

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PUBLICO EN EL CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO: ORIGENES Y EVOLUCION (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. *La doctrina de la prioridad de pronunciamientos o del orden de examen de las cuestiones en el proceso contencioso.* Descripción y primer análisis de sus consecuencias.—II. LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO EN LA EVOLUCIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO HASTA 1888: 1. Primera aproximación a sus orígenes. 2. Lo contencioso-administrativo en la primera etapa revolucionaria. 3. La aparición del recurso por exceso de poder. 4. La trascendencia de la aparición del recurso por exceso de poder y la necesidad de una justificación *a posteriori*. 5. El proceso de consolidación del recurso por exceso de poder y sus características definidoras. 6. La situación de la doctrina jurídico administrativa española en el período inmediatamente anterior a las Leyes de 1845. 7. La primera configuración del recurso contencioso en las Leyes de 1845. 8. El apartamiento del sistema francés: recurso por exceso de poder y doctrina de los vicios de orden público. 9. El apartamiento del sistema francés: recurso por exceso de poder y configuración revisora de nuestro proceso contencioso.—III. LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO DESDE 1888 HASTA 1956: 1. El estado de la doctrina en la época inmediatamente anterior a la Ley SANTAMARÍA. 2. Lo contencioso-administrativo en la Ley SANTAMARÍA. 3. La lucha por la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad durante la vigencia de la Ley SANTAMARÍA: a) El planteamiento de la lucha y las primeras formulaciones jurisprudenciales. b) Los intentos de utilización de la incompetencia y el vicio de forma en un sentido funcional: la noción de abuso de poder. c) La significación de la doctrina de los vicios de orden público. Su funcionalidad en el marco de la Ley SANTAMARÍA. 4. Las consecuencias de la doctrina de los vicios de orden público en el marco jurisdiccional anterior a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956.

INTRODUCCIÓN.

Una de las construcciones más interesantes de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa y, sin duda alguna, la más singular es la que constituye la llamada doctrina de los vicios de orden público. Determinadas cuestiones, generalmente las que se refieren a problemas de forma y de procedimiento, se consideran por la jurisprudencia como trascendentes al interés particular de los litigantes, es decir, de interés público, y en base a ello su examen y valoración se realizan desde perspectivas que

(*) Este trabajo constituye la primera parte de un libro en preparación sobre *Los vicios de orden público en el contencioso-administrativo*.

hacen excepción a los principios informadores del sistema jurisdiccional. Estas excepciones, como se verá, tienen una gran importancia, ya que por la generalidad, y, al mismo tiempo, la simplicidad con que se formula la doctrina en cuestión en la actualidad, proyectan su influencia sobre todas las fases del proceso contencioso, desde su iniciación hasta la sentencia misma, incidiendo incluso sobre su configuración y sobre los principios que lo inspiran.

Por otra parte, como la doctrina de los vicios de orden público es ya una doctrina antigua que cuenta con arraigo y tradición —ya veremos hasta qué punto—, su aplicación se realiza de una manera tópica, axiomática y, en general, indiscriminada, sin necesidad de apoyarse en justificaciones concretas, y, en forma igualmente tópica, viene siendo aceptada por la doctrina. Prueba evidente de esto último es la ausencia de todo estudio específico sobre la misma, ausencia bastante sorprendente por lo demás, dada su singular trascendencia teórica y práctica y el importante papel que ha desempeñado en la evolución de nuestro contencioso-administrativo. Hay en todo este proceso una gran parte de rutinario conformismo que alcanza tanto a los Jueces como a los profesionales y estudiosos del Derecho administrativo y que se explica, desde luego, si se tiene en cuenta que la referida doctrina ofrece seguros refugios de fácil acceso para resolver, siquiera sea parcialmente, espinosos problemas.

Al abordar el estudio de esta doctrina lo primero que llama la atención, como se ha indicado ya, es el carácter axiomático de su formulación, es decir, la ausencia de justificaciones técnicas de su sentido y de las razones determinantes de su aplicación. De la jurisprudencia actual no puede obtenerse en este punto otra cosa que su descripción, lo cual, por otra parte, constituye un punto de partida obligado.

Antes de comenzar el análisis es necesario, sin embargo, precisar que la doctrina de los vicios de orden público está íntimamente ligada a otra tesis, estrictamente procesal: la doctrina de la prioridad de pronunciamientos o del orden de examen de las cuestiones. La unión de ambas proporciona el cuadro de datos necesario para configurar exactamente la primera de ellas, tal y como se presente en la actualidad.

La doctrina de la prioridad de pronunciamientos o del orden de examen de las cuestiones en el proceso contencioso.

1. Tan antigua como la administración de justicia es la idea del sometimiento del acceso al Juez a una serie de formalidades específicas llamadas a asegurar el orden y la regularidad de la mecánica jurisdiccional, de forma que su cumplimiento y observancia se concibe como una exigencia ineludible a la que se condiciona el enjuiciamiento del fondo de los debates. Para llegar a éste es, pues, preciso acreditar la personalidad del actor, su representación, la relación con el objeto del litigio que haga legítima la presencia de actor y demandado en el proceso; es preciso, igualmente, dirigirse a un Juez competente por razón de la materia, el territorio o el grado, dentro, además, de un determinado plazo. Cumplidos estos requisitos, es decir, dentro del marco de un proceso admisible y admitido, es como se produce el debate y la discusión.

La lógica procesal impone, pues, que siempre que se planteen dudas acerca de la admisibilidad misma del proceso, estas dudas se resuelvan con carácter preferente y excluyente, puesto que carecería de sentido decidir una controversia que es inadmisibile desde su plantamiento inicial por tratarse de una cuestión ya decidida o proponerse ante un Juez carente de jurisdicción o competencia o por, o frente a, un litigante ajeno a la misma, etc.

Por lo demás, y en lo que se refiere al proceso ordinario, ningún obstáculo definitivo se deriva de esta lógica específica, ya que el proceso es esencialmente repetible y puede volver a plantearse, en general, ejercitando de nuevo la acción en las condiciones previstas por la Ley. De este modo se asegura el respeto a las formas, en cuanto constituyen garantía de la efectividad y corrección de las decisiones de fondo, sin que este respeto pueda volverse en perjuicio de la justicia misma.

Este esquema lógico tradicional se aplica igualmente al proceso contencioso-administrativo, en virtud de una transposición realizada sin tener en cuenta las especialidades propias del mismo. Por aquí discurre toda una problemática específica derivada esencialmente de la irrepetibilidad del recurso contencioso y de la configuración de los plazos como plazos de caducidad, que, con ser muy importante, no interesa ahora (1).

2. Lo que sí importa subrayar son las especialidades propias de la doctrina de la prioridad de pronunciamientos en la jurisdicción contencioso-administrativa, especialidad consistente en la introducción de un tercer miembro en el binomio tradicional «admisibilidad-fondo», propio del proceso ordinario. Este tercer miembro que no sólo se suma, sino que se antepone a los otros dos son, precisamente, las cuestiones de orden público.

La afirmación que antecede, tal y como está formulada, requiere una explicación: en el proceso ordinario existen también cuestiones de orden público, es decir, cuestiones cuyo examen y pronunciamiento es preferente y excluyente respecto de cualquiera otra y en relación a las cuales el Juez puede tomar la iniciativa pasando por alto el carácter rogado de la jurisdicción y el principio dispositivo que informa toda la regulación del proceso, pero estas cuestiones son tan reducidas en número que se consideran como rigurosas excepciones (2), mientras que en el proceso contencioso-administrativo estas excepciones por su generalidad constituyen una verdadera regla, aunque esta regla merezca también por otros motivos el calificativo de excepcional.

(1) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en el número 42 de esta REVISTA, pág. 274.

(2) El proceso civil es fundamentalmente cosa de las partes, por ello se rige por el principio dispositivo —*ne procedat iudex ex officio, sententia debet esse conformis libello*—. En rigor, el Juez civil sólo puede plantearse de oficio su propia competencia (art. 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o la concurrencia de una causa legítima de recusación (art. 190). Naturalmente, este principio es susceptible de matices, pero a los efectos de lo dicho en el texto puede prescindirse de ellos en este caso.

La simple transcripción de algunos pronunciamientos típicos confirmará sin más el alcance de la aclaración :

Sentencia de 14 de diciembre de 1965.

«Las peticiones claramente formuladas en el suplico de la demanda son: primera, que se declare la nulidad de actuaciones desde que debió oírse a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, y segunda, que, en defecto de lo anterior, la Sala anule en cuanto al fondo los actos administrativos objeto sustancial del recurso; y, por su parte, la Abogacía del Estado solicita en primer término que se declare la inadmisibilidad del recurso y, en segundo término, que, desestimando la demanda, se confirme la resolución recurrida; de todo lo cual se deduce que el orden de preferencia con arreglo al cual la Sala ha de enjuiciar las pretensiones de las partes, *habida cuenta de que cada una de las peticiones así jalonadas es obstáculo para examinar las siguientes, ha de ser lógicamente*: primero: la cuestión de los defectos de tramitación en el expediente que puedan determinar la nulidad de actuaciones, *materia siempre y «a priori» de la competencia de este Tribunal*; segundo: el tema de la admisibilidad del recurso en cuanto al fondo, es decir, en relación con la sustancial pretensión del actor, o sea, si es procedente encauzar en un recurso contencioso-administrativo tal pretensión o si ésta es de naturaleza civil y debe plantearse ante los Tribunales ordinarios, y tercero: *en la hipótesis de desestimación de las dos alegaciones anteriores*, la cuestión de fondo del litigio, o sea, la conformidad o no conformidad con el Derecho vigente de la solución dada al deslinde de que se trata por la Orden recurrida».

Sentencia de 31 de enero de 1967.

«Según jurisprudencia reiterada en sentencias de 23 de abril de 1963 y 14 de noviembre de 1965, el orden de preferencia con arreglo al cual el Tribunal debe estudiar y enjuiciar las pretensiones de las partes, cuando tienen diferente alcance procesal sus contrapuestas alegaciones, y *cada una de éstas puede ser obstáculo para examinar las restantes ha de ser lógicamente*: Primero, *la cuestión de los defectos de tramitación que puedan determinar la nulidad de actuaciones, ya que esta cuestión por ser de «orden público» puede ser apreciada, incluso de oficio, en vía jurisdiccional, de tal forma que si se estimase, serían innecesarios los restantes pronunciamientos sobre inadmisibilidades y sobre la resolución de la cuestión de fondo del litigio».*

Sentencia de 7 de octubre de 1965.

