada calificaba al Rey de Jefe de la Administración General, en realidad actuaba como Jefe de Estado, estando por encima de la Administración, la cual jerárquicamente se acababa en el Ministro, lo que ha permitido así que el Jefe de Estado «resolviendo en Consejo de Estado» haya podido colocarse por encima de la Administración, erigiéndose en Juez gubernamental primero y público en seguida, mientras que el recurso jerárquico llevado ante el Ministro, ha permanecido puramente administrativo.

Como vemos, por tanto, hay una primera época muy dilatada, puesto que llega hasta la Ley de 24 de mayo de 1872, cuyo artículo 9.º atribuye expresamente competencia al Consejo de Estado para poder conocer las demandas de anulación por exceso de poder, en la cual no ha existido ciertamente un texto que consagrara de un modo concreto esa actividad del Conse-

(5) «Las reclamaciones de incompetencia de los Cuerpos administrativos no serán en ningún caso de conocimiento de los Tribunales, sino que deberán ser llevadas ante el Rey, Jefe de la Administración General.»

jo de Estado, de tal forma que, según dice Hauriou, las primeras decisiones del Consejo de Estado ni siquiera citan la Ley de 1790 (6).

La verdad es —dice Hauriou— que «el Consejo de Estado se inspiró inmediatamente en las decisiones del antiguo Consejo del Rey, en el espíritu general de la legislación del año octavo y también en la naturaleza de las cosas, porque en una Organización administrativa donde los poderes se han especificado y separado, donde las formas legales se han impuesto a las normas, necesariamente es preciso una Autoridad que asegure el respeto de las competencias y de las formas, y, de una manera general, el respeto de la disciplina establecida» (7).

Transcribimos íntegramente este párrafo porque, como veremos, es enteramente aplicable a lo ocurrido en el desarrollo español de este recurso, refiriéndose, como se refiere, tan sólo a los dos motivos iniciales del recurso, incompetencia y defecto de forma. Esta exigencia de la disciplina y la falta de normas, ha permitido a Hauriou hablar de la prioridad cronológica del control de la moralidad en los actos administrativos (8).

En el desarrollo francés del recurso, se observa, en efecto, que en primer término el exceso de poder era tan sólo aplicable a la incompetencia de jurisdicción. Es, en definitiva, el sentido de su título. Se excede la Autoridad en el poder legal que le ha sido conferido. Se citan por Laferriere recursos del año 1807 y 1809 en los que ya se aplica esta idea de la incompetencia, llamándola también usurpación de poderes. Se equipara en seguida, en este primer momento, el defecto o el vicio de forma, a la incompetencia en cuanto la forma significa un límite a la actuación administrativa que se excede, por tanto, al incumplirla (9).

(6) Se da como la primera decisión en la que cita ese precepto la de 15 de julio de 1832, «Garde Nationale», de París.

(7) Página 437, 8.ª edición.

(8) Véase el prólogo de HAURIOU al *Acto Administrativo*, de FERNÁNDEZ DE VELASCO. Madrid, «Rev. de Derecho Privado», 1927.

(9) LAFERRIERE: *La jurisdicción administrativa*, tomo II, pág. 404.

Distinguen los autores franceses este primer período hasta el Decreto de 2 de noviembre de 1864, en el que el recurso se mantiene por estos dos motivos que hemos señalado (10).

Aparentemente, este Decreto se limitó tan sólo a dispensar de la presencia de Abogado y de los gastos de timbre y de registros al recurso de exceso de poder, pero en la realidad hizo que el antiguo recurso de violación de Ley que en la práctica se tramitaba como un recurso de plena jurisdicción y que, por tanto, se le consideraba como una acción de orden subjetivo, fuera abandonado a partir de este momento en que el antiguo recurso contencioso por violación de la ley se fundió en el recurso de exceso de poder.

Según dice Appleton, subsistía todavía por la fuerza de la costumbre esta idea de un derecho en el recurrente y, por tanto, se mantuvo como una condición de «admisibilidad» en el supuesto de violación de ley, mientras que esta condición no era exigida cuando el recurso se producía por otro cualquier vicio (11). Sin embargo, la armonía general de la institución se ha de producir en un tercer período en el que ya ese requisito del derecho adquirido no se va a exigir. En este segundo período nace también la desviación de poder que constituye así el tercer motivo del recurso de exceso de poder, siendo el cuarto el de la violación de ley que antes hemos examinado.

