

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO XVI

MARZO - ABRIL 1957

NUM. 92.

I.—SECCION DOCTRINAL

Problemas jurisdiccionales que suscita y resuelve la nueva Ley de lo contencioso-administrativo

SUMARIO: I. Jurisdicción subjetiva y objetiva. A) Concepto doctrinal. B) Concepto unívoco de la jurisdicción objetiva y subjetiva en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo.—II. El recurso contencioso-administrativo por desviación de poder. 1. Doctrina francesa. 2. El problema en España.—III. Determinación de la materia contencioso-administrativa.—IV. Impugnación de los Reglamentos ilegales. 1. Tesis doctrinal. 2. El Derecho español.—V. El problema de los recursos paralelos y de los mal planteados o equivocados. 1. Recursos paralelos. 2. Recursos equivocados.—VI. ¿Quiénes pueden interponer recurso contencioso-administrativo y contra quién?—VII. Conclusión.

I. JURISDICCIÓN SUBJETIVA Y JURISDICCIÓN OBJETIVA

A) *Concepto doctrinal.*

1. En un régimen jurídico la Administración debe obrar procurando no lesionar los derechos subjetivos, ni infringir la Ley; en manos de los administrados han de facilitarse: a), medios de salvaguardar los derechos subjetivos (1), y b), medios de restablecer el derecho objetivo o de proteger el interés si es legítimo, aun cuando no se pueda reconocer para la persona que promueve su protección un derecho o pretensión a una determinada cosa o a una actividad. Nos enfrentamos en el primer presupuesto con la

(1) Cfr. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, 1952, págs. 149-52.

llamada jurisdicción subjetiva y el recurso que la promueve, el de plena jurisdicción; en el segundo, con la jurisdicción objetiva y el recurso que le impulsa, el de anulación.

No faltan autores, como Garrido Falla (2), que al contencioso de anulación, incluso en la jurisdicción de agravios, lo quiere incorporar a la jurisdicción subjetiva. No negaremos que quien recurre es un sujeto que pretende salvaguardar un interés legítimo, pero para que en la semántica del término hayamos de observar un concepto distinto al que aceptan la mayoría de los autores clásicos y contemporáneos, se precisaría que confundiéramos la protección de un derecho subjetivo, que es lo que caracteriza a la jurisdicción subjetiva, con la salvaguarda de un interés, cuya acción promueve el interesado más o menos directo, que imprime carácter a la jurisdicción objetiva, cuyo interés, por afectar a una persona, sí puede ser subjetivo, pero no excluyente y no promovido por la vulneración de un derecho subjetivo.

Según este criterio, sujeto sería también quien, como vecino de un pueblo o ciudadano de un Estado, promoviere un contencioso para restaurar el derecho objetivo administrativo, infringido por la autoridad o los órganos administrativos. En este sentido, un recurso interpuesto por un particular, no por un Fiscal o un Comisario de la Ley, sería recurso subjetivo, aunque por la amplitud popular de la acción se le debe incorporar a la jurisdicción objetiva (3). La misma *denuncia* que Garrido Falla (4) la incorpora al recurso objetivo, es subjetiva cuando el que lo promueve, el particular «que pone en conocimiento de un órgano público un hecho o acontecimiento jurídicamente irregular», y mejor diremos, «antijurídico», es agraviado en su interés personal, y no por

(2) Vid. *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, 1956, páginas 19 y siguientes; y *El interés para recurrir en agravios*, «Revista de Administración Pública», núm. 9, septiembre 1952, pág. 162.

(3) Vid. PRESTIDONATI: *L'azione popolare*, 1904, *Sulla natura giuridica dell'azioni popolari*, en «Studi economico giuridiche pubblici» de la Universidad de Cagliari, 1911. FERNÁNDEZ DE VELASCO: *La acción popular en el Derecho administrativo*, 1920.

(4) Ob. cit., pág. 26.

eso deja de tener un mayor interés público y, consiguientemente, su procedimiento y jurisdicción, un matiz acentuadamente objetivo.

2. Los autores franceses (5) distinguen: 1.º, el contencioso de anulación; 2.º, el contencioso de plena jurisdicción; 3.º, el contencioso de interpretación; 4.º, el contencioso de represión; y 5.º, el contencioso fiscal (6).

1.º *El contencioso de anulación.*—Es particularmente el contencioso del recurso por exceso de poder que se ventila ante los Tribunales administrativos (ex Consejos de prefectura), en primera instancia (7) y ante el Consejo de Estado en primera y como órgano de apelación.

El Juez, ante su interposición, resuelve anular o no el acto administrativo impugnado, según reconozca o no su ilegalidad.

2.º *El contencioso de plena jurisdicción.*—Se llama así cuando la acción del recurso provoca una resolución del Juez administrativo, pronunciándose sobre el fondo del acto que se considera lesiona un derecho, con facultades no sólo para confirmar o anular el acto impugnado, sino para reformarlo y disponer cuanto sea necesario para reparar o restaurar el derecho vulnerado (8), incluso disponiéndose a proveer sobre la indemnización de daños y perjuicios del recurrente, si no se puede restaurar el derecho subjetivo lesionado; por eso se llama también contencioso de reparación.

(5) HAURIUO: *Précis de Droit administratif*, 1919, pág. 1000; *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1926, págs. 451 y ss. BERTHÉLEMY: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1923, págs. 983 y ss.; 1954, págs. 1120 y ss. NÉZARD: *Éléments de Droit public*, 1922, págs. 353 y ss. BONNARD: *Précis élémentaire de Droit public*, 1926, págs. 118 y ss.; 1934, págs. 173 y ss. *Précis de Droit public*, 1925, páginas 145 y ss.; 1934, págs. 178 y ss.; y *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934, págs. 66 y ss. Cfr. BORSI: *La giustizia amministrativa*, 1934, páginas 94 y 95. DUGUIT: *Transformaciones de Derecho público*, trad. esp., cap. VI. Vid. FERNÁNDEZ MOURILLO: *Lo contencioso-administrativo*, págs. 78 y 79.

(6) WALLINE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6.ª ed., pág. 110.

(7) LAUBADÈRE: *Les reformes administratives*, 1953-1954, págs. 16 y ss.

(8) Vid. GUASP: *El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 2, 1940, págs. 11 y ss.

3.º *El contencioso de interpretación.*—Se ofrece con ocasión de un litigio nacido y actual, al demandar, a título de cuestión prejudicial, ante una autoridad administrativa, la interpretación de un acto de administración oscuro, cuyo sentido literal parece absurdo o deforme; o bien ante un Juez administrativo la apreciación de la validez de un tal acto.

4.º *El contencioso de represión.*—Se trata de casos excepcionales en que los Tribunales administrativos son competentes para la sanción de infracciones de normas administrativas, sobre todo en materia de contravenciones por circulación de carreteras.

5.º *El contencioso fiscal.*—Se abre contra los actos de administración imponiendo contribuciones civiles, pudiendo entender en ello Tribunales más especializados dentro de lo contencioso.

3. Nuestro objetivo es estudiar en esta rúbrica los recursos de reparación y de nulidad, atendido a la importancia que alcanza o alcanzará en nuestro régimen procesal administrativo.

El primero (jurisdicción subjetiva) ya es bien conocido en España.

El contencioso objetivo es, pues, el contencioso de legalidad, hecha abstracción de otra situación jurídica que pueden tener los particulares (9).

(9) Cfr. *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1926, págs. 120 y ss., de BONNARD, que dice: «El contencioso objetivo no comprende el contencioso de legalidad de actos creadores de situaciones jurídicas individuales. El contencioso subjetivo engloba el de legalidad de los actos creadores de la situación jurídica individual» (véase del mismo autor, *Précis élémentaire de Droit public*, 1925, páginas 145 y ss., 1955, págs. 179-80). Todos los individuos, aun los que no tienen personal interés en la obligación jurídica de la Administración, son admitidos en el planteamiento del litigio y para poner en movimiento la intervención jurisdiccional. Es lo que se llama la acción popular (vid. BONNARD: *Le contrôle juridictionnel*, pág. 71).

Cuando es jurisdiccional el contencioso (el objetivo) lleva el nombre especial de contencioso de la casación.

Se pide únicamente al Juez declarase el acto legal o no. El litigio no versa sobre una situación jurídica. La decisión se limitará a confirmar el acto si es legal, o anularlo si es ilegal. También se llama contencioso o de anulación.

El contencioso de ilegalidad, cuando se ejercita ante el Consejo de Estado, se llama recurso por exceso de poder.

Se trata de declarar si el acto que se impugna es o no legal. No versa sobre una situación jurídica subjetiva, pues la decisión se limitará a confirmar o a anular el acto, si es legal, y si es ilegal, anularlo. Tiene todas las características en el régimen francés de una sentencia amparada, pues, por el principio de la santidad de la cosa juzgada.