«Según constante jurisprudencia, reiterada en sentencia de 23 de abril de 1963, cuando las contrapuestas alegaciones de las partes tienen un diferente alcance procesal se impone escalonar, condicionalmente, su examen *siguiendo el orden tradicionalmente establecido por la doctrina antes y después de la Ley jurisdiccional*, es decir, examinar, en primer término, las alegaciones contra la validez de la resolución recurrida, basadas en la supuesta concurrencia de tachas esenciales en las actuaciones que la precedieron; en segundo lugar, *en el caso de que no se acogieran aquéllas*, pasar al estudio de las alegaciones de inadmisibilidad planteadas por la representación de la Administración y, por último, desestimadas éstas, entrar a conocer de los problemas de fondo de la litis».

Sentencia de 27 de septiembre de 1966.

«Por imperativos de una adecuada ordenación procesal *ha de examinarse ante todo el tema de la nulidad por vicios de procedimiento, ya que al ser éste de orden público* el enjuiciamiento de la cuestión formal ha de preceder al de las demás implicadas en el pleito».

Con las excepciones lógicas, que no hacen sino confirmar la regla general, la doctrina expuesta funciona con absoluta rigidez (3), saliendo al paso de cualquier intento dirigido a alterar indirectamente el orden de

(3) Las excepciones a la rigidez aludida se producen sobre todo en relación al problema de la caducidad, que es el obstáculo más difícil de franquear por la doctrina que se analiza. En su momento se verá por qué en ciertos casos la rigidez de esta doctrina se detiene aquí. Por el momento basta citar la excepción, tal y como se formula en la *sentencia de 16 de marzo de 1965*, confirmada, a su vez, por las de *7 de octubre y 30 de diciembre de 1966*. Dice así dicha sentencia: «La doctrina sentada en diversas sentencias, innecesarias de citar por conocidas, de que las cuestiones de procedimiento son las primeras a examinar en la función del Tribunal, revisora de la legalidad, tiene su excepción cuando se alegue también como ahora la caducidad de la acción, ya que entonces, según se estableció en otras sentencias de esta jurisdicción, cuales las de 29 de septiembre de 1947, 7 de octubre de 1950, 1 de febrero de 1952, 21 de diciembre de 1955, 8 de mayo de 1961 y 5 de diciembre de 1963, la Sala ha de resolver primordialmente respecto de si la acción se ejecutó dentro del término legal, pues de hallarse extinguida, impediría ello el examen de las cuestiones suscitadas en la demanda, porque sin acción no hay pleito (sentencia de 21 de diciembre de 1955), con lo que la declaración de haber fenecido el período de su viable ejercicio, impide a la jurisdicción cualquier pronunciamiento sobre la validez de lo actuado, atendido a que el inicio del procedimiento contencioso-administrativo ha de producirse obligadamente a instancia de parte, promovida en el tiempo fijado al efecto y, de tal suerte, éste expirado, desaparece la oportunidad de instar, y con ella la base legal, insustituible para que el Tribunal pueda conocer de incidencia alguna —fuera de la prescripción— del proceso; en realidad, inexistente en derecho siempre que se pretende promoverlo tardíamente, vedada cual está la incoación de oficio, en ausencia del interés de parte comparecida en su plazo».

preferencia por ella establecido. Al servicio de ello se sitúa el carácter excepcional de la misma, tal y como lo interpretan las sentencias de 24 de diciembre de 1965 y 11 de febrero de 1966. En ambas sentencias se afirma que :

«... el Tribunal no olvida que sobre la letra material del artículo 81 de la Ley jurisdiccional, *una doctrina heredada del periodo de anterior regulación de este procedimiento* —el sometido a los textos de 22 de junio de 1894 y 8 de febrero de 1952— declara lícito y factible el previo enjuiciamiento, incluso de oficio, de la legalidad y regularidad de las actuaciones gubernativas que han conducido al acto revisado con el fin de que cuando se aprecie la preexistencia de tacha esencial e insubsanada que ocasione la nulidad de las actuaciones, incluido el acto recurrido, pueda declararse sin haberse pronunciado sobre la admisibilidad del recurso con el exclusivo fin de provocar una nueva actividad administrativa, que a través de cauces válidos conduzca a una nueva expresión de la voluntad de la Administración, respecto de la cual subsistirán en su inalterado contenido las reglas generales del ordenamiento jurisdiccional sobre sus condiciones de admisibilidad a la revisión dentro del mismo, sino que tiene en cuenta el carácter excepcional de dicha doctrina, que impone en todos los casos en que se esgrime la necesidad de discernir cuidadosamente su alcance aplicativo, evitando que una hábil transformación de las cuestiones de fondo en tachas supuestamente adjetivas, evada el orden de enjuiciamiento del citado artículo 81 y desconozca o conculque cuanto la Ley configura como requisitos exigibles en los actos para que pueda entrar en la esfera de la revisión contencioso-administrativa».

Hasta aquí los términos en que se formulan los aspectos estrictamente procesales de la doctrina en cuestión, suficientemente descriptivos, en mi opinión, para abordar un somero análisis de sus consecuencias. Por el momento carece de interés detenerse en comentar los supuestos de aplicación concreta de esta doctrina, cuestión que requiere un análisis más detenido que sólo más adelante podrá abordarse. Sin embargo, y con fines estrictamente descriptivos, conviene aludir desde ahora a uno de estos supuestos, verdaderamente típico y que está en la línea de las mejores tradiciones de nuestro contencioso-administrativo. Con la alusión al mismo quedará completo el elemental panorama inicial que ha de servir de punto de partida. Pues bien, se trata, concretamente, de la célebre sentencia del diario *Pueblo*, de Sevilla, dictada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo el 23 de marzo de 1963, siendo Ponente el señor ARIAS RAMOS.

La materia objeto del recurso resuelto por la sentencia citada puede resumirse así: con motivo de la crecida del arroyo Tamarguillo y de la inundación consiguiente, el diario *Pueblo*, de Sevilla, publicó un artículo en el que se hacían determinados comentarios en torno a la

inutilidad del dinero empleado en las obras de saneamiento y contención y se ponía en duda si dicho dinero había sido bien empleado. Tales comentarios dieron lugar a que por el Gobernador Civil se impusiera a su autor una multa de 25.000 pesetas con base en lo dispuesto en el artículo 2, i), de la Ley de Orden Público, por entender que el artículo en cuestión constituía un atentado a la paz pública y a la convivencia social.

Ante tal supuesto, en el que concurrían la incompetencia de la jurisdicción para revisar un acto dictado en ejercicio de la función de policía de prensa y la del propio Gobernador Civil para ejercer dicha policía, la sentencia de 23 de marzo de 1963 argumenta así:

«Considerando: Que mostrada como indudable esta naturaleza característica de ser una publicación en la prensa el acto del recurrente, y por otra parte, la de medida dictada, por tanto, en ejercicio de la función estatal de policía sobre la prensa, de la decisión impugnada, surge, también con evidencia, la necesidad para este Tribunal de atenerse a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 40 de la Ley jurisdiccional, que excluye del recurso contencioso-administrativo tales actos gubernativos emitidos en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro; por lo que esta Sala ha de declarar su incompetencia para enjuiciar el fondo de la cuestión a ella sometida por el actor.

Considerando: Que, no obstante esta incompetencia, es constante la jurisprudencia sentada en múltiples casos análogos —entre otras en las sentencias citadas en los vistos (sentencias de 23 de mayo y 2 de octubre de 1956, 26 de junio de 1957 y 25 de octubre de 1961— en el sentido de que dicha incompetencia no impide el enjuiciamiento de si los órganos administrativos tenían a su vez competencia para dictar las resoluciones de que se trata, o carecían también de ellas por corresponder a otros organismos administrativos; pues, si bien este Tribunal carece de facultades para conocer de la materia objeto sustancial del litigio, para lo que no es legalmente competente, sí las tiene para declarar que tampoco eran competentes para ello los órganos emisores de las resoluciones sobre las que se discute, y anularlas por esta causa procesal, de mantenimiento de los límites del área de actuación de cada organismo administrativo; *toda vez que en estos casos si el Tribunal se limitase a una simple declaración de incompetencia, dejando subsistentes los actos administrativos de organismos también incompetentes, se produciría el inaceptable efecto de dejar indefenso al particular frente a resoluciones tomadas por organismos o autoridades que no eran los llamados o facultados legalmente para tomarlas por estar atribuida tal función a otras esferas de la Administración; o bien podría darse el caso, no menos inaceptable, de una duplicidad de medidas sancionadoras de carácter puramente administrativo, aplicadas a un mismo acto por órganos de diferentes esferas de la Administración.*

La zona de tensión en que se sitúa la sentencia transcrita es, como en su momento se verá, la fuente originaria de la aparición de la doctrina de los vicios de orden público. Por esta razón era obligada la alusión a ella desde este momento inicial.

3. Una vez hecha esta somera y elemental descripción, interesa extraer de ella una serie de datos esenciales a modo de resumen. Estos datos son los siguientes:

- En el ámbito del recurso contencioso-administrativo se atribuye a determinadas cuestiones carácter de «orden público», que justifica el abandono por el Juez de su posición esencialmente neutral y le permite la adopción de la iniciativa en relación a su examen y fallo, con independencia de si han sido o no alegadas por las partes.
- El pronunciamiento sobre tales cuestiones es rigurosamente preferente, de forma que la apreciación de la existencia de vicios de orden público excluye el examen de las restantes cuestiones, incluso las de admisibilidad.
- Según la formulación actual de la jurisprudencia se entienden por cuestiones de orden público las que afectan a la regularidad del procedimiento y a la competencia del órgano administrativo.

Del cuadro de datos expuesto se desprenden, como es obvio, importantes consecuencias que, desde el punto de vista de la garantía jurisdiccional de los derechos de los administrados, pueden dividirse en dos grupos: positivas y negativas.