El tercer período, según Appleton, se inicia por la Ley de 17 de abril de 1906, también referente tan sólo a la percepción de derechos fiscales que solamente han de ser pagados si la demanda es rechazada, pero que ha permitido el acceso a la jurisdicción de una gran cantidad de asuntos. Se suprime entonces ese requisito de derecho adquirido que daba todavía un tinte subjetivo, aunque no fuera más que para la admisión, al recurso por violación de derecho. Se amplía también el contencioso, permitiendo el contencioso colectivo.

(10) APPLETON: Página 530.

(11) Sobre la comparación entre las causas de «inadmisibilidad» y el «fin de no recevoir» en el Derecho francés y nuestra excepción de competencia, puede verse ARIAS DE VELASCO, *Jurisdicción objetiva*. «Rev. D. Público». 1934, página 3 y GUASP.

Por último, en un cuarto período después de la guerra de 1914, Appleton señala una cierta restricción en el recurso de exceso de poder, exigiendo un mayor rigor en las condiciones de admisión de la demanda, pero en cambio, se ha ampliado en un quinto motivo, el error de hecho, al lado de la violación de la Ley.

En este desarrollo, someramente examinado, del recurso de exceso de poder en Francia, vemos que por la excasez de textos y la amplitud de los que han regulado la vida del Consejo de Estado francés, éste ha podido ampliar de un modo constante los motivos de «apertura» del recurso llevándolo a un completo control de la legalidad de la actuación administrativa. Hauriou, en el interesante prólogo del *Acto Administrativo*, de Fernández de Velasco, desarrolla la tesis de cómo cronológicamente es mucho más importante el control no ya de la legalidad, sino de la moralidad del acto administrativo con referencia al período anterior a la revolución, pero lo cierto es que, como vemos, la desviación del poder, control de la moralidad del acto, se ha producido en un período posterior a aquel primero en que tan sólo se exigía el cumplimiento de la forma administrativa y el mantenimiento dentro del cuadro de los poderes otorgados por la ley a las distintas autoridades administrativas.

Los autores franceses están conformes en que este recurso es una creación «muy original» del Derecho administrativo francés (12). Mediante él se han sometido a las reglas formales del derecho los actos del poder público, limitándoles de manera extraordinaria el campo de lo discrecional.

Esta jurisdicción objetiva, jurisdicción al fin, como dice Arias de Velasco, tan sólo juega cuando lo reclama un interés privado (13). «Tengamos presente que esta jurisdicción, a pesar de ser objetiva, ha nacido, como todas las jurisdicciones con-

(12) HAURIOU: Pág. 435 de la edición 8.^a.

(13) ARIAS DE VELASCO: *Jurisdicción objetiva*. «Revista de Derecho Público», 1934, pág.

tenciosas, para dar satisfacción a las quejas de los administrados».

En efecto, el Consejo de Estado francés ha exigido, como condición para actuar, la existencia de un interés directo, personal y legítimo. Directo, en cuanto la anulación del acto produce una satisfacción inmediata al recurrente, personal al reclamante, lo que implica que no es una acción popular abierta a cualquiera. No basta —dice Hauriou— que el reclamante invoque su cualidad de súbdito francés o de administrado, que no da sólo interés suficiente y en principio y por la misma razón, tampoco basta invocar la cualidad de habitante de una circunscripción (14). Pero basta, sin embargo, la cualidad de miembro de una profesión o la cualidad de elector o la de contribuyente, en ciertas condiciones, de un Municipio. La idea fundamental es la de exigir que ese interés propuesto por el demandante no se confunda con el interés colectivo, o sea, el interés de la generalidad de los administrados.

No creemos valga la pena examinar las formas y trámites procesales del recurso por exceso de poder francés.

El recurso de anulación es, como vemos, una institución típicamente francesa. Como antecedente o utilidad en la comparación con respecto a nuestro Derecho, creemos tiene poco interés el recurso de anulación concedido por la legislación contencioso-administrativa de varios países del Derecho alemán posterior a la primera guerra mundial (15).

Por otra parte, no tiene punto de contacto con nuestro sistema el método inglés del procedimiento.