Ciertamente que en el contencioso objetivo hay partes más interesadas o más directamente interesadas en la anulación de los actos administrativos. Puede haber ciudadanos que tengan un interés singular en que la ley se cumpla, aunque no tuvieran derecho subjetivo anterior; si existe para el caso concreto un recurso objetivo, los interesados podrán impugnar el acto administrativo, verbi gracia, los solicitantes de un concurso a la provisión de una plaza municipal, pero nada les ampara si se carece de esta vía jurisdiccional objetiva, a pesar de que en un concurso se señalara un derecho preferente, en orden a la relación de méritos, si es que podemos hablar de derechos, porque no podemos decir que haya un derecho a ocupar el cargo en el ejemplo citado, desde el mo-

Este recurso no procede... cuando la ley organiza un recurso...; ejemplo en materia de elecciones administrativas, mediante el contencioso electoral. Este contencioso es una rama del de legalidad... El recurso por exceso de poder se presenta como el recurso de Derecho común en materia de legalidad administrativa (BONNARD: *Précis élémentaire de Droit administratif*, loc. cit., ed. 1925).

Bonnard rectifica la atribución objetiva al recurso por exceso de poder en su edición posterior del *Précis de Droit administratif* (véase la de 1935, págs. 180-83), pues si bien considera dicho recurso con efecto anulatorio simplemente y el de plena jurisdicción con poder reformativo de actos administrativos, encuadra ambos en la categoría de los contenciosos subjetivos, porque en el uno como en el otro la litis versa sobre preavalecimiento de un derecho subjetivo; sucediendo esto en el recurso por exceso de poder porque existe derecho subjetivo a la legalidad de los actos administrativos, constituyendo la violación de la legalidad, no solamente la violación del derecho objetivo, sino también de un derecho subjetivo.

Me parece un afán de modernidad tal criterio. No hay que confundir el derecho a la acción procesal con el derecho a la restauración, plena de una situación jurídica individual o a una reparación económica, en defecto material de una tal restauración, verbi gracia, del derecho de propiedad sobre una casa expropiada y desaparecida, destruída por la piqueta demoledora. Si sólo hay derecho a la acción de nulidad por infracción de la ley de Expropiación, este caso concreto, ejecutado el acto, siendo en sí irreparable, la acción es inadmisibile; si se puede interponer un recurso de plena jurisdicción por gozar en el ejemplo mencionado

mento en que la Administración tiene siempre reservada la facultad de proveerlo o no.

Si hubiese tal derecho subjetivo, la plaza no adjudicada no podría amortizarse; tendría que ser respetada y, sin embargo, a pesar de que uno de los solicitantes tuviera preferencia, la Administración queda facultada—porque no hay derecho subjetivo por parte de ningún concursante—, para amortizar la plaza anunciada a concurso, aunque a veces tiene la obligación de provistar ciertas plazas, lo que impide a la Administración su amortización, y entonces pudiera hablarse de un derecho subjetivo del que reúne mejores condiciones, con arreglo al anuncio, a obtener el nombramiento y a ser indemnizado de lo no percibido desde el momento en que se anuló el acto administrativo impugnado (10).

Hay derecho subjetivo del que ocupa una plaza creada y cubierta y, entonces, si la Administración acordara amortizarla, tendría que respetar a la persona que tuviera el derecho subjetivo en el desempeño del cargo o declarar su situación de excedente, aplicándole las normas relativas a las excedencias de funcionarios, abonándole los dos tercios del sueldo que tuviera asignado a lo que para un caso semejante se hubiera regulado.

Puede haber interés particular, puede haber personas que tengan interés particular—sin que exista una situación jurídica individual—en que resplandezca el Derecho objetivo o normativo. La queja en la jurisdicción objetiva será oída, porque se tiene como indicio una ilegalidad cometida, una ilegalidad que interesa reprimir y que, como dice Arias de Velasco (11), importa mucho más

de la propiedad de la casa, admítase la indemnización no sólo de daños, sino de perjuicios, si fuera improcedente la expropiación forzosa de la finca objeto de ésta.

(10) En Francia se sostiene ya la tesis de que el recurso por exceso de poder puede originar una responsabilidad subjetiva por el acto administrativo anulado, una responsabilidad de la Administración. Cfr. L. DELBEZ: *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, en «Revue de Droit Public», 1932, pág. 442.

(11) *Jurisdicción objetiva*, en «Revista de Derecho Público», 1934. Vid. folleto aparte, pág. 10. Una jurisdicción será objetiva—afirma Arias de Velasco, cit., páginas 1 y 6 del mentado folleto—cuando se limita a decidir sobre el valor jurídico, propugnándolo en relación con la regla o el orden legal establecido y con independencia de quien solicita el pronunciamiento o decisión.

reprimir a la Administración que a los particulares. El recurrente, según Hauriou, desempeña el papel de Fiscal del Poder público: interpretando esta expresión, dice Arias de Velasco, difícilmente podrán encontrarse fiscales más celosos que aquellas personas a quienes el acto amenaza perjudicar. Una jurisdicción así concebida y ejercitada no plantearía un juicio entre personas propiamente hablando. Sin embargo, provoca la jurisdicción objetiva a instancia de parte, no *ex officio*, como jurisdicción rogada que es, un control de legalidad.

Existe, desde el momento en que hay un contencioso, un juicio para apreciar si el recurrente tiene razón con arreglo a Derecho normativo; y existe un contencioso porque se ventila un litigio entre el particular interesado que hace las veces de representante del interés general y de la ley, y la Administración que ha infringido esta ley. En Francia intervienen comisarios de la ley, funcionarios públicos que van a propugnar ante los Tribunales administrativos el verdadero sentido de la ley, y en España los Abogados del Estado en los recursos contra la Administración central.

El recurso por antonomasia de nulidad que existe en Francia, y cuya terminología se utiliza ya para expresarlo, es el de exceso de poder (12). Este recurso se interponía solamente ante el Consejo de Estado, antes de la reforma realizada por Decreto de 30 de septiembre de 1953, dado en virtud de la autorización del artículo séptimo de la Ley de 11 de julio del mismo año, que establece los Tribunales administrativos locales, que sustituyen a los antiguos Consejos de prefectura, ante cuyos Tribunales se admite en primera instancia el recurso por exceso de poder contra los actos administrativos de las autoridades y Corporaciones departamentales y locales (13).

La jurisdicción del recurso por exceso de poder, según Hauriou (14), se funda en una Ley (7-14 de octubre de 1790). Enton-

(12) Vid. ALIBERT: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen de recours pour excès de pouvoir*, 1926; WALLINE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6.^a ed., págs. 113 y ss.

(13) LAUBADÈRE: *Les réformes administratives de 1953, 1954*, págs. 16 y ss.

(14) *Précis de Droit administratif*, 1919, págs. 174-75.

ces las reclamaciones de incompetencia, respecto de los Cuerpos administrativos, no eran en ningún caso de la jurisdicción de los Tribunales, pues se mantenía en Francia el prejuicio de la separación absoluta entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa de los Tribunales. Debían ventilarse ante el Rey y después de la Ley de 24 de mayo de 1874, ante el Consejo de Estado. Dicha norma prescribe que esta institución interviene en las demandas de nulidad por exceso de poder intentadas contra los actos de las diversas autoridades administrativas. Viene a sustituir el Consejo de Estado al Rey y a la Administración propiamente dicha. Con el tiempo, aquél se irá desprendiendo de la Administración hasta ser considerada como un Tribunal contencioso-administrativo.

El recurso por exceso de poder es la vía de nulidad contenciosa que confiere al Consejo de Estado y a los Tribunales administrativos el poder de anular una decisión administrativa.

Se considera el exceso de poder en los siguientes casos: 1.º, violación de forma; 2.º, incompetencia *ratione materiae* o *ratione personae*, y 3.º, violación de la ley. En un principio, el Consejo de Estado no admitía el recurso por exceso de poder contra los actos discrecionales, pero posteriormente se innova la doctrina denominada de *détournement de pouvoir*, que introducía, a estos efectos, una cuarta condición para la admisibilidad del recurso por exceso de poder: la desviación de poder.

El recurso por exceso de poder se interpone, en suma, en el país que lo instituye por primera vez, por estas causas: violación de forma, incompetencia *ratione personae* y *ratione materiae*, violación de ley y desviación de poder (15). Es inadmisibile cuando

(15) ALIBERT: *Le contrôle juridictionnel*, págs. 83-84:

«Antaño, el Consejo de Estado admitía los recursos dirigidos contra actos realizados por la Administración en el círculo normal de sus atribuciones, y en las que ninguna disposición legislativa o reglamentaria condicionaba su validez.

Rechazaba el recurso por exceso de poder de plano, en razón a la naturaleza del acto..., estimando que en la realización de tales actos la Administración no hacía más que usar de poderes generales y que desde el instante en que los usaba para el bien del servicio, ninguna crítica de legalidad podía concebirse. La jurisprudencia oponía, por ejemplo, la inadmisibilidad... en los recursos intentados

se puede interponer el de plena jurisdicción, como en los contratos públicos, respecto de los contratistas. Así se expresa Laubadère (16).

El contencioso, por exceso de poder, es un contencioso objetivo. Se da contra el acto, no contra la persona administrativa propiamente dicha; no provoca indemnización o la restauración de un derecho si ha habido lesión de intereses. En Francia se pretende con dicho recurso asegurar la buena administración, no hacer valer los derechos subjetivos de los administrados, aunque sea uno solo el que provoque este recurso, si bien, existiendo un interés particular, haya también un interés general que es el de la buena administración, y en este sentido se dice que el particular ejerce funciones del ministerio público.

El contencioso objetivo es un contencioso de legalidad. La declaración que los Tribunales hayan de hacer respecto de los actos ilegales en la jurisdicción objetiva es una declaración de nulidad *erga omnes*, que no sólo surte efecto respecto del que promueve el recurso, sino de todos los interesados en la nulidad del mismo.