En efecto, la anteposición de las cuestiones relativas a la validez del procedimiento y a la competencia del órgano administrativo a las de admisibilidad del recurso y el hecho de que el pronunciamiento sobre aquéllas excluya el relativo a la existencia de causas determinantes de la admisibilidad del recurso interpuesto, lleva consigo dos importantes consecuencias que inciden sobre la garantía jurisdiccional en un sentido positivo: por ejemplo, interpuesto un recurso contra una disposición de carácter general dictada con infracción de las reglas contenidas en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, por un particular no legitimado en el sentido del artículo 28, 1, b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia que se dicte estimará el recurso interpuesto, ya que la apreciación de la existencia de aquellos vicios impide el examen y pronunciamiento sobre las cuestiones de legitimación; interpuesto un recurso contra alguno de los actos enumerados en los artículos 2.º y 40 de la Ley de la jurisdicción, la sentencia anulará el acto recurrido si el procedimiento en que éste se produjo aparece afectado de algún vicio o infracción o si el órgano que ha emanado el acto no era el específico y legalmente competente, porque, con independencia de la competencia del Juez del contencioso sobre la cuestión de fondo, éste es siempre competente para apreciar en

ejercicio de su función revisora si el cauce procedimental seguido por la Administración se ajusta o no a las normas establecidas al efecto o si el órgano administrativo se ha movido dentro del marco de su competencia legal.

En resumen, puede decirse, dejando a salvo, naturalmente, los necesarios matices, cuya exposición en este momento perjudicaría la necesaria simplicidad y claridad que requiere el esquema inicial, que la acción para impugnar actos o disposiciones afectados por vicios de orden público es popular e imprescriptible y que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa no conoce límites en cuanto al enjuiciamiento de dichos actos o disposiciones respecto de los cuales puede emanar siempre una sentencia estimatoria, aunque los vicios en cuestión no hayan sido denunciados por el recurrente. La consideración de estos vicios como de orden público supone, pues, una ampliación de la garantía en el doble sentido comentado y, por supuesto, una ampliación de la competencia de la propia jurisdicción.

No son éstas, sin embargo, las únicas consecuencias que derivan de la doctrina expuesta, puesto que, al lado de ellas, existen otras cuya incidencia sobre la garantía jurisdiccional y la administración de justicia, que es el objeto mismo de todo proceso, tiene carácter negativo. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una resolución de un Jurado de Expropiación decisoria del justiprecio de una finca. El expropiado, disconforme con la valoración del Jurado, interpone recurso contencioso contra la resolución correspondiente, pero, como en la constitución del Jurado ha existido un cierto defecto, la sentencia aprecia el vicio y declara la nulidad de lo actuado a partir del momento en que el vicio se produjo, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre la valoración impugnada (4). En ejecución de la sentencia

(4) Entre otras, la *sentencia de 24 de noviembre de 1966*, que constituye un ejemplo realmente paradigmático de las negativas consecuencias a que se alude en el texto. Dice así esta singular sentencia: "Que el primer considerando de la sentencia apelada al referirse al indicado extremo, se expresa que aunque el funcionario técnico miembro del Jurado de Expropiación debe ser uno y no varios, con el fin de evitar una *segunda declaración de nulidad de actuaciones* puede tenerse por subsanada la irregular constitución inicial con la intervención posterior del vocal Ingeniero de Minas, pero resulta obvio que dicho razonamiento no puede ser acogido *porque es incuestionable que la evitación de una segunda declaración de nulidad de actuaciones no constituye una finalidad que se ampare en precepto legal alguno y en su favor sólo se aducen consideraciones de posible economía procesal* que por sí solas no pueden bastar para estimarlas como determinantes de subsanación de irregularidad de un acto tan esencial en materia de expropiación forzosa como es el justiprecio del bien expropiado por un órgano colegiado constituido con infracción de Ley y que adolece por ello de vicio de nulidad".

A semejantes resultados llega la *sentencia de 13 de febrero de 1967*, revocando la sentencia apelada, que había salvado el vicio consistente en la inexistencia de Notario en el Jurado de Expropiación y declarando la nulidad de actuaciones.

Por análogos defectos en la composición del Jurado declaran la nulidad del expediente de justiprecio las *sentencias de 16 de diciembre de 1961 y 2 de diciembre de 1962*.

La sustantivación e hipertrofia de las formas a la que, en su momento, se aludirá en el texto tiene en estas sentencias claros exponentes.

se retrotrae el expediente, se constituye regularmente el Jurado y éste emana una nueva resolución que, lógicamente, contendrá una valoración igual a la fijada en la resolución anulada. Esta nueva resolución habrá de ser recurrida nuevamente por el expropiado con el fin de hacer valer su derecho a un precio justo y acorde con las normas sustantivas establecidas al efecto en la Ley de Expropiación Forzosa. En este caso, la anteposición del examen y pronunciamiento de las cuestiones de forma sobre las de fondo juega en perjuicio del expropiado recurrente que se ve obligado a seguir un nuevo procedimiento y ve aplazada la compensación total del sacrificio expropiatorio que le ha sido impuesto (5).

Más sangrante aún es el caso de las notificaciones defectuosas en las que, conforme a esta doctrina, el resultado del primer proceso, tras más de dos años de debate, se reduce a la consecución de una notificación en forma (6).

De la misma manera, de la aplicación indiscriminada de esta doctrina puede resultar la pervivencia de una situación objetivamente injusta en contra de la propia Administración, en la medida en que un error de ésta en la tramitación puede dar lugar a la estimación de un recurso, aunque el recurrente carezca de razón en cuanto al fondo del asunto.

Si se examina con serenidad el cuadro descrito, se observará fácilmente que de la aplicación de la doctrina de los vicios de orden público, tal y como ésta se formula actualmente por la jurisprudencia, se desprenden consecuencias importantes que afectan a la configuración

(5) La historia puede repetirse dos y tres veces, como en las sentencias citadas en la nota anterior, y aun por este camino la Administración puede aplazar indefinidamente el justiprecio sin más que incurrir en sucesivos defectos al constituir el Jurado. La inaplicación de la condena en costas a la Administración contribuye a la producción de estos escandalosos resultados.

(6) En materia de notificaciones defectuosas, las consecuencias de la rigidez de esta doctrina y de la sustantivación e hipertrofia de las formas llegan a extremos inconcebibles. La prosecución de todo un recurso contencioso supone simplemente la obtención de una sentencia declaratoria del derecho del recurrente a ser notificado en forma. Los ejemplos podrían multiplicarse; sin embargo, me limitaré a citar el más grave de los que conozco: el asunto del Gran Kursal de San Sebastián. A consecuencia de los violentos temporales que afectaron a dicha ciudad en 1950, se aprobó en 1952 un proyecto de obras de defensa del Barrio de Gros, cuya realización se declaró urgente a efectos expropiatorios por Decreto de 4 de julio de dicho año. Fracasados los intentos de acuerdo amigable para la fijación del justiprecio, el Gobernador civil fijó éste en la cantidad propuesta por el Perito del Ayuntamiento (24 veces inferior a la propuesta por el tercer Perito y 166 veces menor que la propuesta por el expropiado). La notificación de dicho acuerdo (2 de agosto de 1954) indicó la procedencia de alzada al Ministerio de Obras Públicas, que se declaró incompetente. Interpuesto recurso contencioso ante el Tribunal Supremo, el envío del expediente se demoró durante más de *siete años*. Pues bien, al cabo de *doce años*, desde la notificación del acuerdo del Gobernador civil, el Tribunal Supremo, en *sentencia de 27 de octubre de 1966*, anula dicha notificación y ordena sustituirla por otra en la que se indique que el acuerdo del Gobernador de 1954 agotó la vía administrativa y que contra él podía interponerse recurso contencioso ante la Sala de tal carácter de la Audiencia Territorial de Pamplona. El ejemplo no puede ser más elocuente.

misma de la jurisdicción. Se puede observar, igualmente, cómo tales consecuencias, y es ésta una observación elemental, no se deducen inmediatamente del ordenamiento positivo vigente, que no define qué cuestiones tienen carácter de orden público, ni establece un orden de pronunciamientos semejante, ni consagra especiales facultades de iniciativa del Juez, ni prevé pronunciamientos que no sean de anulación pura y simple de los actos y disposiciones objeto de litigio o de reconocimiento, en su caso, de una situación jurídica individualizada —en ningún caso de nulidad condicionada o de retroacción del procedimiento—, etc.

Lejos de ser consecuencias previstas en la Ley, las expuestas derivan de una doctrina jurisprudencial que se dice heredada del período de anterior regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa y se justifican en su carácter tradicional, al que se suma, además, la invocación a la lógica procesal y al carácter revisor de la jurisdicción, justificaciones todas ellas que distan mucho de ser convincentes, dado su carácter tópico.

Ante ello es inevitable preguntarse si al haber cambiado sustancialmente el marco ordinamental en el que tal doctrina pudo producirse y, por supuesto, el estado de desarrollo científico de la disciplina no habrán desaparecido también las razones que justificaron la aparición de aquélla o, al menos, no habrán variado dichas razones en la medida necesaria para variar también el contenido de la doctrina misma.

La cuestión a resolver, en definitiva, es la de la corrección sustancial de la doctrina expuesta en el marco de la legalidad vigente y, desde luego, la de su funcionalidad actual dentro de dicho marco.

La respuesta a esta importante cuestión debe partir, a nuestro entender, de los resultados que proporcione una indagación sobre los orígenes de tal doctrina.

II

LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. *Primera aproximación a sus orígenes.*

Toda investigación requiere comenzar por un período de constatación de hechos. Obtenidos éstos, la reflexión sobre los mismos descubre sus mutuas relaciones, y éstas los principios que inspiran aquéllos. Una vez que se ha llegado a los principios es necesario recorrer el camino de nuevo en sentido inverso, es decir, reconstruir la realidad que es ya historia para poder acceder a la formulación de conclusiones.

Este doble camino hay que recorrerlo también aquí para poder averiguar el origen y funcionalidad de la doctrina de los vicios de orden público, cuya aparición está fuertemente implicada en el proceso inicial de formación y evolución del contencioso-administrativo.

Estas observaciones iniciales no son fruto de la aplicación apriorística de un método elegido de antemano como instrumento utilizable para la comprensión del problema, sino el resultado de la experiencia inmediata, obtenida del estudio de una cuestión cuya última *ratio* no acababa de desvelarse a lo largo del mismo.