Primero, de la acción de «injunction» para impedir la realización de un acto incompetente (acto ultra vires), para lo cual es imprescindible que el perjuicio que va a causarse tenga un carácter privado *dentro del interés público* que el Attorney debe

(14) Se cita como caso curioso la decisión de 4 de agosto de 1905, que negó la admisión de una demanda por falta de interés personal en el habitante de un Municipio que demandó contra el acto de la autoridad municipal, que había dado a una calle el nombre de un escritor célebre.

(15) FLEINER: Pág.

perseguir (16). Toda la doctrina de los actos ultra vires se ha producido en gracia a las sentencias de anulación dictadas por los Tribunales que han venido así a fijar la competencia de los órganos administrativos por una vía jurisdiccional y sin precepto legal concreto que la establezca (17).

En segundo lugar, y como fórmula específica procesal de la anulación, puede citarse el Writ de prohibición, concedido también en los supuestos de exceso de competencia o cuando contraviene algún principio legal y aplicado a todas las Autoridades públicas que puedan realizar actos judiciales entendiéndolo éste en un sentido amplísimo de declaración del derecho (18).

* * *

En Derecho español se ha opuesto clásicamente nuestro recurso como subjetivo a la jurisdicción objetiva francesa. Arias de Velasco, en los artículos anteriormente citados, establece una diferencia fundamental entre el sistema de nuestra jurisdicción contenciosa de «texto» por oposición al sistema francés de recurso de «naturaleza», entendiéndolo que en el primer supuesto en nuestro Derecho la competencia jurisdiccional sólo puede producirse cuando un texto preciso establece un derecho a favor del recurrente, mientras que en cambio, en el segundo, la jurisdicción actúa en todo momento, salvo las excepciones específicas establecidas. Arias de Velasco cita las dos soluciones radicalmente distintas dadas en nuestro Derecho por la ausencia de preceptos, según se trate de la jurisdicción civil o de la jurisdicción administrativa. En la primera, conforme al artículo 6.º del Código civil, el Juez ha de fallar de un modo necesario acudiendo a la costumbre o a los principios generales del Derecho, es decir, superando la dificultad de la falta de precepto concreto mediante fórmulas de carácter general que le permite obtenerlo. Por el contrario, la falta de precepto en el campo de

(16) JERINGS: *Principles of Local Government Law*, pág. 239.

(17) ROBSON: *Principles of Local Government Law*.

(18) JERINGS, pág. 247.

la jurisdicción administrativa determina la incompetencia y la imposibilidad de entrar a conocer del asunto. Es ésta una de las observaciones más sagaces que se han hecho respecto a la índole de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa (19). Y a mi juicio resulta un tanto extraño que Arias de Velasco, conocedor expertísimo de nuestro Derecho y de nuestra jurisprudencia (como Presidente de una de las Salas del Tribunal Supremo) no dedicara ni una sola línea de sus artículos precisamente a este aspecto del recurso contencioso español en el que liberándose del texto preciso del artículo 1.º de nuestra Ley, es indudable que las Salas han ejercitado una verdadera jurisdicción objetiva de anulación. No obstante lo cual, es preciso reconocer que aun en estos casos, como veremos, salvo raras excepciones, la Jurisprudencia se mueve en el recurso «de texto», puesto que es necesaria la existencia de un precepto violado.

Aplicando esos principios rigurosos en la determinación de la competencia contenciosa, se dice por los autores, como indicábamos al principio, que en nuestra jurisdicción no cabe el recurso de anulación y es evidente que de un modo expreso no está incluido este supuesto en la definición general dada a la materia contenciosa en el artículo 1.º de la Ley que regula nuestra jurisdicción, pero a pesar de esta afirmación generalmente repetida, probablemente por el imperio de «aquella naturaleza de las cosas» a que se refería Hauriou en el texto antes transcrito, lo cierto es que nuestra jurisprudencia ha empleado también el recurso de anulación en los dos primeros supuestos admitidos en el Derecho francés de incompetencia y de vicio de forma y además, a nuestro juicio, estos dos supuestos caben también, sin forzar el precepto, dentro de ese ámbito estrecho del artículo 1.º tan mencionado.