En el recurso por exceso de poder, la autoridad de la decisión es absoluta, es decir, se impone no solamente a la Administración, sino a todos los demás ciudadanos. La razón de esta autoridad, dice Bonnard (17), consiste en que el recurso por exceso de poder tiene por fin reprimir la ilegalidad en interés de todos, y no solamente en interés del recurrente, como sucede con el recurso de jurisdicción subjetiva.

contra decretos de expulsión, negación de permisos *Voirie* dirigido a un funcionario.

... los actos de que se trata eran actos administrativos como los otros. Su validez era condicionada raramente por disposiciones formales, de donde se seguía que la mayor parte de los recursos, a los cuales daba lugar, eran declarados mal fundados.

Desde hace un número de años, el Consejo de Estado cesa de oponer su inadmisibleidad.

Su nueva jurisprudencia debió ser aprobada sin reserva; debe serlo... porque respecto de los actos en que ninguna regla formal condiciona su validez, pueden existir motivos de nulidad: desviación de poder y error de derecho.

(16) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1953, pág. 361. Vid. *Les recours pour excès de pouvoir et les contrats*, en «*Révue de Droit Public*», 1938, pág. 215.

(17) *Précis élémentaire de Droit administratif*, locs. citis.

Todas estas modalidades se resumen diciendo que el recurso de nulidad se da contra todo acto administrativo ilegal. Todo acto administrativo reglado que no esté adecuado a esa regulación, y si se quiere mejor, toda infracción de derecho por el acto administrativo origina el recurso de nulidad, no ya por el lesionado en el derecho subjetivo, sino por un tercero interesado, y entonces podemos decir que cuando por el acto administrativo se produzca una lesión de una ley en sentido formal, una infracción de un negocio jurídico-público, de un contrato realizado entre la Administración y los particulares, o una infracción de una sentencia, siempre que haya contravención de derecho administrativo, será viable el recurso contra el mismo aun no promovido por el que contrató o el que obtuvo la sentencia pronunciada en su favor, si el interés público reclama su protección por infracción del precepto objetivo. Cuando se pone en juego los medios para restaurar la ley, se dice que se interpone un recurso de legalidad. La sentencia del fallo que resulta anula el acto, pero no lo sustituye con otro. Un nombramiento ilegal de funcionario puede provocar el recurso objetivo y, por tanto, ser anulado, pero no ser designado en su lugar, si acaso originar un nuevo llamamiento a la plaza vacante, por oposición o por concurso.

Empero implícitamente, en ciertos casos, puede ser reconocido el derecho subjetivo. Así la anulación de una destitución ilegal, provocada por recurso de un tercero o de un colegio profesional, origina la continuidad en el cargo del funcionario ilegalmente destituido, aunque él no hubiese sido parte en el contencioso-administrativo.

El Juez, en el contencioso subjetivo, tiene que estatuir sobre una situación jurídica individual, pronunciándose sobre el hecho mismo perjudicial, restaurando las cosas a su primitivo estado (como cuando se desposee a un funcionario de su cargo, que lo que se hace es colocarle en el mismo cargo, abonándole lo que dejó de percibir), o bien cuando haya imposibilidad de restaurar el derecho en sí, atendiendo a una demanda de indemnización en provecho de la parte cuyo derecho subjetivo ha sido lesionado y no se pueda reponer al estado primitivo.

B) *Concepto unívoco de la jurisdicción objetiva y subjetiva en la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo.*

En nuestro Derecho se introdujo el contencioso de anulación (jurisdicción objetiva), o de legalidad de los actos administrativos, en el Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 (art. 253, núm. 2), en la Ley municipal de 31 de marzo de 1935 (art. 223, apart. b), subsistiendo en la Ley de Régimen local (art. 386, núm. 2, apart. b). En el artículo 101 de la Constitución de 1931 se prevenía: «La Ley establecerá recursos contra ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder».

El de represión administrativa se ventila ora ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo, en materia forestal (18); bien ante la misma Administración (autoridades superiores): ejemplo, en materia gubernativa (19), de servicios públicos de transportes por carretera (20), o de circulación por las mismas (21); ya ante el Gobierno: ejemplo, multas municipales (22).

Por lo que respecta a la interpretación, no hay forma de que se introduzca este contencioso. Cuando se acude a los Tribunales contenciosos a fin de que interpreten determinado precepto administrativo—de tal facultad de interpretación sólo gozaba antes del Movimiento Nacional, aparte del Parlamento, el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano jurisdiccional—lo que hace es denegar o afirmar un determinado derecho; el que acude al con-

(18) Arts. 59 del Real Decreto de 8 de mayo de 1884 y 63 del Real Decreto de 17 de octubre de 1925. Cfr. Reales Decretos de 17 de diciembre de 1925 y 4 de febrero de 1917.

(19) Ley de Régimen local (art. 265, ap. i); de Orden público, arts. 18, 33 y 45.

(20) Reglamento de 22 de junio de 1929, art. 125.

(21) Código de Circulación de 22 de septiembre de 1924, arts. 292-93.

(22) Art. 339 de la Ley de Régimen local. Vid. Estatuto municipal, art. 254 y el art. 222 de la Ley de 31 de octubre de 1935, que introducen el recurso judicial para las multas municipales. Consúltese a este propósito, MARTÍN RETORTILLO: *La multa gubernativa*, en la «Revista de Derecho Público», 1934, pág. 172.

tencioso ya sabe que tiene derecho y no es que dude si lo tiene o no, y quiera saber si el contencioso se lo define, sino que lo hace porque sabe que existe una infracción de derecho subjetivo lesionado.

El contencioso subjetivo o de plena jurisdicción es el que tuvo carácter común en España en virtud del artículo 1.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, últimamente texto refundido de 8 de febrero de 1952, siempre que existiese, pues, vulneración de un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del denunciante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo.

La nueva Ley de lo contencioso-administrativo promulgada el 27 de diciembre de 1956 («B. O. del E.» del 28) no distingue entre recurso subjetivo y recurso objetivo—y hace alarde de negar su discriminación uno de sus proyectistas (23)—ni configura una tramitación distinta de uno y otro, ni el que se demande o no al Fiscal, como en la Ley municipal de 31 de octubre de 1935 (arts. 224 y 225), según la cual se limita a informar en el recurso de anulación u objetivo, según lo prevenido en el artículo 387 de la Ley de Régimen local (texto refundido de 24 de julio de 1955). En el de plena jurisdicción subjetivo asumirá la representación de la Administración local (si ésta no compareciera) en la nueva Ley (art. 35) defendiendo a las Corporaciones locales y a los Establecimientos públicos el Abogado del Estado, salvo que aquéllos designen Letrado que los represente o litiguen con otra Administración territorial o institucional. El trámite de defensa es idéntico para ambos recursos; solicítese la restauración de un derecho administrativo adquirido o la nulidad simple del acto administrativo recurrido.

No exige la nueva Ley para interposición del recurso subjetivo, como en el derecho anterior, frente a la Administración central, el que se hubiera vulnerado un derecho administrativo establecido an-

(23) GONZÁLEZ PÉREZ: *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Rev. de Derecho Procesal», 1954, págs. 51 y ss. *Le contentieux-administrative en Espagne*, en «Revue des Sciences administratives», loc. cit., páginas 89-90.

teriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo.

Basta, para legitimar la demanda, tener un interés directo en el asunto y suplicar la declaración de no ser conformes a derecho los actos y disposiciones de la Administración, y, en su caso, su anulación. En el proyecto (art. 28) no se exigía siquiera que hubiese un interés directo, lo cual venía más bien a consagrar el recurso objetivo, o mejor, a equipararlo a la acción popular (24), circunstancia desaparecida en el texto de la Ley, el exigir para interponer el recurso en el propio artículo 28, al tener interés directo en la impugnación de los actos o de las disposiciones de carácter general de la Administración, la persona que lo utilice o los representados por la entidad que ejercite la acción impugnadora de estas disposiciones.

Sin embargo, la anulación de un acto administrativo irregular no puede convertirse en un acto administrativo regular si no lo interesa la persona que subjetivamente tenga el derecho anteriormente reconocido.

Así la de un nombramiento ilegal, de un funcionario público, seguido de una destitución indebida de persona que desempeñaba el cargo para el que fué nombrado, podrá pedirse por cualquier interesado en un concurso, pero no instar vuelva el indebidamente destituido. Sólo éste puede accionar.

(24) Un concursante podrá también pedir la nulidad del nombramiento ilegal, pero no reclamar el derecho de ser nombrado, si no hay prelación de méritos y sea el acreedor por estos méritos preferentes a su nombramiento.

Se acciona para que se anule el concurso, pero no se proveerá en el de más méritos. Puede designarse otro o, por defecto de trámite, convocarse nuevo concurso al anularse el que ha sido objeto de reclamación o recurso.

Implícitamente la Ley reconoce la subsistencia del recurso subjetivo o de la acción subjetiva para reclamar con exclusividad, con efectos distintos a los de la simple nulidad en el apartado 2 del artículo 28 de la Ley, al consignar que: «Si se pretendiese el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado quien ostentare algún derecho derivado del ordenamiento jurídico que se invocare como infringido por el acto correspondiente».