En efecto, al ir recorriendo hacia atrás el camino marcado por la jurisprudencia antes expuesta, es fácil descubrir que se remonta, con escasas variaciones en su formulación, hasta los primeros tiempos de la aplicación de la Ley Santamaría de Paredes, como la propia doctrina que se analiza se cuida de apuntar. Basta repasar brevemente los diccionarios de jurisprudencia al uso, para comprobar que el núcleo esencial de la doctrina en cuestión se forma alrededor del tema de la incompetencia de jurisdicción. Enfrentado el Juez del contencioso con un acto de la Administración ajeno por su carácter a la revisión jurisdiccional, por emanar de la potestad discrecional, pero producido por un órgano administrativo incompetente para dictarlo según la Ley, resuelve la tensión existente entre su propia incompetencia y la del órgano productor del acto, a favor del enjuiciamiento jurisdiccional, afirmando el carácter de orden público del vicio del acto y arrogándose la facultad de declararlo así sin entrar en el fondo del problema que el acto plantea.

La jurisprudencia sobre el tema es abundante y máxime a fines del pasado siglo, dato que demuestra que la toma de conciencia del problema por parte del Juez del contencioso es, por lo menos, coetánea a la propia aparición de la Ley de 1888.

No es esto todo, sin embargo. La unanimidad de la doctrina jurisprudencial y los propios términos en que se formula inducen a sospechar que esta toma de conciencia es incluso anterior a la Ley citada. Pues bien, basta consultar la doctrina anterior a la Ley en cuestión, para advertir que la posibilidad de pasar sobre el muro de la discrecionalidad y anular actos discrecionales tachados de incompetencia o vicio de forma, se admite con bastante naturalidad con apoyo, además, en algunas decisiones jurisprudenciales, no demasiado numerosas, desde luego, pero suficientes para configurar una línea de pensamiento definida. ALFARO, buen conocedor del contencioso-administrativo por su cualidad de ex oficial del Consejo de Estado y de Vicesecretario del Tribunal Supremo, dedica en su *Tratado completo de lo contencioso-administrativo* publicado en 1875 un epígrafe aparte a lo que llama el abuso de poder (7), en el que se afirma, tras estudiar las distintas materias contenciosas, según el sistema de lista que en la época se utiliza, que, aunque no existe Ley, Reglamento ni disposición alguna que haya establecido un recurso por exceso de poder, procede éste, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, «cuando la demanda tiene por objeto atacar una Real Orden que aprobó el Decreto de un Gobernador mandando demoler las obras ejecutadas por los recurrentes en una presa construida de antiguo en un río, por haberse dictado fuera del límite de las atribuciones del Gobierno, pues debía haberse ventilado esta cuestión en el Consejo Provincial»

(7) Págs. 180 a 182.

(Dictamen de 24 de mayo de 1864), así como «cuando van dirigidas las demandas contra una Real Orden que mandó suspender la devolución de las sumas retenidas a uno por consecuencia de la causa que se siguió por desfalco en la entrega de jarcias de un apostadero, en razón a que, *aun prescindiendo por entonces de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto al fondo de la cuestión objeto de la demanda, media una Real Orden que puede envolver la de si en este caso existe o no abuso de facultades o algún derecho lastimado para cuya subsanación no queda otro recurso que el establecido en el párrafo 2 del artículo 46 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado*» (Dictamen de 6 de febrero de 1863).

Por su parte, COLMEIRO, en la tercera edición de su *Derecho administrativo español*, publicada en 1865, afirma ya con autoridad al referirse a las cuestiones que pueden ser causa de litigios administrativos y tras haber excluído los actos de puro mando que proceden del poder discrecional de la Administración ordenando por vía general porque no lastiman derechos y los actos de la Administración que arreglan un interés colectivo de la agricultura, la industria, el comercio u otro semejante, *porque tampoco crean derechos ni modifican los preexistentes*, ni tienen otro objeto que ordenar un servicio público, que: «Como los derechos adquiridos tienen sus formas establecidas por las Leyes, 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 en 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 terceros; 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 señalados por la Ley a su autoridad*» (8). Y más adelante concluye en términos rotundos diciendo que: «Siendo así que las distintas jurisdicciones se limitan recíprocamente serán viciosos también por violación de las formas legales los actos del poder discrecional extraños a la competencia administrativa y susceptibles de impugnación por la vía contenciosa. *Hay abuso de autoridad en cuanto la Administración conoce de asuntos propios de otro fuero con lesión de un derecho adquirido y amparado por las leyes de procedimiento. Son actos ilegítimos del poder discrecional porque los mismos poderes legítimos sólo constituyen derecho cuando se encierran en los términos de su competencia*» (9).

Para llegar a tan rotundas conclusiones COLMEIRO se apoya principalmente en tres decisiones del Consejo Real, las de 30 de junio de 1847, 27

(8) Tomo II, pág. 343.

(9) *Idem*.

de julio de 1848 y 12 de noviembre de 1856 (10). Cuando se publica la tercera edición de su Derecho administrativo en 1865 hay ya en la jurisprudencia algo más que una simple declaración esporádica, aunque no tanto como una doctrina unánime. En cualquier caso, la existencia de una media docena de pronunciamientos análogos le permite ya ampliar y afirmar su punto de vista tal y como lo había expuesto en la primera edición publicada en 1850, en la cual afirmaba ya a propósito de este mismo tema que: «sí pueden ser impugnados por la vía contencioso-administrativa los actos de potestad discrecional que fueren viciosos por incompetencia o por *exceso de poder*. Entonces la Administración vulnera derechos dignos de respeto, ya conociendo de las causas extrañas a su autoridad, ya violando las formas protectoras de un interés legítimo. El Consejo Real también declara esta doctrina decidiendo un litigio suscitado con motivo de una expropiación intentada para facilitar mejoras urbanas —30 de junio de 1847—: «Considerando que en cuestiones administrativas no sólo los derechos perfectos y absolutos producen acción e indemnización a favor de tercero, sino también los intereses legítimos compatibles con el interés público e injustamente hollados a nombre de ese interés» (11).

Este brevísimo panorama nos sitúa ya en la época inicial de nuestro contencioso-administrativo, a la que se remonta, como puede comprobarse, la doctrina que se estudia, si bien todavía no se formule en términos semejantes ni se le aplica el rótulo que hoy la designa. Esta distinta forma de designación nos ofrece, sin embargo, una nueva pista. En efecto, tanto en ALFARO como en COLMEIRO, y aun en la propia jurisprudencia citada, se emplean los términos «exceso de poder», «abuso de poder», «abuso de facultades», etc., se da luz verde al interés legitimador, se alude, en fin, a la incompetencia y al vicio de forma como causas que justifican el recurso contencioso-administrativo aun en los supuestos en que el fondo del asunto es, por discrecional, ajeno a la jurisdicción. El planteamiento de la cuestión nos remite inequívocamente al recurso por exceso de poder, que en esta época —mediados del siglo pasado— aparece ya instalado con una relativa solidez en el cuadro del Derecho administrativo francés.

No basta, pues, el examen desde la perspectiva del Derecho español, porque éste es tributario de su modelo francés. Es necesario, como suele ocurrir siempre, afrontar el problema desde su principio, es decir, analizar los comienzos del contencioso-administrativo en el propio país en que tiene su origen. La indagación no será vana, por otra parte, en la medida en que servirá para poner de manifiesto cuál ha sido también la influencia concreta del contencioso francés y de su evolución en la creación y evolución del nuestro, que, configurado inicialmente a imagen y semejanza del contencioso de plena jurisdicción con las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, pronto va a transformarse —a impulsos, sin duda, del espectacular desarrollo del recurso de menor juris-

(10) Loc. cit., págs. 473 y 474.

(11) 1.ª edición, Madrid y Santiago, 1850, tomo II, pág. 224.

dicción o de exceso de poder— en un verdadero y exclusivo proceso al acto, es decir, en un proceso revisor o de segunda instancia con perfiles propios, como ha demostrado recientemente PARADA en nuestra doctrina (12).

2. *Lo contencioso-administrativo en la primera etapa revolucionaria.*

Los orígenes del contencioso-administrativo han venido ligándose a interpretaciones tópicas de los principios básicos de la ideología revolucionaria, sin tener en cuenta que de la Revolución francesa sale un Imperio que es quien la divulga por toda Europa, después, naturalmente, de haber transformado y matizado su esquema doctrinal e institucional. Muy recientemente este equívoco ha sido puesto de manifiesto por SANDEVOIR en una excelente obra, cuya aparición no ha sido subrayada como merece en nuestro ambiente (13). Según este autor, frente a la versión vulgarizada del principio de división de poderes, de acuerdo con la cual le está vedado al Poder judicial entender de las cuestiones contenciosas de la Administración, existe otra, anterior en el tiempo, que se produce en el seno de la Asamblea Constituyente y que atribuye al Poder judicial, concretamente a los Tribunales de Administración que en él se integran, la aplicación contenciosa de las Leyes cuando la Administración es parte (14).

La precisión no es, ni mucho menos, trivial, puesto que de ella depende, precisamente, todo el edificio del contencioso de la Administración en sus tres versiones: el contencioso judicial, el contencioso ordinario y el contencioso de legalidad. Entre estos dos últimos se sitúa, según SANDEVOIR, el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales; mientras que, entre los dos primeros, la regla básica se contiene en otro principio distinto, el principio «juger l'Administration est aussi administrer» (15).

Aunque el problema es complejo, una simple explicación puede aclararlo inicialmente, ya que en el fondo todo se reduce a un equívoco terminológico, resultante de la sustitución operada en el contenido de ciertas expresiones, tales como «jurisdicción», «contencioso», etc., y la desaparición de otras, como la de «actos de pura administración».

En la doctrina jurídica contemporánea de la Revolución, la expresión *juris dictio* equivale a la facultad de decidir controversias, mediante la aplicación de las Leyes a los casos particulares y al compromiso de hacerlas ejecutar. Esta concepción se encuentra en HENRION DE PENSEY, cuya autoridad en la época no puede ser desconocida, y de él pasa a los autores posteriores y se recibe por nuestros primeros administrativistas,

(12) *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en el núm. 55 de esta REVISTA, págs. 65 y sigs.