En el período anterior a la Ley de 1888, o sea, mientras regía en España el método de la enumeración de la materia contenciosa, no encontramos explícitamente comprendido en ningu-

(19) Aunque en la Jurisprudencia reciente el profesor Ballvé haya encontrado algún caso de aplicación por la Jurisprudencia de principios generales del Derecho. «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1942.

no de los epígrafes de esa enumeración (20) el supuesto general de la anulación de los actos administrativos por vicio de forma o por incompetencia, lo que tiene su explicación en que esta enumeración se refería a materias concretas de actuación administrativa. Pero ello no impedía ciertamente, y como veremos después así resultaba, que respecto a estas materias cupiera la posibilidad de anular las decisiones a ellas relativas que hubieran incurrido en vicio de incompetencia o de defecto de forma, pero lo interesante, como veremos, es que la Jurisprudencia llevó más allá la idea, puesto que aplicó esa nulidad sin tener en cuenta el límite de la enumeración.

Colmeiro ya cita la decisión del Consejo Real de 27 de julio de 1848, en la que se establece el principio de que procede el recurso contencioso por violación de forma (21). En la obra de Peláez del Toro, la primera que yo he encontrado posterior al establecimiento de nuestra jurisdicción (22), al hablar de la materia contenciosa se limita ésta porque no sea de «puro mando», «discrecional» o de «tutela», estableciendo así las limitaciones fundamentalmente subsistentes en nuestro régimen contencioso, pero al final agrega como lo que pudiéramos llamar excepción de las excepciones, considerando como caso de materia contenciosa:

«En el caso de ser un acto de puro mando, discrecional o de tutela para cuya verificación hubiesen marcado las leyes ciertos requisitos, éstos no se hubieran cumplido» y lo justifica con las siguientes palabras que preferimos transcribir: «La razón es porque en los que esto sucede el interés sobre que dichos actos obraron tenía por la ley una garantía, un derecho en los requisitos conculcados o despreciados por dicho acto y este derecho es el que ocasiona la vía contenciosa, no el mero interés que resguardaba y al que se dirigió el acto administrativo que

(20) Arts. 83 y 84 de la Ley de 25 de septiembre de 1863. Reglamento de 30 de dicbre. 1846, arts. 1.º y 2.º.

(21) Téngase en cuenta que creada la Jurisdicción del Consejo de Estado por Ley de 1845, no empezó a dictar sentencias-informes hasta 1846.

(22) *Tratado de lo Contenciosa Admvo.* Madrid, 1849.

por ser de mando, discrecional o de tutela podría modificarle y aun destruirle; pero en ocasiones semejantes a las que suponemos sólo y únicamente podría hacerlo de un modo válido observando los requisitos que previamente y al efecto hubiese establecido y marcado la Ley» (23).

Dos aspectos merecen destacarse, a mi juicio, del examen de este texto. De un lado, que no se apoya en ninguna sentencia, cuando ya hemos visto que se había dictado alguna, por lo menos la citada por Colmeiro, expresando como una opinión personal del autor lo que ya era felizmente una solución jurisprudencial; de otro lado, que aparece ya la idea de un «derecho de forma» independiente del interés o derecho finalmente perseguido. Esta distinción ha podido servir para justificar la anulación en un sistema como el español de recurso «de texto», si bien nuestra jurisprudencia no ha considerado necesario, como veremos, utilizar este argumento.

Colmeiro no cita alguna sentencia relativa a incompetencia, pero en el texto de la tercera edición (24) expone separadamente los dos supuestos del recurso de anulación y así dice del recurso por vicio de forma:

«La violación de estas formas tutelares es una violación manifiesta de los derechos mismos que amparan y defienden con su escudo y los actos administrativos que las quebrantan pueden ser impugnados por la vía contenciosa. Hasta los intereses legítimos compatibles con el interés público e injustamente hollados a nombre del bien común, producen acción e indemnización a favor de tercero; porque si el acto administrativo contrario a un interés legítimo no está sujeto por su naturaleza a reclamación particular, da fundamento a ella el poder discrecional cuando procede con injusticia y ofende un derecho adquirido con sólo menospreciar las formas legales. Hay *exceso de poder* en cuanto al modo de dirimir la controversia y el poder no causa derecho fuera de los confines marcados por la Ley.»

(23) Obra citada.

(24) Tomo II, pág. 343.