II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR DESVIACIÓN DE PODER

1. *La doctrina francesa.*

En Francia existe el recurso de nulidad por desviación de poder. Los juristas franceses interpretan que cuando se viole el acto discrecional, se viola la ley.

Duguit y Bonnard sostienen que el acto discrecional si se impugna es por ser ilegal. Así Duguit afirma que el agente administrativo viola la ley de la competencia cuando hace una cosa en vista de un fin que no está en sus facultades realizar, siendo entonces apropiada la expresión desviación de poder, porque muestra claramente el aspecto bajo el cual aparece en tal caso la violación de la ley. Se llega a esta conclusión mediante un razonamiento algo forzado: el fin del acto administrativo es el servicio público y se considera como ilegal toda perturbación teleológica administrativa, todo acto administrativo que no propenda a prestar normalmente el servicio público.

Bonnard, al referirse al recurso por exceso de poder, sólo habla de ilegalidades. Todos los casos de apertura de los recursos de poder son ilegalidades por violación de ley. Las ilegalidades posibles las agrupa en dos categorías: ilegalidades normales e ilegalidades materiales. Las primeras, afectas a la manifestación de voluntad, y las segundas, al objeto y al fin. Entre las ilegalidades formales incluye Bonnard la incompetencia, los vicios de voluntad y los vicios de forma (la omisión, no la irregularidad cuando se ejerce influjo sobre el acto). Manifiesta que los actos administrativos, a diferencia de los jurisdiccionales, no hay obligación de motivarlos, porque si los hubiese y se omitiesen los motivos o se tergiversasen éstos, tendrían un punto de apoyo para impugnar los actos discrecionales en la propia carencia o en la desviación de los motivos.

Así y todo, el Juez administrativo no debe llegar, digámoslo así, a descubrir por introspección la voluntad de los administradores e indagar cuál es el móvil que los ha guiado para dictar un acto administrativo, si ha sido el bienestar o una animadversión sobre el particular lo que movió a dictar aquel acto administrativo que reúne todos los requisitos legales, en tanto para su declaración se haya seguido un proceso con formalidades objetivamente consideradas legales.

Agrupar Bonnard (25) las ilegalidades materiales del acto administrativo, según afecten al motivo, al valor de los motivos y al fin. Hay ilegalidad cuando los motivos invocados no tienen existencia material o legal, es decir, cuando los hechos que sirven de base a los motivos son inexistentes y cuando no tienen el carácter previsto por la ley. Así, pues, si se sanciona a un funcionario por un hecho que se dice cometido y este hecho está incluido entre las faltas que figuran en el Reglamento por que se rige el servicio; si no se cometió el hecho, hay ausencia de motivo.

La ilegalidad por el valor de los motivos o el objeto de la decisión de los motivos puede ser cierta, pero es necesario calibrarla. Hay que referirse al valor de los motivos y al carácter que conviene atribuirles. Así, sobre una falta corregida por un Alcalde se precisa investigar si el hecho constituye una infracción de ordenanzas municipales o se desbordó la competencia administrativa, de forma que sea un atentado contra el orden público, sancionable criminalmente, o respectó de una falta disciplinaria que es leve, se aplica una sanción como si fuera grave.

La ilegalidad, por el fin, lleva el nombre de *détournement de pouvoir*. Esta designación, manifiesta Bonnard, se expresa porque la ilegalidad consiste en el poder ejercido con fin distinto a aquél. Hay entonces desviación de poder; así, la sanción disciplinaria, que tiene por fin asegurar la disciplina entre los funcionarios, se dice que se ha dictado con desviación de poder, cuando ha sido tomada, por ejemplo, con el fin de perjudicar a un funcionario. La Policía tiene por fin asegurar la tranquilidad y salubridad pública;

(25) *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1926, págs. 143-5.

habrá desviación de poder si la Policía persigue un fin financiero y no para restablecer el orden público. Los actos discrecionales son impugnables, a juicio de los autores franceses mencionados, porque requieren sean decretados para el bien público, y si no se procede a su persecución, hay desviación del fin.

Tiene sus quiebras indudablemente esta tesis, pues no nos convence el que pueda haber, pues, desviación de poder cuando a un funcionario no se le haya castigado por presuntos móviles particulares, si a la par existen claras razones de interés público para que a aquel funcionario se le sancione. Si el funcionario cometió una falta, y quien le aplica la sanción puede cobijar en su espíritu móviles que induzcan a su persecución, pero aplica la sanción adecuada y no se extralimita, no hay desviación de fin; habrá un móvil que éticamente será condenable, pero no jurídicamente. Claro que el contraste se puede apreciar si a la vez existe otro funcionario que, simultáneamente, o en cualquier otra ocasión, cometió un hecho semejante y no se le impuso sanción; habrá una inequidad, pero la desviación no está en que se halla sancionado a éste. Se dirá que la Administración, en uso de sus facultades discrecionales, no sancionó al otro, pero lo que hay que propender es al modo de reglar estas facultades, señalando determinadas sanciones por categorías o faltas. En el caso arriba expuesto se aplica la equidad como un principio de Derecho, según la doctrina sobre las fuentes subsidiarias del Derecho, de forma que a presupuestos idénticos que contravengan leyes disciplinarias o correctivas en una misma circunstancia de tiempo deban aplicarse sanciones idénticas, no diferenciadas, y entonces pueda pedirse la nulidad de las más graves para equiparar las sanciones de los hechos inculcados a los que obtuvieron otras más leves.

De todas suertes, cuando un funcionario haya incurrido en falta administrativa, el superior goza más que de un derecho para sancionarlo, de una competencia, de derecho público de la Administración ejercido por el órgano, cuyo titular no puede renunciar. Así es que no habrá potestad discrecional para abstenerse de imponer una sanción disciplinaria a un funcionario por la falta administrativa en que haya incurrido, puesto que la potestad disciplinaria es-

una función de órgano público, nunca un derecho de su titular. Lo que habrá únicamente será un margen discrecional permitido al funcionario para que aplique tal o cual pena. No habrá posibilidad de obligar al titular de un órgano de la Administración para que opere aplicando determinadamente una pena mayor o menor, dejando a salvo el criterio de equidad, tal como se acaba de exponer.

Concretados a la doctrina, diremos que el recurso de exceso de poder en Francia es recurso de legalidad que se interpone ante el Consejo de Estado, según dijimos ya, contra los actos reglados y contra los *discrecionales*. Si fuéramos a traducir gramaticalmente el sentido de lo que este Tribunal y los juristas franceses entienden por exceso de poder contra los actos discrecionales, concluiríamos diciendo que: «La ley establecerá recursos por desviación de poder», u omitiendo este término: «recursos contra actos discrecionales de la Administración», contra actos constitutivos de desviación de poder. El recurso por exceso de poder es un concepto genérico, y el recurso por desviación de poder, un concepto específico. El recurso por exceso de poder, entre otros motivos, puede interponerse por desviación de poder, o sea contra los actos discrecionales viciados de desviación de poder.

Debemos de fijarnos que este recurso pretende que la jurisdicción ejercite funciones que no le son propias, porque si hemos defendido en otras ocasiones una separación absoluta subjetiva de poderes, que implicaba separación de funciones objetivas, lo cual impedía que la Administración ejercitase funciones jurisdiccionales, en cambio, no propugnamos por que la jurisdicción controle los actos discrecionales y tenga facultades para declarar la nulidad de un acto discrecional de la Administración, pues hacerlo así equivale a entrometerse en la verdadera función objetiva administrativa. No se juzga sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, sino sobre la oportunidad de los actos discrecionales, sobre la moralidad administrativa.

Se explica que el Consejo de Estado francés haya construido la doctrina del recurso por desviación de poder. Precisamente por estar incorporado a la Administración, nada de particular tuvo ni tiene que el Consejo de Estado francés se le haya facilitado al

controlar los actos discrecionales. Pero donde no se ha implantado una separación absoluta de la jurisdicción y de la Administración, un enjuiciamiento de las facultades discrecionales administrativas, ¿no entraña el peligro de que la jurisdicción se entrometa en facultades de la competencia de la Administración? Y, además, ¿quién controla la facultad de los Tribunales que enjuician *discrecionalmente* los actos *discrecionales* de la Administración? ¿No pudieran aquéllos obrar por desviación de poder? ¿No pudieran los Tribunales sentir prejuicios de la Administración y considerar mal intencionadas la voluntad del administrador al pronunciarse discrecionalmente, sin que en la realidad existiera esa quiebra de intención?

Apreciar la discrecionalidad de los actos administrativos es salirse del marco de las funciones que objetivamente se denominan judiciales y que deben reducirse al examen jurídico de dichos actos, al control del derecho, como lo hacen los Tribunales administrativos alemanes, austríacos y suizos.

Apreciar los motivos que indujeron a la Administración a dictar un acto jurídico en uso de las facultades discrecionales supone un peligro. Si peligroso es que la jurisdicción esté incluida o incorporada a la Administración, juzgando de sus propios actos administrativos, no carece tampoco de peligro el que la jurisdicción se disponga a escrutar las intenciones del administrador. Ciertamente que los actos discrecionales se impugnan cuando hay desviación de poder; pero si se deja a los Tribunales contencioso-administrativos apreciar discrecionalmente esta desviación de poder, nada hay que controle la discrecionalidad de los Tribunales contencioso-administrativos, puesto que ningún órgano existe que esté por encima de ellos. No hay un órgano superior a la Jurisdicción y a la Administración, semejante al Tribunal de Conflictos en Francia. Los Tribunales se erigen entonces en Administración para apreciar sobre la calidad de los móviles que inducen al administrador a dictar un acto administrativo en el ejercicio de sus facultades discrecionales. ; Pero si este mismo peligro lo ven y lo temen los juristas franceses! Se atisba este temor en la lectura de los autores modernos, cuando quieren hacer ver que la impugnación de los actos discrecionales se hacen porque son ilegales también.