(13) *Études sur le recours du pleine juridiction*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1964. La consulta de esta obra, verdaderamente fundamental, es obligada, siempre que se trate de abordar el tema de la justicia administrativa.

(14) Loc. cit., parte primera.

(15) Idem., págs. 379 y 380.

que la aceptan sin reservas (16). Pues bien, la jurisdicción así entendida se convierte en contenciosa cuando el Juez se pronuncia sobre intereses opuestos, después de debates contradictorios entre dos partes.

Por otro lado, la Administración es ante todo *imperium*, poder, mando que se ejerce en función de la prosecución del interés general. Además de esto, desde luego, la Administración gestiona el Tesoro público y su empleo, asegura la percepción de rentas de toda clase destinados a sostener las cargas comunes y su afectación a los servicios públicos, etc. En cuanto lleva a cabo estos actos de gestión, ninguna razón, ningún principio prohíbe que sea emplazada ante los Tribunales, si bien estos Tribunales van a ser unos Tribunales especiales, en virtud de un principio tradicional que proclama que «juzgar a la Administración es también administrar». De este modo dentro del propio período revolucionario van a ir apareciendo ya los grandes sectores del contencioso-administrativo ordinario, de lo que luego se llamará el contencioso de plena jurisdicción, esto es, el fiscal, el electoral, el de sueldos, el de contratos, el de indemnización, etc. (17).

El simple enunciado de materias objeto del contencioso ordinario, sustancialmente análogo al actual, revela su naturaleza, ajena a los actos de puro mando, de pura administración, de mero imperio, opuestos, pues, como su propia denominación indica, al mixto imperio en que la jurisdicción consiste.

Es, precisamente, a estos actos de mero imperio, de pura Administración, a los que se refiere el principio de separación de las autoridades administrativas y las judiciales. Lo que este principio trata de impedir es que la actividad de la Administración, en cuanto poder, resulte turbada por la acción de los Jueces y por eso ningún texto autoriza el recurso contencioso contra los actos de pura Administración.

Más aún, en toda la primera parte del siglo XIX la posibilidad de admitir un recurso contencioso contra los actos de pura Administración, implica una contradicción *in terminis*, porque la expresión «pura administración» es, justamente, la contraria del término «contencioso» (18).

Precisamente, esta tensión implícita en la contradicción expuesta es la que va a hacer posible el progreso por nuevas vías de la garantía jurisdiccional, en una labor de constante invención y de continua lucha frente a una esfera administrativa exenta, que inicialmente es amplia en exceso.

3. *La aparición del recurso por exceso de poder.*

A partir de HAURIU (19) la explicación habitual del recurso por exceso de poder, pieza verdaderamente fundamental de la justicia administrativa francesa, toma como punto de partida la Ley de 7-14 de octu-

(16) *De l'autorité judiciaire en France*, 2.^a edición, 1818, págs. 139 y 140.

(17) SANDEVOIR, op. cit., págs. 140 y sigs.

(18) Idem., pág. 224.

(19) *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 12.^a edición, 1933, págs. 394 y siguientes.

bre de 1790, que, como es bien conocido, ordenaba llevar al rey «como jefe de la Administración general, todas las reclamaciones de incompetencia respecto de las autoridades administrativas».

Esta Ley, sin embargo, no instituyó el recurso por exceso de poder, sino que se utilizó *a posteriori*, por el Consejo de Estado para justificar lo que en el primer momento pudo ser considerado como un gran atrevimiento.

Esta segunda y más exacta explicación que hoy se encuentra en los mejores concededores del recurso por exceso de poder, estaba ya en la obra de LAFERRIERE claramente expuesta (20). Precisa este autor clásico que la referida Ley de 7-14 de octubre de 1790 era, más que una verdadera Ley en sentido material, una resolución de la Asamblea producida a propósito de un conflicto entre el departamento de la Haute-Saone y la municipalidad de Gray y puntualiza, además, que la expresión «exceso de poder» no aparecía en las obras de MACAREL, CORMENIN y de GERANDO, anteriores a 1830. Antes de esta fecha ningún *arrêt* del Consejo de Estado alude tampoco a la luego famosa Ley de 7-14 de octubre de 1790, que hasta entonces es perfectamente ignorada en el seno del contencioso-administrativo, utilizándose tan sólo en el ámbito de los conflictos de competencias (21).

La propia expresión «exceso de poder» no hacía tampoco ninguna referencia en esta época a un vicio o conjunto de vicios de los actos administrativos, sino simplemente en el cuadro de las constituciones de 1791 y del año III, a la infracción más grave que el Juez puede cometer, es decir, la violación del principio de separación de poderes.

Es, precisamente, este marco del principio de separación de poderes el que determina la inexistencia y aun la imposibilidad de existencia legal de un recurso jurisdiccional por exceso de poder, contra los actos de la Administración viciados de incompetencia. Ante un acto de tal naturaleza sólo caben dos posibilidades: una, la utilización del recurso contencioso ordinario si el acto se refiere a alguna de las cuestiones que dicho recurso comprende, es decir, si se trata de un acto de gestión, en cuyo caso el juego del vicio de incompetencia es solamente el de un motivo más para articular la impugnación; otra, la utilización de un recurso jerárquico para que sea el órgano o autoridad superior del que dictó el acto de pura administración el que, como tal superior, lo confirme o revoque, puesto que, respecto de los actos de esta clase, le está vedada al Juez toda intervención.

La estrechez de este marco se va a poner pronto de manifiesto, en cuanto se planteen en vía contenciosa supuestos límites, en los que será fácil reducir al absurdo la distinción entre los actos de pura administración y las cuestiones contenciosas, distinción demasiado general y apriorística y, sobre todo, demasiado ingenua.

Fijar el momento exacto en que estos supuestos se producen no es

(20) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.^a edición, 1896, págs. 397 y sigs.

(21) *Idem.*, págs. 403 y 404.

tarea demasiado fácil, como lo prueba la falta de acuerdo de la doctrina. Así, LAFERRIERE cita tres *arrêts* de 1807, 1808 y 1811, en los que el Consejo de Estado anula decisiones adoptadas por los prefectos en materias judiciales, que preparan el camino a la jurisprudencia Egret-Thomassin de 18 de noviembre de 1818, en la cual el Consejo de Estado va a afirmar con carácter general que es ante él ante el que deben llevarse los actos administrativos adoptados con incompetencia o exceso de poder (22). Sin embargo, SANDEVOIR, tras un análisis más detenido de la referida jurisprudencia, ha concluido negando que ella se refiera al exceso de poder de los administradores. El texto del *arrêt* en cuestión parece darle la razón al decir que «es un principio constante que no hay defecto más grande que el defecto de poder y que este vicio debe ser reprochado a todo *tribunal* no regularmente formado», con lo cual la solución jurisprudencial parece moverse en el campo del exceso de poder judicial ya conocido y ajeno a los actos administrativos (23).

Sea cual sea el punto de arranque concreto del recurso por exceso de poder, lo cierto es que nace en el primer cuarto del siglo pasado y que su nacimiento no es sino el resultado del enfrentamiento del Consejo de Estado con supuestos límites en los que la aceptación del carácter de acto de puro mando del sometido a su consideración implicaba la consagración de una ilegalidad flagrante, perjudicial para el orden mismo de la Administración cuya vigilancia en última instancia correspondía al propio Consejo en cuanto éste asesoraba y asistía al rey, como jefe de la Administración general.

El propio SANDEVOIR (24) analiza dos *arrêts*, en los cuales ve la aparición del recurso por exceso de poder y que, al margen de esta cuestión, son realmente descriptivos de la tensión que da origen y sentido a dicho recurso. El primero de ellos es de 25 de julio de 1820 (Enjalbert) y en él se decide la cuestión siguiente: un particular obtiene del Alcalde una autorización para establecer al borde de una calle que forma parte de una carretera departamental (*grand voirie*, competencia de Ponts et Chaussées) un muro de terraza. Denunciado el hecho por la Administración de Ponts et Chaussées, el Consejo de Prefectura, Juez de las contravenciones de *grand voirie*, constata la inexistencia de autorización de la autoridad prefectoral, única competente, y ordena la demolición de la obra. El señor Enjalbert, creyendo haber adquirido un derecho a consecuencia de la autorización municipal, apela al Consejo de Estado y éste confirma el acuerdo de demolición, tras aceptar el dilema propuesto por Ponts et Chaussées: autorizar la infracción de los reglamentos, mantener una construcción incómoda, dejar sin objeto las Leyes y Reglamentos de *grand voirie*, sólo porque un Alcalde, a quien no le correspondía pronunciarse, no ha encontrado inconveniente en hacerlo y en tolerar así una obra impropcedente.

En el marco del contencioso ordinario, en el que la cuestión expuesta

(22) Idem., pág. 407.

(23) Op. cit., págs. 256 y sigs.

(24) Op. cit., págs. 263 y sigs.

se discute, el Consejo de Estado se limita, pues, a constatar objetivamente la ilegalidad y a salvaguardar el orden perturbado, sin entrar a decidir sobre la cuestión de fondo. La brecha, pues, estaba abierta.

Este panorama se completa con un segundo *arrêt* de 4 de mayo de 1826 (Landrin), relativo a una cuestión de *petit voirie*: un prefecto dicta un acuerdo autorizando una alineación (cuestión antes y ahora discrecional o de pura administración en términos generales) para un edificio a construir por el señor Landrin, en una calle de competencia municipal (*petit voirie*). Recurren los vecinos y el prefecto vuelve de su acuerdo ordenando la demolición de lo construido. El señor Landrin acude al Consejo de Estado y éste anula el acuerdo de demolición del prefecto, y no sólo éste, sino también el de alineación en que se apoyaba el derecho del recurrente, con el fin de restablecer el orden de competencias alterado (*petit voirie*, competencia municipal).

La técnica del recurso por exceso de poder quedaba así perfectamente configurada, al consagrarse jurisprudencialmente la posibilidad de que el Consejo de Estado anulara un acto de pura administración y por ello no susceptible de enjuiciamiento jurisdiccional, pasando sobre su propia incompetencia para después denunciar la incompetencia del órgano administrativo autor del acto, todo ello con el fin de salvaguardar la legalidad objetiva y de restablecer el orden de competencias subvertido.