Como vemos, probablemente influido por el ejemplo francés, llama exceso de poder a este recurso y opina que existe una ofensa al derecho adquirido simplemente por menospreciar la forma legal, es decir, manteniendo el criterio ortodoxo de la existencia de un derecho en el recurrente como trámite indispensable para la acción administrativa, se supone que este derecho consiste en el que tiene todo ciudadano a que se aplique la forma legal.

El segundo supuesto de incompetencia también lo examina en la forma siguiente:

«También son viciosos los actos del poder discrecional si son extraños a la competencia administrativa. Hay *abuso de autoridad*.»

De esta misma época, Alfaro (25) indica que si bien no hay Ley, Reglamento ni disposición alguna que lo haya establecido, existe el recurso por abuso de poder, que procede tan sólo, por tanto, conforme a la Jurisprudencia del Consejo de Estado y cita, al efecto, el dictamen de 24 de mayo de 1864, típico de exceso de poder por incompetencia, anulando una orden de un gobernador sobre demolición de obras, por ser materia propia del Consejo provincial, y el Dictamen de 6 de febrero de 1863 en un caso de desfalco, porque «prescindiendo por entonces de la competencia de la jurisdicción contenciosa en cuanto al fondo de la cuestión media una R. O. que puede envolver abuso de facultades». Véase por tanto cómo ya en esta época nuestro órgano jurisdiccional hacía caso omiso de la enumeración de materias cuando se trataba de entrar a anular una orden abusiva. Todavía en la colección de Jurisprudencia de don José Gómez Acebo y don Ricardo Díaz Merry (26) se mencionan como epígrafes el «abuso de autoridad», citando reales Decretos de 23 de mayo de 1876, anulando una orden que dió de baja a un oficial por no haber seguido el expediente gubernativo oportuno, y «abuso de poder» mencionando la sen-

(25) *Tratado de lo Contencioso Administrativo*. Madrid, 1875. pág.

(26) *Diccionario General de Jurisprudencia Contencioso Administrativo*, Madrid, 1889.

tencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1874, que realmente tiene una tendencia limitadora del abuso de poder, ya que exige que versen sobre materias administrativas no reservadas al conocimiento exclusivo de la Administración activa, y la sentencia de 1 de diciembre de 1886, anulando una orden por no haber sido oído el Consejo de Estado.

Pero en cambio, a partir de 1888 y como consecuencia de la publicación de la Ley y por haberse adaptado a su sistemática los autores, no se encuentra ya ningún apartado dedicado a este punto especial de la actuación contenciosa. Así, por ejemplo, el libro de Macaya (27) y sobre todo el mejor comentarista de la Ley vigente, Caballero Montes (28) y el mejor expositor de nuestro sistema, el profesor Pi y Suñer (29).

Por otra parte, en las obras generales del Derecho administrativo, probablemente por la influencia de Santa María de Paredes, que tampoco lo menciona al hablar del recurso contencioso administrativo (30) no se han referido a este supuesto concreto de actuación jurisdiccional que, sin embargo, ha subsistido en la Jurisprudencia, como veremos a continuación.

Lo que, como es natural, no significa que les fuera desconocida; como representativa podemos citar el texto del profesor Jordana de Pozas, que decía que aunque el Supremo había declarado algunas veces la nulidad, el régimen general del recurso no admitía la anulación y por tanto había de estudiar sólo el recurso de plena jurisdicción en lo central (31).

De tal manera se ha mantenido esta consideración puramente subjetiva de nuestro recurso contencioso por el profesor don

(27) *Legislación y Jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativo*. «Macaya», Madrid, 1893.

(28) *Lo Contencioso Administrativo*. Zaragoza, 1902.

(29) *Lo Contencioso Administrativo*. Barcelona, 1928. Aunque destaca el valor de la forma (pág. 129) no estudia específicamente esta forma de recurso.

(30) Página 753 y sigs. de la 4.^a edición.

(31) *Derecho Administrativo*. Madrid, 1924. Sin embargo es preciso advertir que en 1944 hubo sentencias en que se planteó la anulación y que representan el 5 por 100 de las dictadas por el Tribunal Supremo en materia contenciosa.