En Francia se justifica esta concepción más administrativa que jurisdiccional del recurso por exceso de poder, que aprecia los motivos determinantes de actos discrecionales porque, a juicio de Hau-riou (26), el recurso por exceso de poder se estima fundado en la Ley de 7-14 de octubre de 1790, en que se consideraba al Rey como Jefe de la Administración. El Rey tenía facultades para controlar los actos administrativos de los Ministerios, y estas facultades se trasladaron al Consejo de Estado, de jurisdicción delegada del Poder ejecutivo. Tales facultades siguen conservándolas, y de ahí que persista su competencia para entender en las demandas sobre impugnación de actos discrecionales por desviación de poder. E igualmente sucede en Italia con el recurso ante el Consejo de Estado por *sviamento de potere*.

2. El problema en España.

En el examen del artículo primero de la Ley de lo Contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 1952—reproducción de la de 1894—, se observaba que los actos discrecionales no podían ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Expresamente se manifestaba que no corresponde al conocimiento de dicha jurisdicción, en el número tercero del artículo cuarto de la aludida Ley (27), las cuestiones que por naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refiere a la potestad discrecional; adicionando el artículo cuarto, número uno, del Reglamento, como faceta de esta potestad, los actos de Gobierno o políticos que afecten al orden público.

La Constitución española de 1931, en el artículo 110, pretendía introducir en nuestro ordenamiento jurídico el recurso contra los actos discrecionales, si bien confundía el exceso de poder con la desviación de poder al admitir el recurso de legalidad contra los

(26) Ob. y loc. citis.

(27) El art. 231 de la Ley municipal de 1935 aceptaba un recurso de abuso de poder que podían interponer los Ayuntamientos y vecinos contra los actos de la Administración atentatorios al régimen autonómico municipal, aun dictados en el ejercicio de la facultad discrecional, cosa absurda, pues si se atentase al régimen municipal habría infracción de la ley que lo estableciese.

actos discrecionales de la misma (de la Administración), «constitutivos de exceso o desviación de poder» (28).

Con deseo de innovar, los autores de la nueva Ley incorporan al recurso contencioso-administrativo, como móvil, la desviación de poder (art. 83, núms. 2 y 3) en el dispositivo procesal.

Sin duda, para acallar la alarma de los administradores locales —que suelen ser los más castigados por lo contencioso-administrativo—, ante el desorden jurídico-administrativo, y a veces frente al pretendido desorden moral de la Administración, justifica la Ley, siguiendo el criterio de Bonnard, la impugnación del acto administrativo por la ilegalidad de los motivos y del fin y en su artículo 83, número 3, bien apartado, por cierto, del capítulo I, título III, relativo al objeto del recurso contencioso-administrativo «los actos impugnables», según reza en la respectiva rúbrica, considera la desviación de poder como infracción del ordenamiento jurídico, literalmente como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

Como en el apreciar el fin por los magistrados territoriales puede también haber desviación—ya que no se ha aceptado la enmienda del Alcalde de Oviedo de que este problema lo examinase el Tribunal Supremo, más alejado de las pasiones locales, y para unificar el criterio sobre desviación de poder en un criterio tan amplio como el contemplado en la anterior definición—, se enfocó y resolvió el problema introduciendo la posibilidad del recurso de apelación, ante dicho Alto Tribunal, de las sentencias que versasen sobre desviación de poder (29).

(28) Cfr. ROYO-VILLANOVA: *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931*, 1934, pág. 296.

(29) Tanto el Ministro de Justicia Sr. Iturmendi, como el Sr. Royo-Villanova, al defender el dictamen de la Comisión de Justicia en las Cortes, sobre el proyecto de Ley de jurisdicción contencioso-administrativa, propugnaron la viabilidad del recurso por desviación de poder, el primero con las siguientes palabras: «Mas no se han excluido expresamente los actos denominados discrecionales en base a que, en primer término, discrecionalidad no significa arbitrariedad, y no cabe confundir lo discrecional con lo arbitrario. Además de que la discrecionalidad suele referirse a alguno o algunos de los elementos del acto, no al acto en bloque y en su totalidad, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos no discrecionales, porque lo contrario equi-

III. DETERMINACIÓN DE LA MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Así como hablamos de las personas que pueden imponer el recurso contencioso-administrativo, debemos saber sobre qué materias ha de versar, o cuándo puede una persona determinada impugnar un acto administrativo. ¿Cuándo el acto es administrativo? ¿Cuándo hay materia administrativa? A estos efectos se conocen dos métodos, denominados uno de cláusula general y otro enumerativo. Por el de cláusula general se establece el principio universal de conceder a los ciudadanos el derecho de usar la protección de los Tribunales contencioso-administrativos contra cualquier acto de naturaleza administrativa contrario a una situación jurídica subjetiva u objetiva. Por el método enumerativo se puede pedir esta protección a los Tribunales contencioso-administrativos tan sólo respecto a aquellas materias que enumera la propia Ley.

En el recurso de plena jurisdicción, por lesión de derechos subjetivos, y en la mayoría de los países, no existe el sistema de cláusula general; en cambio, suele existir, para el recurso de nulidad, así en Francia.

En la Alemania Occidental, según la Ley Orgánica de los Tribunales, de 16 de diciembre de 1946 (cap. 19), permite la cláusula general, facultando la acción ante los Tribunales administrativos por lesión de derechos públicos; sin embargo, algunos paí-

valdría a dar carta de naturaleza a la arbitrariedad que caracteriza el despotismo, y nuestras leyes, inspiradas en un sentido cristiano, niegan el poder arbitrario»; y el segundo lo justifica y lo aclara en los siguientes términos: «Por amplios que sean los poderes de una autoridad, han sido concedidos solamente para un fin o fines determinados. Por eso hay desviación de poder cuando se persiguen fines personales de venganza, lucro, etc.; incluso hay desviación cuando se persigue un fin público que no es el señalado por la ley en el caso concreto, v. gr., si con medidas de policía se persiguen miras fiscales.

De esta manera la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá la facultad de interpretar las leyes que han concedido poderes a los órganos y autoridades administrativas, determinando el fin para el que se les ha sido otorgados.

Así, los Tribunales tratarán de descubrir el espíritu de las normas jurídicas sancionando las violaciones no de la letra, sino del espíritu...»

ses introdujeron el principio de enumeración con cláusula positiva (30).

Nuestro anterior Ley de lo contencioso-administrativo, de 22 de junio de 1894, luego el texto refundido de 8 de febrero de 1952, para la defensa de los derechos subjetivos administrativos, admitía la cláusula general en el artículo primero (31), sin perjuicio de que el Reglamento especialmente eliminase una porción de cuestiones que no pertenecían a la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos, por tratarse de materias pertenecientes a la facultad discrecional o a jurisdicción de categoría ordinaria, civil o penal, y que leyes especiales de Montes, Aguas, Minas, Expropiación forzosa, Concentración parcelaria, aceptasen para las materias en litigio que regulan el recurso contencioso-administrativo. Se confirmó aquel criterio en el Estatuto municipal (art. 253, ap. a), en la Ley municipal, de 31 de octubre de 1935 (art. 223), y Ley de Régimen local (art. 386, ap. a), texto refundido de 24 de junio de 1955 (recurso de plena jurisdicción).

La nueva Ley de lo contencioso-administrativo proclama el principio de cláusula general en su artículo primero, no expresando concreta y directamente qué es materia administrativa, diciendo: «La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración públicos sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley». La impugnación de los actos reglamentarios *erga omnes* queda, pues, introducida, y luego consagrada más ampliamente en el artículo 39, número 1, sin perjuicio de la impugnación por vía de excepción, al aplicarse el caso

(30) Cfr. PETERS: *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949, pág. 195; ULE: *Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtbarkeit*, 1950. Para el Derecho anterior alemán en las que se aplicaban una u otra cláusula, según los países, FLEINER: *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 1928, cap. 18,2, trad. española, páginas 203 y ss.

(31) En el art. 1.º de la Ley de lo contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, luego del texto refundido de 8 de febrero de 1952, se estableció como requisito indispensable para el ejercicio del recurso contencioso-administrativo: «que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo».

concreto (art. cit., núms. 2 y 4), y sin discriminación del carácter o no administrativo.

La Ley entiende a estos efectos por Administración pública :

- a) La Administración del Estado, en sus diversos grados.
- b) Las Entidades que integran la Administración local ; y
- c) Las Corporaciones e Instituciones públicas, sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local.

Anotemos que el texto incorpora una petición de principio, por cuanto que en vez de decir lo que es materia administrativa y ésta sometida o regulada por el Derecho administrativo, y por ende susceptible de contencioso ante la jurisdicción administrativa, hay que deducir el carácter administrativo de la materia de lo que regule el Derecho administrativo.