4. La trascendencia de la aparición del recurso por exceso de poder y la necesidad de una justificación «a posteriori».

La importancia de los *arrêts* precitados es enorme, habida cuenta del ambiente en que se producen. En efecto, de una forma absolutamente empírica el Consejo de Estado francés descubre de pronto, en función de una realidad palpable, que el esquema al uso de los actos de pura administración, infiscalizables en sí mismos por su propio carácter, no sirve en absoluto para enfrentarse con la realidad diaria en cuanto que va en mengua de la legalidad misma y aun de la propia Administración. En el asunto Enjalbert la misma administración de Ponts et Chaussées se lo manifiesta claramente al advertirle con toda crudeza que la admisión y estimación de la demanda del recurrente, supondría dejar sin contenido las Leyes y Reglamentos de *grand voirie*, permitiendo las contravenciones y atentados de los particulares, so capa del otorgamiento de un permiso por una autoridad, como la del Alcalde, manifiestamente incompetente. Entre la espada y la pared —consagrar la ilegalidad o pasar sobre su propia incompetencia—, el Consejo de Estado no tiene más que una salida digna: confirmar el acuerdo prefectoral de demolición y rechazar la demanda.

Ahora bien, esa salida, como en el asunto Landrin, tiene una gravedad enorme, en cuanto supone la admisión de la posibilidad de enjuiciar y anular actos de pura administración, cuyo conocimiento le está constitucionalmente vedado. El Consejo de Estado es consciente de ello, y lo es también de la trascendencia positiva del descubrimiento que le

permite extender sus facultades jurisdiccionales a un campo nuevo hasta entonces exento. Por eso intenta, ante todo, encontrar la justificación de su postura en los textos y en la propia realidad constitucional.

Es así como entra en juego con carácter de justificación *a posteriori* la Ley de 7-14 de octubre de 1790, introducida por MACAREL a partir del *arrêt Tehevenard* de 24 de agosto de 1832 (25). Con la apelación a esta Ley, rodeada de la venerable autoridad de los textos revolucionarios, la cobertura legal del descubrimiento estaba asegurada.

A esta cobertura legal el Consejo de Estado unirá, sin embargo, otras dos de carácter doctrinal: de una parte, la noción judicial del exceso de poder, concepto tradicional y prerrevolucionario, pacíficamente admitido, y de otra, su condición de órgano administrativo superior de asistencia y asesoramiento del rey, que, en el sistema de justicia retenida entonces imperante, es quien adopta en última instancia las decisiones.

Aunque parezca paradójico, es precisamente esta ambigua configuración del Consejo de Estado, con el doble carácter de administrador y de Juez que le corresponde, la causa que favorece definitivamente la expansión y desarrollo de la justicia administrativa. Por su situación al lado de la persona del rey, el Consejo de Estado es Juez de los conflictos y por la misma razón es superior jerárquico de los Ministros y autoridades inferiores. Cuando éstos resuelven en materias mixtas y cuando lo hacen con carácter de Jueces de excepción (doctrina del Ministro-Juez), el Consejo se considerará Juez de apelación competente para decidir en última instancia. Ello le permitirá aplicar el esquema teórico del exceso de poder judicial al contencioso de la Administración y presentar como normal lo que, en el terreno de los principios, era difícilmente admisible. Bastará luego que la doctrina del Ministro-Juez se diluya para que el enjuiciamiento de los actos puramente administrativos del Ministro-administrador se realice por el Consejo de Estado con toda naturalidad y sin que se suscite oposición alguna.

A mediados del pasado siglo el Consejo de Estado dará ya por supuesto, sin aludir a su equívoca condición de superior jerárquico, que simplemente utiliza como trampolín inicial, que institucionalmente le corresponde *por la propia naturaleza de las cosas*, «asegurar en una Administración centralizada y jerarquizada en que los poderes están especificados y separados, en que las formas legales son impuestas a los actos, el respeto de las competencias y de las formas y, de una manera general, el respeto de la disciplina establecida y del sentimiento de la función» (26).

A través de este juego de justificaciones, un tanto sutiles todas ellas, el Consejo de Estado descubre y consolida una nueva forma de censura de la actividad administrativa, censura dirigida concretamente contra la esfera de actividad inmune al control del Juez en virtud del principio de separación de poderes, contra los actos de pura administración infiscalizables por definición. Este es, pues, el origen del contencioso de

(25) SANDEVOIR, *op. cit.*, págs. 108 y sigs., y también LAFERRIERE, *loc. cit.*

(26) HAURIOU, *Précis...*, págs. 406 y 407.

legalidad, del recurso por exceso de poder, instrumento nacido, como dice SANDEVOIR (27), de una impotencia y cuya evolución posterior resumirá el proceso de lucha contra la discrecionalidad de la Administración, aportando de esta manera el cuadro dogmático básico del Derecho administrativo moderno.

La singularidad de su origen no puede tomarse, sin embargo, a la ligera, como una simple anécdota o como un dato erudito. Por poca atención que se preste a las circunstancias que rodearon su aparición, será forzoso reconocer que ésta es fruto obligado de un planteamiento rígido e inmaduro de la actividad de la Administración que no podía mantenerse mucho tiempo, una vez superada la etapa revolucionaria y puesto en práctica su bagaje ideológico. La realidad misma se encarga de descubrir la ingenuidad de la teoría e impone las soluciones, que no diferirán mucho inicialmente de las que nuestra jurisprudencia aplicará desde los primeros instantes de la implantación en España del recurso contencioso. Hasta las mismas circunstancias accesorias tendrán entonces importancia en cuanto que proporcionarán el respaldo necesario a dichas soluciones, cuya explicación última no puede encontrarse si no es acudiendo a aquéllas.

El examen de nuestra primera configuración del recurso contencioso-administrativo pondrá de manifiesto la analogía sustancial a que se alude. Antes, sin embargo, será conveniente analizar los hitos de la evolución del recurso por exceso de poder, al menos en su primera etapa, así como las características definidoras del mismo hasta su consolidación definitiva.

5. *El proceso de consolidación del recurso por exceso de poder y sus características definidoras.*

Habiendo surgido el recurso por exceso de poder de una manera empírica y con una finalidad instrumental —someter a censura judicial los actos de pura administración, es decir, los actos por principio insusceptibles de ella—, esto es, según la gráfica expresión de SANDEVOIR, como el contencioso de lo no contencioso, es lógico que las circunstancias de su nacimiento condicionarán en un principio su configuración técnica de una manera sustancial.

En efecto, la propia dialéctica en que se mueven los *arrêts* ENJALBERT y LANDRIN, antes expuestos, marcan el sentido y los límites, las líneas generales de la nueva vía que consagran. Desde su aparición, el recurso por exceso de poder tendrá un carácter excepcional, de forma que sólo procederá en defecto de otro recurso paralelo utilizable con la misma eficacia por el recurrente. De este modo el Consejo de Estado trata de dulcificar y suavizar su atrevida invención y el sorprendente atentado en ella implícito a la independencia y autoridad de la Administración como poder.

La excepcionalidad del recurso, en cuanto nacido bajo la presión real de un supuesto límite, determina que el Consejo se detenga en el mo-

(27) Op. cit., pág. 285.

mento mismo en que aprecia el exceso cometido por la Administración autora del acto enjuiciado, sin entrar a decidir sobre el fondo del mismo respecto del cual la prohibición derivada del principio de separación de poderes actúa con todo rigor.

La censura jurisdiccional se reduce pura y simplemente a examinar la legalidad externa del acto y a pronunciar, en su caso y exclusivamente, la nulidad del mismo.

Supuestos estos límites, es decir, reducida la cuestión al examen de la legalidad externa del acto con la finalidad de salvaguardar la legalidad misma y la regularidad del orden competencial, el recurso se configura como un proceso sin verdaderas partes, cuya presencia como tales carecería de justificación desde el momento en que en el proceso no se discuten derechos que las pertenezcan, sino que se hace al acto mismo con independencia de todo lo demás (28).

Concebido de esta forma como un proceso al acto destinado a salvaguardar la legalidad objetiva y siendo ajena al mismo toda discusión sobre derechos, no se exige para promoverlo sino un interés legítimo, puesto que, por otra parte, nada más que intereses de esta clase pueden exhibir los recurrentes, habida cuenta de que ante los actos de puro mando o de mero imperio, ningún derecho puede existir.

El propio planteamiento y la sustanciación del recurso se reconducen a esquemas muy simples, de forma que en ningún caso se perjudique la finalidad pública del control que se pretende a su través.

En esta primera época, que se extiende, según LANDON, hasta 1852, el recurso se admite aun en los casos en que el acto atacado sea de los llamados de gobierno, los plazos se interpretan con gran flexibilidad, adoptándose para ello no la fecha de notificación del acto, sino la de su puesta en ejecución, si ello es necesario para conseguir el efecto principal de suprimir las irregularidades más chocantes de los administradores, los verdaderos escándalos (29).

El concepto mismo de estas irregularidades se amplía progresivamente con una rapidez prodigiosa. Partiendo del vicio de incompetencia, que en el ámbito del exceso de poder judicial es considerada tradicionalmente como de orden público por afectar al orden mismo de los poderes, inmediatamente se advierte, como señala HAURIOU, «que la noción de exceso de poder era susceptible de extenderse a otras hipótesis, especialmente al caso de violación de formas, pues las formas legales impuestas a

(28) Para el estudio de esta primera etapa de la evolución del recurso por exceso de poder deben consultarse las obras de LANDON, *Le recours excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, París, 1942; *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, París, 1962. En esta última se contiene un resumen de la evolución hasta 1920, dedicándose el cuerpo de la obra a la historia próxima del recurso. Para el primer período de la justicia delegada —1872-1900— debe consultarse la obra de L. IMBERT, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, París, Dalloz, 1952. Estas son, a mi juicio, las monografías más útiles sobre la historia y evolución del recurso por exceso de poder, sobre el que tanta bibliografía existe.

(29) *Histoire abrégée...*, pág. 10, y *Le recours...*, núm. 11.

los actos son límites para los poderes del administrador y excede de sus poderes si no observa las formas» (30).

Y como lo que se pretende en el ambiente de euforia provocado por la invención es precisamente extender al máximo la competencia jurisdiccional recién adquirida y prolongar todo lo posible la vía de penetración en el campo de la pura administración, el vicio de forma se utiliza generosamente, apreciándolo incluso en los supuestos de formas secundarias, con tal de que estén previstas en una Ley o Reglamento (31).