Segismundo Royo Villanova, que influido por ella dice en el texto de su libro sobre los problemas del régimen jurídico municipal (32), refiriéndose a un acuerdo adoptado sin los requisitos legales, «lo que ocurre es que a tenor de la Ley general de lo Contencioso, los particulares no podrán acudir a la vía contenciosa por carecer de derecho subjetivo, en cambio podrán acudir a ella con arreglo a la Ley municipal vigente». Y sin embargo, este profesor, profundamente conocedor de nuestra Jurisprudencia, rectifica en la misma página, en una nota, haciendo notar cómo nuestro Tribunal Supremo ha admitido en estos casos de vicio o defecto esencial en el procedimiento o de incompetencia, el recurso, a pesar del texto literal de la Ley. Pero lo normal es afirmar lo que en el texto del libro se indica.

Y, como vemos, existe en nuestro Derecho actualmente un doble recurso de anulación, uno legalmente establecido y regulado para la esfera municipal, primero en el Estatuto municipal, después en la Ley municipal de 31 de octubre de 1935, y en la actualidad por la Ley de Bases de 17 de julio de 1945, con tres motivos concretos muy bien determinados, incompetencia, vicio de forma y violación material de ley, pero además existe también con relación a los actos de la Administración central y provincial un recurso de anulación que no tiene un texto concreto y específico y en el que tan sólo caben dos motivos de recurso: la incompetencia y el vicio de forma.

Es decir, los dos primeros supuestos que hemos visto se produjeron también históricamente en el recurso de exceso de poder ante el Consejo de Estado francés.

En efecto, estos dos motivos de recurso se repiten en las sentencias del Tribunal Supremo con gran profusión. Ya hemos visto las sentencias antiguas citadas por los autores mencionados antes; vamos a limitarnos ahora a indicar algunas recientes que mantienen el mismo criterio.

Véase en cuanto a la incompetencia: la Sentencia de 17 de octubre de 1944; dice que, conforme a reiterada Jurisprudencia,

(32) *Problemas del régimen jurídico municipal*. Madrid, 1944.

la jurisdicción contenciosa «aunque carezca de competencia para conocer de determinada resolución, la tiene siempre para decidir si la Administración procedía dentro de sus facultades o bien incurrió en exceso de atribuciones».

La competencia es de orden público y no puede basarse en la sumisión de las partes, sino en las declaraciones de la Ley, dice la sentencia de 23 de mayo de 1943.

La sentencia de 24 de enero de 1944, lo llama «abuso de poder».

La de 14 de febrero de 1946 califica la incompetencia de tacha procesal que vicia de nulidad el acto así dictado.

Como vemos, estas sentencias recientes son muy poco explícitas respecto a la justificación de sus fallos de nulidad. Se trata ya de algo tan manido y reiterado por la Jurisprudencia, que no se considera necesario (y con razón) entrar en un examen detenido de su origen legal. En alguna sentencia antigua se da alguna mayor explicación, como por ejemplo la de 22 de diciembre de 1898, repitiendo la de 17 de julio del mismo año, cuando dice: «como tiene declarado con repetición la Juris, son cosas distintas la incompetencia de la Administración activa para conocer del fondo del asunto y la del Tribunal para apreciar si al verificarlo procedió con acierto y no se derivan la una de la otra; antes, al contrario, sólo al Tribunal toca decidir con arreglo a las leyes si la Administración resolvió no con atribuciones, puesto que de otra manera la consecuencia de declarar la incompetencia (del Tribunal) sería que quedase firme una R. O. conocidamente nula por falta de competencia para dictarla».

Creemos innecesario citar más sentencias sobre nulidad por incompetencia; estas citas son suficientes, a nuestro juicio, para comprobar una observación evidente: la Jurisprudencia no menciona ningún texto en que apoyarse y además no ha pretendido buscar en el artículo 1.º de nuestra ley orgánica, es decir, en la definición legal de la materia administrativa, un apoyo legal para determinar su propia competencia. Le ha bastado referirse a la constante jurisprudencia, es decir, a un criterio