Sería mejor determinar aquélla, o la relación jurídico-administrativa, mediante la integración de este doble elemento : Administración pública y fin administrativo para saber qué derecho es el aplicable y qué jurisdicción debe intervenir en ello.

Ello se corrige, en parte, en el artículo tercero referente a los contratos públicos, atribuíble su litis a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo segundo de la Ley contiene un enunciado negativo de cláusula general, así expresado : «No corresponderán, por tanto, a la jurisdicción contencioso-administrativa :

a) Las cuestiones de índole civil o penal, atribuídas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones.

b) . Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) Las decisiones de cuestiones de competencia entre la Administración y las jurisdicciones ordinarias o especiales y las de conflictos de atribuciones».

La introducción de la indemnización de daños y perjuicios por los actos políticos o de gobierno, no anulables, supone un avance en el orden jurisdiccional que tenía, sin embargo, en parte, su precedente en el artículo cuarto del Reglamento de procedimiento administrativo, de 22 de junio de 1894, menos exhaustivo que la norma del mencionado apartado b), que tiene un carácter general con una enunciación que afecta a la responsabilidad del Estado por los actos de gobierno.

Se introduce por el artículo tercero una cláusula enumerativa al decir: «La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de:

a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

b) Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; y

c) Las cuestiones no administrativas que una ley le atribuya especialmente».

El artículo cuarto atribuye a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal.

Mas se corre el riesgo de pronunciarse sentencias contradictorias o de barrenar el principio de la integridad o santidad de la cosa juzgada al agregar: «La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente».

IV. IMPUGNACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES

1. *Tesis doctrinal.*—Los reglamentos, aun cuando sean disposiciones de carácter general, leyes desde un punto de vista material, ordenanzas conteniendo preceptos jurídicos, son actos administra-

tivos (Merkl) (32) desde un punto de vista formal, en cuanto dimanen de autoridades administrativas; y, por lo tanto, así considerados, no es extraño se introduzca en las leyes modernas, la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a su impugnabilidad cuando contradicen la ley.

Toda disposición reglamentaria en contradicción con los términos de una ley, o con el espíritu de la misma, se halla viciada de ilegalidad y se considera, por lo tanto, que es impugnabile.

La impugnabilidad de los reglamentos ilegales puede hacerse: a), de una manera directa, o b), por vía de excepción.

a) Directamente, combatiendo el reglamento en sí, la disposición de carácter general dimanada del Poder ejecutivo; b), indirectamente, excepcionando cuando se trate de aplicar que el reglamento es ilegal y, por lo tanto, inaplicable al caso en concreto.

Los franceses ofrecen el doble aspecto de la impugnabilidad de los reglamentos ilegales mediante el recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado o declarando la ilegalidad pronunciada por el Juez, cualquiera que sea, en cualquier procedimiento en que se haya invocado un reglamento ilegal (33).

Se plantea el problema de si los reglamentos que son ilegales, o, mejor dicho, que son legales, pero que pugnan con la Constitución, cuando estos reglamentos se han dictado en ejecución de una ley inconstitucional, pueden ser impugnados en lo Contencioso. Tratándose de una ley que sea inconstitucional, el reglamento, al estar de acuerdo con una tal ley, el reglamento será inconstitucional. Donde hay un Tribunal que controle las leyes constitucionales, lo que debe hacerse es impugnar previamente la ley inconstitucional, de suerte que no se permite controlar la constitucionalidad de un reglamento de acuerdo con una ley a los Tribunales contenciosos. En el Estado español republicano se podía impugnar la ley inconstitucional; pero en tanto el Tribunal de Garantías constitucionales no hubiera declarado la inconstitucionalidad de la ley, el reglamento concorde con una ley inconstitucional

(32) *Teoría general de Derecho administrativo*, trad. española, 1935, pág. 161.

(33) Vid. HAURIOU: *Précis de Droit administratif*, 1933, pág. 567

era válido. Una vez declarada la inconstitucionalidad de ésta, el reglamento caía en su base y pudiera ser desechado y declarado nulo.

Existen excepciones respecto de la declaración de ilegalidad de los reglamentos en períodos normales desde un punto de vista constitucional, como son en los golpes de Estado y en los casos de defensa del territorio y de estado de sitio, creyéndose el Gobierno obligado a regular por decretos, materias reservadas a la legislación. Cuando esta materia haya sido otorgada en virtud de una ley de plenos poderes, parece que el asunto no ofrece ninguna duda. Sin embargo, hay quien sostiene que las facultades legislativas del Parlamento delegadas por la Constitución son indelegables: *delegatus delegare nequit* (34).

La potestad reglamentaria no nace del Parlamento, sino de la propia Constitución. Ciertamente que ésta afecta especialmente cuestiones, reserva materias concretas a la resolución de la ley, y fija ésta el marco de tales cuestiones, pero sin que sea óbice a la facultad del Poder legislativo para delegar en el Poder ejecutivo su regulación en materias no reservadas por las leyes fundamentales al Parlamento, que por antonomasia se llama Poder legislativo. Lo que no puede el Poder ejecutivo es abrogarse las funciones reglamentarias en materias reservadas a la ley.

Y volviendo al tema de los reglamentos ilegales en tiempos de anomalía ha sido planteado en el vecino país galo. A pesar de que en Francia no existió en la tercera República una verdadera doctrina jurídica, o al menos basada en textos constitucionales, relativa a los decretos-leyes; sin embargo, un jurista de tanta nombradía como Hauriou no se atreve a sostener que esos decretos de urgencia dictados en período azaroso para el Estado, de defensa de la integridad de la Patria, o contra las perturbaciones en el orden

(34) Vid. ESMEIN, en «Revue Politique et Parlementaire», agosto 1894, págs. 22 y 23. *Eléments de Droit constitutionnel*, 1909, pág. 610. BERTHÉLEMY: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1923, pág. 109. Criterio opuesto: GEORGE CAHEN: *La loi et le règlement*, pág. 237. POSADA: *El Reglamento*, «Enciclopedia jurídica española», t. 27. Cfr. la discusión doctrinal en el problema planteado en el texto en mi *Teoría general de las fuentes de Derecho*, 1926, págs. 132-34.

interior, o porque una ley de circunstancias lo haya ordenado por la llamada ley de plenos poderes, no se atreve a declarar, repito, que esos reglamentos ilegales puedan ser impugnados ante lo Contencioso (35). Algunos autores justifican los decretos-leyes en cuanto que es obligatorio el aseguramiento de la continua prestación del servicio público. En este sentido se expresa Alibert (36). Precisa para otros que el Poder ejecutivo está asistido de una ley de autorización que le señala sus límites (Rolland, Jèze) (37), incluso en punto a la jurisdicción territorial (Duguit) (38).

Ivon Gouet (39), a este respecto, justifica, de acuerdo con el

(35) Cfr. HAURIOU: *Précis*, cit. Del mismo autor, *Précis de Droit constitutionnel*, 1929, págs. 448 y ss.

(36) «Las leyes y decretos constituyen, por excelencia, las reglas de Derecho. Su desconocimiento son un exceso de poder...»

«Los decretos-leyes deben ser asimilados a la ley en los períodos de crisis, es decir, en tiempo de guerra o de revolución».

«La jurisprudencia ha reconocido un carácter legislativo y obligatorio a los decretos de los Cónsules; a los decretos posteriores a la Constitución del año VIII que no han sido anulados por el Senado conservador de la Constitución; a los dictámenes del C. de E. de la misma época; a los decretos-leyes del Príncipe Presidente (1851-52); a los decretos del Gobierno defensor nacional en 1870; a los decretos dictados por el Gobierno entre el 2 de agosto de 1914 y la reunión de las Cámaras en el mes de diciembre del mismo año, para adaptar la legislación al estado de guerra.

Los decretos tienen con la ley un valor imperativo para los administrados, para la Administración y para el Juez.

El Presidente de la República ha recibido de la Constitución un poder reglamentario para asegurar la ejecución de la ley y para organizar los servicios públicos. (Los decretos que se dictan espontáneamente o por delegación del legislador constituyen prescripciones obligatorias, cuya violación supone un exceso de poder.) ALIBERT: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, pág. 261.

(37) ROLLAND: *Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre*, en «Revue de Droit Public», págs. 343 y ss. Cfr. JÈZE, en la misma revista, 1914, pág. 54.

(38) *Traité de Droit constitutionnel*, II, pág. 461 («Manuel de Droit constitutionnel», 1924, págs. 536 y ss.). Justifica Duguit en este texto que acabamos de citar la aprobación de las ordenanzas de necesidad, pero con dos condiciones: 1.ª, cuando materialmente—v. gr., movilización de Diputados para la guerra—no se puede recurrir al Parlamento; 2.ª, que el Reglamento que regula materias legislativas sea redactado bajo la condición tácita o expresa de que será sometido a la aprobación del Parlamento en su primera reunión.

(39) IVON GOUET: *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, 1932*, págs. 196, 219 y 220.

Consejo de Estado, que en circunstancias perentorias se veía obligado el Poder ejecutivo a dictar normas urgentes, aun en materia que corresponde a las leyes, fundamentado en el artículo 3.º de la Ley de 25 de febrero de 1875, según el cual incumbía al Presidente de la República velar por la ejecución de las leyes; es decir, porque en toda época los servicios públicos que las leyes organizan estén en estado de funcionar. Por ello, añade, el Ejecutivo tiene el poder de tomar las medidas todas que pidan las circunstancias para, de esta suerte, asegurar, en interés de la defensa nacional, la ejecución de la ley.