Esta utilización instrumental del vicio de forma, referible incluso a las formas secundarias, se prolongará sin variaciones sustanciales hasta que se consolide la tercera apertura del recurso, la tercera forma de exceso de poder, es decir, el singularísimo motivo de la desviación de poder, que, al permitir un control de la legalidad interna, llevaba consigo una fuerza tal que haría presumir a algunos autores la desaparición de los actos discrecionales (32).

La instrumentalidad del vicio de forma, tal y como lo utiliza el Consejo de Estado francés, hasta la instauración de la justicia delegada por la Ley de 24 de mayo de 1872, y la consolidación de la desviación del poder, es otro dato fundamental a retener para utilizarlo más adelante cuando se aborde la crítica de nuestra doctrina jurisprudencial.

Este proceso general de desarrollo favorecido sustancialmente por la situación del Consejo de Estado en el seno de la propia estructura jerárquica de la Administración, culmina en 1864 con la aparición de la cuarta apertura, es decir, la violación de Ley y de derechos adquiridos. Esta nueva apertura va a plantear, sin embargo, una crisis de crecimiento al recurso por exceso de poder, alterando su esquema inicial y poniendo en cuestión sus características propias. Esta crisis continuará, como veremos, aun después de la instauración de la justicia delegada, que al reforzar definitivamente el carácter jurisdiccional del Consejo de Estado obligará a nuevos planteamientos, ajenos a las iniciales justificaciones de índole jerárquica, pero esto es ya otra cuestión que no pro-

(30) *Précis...*, pág. 407. La opinión, por lo demás, es común. Vid. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París, 1926, págs. 38 y sigs.

(31) LANDON, *Histoire abrégée...*, pág. 12; ALIBERT, op. cit., págs. 49 y sigs. Este dato relativo a la generosidad con que se utilizó el vicio de forma en la época inicial del recurso por exceso de poder, es absolutamente capital para entender la evolución de nuestro contencioso y el papel que en ella ha desempeñado la doctrina de los vicios de orden público. Como ha advertido HAURIU en el prefacio a su *Précis de Droit constitutionnel*, cada vez que un período de la historia del Derecho comienza o recomienza principia por un formalismo. Este formalismo se justifica, precisamente, por la ausencia de otras técnicas, cuya invención posterior reducirá las formas al ámbito subordinado que le es propio. En el caso del recurso por exceso de poder esta evolución es evidente a partir de 1864, como más adelante se advertirá en el texto. En nuestro contencioso la falta de invención de técnicas nuevas hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956 hará que nuestra jurisprudencia quede anclada en el formalismo inicial. Sin perjuicio de desarrollar el tema en su momento, resulta obligado hacer ahora la advertencia.

(32) ALIBERT, *Le contrôle...*, cit., pág. 236.

cede analizar ahora cuando se pretende abordar el análisis de la primera configuración legal del contencioso-administrativo en nuestra patria.

6. *La situación de la doctrina jurídico administrativa en el periodo inmediatamente anterior a las Leyes de 1845.*

Antes de entrar a analizar la primera configuración de la justicia administrativa en España es conveniente realizar un breve esbozo del estado de desarrollo de la doctrina administrativa contemporánea.

Por lo que hace a la doctrina francesa no son necesarias, tras lo ya expuesto, mayores precisiones: existe un recurso contencioso ordinario en el que el Juez lo es del hecho y del derecho y en el que pueden plantearse todas aquellas cuestiones relativas a la actividad de gestión de la Administración. Este recurso se desenvuelve como un verdadero proceso entre partes y en él las facultades del Juez son semejantes en todo a las que tiene en el proceso civil. Respecto de los actos de pura administración o mero imperio, ningún texto autoriza el recurso contencioso administrativo con carácter general, puesto que en este campo el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales prohíbe rigurosamente toda intervención judicial.

En defecto de texto autorizante, la jurisprudencia del Consejo de Estado inventa y consolida a lo largo del segundo cuarto del siglo pasado un recurso excepcional, de limitado alcance, dirigido única y exclusivamente a salvaguardar la legalidad externa de los actos exentos y cuya única virtualidad es la de decretar la anulación pura y simple del acto impugnado, sin entrar a enjuiciar la cuestión de fondo ni hacer pronunciamiento alguno acerca de los presuntos derechos del recurrente, cuya titularidad, por otra parte, no se exige como requisito de admisibilidad.

A mediados del siglo pasado, es decir, en la época en que se instaura en nuestra patria el contencioso-administrativo, el recurso por exceso de poder se encuentra en Francia en pleno período de formación, admitiéndose solamente dos aperturas o motivos, la incompetencia y el vicio de forma, únicos instrumentos con los que el Consejo de Estado hace frente a la actividad discrecional, de puro mando o de mero imperio de la Administración.

Este esquema es bien conocido por los administrativistas españoles de la época, si bien la sorprendentemente rápida evolución que el recurso por exceso de poder experimenta en poco más de diez años (1852-1862) llegará a rebasarles, a causa, sobre todo, de la promulgación de las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que desde el primer momento exigirán su atención.

Basta repasar brevemente las obras de los autores más significativos de la época para comprobar la absoluta identidad de los planteamientos iniciales, salvedad hecha de un retraso cronológico no demasiado importante en aquel momento.

En efecto, el esquema de conceptos de OLIVÁN es análogo en este punto al de HENRION DE PENSEY, a quien sigue casi *ad pedem literem* (33).

(33) Lo ha advertido recientemente PARADA, loc. cit., pág. 77.

Refiriéndose a la «jurisdicción administrativa» dice OLIVÁN (34) que «cuando la Administración pública forma Reglamentos para la ejecución de las Leyes o los aplica a los casos particulares e indefinidos que se presentan, ejerce el *mero imperio*: se limita a exigir la obediencia de los ciudadanos. Mas cuando *decide*, después de debates contradictorios, sobre las reclamaciones suscitadas por intereses que se le oponen, ejerce el *mixto imperio* a que es inherente la jurisdicción» y más adelante continúa diciendo que «la Ley confiere jurisdicción siempre que da derecho de aplicar las Leyes a los casos particulares por decisiones cuya forma determina y cuya ejecución autoriza». Este concepto de jurisdicción es común en los autores de la época y coincide sustancialmente con los expresados por GIL DE ZÁRATE y POSADA HERRERA (35).

La misma coincidencia se produce en cuanto a la clasificación de la jurisdicción, en voluntaria, reglamentaria o discrecional y contenciosa. *Jurisdicción voluntaria o discrecional* es la que ejerce la Administración por reclamación de una o varias personas sin trámites contradictorios, mientras que su opuesta, la jurisdicción contenciosa, es aquella en la que se ventila contradictoriamente el derecho entre las partes. Desde el primer momento, pues, *discrecional* se opone a *contencioso*, oposición que se formula igualmente en Francia en esa época en términos análogos, sin perjuicio de otros matices (36).

Ahora bien, para saber cuándo procede el empleo de trámites contradictorios, es decir, cuándo puede la Administración decidir discrecionalmente y cuándo debe decidir en forma contenciosa, se emplean dos criterios, un tanto ambiguamente combinados: el interés público y el derecho subjetivo preexistente. Así GIL DE ZÁRATE afirma que «desde el momento en que la acción administrativa se encuentra detenida por un derecho particular que le sale al encuentro y escudándose en una Ley que le protege resiste el ataque o exige separación, se necesita un Juez que aplique la Ley y la jurisdicción administrativa deja de ser voluntaria, transformándose en contenciosa en todo el rigor de la palabra» (37). Por su parte, POSADA HERRERA afirma que, «para que haya contencioso administrativo, ha de fundarse la parte que reclama en la existencia de un *hecho* (38) de la Administración que ataca derechos preexistentes». «Si funda sus derechos —continúa diciendo— en razones de utilidad o mejora, la acción no entrará dentro del número de las que forman la

(34) *De la Administración pública con relación a España*, edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, págs. 194 y sigs.

(35) GIL DE ZÁRATE, *Administración de los Tribunales contencioso-administrativos*, en «Revista de Madrid», 1838, recogido por GALLOSTRA, *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1887, de donde se toma la cita, págs. 150 y 151; POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, 1843, en la misma Colección, pág. 162.

(36) *Idem*.

(37) *Loc. cit.*

(38) «Hecho» no acto administrativo en sentido propio, como ha advertido PARADA, *op. cit.*, pág. 76.

vasta materia contencioso-administrativa, sino dentro del círculo de las *puramente administrativas*» (39).

Este es, pues, el concepto clave: la *pura administración*, lo que atañe al poder de mando, lo que no es susceptible de contienda porque de serlo la actividad administrativa quedaría paralizada. La *pura administración* es, esencialmente, lo *no contencioso*, y ello porque entraña ejercicio de autoridad, porque procede de la Administración en cuanto poder, porque se trata de una actividad que consiste en organizar el interés general a título de poder público.

El propio POSADA HERRERA precisa con claridad la oposición existente entre cuestiones de *pura administración* o de *mero imperio* y cuestiones de jurisdicción o de mixto imperio, es decir, *contenciosas*: «Tampoco se puede decir que pertenecen a las materias contencioso-administrativas —afirma— todas aquellas resoluciones que toma la autoridad dentro del círculo de sus atribuciones, ya en materia de orden público para mayor seguridad del Estado, ya respecto a los intereses colectivos de la industria, agricultura y comercio. Estas cuestiones son más bien de imperio que de jurisdicción y todos los asuntos que pertenecen al imperio de las autoridades administrativas no deben considerarse como contenciosos. Imposibles serían la Administración y el Gobierno si las medidas que el interés público de ellos reclama hubieran de perder su fuerza tan sólo porque éste o el otro individuo se creyesen perjudicados. Por eso en tales casos y otros análogos, siempre que el Gobierno provee a las necesidades públicas por medio de Reglamentos administrativos, o bien cuando toma medidas de observancia general en favor de los intereses cuya guarda y custodia le están encomendados, no pueden atacarse sus disposiciones ante la Administración contenciosa» (40).