tradicional aplicado cuando todavía no existía tal definición legal. Sin embargo, se ha podido decir que en los supuestos de incompetencia, cualesquiera que fueran las materias de fondo de las resoluciones impugnadas, cabían en el marco del artículo 1.º, siempre que se considerase que la competencia es un aspecto siempre reglado y que las normas de competencia establecen un derecho subjetivo aducible por cualquiera a que el asunto sea resuelto por aquel a quien el derecho objetivo atribuye la competencia. Comprendemos que esto significa dar al requisito del «derecho subjetivo particularizado» una extensión reñida con la que habitualmente viene concediendo tanto la doctrina como la propia Jurisprudencia, y por ello encontramos muy natural esta posición de la Sala de no intentar una explicación estrictamente legal, dándose así una cierta contradicción con la tesis de Arias de Velasco antes señalada, pues si bien ha de haber un texto (el que atribuye la competencia), lo cierto es que es el propio Tribunal quien ha establecido la doctrina en virtud de la cual anula los actos incompetentes de la Administración.

Por otra parte, tampoco hay aquí una interpretación histórica, al modo que explican el contencioso de anulación los autores franceses; no se trata, por tanto, de un poder disciplinario (mantener a cada órgano en el círculo de sus atribuciones, corrigiendo al que se excede) nacido del hecho de que el Rey en Consejo fuera el superior jerárquico de los órganos administrativos. Lo que hay es simplemente una consecuencia de aquella «naturaleza de las cosas» a que se refería Hauriou. No puede imaginarse una jurisdicción administrativa si careciese de esta facultad de anular actos incompetentes; puesto que es éste el primer motivo de desorden administrativo que echaría por tierra todos los supuestos del derecho administrativo cuya aplicación contenciosa está encomendada a la jurisdicción. Y eso, aunque a nuestros legisladores se les escapara al definir la **materia contenciosa**.

Estas mismas observaciones podrían hacerse para la anulación por defecto de forma. En la primera sentencia que hemos

encontrado (la citada por Colmeiro) de 1848, encontramos tan sólo como justificación, que esas formas tutelares de derechos representan, en definitiva, un derecho para los afectados que tienen acción para pedir la anulación.

En las sentencias modernas encontramos la misma reiteración de mantenimiento de una Jurisprudencia anterior, sin cuidarse ya de justificación; así, por ejemplo, la sentencia de 18 de enero de 1946 se limita a decir: «la nulidad... que por afectar al trámite es de orden público, por lo que corresponde siempre al conocimiento de la jurisdicción». Luego intentaremos ver lo que significa aquí la expresión «de orden público» reiterada por la jurisprudencia; ahora retengamos tan sólo que la Sala atribuye a la jurisdicción todos los supuestos de nulidad por infracción del trámite (de la forma), sin tener para nada en cuenta cuál sea el fondo del asunto, sino simplemente por ese defecto que es lo que origina la competencia de la Sala, y que esa atribución así específicamente concebida, no se ha producido en virtud de ninguna disposición legal.

Aún más, la sentencia de 14 de febrero de 1946 ni siquiera menciona cuál sea la justificación de su competencia, limitándose a considerar: «ha de resolverse en primer término la cuestión de procedimiento, y si el defecto determinare nulidad de trámite necesario y esencial, concluir con su declaración y mandamiento de subsanación, porque para enjuiciar cuanto más proponen las partes *precisa la existencia de eficaz expediente administrativo*». La parte subrayada por mí es la única justificación que encontramos de la atribución de competencia, si bien este control del expediente administrativo no se determina por ningún precepto concreto y resultaba, como veremos, tanto más interesante en este caso, en el cual la materia debatida por su carácter civil escapaba notoriamente a la jurisdicción contenciosa.

Otras dos sentencias recientes, las de 3 y 4 de enero de 1946, declaran la nulidad de acuerdos de Corporaciones administrativas, la primera de Diputación provincial y la segunda de Ayuntamiento. En cuanto a éste existe, como es sabido, un precep-

to de atribución jurisdiccional. Pero no en cuanto a la primera, y sin embargo el Tribunal Supremo anula igual uno que otro acuerdo, por falta de un informe, preciso a juicio del Tribunal, en ambos casos.

Estas sentencias no tienen más interés (aparte del análisis de algunos aspectos concretos que luego haremos) que el demostrar cómo es moneda corriente para nuestro Tribunal el entrar en la anulación de acuerdos administrativos por defecto de forma, sin necesidad siquiera de una justificación de esa actuación jurisdiccional.