Es con ésto, es decir, como una interpretación extensiva de la ley, con lo que Ivon Gouet cree que el Consejo de Estado ha encontrado una conciliación entre el principio de la legalidad y el refuerzo del Ejecutivo. El Consejo de Estado va a interpretar los textos legislativos y ordinarios, dice, en favor del Ejecutivo en un sentido mucho más amplio que en tiempo normal, interpretación ésta que, por otra parte, va a encontrar su expresión, no sólo en caso de guerra, sino también en todas las épocas de crisis y en todas las necesidades de la seguridad interior y exterior atravesadas por el Estado siempre, claro está, de un lado, si el Gobierno no utiliza estos poderes con otro fin distinto del de hacer frente al daño que amenaza al Estado y de otro, si el Gobierno no se ha excedido de alguna manera.

Ivon Gouet, de acuerdo con Duguit, trata de dar una interpretación jurídica a su teoría, utilizando la *opinio juris*, es decir, la común opinión colectiva, en la que reside para él la regla del Derecho, de tal forma, que los Gobiernos tienen entonces, si no un derecho, a lo menos un deber y un poder de recogerla y de traducirla el Derecho positivo.

En la actualidad se acepta la redacción de decretos-leyes derogatorios o modificatorios de leyes anteriores. Así la Ley de 17 de agosto de 1948 confiere una autorización de tal índole al Gobierno en las materias enumeradas en el artículo 7.º, oído el Consejo de Estado, a reserva de ratificación del órgano legislativo, sin que pugne con el artículo 13 de la Constitución de 1946, que consagra

la facultad legislativa únicamente para la Asamblea nacional y proclama el principio de que tal derecho no puede ser delegado.

Se interpreta que no puede delegar la función de una manera perenne y definitiva, pero sí su ejercicio para el caso concreto.

El artículo 7.º de la misma Ley de 1948 permitía adoptar decretos contrarios a la ley en el orden fiscal, antes del 1.º de enero de 1949 (40).

Se admite contra los decretos-leyes franceses, en tanto no sean confirmados por el Parlamento, el recurso por exceso de poder (41). En este recurso se discutirá, sin duda, la inoportunidad o la falta de circunstancias para promulgar un reglamento ilegal.

2. *El Derecho español.*—Sentado el principio de la impugnación de las disposiciones de inferior categoría a la ley en el artículo 1.º del texto legal de lo Contencioso-administrativo de 1956, ante esta jurisdicción, el artículo 39 de la misma desarrolla o desdobra este principio así: a), impugnación general o directa de tales disposiciones de la Administración central, local y de la institucional; y b), impugnación indirecta, al dictarse el acto concreto que se produjera en aplicación de la misma, fundado en que tales disposiciones no son conforme al Derecho.

Este segundo aspecto de la impugnación era admisible en la Ley de 22 de junio de 1894 en su artículo 3.º (igual al artículo del texto refundido de 8 de febrero de 1952), así expresado: «El recurso contencioso - administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos».

La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal venía requiriendo que en el escrito interponiendo el recurso contra el acto administrativo y en el que se reclamaba el expediente de la oficina en que se hallase, y manifestando el domicilio del actor o de su

(40) ROLLAND: *Précis de Droit administratif*, 1953, pág. 167.

(41) Vid. LAUBADÉRE, *ob. cit.*, pág. 201.

representante para oír las notificaciones (art. 33 de dicha Ley, 32 del texto refundido de 8 de febrero de 1952, y 264 del Reglamento de 22 de junio de 1894), se suplicase la revocación del acto administrativo y la declaración de ilegalidad de la disposición reglamentaria aplicable al caso concreto por la jurisdicción contencioso-administrativa (42).

Nosotros entendíamos que bastaba aludir a la revocación del acto administrativo en los fundamentos de Derecho y en que se pidiera la nulidad de la disposición reglamentaria ilegal en el súplico de la demanda, que es donde con claridad debía de formularse la pretensión que se deduzca (art. 4.º Ley de lo contencioso, texto refundido).

El texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, en el aludido al 3.º, agrega que: «podrá interponerse el mismo recurso, del contencioso-administrativo, contra las órdenes y reglamentos municipales, una vez que tenga carácter ejecutivo».

Este texto es refundición del artículo 386, número 2 de la Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950, que es natural se hubiera incorporado al texto refundido de la Ley sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La impugnación de un reglamento ilegal podía ya impugnarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 253, número 2, Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, en cuanto era producto de un acuerdo de la Corporación municipal que infringiese una disposición administrativa con fuerza legal, cuya observación pidiese cualquier vecino o Corporación, aunque no hubiesen sido agraviados individualmente en su derecho, lo que en esencia reprodujo el artículo 223, apartado b), número 1 de la Ley municipal de 31 de octubre de 1935.

(42) «Es incompetente esta jurisdicción—la del T. S.—para conocer del fondo del asunto cuando, solicitada la revocación del acuerdo recurrido, concretamente no se suplica la inaplicación de la orden general de la que traen causa y que en sí determinaron la vulneración del derecho preexistente establecido a favor del recurrente» (SS. 3 junio 1947, 12 marzo, 22 abril, 13 mayo 1948, 4 febrero 1949, 6 febrero, 2 abril 1951).

Asimismo era desde 1924 y son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa las ordenanzas de arbitrios municipales—y las de arbitrios provinciales desde 1925—que contraviesen las leyes (art. 323 del Estatuto municipal ; art. 217, apart. b) Estatuto provincial ; art. 272, Decreto de 25 de enero de 1946 ; artículo 726, párrafo 1.º, Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955).

Como criterio personal creemos que la impugnación *erga omnes* contra una disposición reglamentaria aprobada por el Gobierno, no debiera tener lugar no siendo ante un órgano dentro del Tribunal Supremo, presidido por su Presidente y del que formaren parte los seis Presidentes de todas las Salas o los Magistrados más antiguos de cada una, en defecto de los Presidentes. Se trata de una anulación de disposiciones generales. La categoría del más alto órgano del Poder ejecutivo requiere paridad en la discusión e impugnación de sus disposiciones de carácter general.

V. EL PROBLEMA DE LOS RECURSOS PARALELOS Y DE LOS MAL PLANTEADOS O EQUIVOCADOS

1. *Recursos paralelos.*

A los efectos procesales pueden admitirse dos vías para impugnar un acto administrativo. Ello acaece en el Derecho francés con el recurso de exceso de poder y con el de plena jurisdicción. El caso es patente en los recursos paralelos (43). Con la consiguiente reserva, es admisible uno después del otro. Sin embargo, el recurso por exceso de poder no es admisible si la parte lesionada por un acto administrativo, viciado de ilegalidad, puede obtener satisfacción ejerciendo otro recurso, llamado recurso paralelo, ante una jurisdicción ordinaria o administrativa (44).

De suerte que, habiendo posibilidad de interponer éste, se deberá

(43) Vid HAURIOU: *Précis de Droit administratif*, 1953, pág. 463

(44) LAFERRIÈRE: *Traité de la jurisdiction contentieux administrative*, t. 2, página 474.

hacer expresa reserva de utilizar el de exceso de poder, si el Tribunal judicial o administrativo declarase su propia incompetencia.

El Consejo de Estado—habría que agregar hoy los Tribunales administrativos que, en general, admiten después de la reforma de 1953 (Ley de 11 de julio, Decreto de 30 de septiembre) el recurso por exceso de poder—no quiere sustraer, como dice Laubadère (45), los procesos a los jueces naturales, aplicando el principio *generalia specialibus non derogat*. No es, pues, admisible el recurso por exceso de poder, cuando el interesado tiene a su disposición una vía contenciosa paralela (46). La excepción del recurso paralelo ha servido de defensa al Consejo de Estado francés contra el empleo abusivo del recurso por exceso de poder (47).

En el Derecho español se podía interponer el recurso de plena jurisdicción y subsidiariamente el de nulidad frente a los actos de la Administración local (arts. 390, Ley de Régimen local, y 67, Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, texto refundido de 1952). Si no se interpone subsidiariamente era preciso al interponer uno, a fin de que no prescribiera el otro, hacer expresa reserva del derecho a ejercitar acción distinta de la utilizada para el caso de que el primero no prosperase (art. 381 Ley de Régimen local).

La nueva Ley de lo contencioso silencia esta cuestión al no discriminar dichos dos recursos de plena jurisdicción y de nulidad.

2. Recursos equivocados.

Puede haber error al plantear o ejecutar la acción sobre la competencia de jurisdicción geográfica o territorial, o de grado del Tribunal contencioso, en atención a la cuantía o entidad del asunto litigable, o en orden a la naturaleza del asunto que sea civil o perteneciente a otra jurisdicción que no sea la contencioso-administrativa.

(45) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6.^a ed., pág. 131.

(46) ROLLAND: *Précis de Droit administratif*, 1953, págs. 344-45. GUILLIEN: *L'exception de recours parallèle*, 1934.

(47) LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1953, pág. 573.

Frente a la Administración central, en los primeros de los expresados casos, no hay forma de impedir la caducidad del recurso. Tratándose de error en calificar la naturaleza del asunto, así, pues, si hay que ejercitar una acción civil, la clave del problema es más soluble, no sólo porque el plazo de prescripción es más largo, sino porque se admite la interrupción, y a tales efectos se dice en el artículo 1.973 del Código civil: La prescripción de acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

Puede haber equivocación en utilizar el interesado la vía gubernativa en vez de la contencioso-administrativa. Entonces si la autoridad ante quien recurre se declara incompetente, sólo podrá utilizarse para interponer el recurso contencioso. El resto de plazo que quede, deducido el empleado en la vía gubernativa, caducando su derecho si hubiese aquél transcurrido por completo; mas si la autoridad administrativa se hubiese estimado competente resolviendo el recurso, no perjudicará al interesado el tiempo invertido en la sustanciación del mismo, aunque sí el que invirtió hasta interponerlo, si después se anulase todo lo actuado por el Tribunal de lo contencioso-administrativo (art. 475 del Reglamento de Procedimiento contencioso-administrativo de 1894).

En todo caso, el problema queda perfectamente solucionado frente a la Administración local, con la reserva del recurso paralelo. Así el artículo 381 de la Ley de Régimen local (texto refundido de 24 de junio de 1955) dispone: «Los actos y acuerdos de las Autoridades o Corporaciones locales no podrán ser impugnados simultáneamente por una misma persona en diferentes vías. Podrá, no obstante, hacer expresa reserva del derecho a ejercitar acción distinta de la utilizada para el caso de que ésta no prospere, entendiéndose preparado en tiempo hábil el procedimiento correspondiente».

En la nueva Ley de lo contencioso-administrativo no se hace alusión a reserva del recurso paralelo, empero ello no supone sea derogado el transcrito artículo 381, en cuanto afecte a otras jurisdicciones, por la disposición segunda final de la referida Ley. Unica-

mente en el artículo 39, párrafo 4.º de ésta se dice que la falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2.º.

Este supuesto es el que se refiere al ejercicio de la facultad de un lesionado en su derecho a impugnar los actos de la Administración que se produjeran en aplicación de disposiciones generales no conformes a Derecho.

Ahora bien, si el Tribunal aprecia que no existe tal infracción en la impugnación directa de la disposición de carácter general, ¿no es alegable la excepción de la cosa juzgada, si en la impugnación concreta se pretende declarar la antijuridicidad de la disposición juzgada legal *erga omnes*? Únicamente, creemos, será impugnable si el Tribunal no declaró la antijuridicidad de la disposición, sino únicamente su propia incompetencia por razón territorial o de grado, o la falta de personalidad en el recurso.

Mas queda en pie el problema de la caducidad o no del recurso que llamaríamos de plena jurisdicción, es decir, si al interponer el recurso seguido por la misma persona que presentó el primero desestimado por las razones acabadas de expresar, interrumpe el plazo para hacerlo, basado en el supuesto concreto. Creo que habría que hacer expresa reserva de plantear el segundo, al menos respecto de la Administración local, por cuanto que no pugna, según ya opinamos, el artículo 381 mentado en la Ley de Régimen local con la nueva Ley de lo contencioso, pues de lo contrario debía de considerarse derogado por su disposición segunda final.

VI. ¿QUIÉNES PUEDEN INTERPONER RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONTRA QUIÉN?

1. La nueva Ley (art. 29) utiliza el término legitimación para la facultad de accionar en vía contencioso-administrativa y aun sin pretender discriminar el recurso de anulación y el de plena jurisdicción, confiere distintas facultades, según la persona recurrente sea o no lesionada en su derecho derivado del ordenamiento jurídi-

co. Si lo es puede recurrir para solicitar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma.

En el supuesto de infracción de un acto o disposición de la Administración del ordenamiento jurídico sin vulneración del derecho subjetivo, basta tener interés directo en el asunto.

Además—como ya hemos examinado—, se puede impugnar las disposiciones de carácter general de la Administración contrarias al Derecho objetivo superior, directamente o al ser aplicadas (artículos 39, núms. 1 y 2). Si el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración central, estarán legitimadas para ello, según el artículo 28, apartado b) de la Ley, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, salvo en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 3.º, o sea si hubieran de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual en que bastará la legitimación directa de éstos.

Entiende la nueva Ley, a tenor de la moderna técnica procesal, por legitimación, las personas que con capacidad procesal pueden contender en la vía jurisdiccional administrativa. Por esto sigue recibiendo el nombre de contencioso.

Como innovación admite la Ley (art. 27) con capacidad procesal, no sólo la persona que lo ostente con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, sino la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos, cuyo ejercicio esté permitido por el Ordenamiento jurídico-administrativo, sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente.

La Administración autora de algún acto que, en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiera anularlo o revocarlo por sí misma, estará legitimada para deducir cualquiera de las pretensiones a que se refieren los párrafos que anteceden. Comporta este texto para la Administración la misma facultad del recurso, llamado en la anterior Ley de lesividad, y ahora también se precisa la declaración

previa de lesión de interés según regula el artículo 56 que dice: «Cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años a contar de la fecha en que hubiera sido dictado» (48).

Si el acto emanare de la Administración del Estado la declaración de lesividad deberá revestir la forma de orden ministerial, y en los demás casos habrá de reunir los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos por el órgano supremo de Entidad, Corporación o Institución correspondiente.

Los actos dictados por un Departamento ministerial no podrán ser declarados lesivos por Ministro de distinto ramo, pero sí en virtud de orden acordada en Consejo de Ministros.

2. Como parte demandada se admite a la Administración de que proviniera el acto o disposición a que se refiere el recurso, y las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando una Corporación o Institución dictare algún acto o disposición, pero éstos no fueren firmes sin previa autorización, aprobación o conocimiento de oficio o a instancia de parte, de la Administración estatal o de otra entidad administrativa, se entenderá por Administración demandada: la Corporación o Institución que dictare el acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización fuere aprobatorio del mismo, y la que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprobare el acto o la disposición. En este último caso habrá que sobreentender que el derecho a reclamar lo ejercerá la persona administrativa que dictare el acto desaprobado y no un tercero, a menos que se pretenda dar alcance en este caso, conforme al apartado a) del artículo 28 de la Ley referida, a los que

(48) Vid. GASCÓN HERNÁNDEZ: *La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración*, en «Rev. de Estudios Políticos», núm. 7, 1942, págs. 125 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, en «Rev. de Administración Pública», núm. 2, págs. 57 y ss. GARCÍA ENTERRÍA: *La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad*, en la misma «Revista», núm. 20, 1959, págs. 69 y ss. GUAITA: *El proceso administrativo de lesividad*, 1952.

tengan interés directo, pero equivaldría ello a ser más papista que el Papa y a sustituirse un particular a la propia Administración interesada.

Ello sin perjuicio de que pueda—aun no habiendo sido demandada, pues podrá intervenir en el proceso como parte coadyuvante del demandado—personarse ante la jurisdicción cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa, quienes podrán también intervenir como coadyuvante de la Administración que demandare la anulación de sus propios actos lesivos.

Los Colegios oficiales, Sindicatos, Cámaras, Asociaciones y demás entidades constituídas legalmente para velar por intereses y derechos profesionales o económicos determinados estimo deberán estar legitimados para actuar como coadyuvante en defensa de estos intereses o derechos.

3. Salvo el caso que seguiremos llamando de lesividad, sobre revocación de actos propios (arts. 28, núm. 3, y 56 de la Ley) no podrán interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública :

a) Los órganos de la misma, salvo en el caso previsto en la Ley de Régimen local sobre la suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales.

b) Los particulares cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

Los órganos administrativos por sí, con la salvedad predicha, no tienen personalidad jurídica. Otra cosa sea la defensa de los derechos administrativos que disfrutan y desean hacer prevalecer jurisdiccionalmente los titulares de tales órganos.

VII. CONCLUSIÓN

La nueva Ley de lo contencioso-administrativo, en el artículo 62 y concordantes, abrevia trámites procesales con la admisibilidad del recurso sobre cuestiones que en la vieja se conocían como excepciones perentorias (art. 33); exige la intervención de abogado en

los asuntos no defendibles por los funcionarios públicos, cuando éstos supliquen el respeto a sus derechos como tales; admite el silencio administrativo, tanto en los actos impugnados de la Administración lo mismo central o local (arts. 38 y 58, núm. 4), como de los resolutorios del recurso previo necesario de reposición (artículo 55), siguiendo el criterio de la Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955 (arts. 374, 388, núms. 2 y 3), y corrigiendo la doctrina errada del Tribunal Supremo, contraria a la doctrina francesa favorecedora del administrado, instituída a este efecto no para sorprenderle o cazarle en un cebo o trampa por incauto, abusando de su ignorancia (49); y otras novedades que en el estrecho marco de un artículo de Revista no es posible glosar, algunas de las cuales dejaremos para diversos capítulos del «Tratado general de Derecho Administrativo», ya en vía de publicación.

SABINO ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO
Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático
de Derecho Administrativo

(49) Así dice el preámbulo en la exposición de motivos de la nueva Ley que: «el silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración puede eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado», y más adelante agrega: «fijar un plazo de dos meses para que puedan deducirse las reclamaciones correspondientes a las desestimaciones por silencio administrativo equivale a condenar a indefensión a la gran masa de administrados españoles y admitir que, para ellos, habrán de prevalecer casi siempre, por no interponer el recurso oportunamente, los actos no conformes a Derecho realizados en virtud de la sutil figura del silencio administrativo».