En sentencias múltiples, la Sala se limita a hacer referencia a la jurisprudencia anterior (33).

Vemos, por tanto, que también son aplicables a esta nulidad por defecto de forma, las observaciones que hacíamos respecto a la incompetencia. También aquí la intervención del Tribunal ha surgido por la fuerza de las cosas, en muestra de respeto a la legalidad del procedimiento, indispensable para obtener un control jurisdiccional de la Administración.

Al lado de este recurso de anulación vivido por la Jurisprudencia, nuestras leyes, como es sabido, han establecido en la esfera local un recurso de anulación con motivos específicos.

Antes, pudiéramos citar como antecedente legal, la Ley de Bases de funcionarios públicos que estableció la posibilidad de que el Consejo de Ministros decretase la cesantía de funcionarios por acuerdo en el que había de oírse al interesado; no cabe contra este acuerdo recurso en cuanto al fondo, pero el Reglamento específicamente determinó en su artículo, que en este caso cabría recurso por «vicio de forma».

Por otra parte, en varios proyectos de ley se intentó establecer de manera general el recurso de anulación. Tal el proyecto Goicoechea 1917. Del mismo modo el proyecto Gascón.

Pero legislativamente sólo llegó a tener vida el Estatuto municipal que reguló el recurso de anulación en el artículo 253, al establecer la separación entre un recurso de plena jurisdicción caracterizado en el número primero por la existencia de

(33) Sentencias de

«lesión de derechos administrativos del reclamante» y el recurso de anulación del número segundo «por infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos».

En esta primera fórmula legal, la diferencia se apoya no en el mecanismo de la anulación, sino solamente en las condiciones personales exigidas al recurrente para poder legítimamente interponer el recurso. Se trata tan sólo de que haya o no un derecho preestablecido en el recurrente, según la fórmula ya clásica de Santamaría de Paredes, reflejada en nuestra antigua ley de lo contencioso. Al amparo del artículo 253, número 2.º del Estatuto municipal, la acción se ejercita según dice la Sala «sin efectiva y comprobada vulneración de un derecho individual». Sentencia de 24 de marzo de 1944.

Si hubiéramos de hacer un juicio crítico de este recurso de anulación que nuestra Jurisprudencia ha construido, habríamos de advertir en seguida su enorme valor práctico en cuanto moldeando como un solo procedimiento es mucho más útil que un recurso de anulación específico, en el aspecto procesal, según han tenido que reconocer los autores de la Ley de 17 de julio de 1945, al suprimir esa dualidad procesal de la ley municipal de 1935.

Pero una vez hecho este elogio del recurso de anulación y de la decisión jurisprudencial de darle vida, no obstante la inexistencia expresa de precepto, puede verse cómo nuestro Tribunal Supremo no ha tenido un sistema o criterio para su aplicación, no estableciendo principios generales que sirvieran, como ha ocurrido en el Consejo de Estado francés, para el recurso por exceso de poder y los demás de anulación.

Pero ha de tenerse en cuenta que, si bien los Tribunales no deben contradecirse, no es ciertamente de su incumbencia la búsqueda de soluciones sistemáticas para todos los supuestos posibles. Son los juristas los que deben hacerlo y, efectivamente, en esta materia hay campo y muy interesante en todos los

aspectos para que se someta a un tratamiento extenso y sistemático.

Desde luego, el futuro legislador que intente sustituir nuestra vieja ley de lo contencioso (34) habrá de tener en cuenta este aspecto importantísimo de nuestro recurso contencioso en la realidad, no creyendo ingenuamente que no va en este punto lo que habrá de servirle de una parte para sacar partido de sus enseñanzas, es decir, de la flexibilidad y falta de complicación que supone el no constituir una categoría especial de recurso, sino el representar tan sólo un momento en el único recurso procesalmente existente, lo que no nos cansaremos de elogiar como una excelencia de nuestro sistema actual, pero por el contrario servirá también para que pueda intentarse en la Ley establecer claramente las condiciones del recurso, procurando, sin ahogar la flexibilidad imprescindible al Tribunal, evitar las dificultades que hemos pretendido poner de relieve en la segunda parte de este trabajo.

EDUARDO LEIRA COBEÑA

(34) Lo que será pueril si antes no se resuelve el trágico problema de la duración actual del recurso.