Este es, en síntesis, el bagaje dogmático de nuestra doctrina administrativa anterior a las Leyes de 1845, que instauraron en nuestra patria la jurisdicción contencioso-administrativa, bagaje que, como habrá podido apreciarse, coincide sustancialmente con la doctrina entonces imperante en el país vecino. En uno y otro caso el planteamiento teórico es el mismo y reposa sobre la distinción entre cuestiones de pura administración y cuestiones contenciosas, distinción que se articula un tanto ambiguamente alrededor de un criterio formal y un criterio material —interés general predominante y derecho particular preexistente— que, poco a poco, se irá sustantivando hasta elevarse a la categoría de dogma.

Con este esquema teórico y el modelo francés, que en el momento que se considera sólo ofrece un proceso ordinario de ámbito objetivo bastante reducido y un recurso excepcional de creación jurisprudencial en plena fase de formación, se va a abordar la grave cuestión de la implantación del recurso y la jurisdicción contencioso-administrativa.

(39) *De lo contencioso-administrativo*, publicado en la "Revista de España y del Extranjero", 1844, recogido por GALLOSTRA, *Colección...*, pág. 2671.

(40) *Idem*.

7. La primera configuración del recurso contencioso en las Leyes de 1845.

Como ha advertido recientemente PARADA, el recurso contencioso-administrativo creado por las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 se configura a imagen del proceso declarativo civil de primera instancia, en el que se discute, no ya la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, sino las cuestiones que se susciten con *ocasión* de dichos actos (41). El objeto del proceso es, pues, la declaración de los derechos controvertidos. Quiere esto decir que el recurso contencioso instaurado en 1845 responde al modelo francés, esto es, al recurso de plena jurisdicción o contencioso ordinario, apelativos que la doctrina francesa aplicará *a posteriori* al verdadero y único proceso contencioso para distinguirlo del excepcional recurso por exceso de poder, dirigido exclusivamente a controlar la legalidad externa de los actos administrativos y a pronunciar su nulidad, es decir, del contencioso de lo no contencioso.

Prueba de ello es la enumeración de cuestiones que, según las referidas Leyes, pueden ser objeto del recurso: el repartimiento de cargas y disfrutes comunes, las operaciones resultantes de contratas, los suministros y empresas de obras públicas, la aplicación de servidumbres de utilidad general, las requisiciones exigidas por el servicio del Estado, la concesión de cosas públicas reclamadas por tercero y, en general, todo lo contencioso de las diferentes ramas de la Administración civil, esto es, según COLMEIRO, todo acto administrativo que habiendo creado entre el Estado y una corporación o individuo derechos recíprocos fundados en el Derecho común, promueven contestaciones que no pueden resolverse por la interpretación de aquel acto (42).

El paralelismo con el contencioso ordinario o de plena jurisdicción no puede ser mayor, como puede comprobarse. Ninguna definición de causas generales de apertura de un recurso contra los actos administrativos por razones de incompetencia o vicio de forma se contiene en las citadas leyes, a las que es ajena totalmente la idea de un control de la legalidad de los actos que por su carácter de discrecionales o de puro mando no pueden dar lugar a cuestiones contenciosas. Claramente explica COLMEIRO que esta clase de actos no puede dar origen a lo contencioso administrativo: ni «los actos de puro mando que proceden del poder discrecional de la Administración ordenando por vía general, porque no lastiman derechos particulares», ni «los actos de la Administración que arreglan un interés colectivo de la agricultura, comercio, industria u otro semejante porque tampoco crean derechos ni modifican los preexistentes, ni tienen más objeto que ordenar un servicio público» (43).

Pues bien, siendo análogo el marco normativo y semejante también

(41) Op. cit., pág. 82.

(42) *Derecho administrativo español*, 3.ª edición, tomo I, pág. 341.

(43) *Idem.*, pág. 341.

el esquema doctrinal, iguales van a ser las tensiones que van a producirse en el seno de esta primera configuración jurisdiccional. Únicamente variará la forma de solucionarlas o, mejor dicho, la orientación tomada por nuestro contencioso-administrativo con posterioridad a esas soluciones. Esta distinta orientación va a marcar, precisamente, el punto crítico de nuestro sistema jurisdiccional, comprometiendo todo su futuro en un camino distinto del que seguirá el sistema francés. A partir de ese momento la lucha por la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, cruz y motor al mismo tiempo del Derecho administrativo, se va a plantear de forma diversa y, desde luego, como la historia demuestra cumplidamente, de forma menos eficaz y vigorosa en nuestro sistema.

La diferencia va a radicar, justamente, en que en el Derecho francés las primeras decisiones jurisprudenciales de anulación de actos discrecionales por incompetencia o vicio de forma, van a configurar una vía de recurso autónoma por la que la jurisprudencia va a progresar de forma independiente, mientras que en el Derecho español esas primeras decisiones, antes citadas, no van a cristalizar en una nueva vía de recurso. En el primer caso la fuerza de esas decisiones se va a utilizar en un sentido dinámico, en el segundo, es decir, en el nuestro, en un sentido estático, puramente defensivo.

La divergencia no puede por menos de extrañar, sin embargo, ya que en uno y otro caso el planteamiento y solución de esos primeros supuestos conflictivos es idéntico. Lo mismo que en los *arrêts* Enjalbert y Landrin, las decisiones de nuestro Consejo Real de 30 de junio de 1847, 27 de julio de 1848 y 12 de noviembre de 1956, van a pronunciar la nulidad de resoluciones administrativas de carácter discrecional, pasando sobre la propia incompetencia jurisdiccional y sobre la ausencia de derecho lesionado, para restablecer la legalidad objetiva vulnerada.

8. *El apartamiento del sistema francés: recurso por exceso de poder y doctrina de los vicios de orden público.*

Como acaba de apuntarse, el enfrentamiento jurisdiccional con los actos discrecionales de la Administración afectados de algún vicio en su legalidad externa, se produce el mismo modo en Francia y en España, pero a la vez que marca el punto máximo de analogía, señala también el comienzo de la divergencia. Esta divergencia es fruto, a mi modo de ver, del retraso con el que en nuestro país se plantean estas cuestiones, retraso que, desde luego, no era entonces demasiado sensible, pero que disminuía la capacidad de reacción del sistema. El hecho de tener delante el ejemplo francés y la disposición mental de imitarle en lo posible, excluye cualquier posible iniciativa. Esta actitud expectativa es la que produce el despegue, dada la extraordinaria celeridad con que evoluciona el sistema en Francia. En 1862, cuando en España acaban de ponerse en práctica las primeras experiencias francesas de censura objetiva de los actos discrecionales, en el país vecino

el recurso por exceso de poder aparece plenamente formado y sólidamente instalado en la realidad, con las cuatro aperturas —incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y violación de ley— en línea de combate frente al poder discrecional. Sólo han pasado unos pocos años y ya la diferencia es demasiado grande, tan grande que ya no será posible una nueva aproximación.

Alejado el modelo cuando más cerca parecía estar, nuestra jurisprudencia trata de construir una trinchera propia con los elementos de que dispone, aprovechando en lo posible sus propias experiencias y lo más inmediatamente utilizable de aquel modelo. El resultado de todo ello será, precisamente, la doctrina de los vicios de orden público. El proceso de formación es en síntesis el siguiente:

Tradicionalmente se reconoce como axioma el carácter de orden público de la competencia no territorial de los órganos jurisdiccionales. El Juez civil puede y debe plantearse de oficio su propia competencia, aunque las partes no se lo propongan. Pues bien, trasladar ese concepto a la jurisdicción contenciosa es relativamente fácil, supuesto que la división de las cuestiones en contenciosas y gubernativas no aparece deslindada en la práctica de una forma indubitable. Existen de un lado Jueces administrativos de excepción, es decir, órganos y autoridades administrativas a quienes las Leyes reconocen excepcionalmente, por razones de urgencia, la facultad de decidir como verdaderos Jueces determinadas cuestiones contenciosas. Respecto de estos Jueces administrativos de excepción —órganos administrativos en sede judicial— se reconoce a los Consejos Provinciales y Real carácter de Tribunales de segundo grado, con lo cual pueden éstos apreciar si aquéllos se han excedido o no al actuar como tales Jueces. Por otra parte, como lo administrativo se convierte en contencioso cuando encuentra en su camino un derecho del particular que le opone resistencia y son los propios órganos administrativos los que tienen que acudir a los Consejos en busca de una decisión ejecutoria (44), la cuestión relativa a la competencia del órgano administrativo es presupuesto de la competencia del órgano jurisdiccional que por ello siempre la tiene para resolver aquélla, ya que de otro modo no podría decidir la propia. Estando mezcladas indisolublemente ambas cuestiones, la comunicación a la competencia administrativa del carácter de orden público reconocido tradicionalmente a la jurisdiccional resultará no sólo posible, sino obligada.

De la incompetencia al vicio de forma no hay más que un paso, puesto que, como ya se había afirmado en la doctrina y la jurisprudencia francesas y se conocía en nuestro ambiente, la competencia se concede a un órgano para que la ejerza en las condiciones y por los cauces señalados en la Ley. Considerado el vicio de forma *sub especie* de la incompetencia, la extensión a aquél de los caracteres de ésta incluido el de orden público, se realiza con toda naturalidad.

Más aún, el Consejo Real, como el de Estado francés, participa de una doble condición como órgano administrativo insertado en la estruc-

(44) Me remito aquí al excelente trabajo de PARADA, antes citado.

tura jerárquica en cuanto asesor del rey y como órgano jurisdiccional (45). Esta doble condición y las peculiares circunstancias, ya descritas, con que se plantea el problema de la distinción entre lo administrativo y lo contencioso, le permitirán presentar como natural e indiscutible el control de la regularidad de los actos que enjuicia. El paso del tiempo, amén de otras circunstancias que luego veremos, darán a esta justificación una solidez definitiva e incommovible a falta de toda discusión sobre la misma y de cualquier revisión de sus presupuestos.

Es por eso por lo que desde un principio se afirmará rotundamente que «según jurisprudencia del Consejo de Estado, las cuestiones que afectan a la jurisdicción deben resolverse con preferencia, sea cualquiera el estado del pleito y por más que no las hubiesen iniciado los interesados» (Reales Decretos sentencias de 2 de mayo de 1866 y 14 de enero de 1867; sentencias de 19 de mayo y 26 de octubre de 1869, 1 de octubre de 1870, 18 de enero de 1872 y 29 de diciembre de 1864; Real Decreto sentencia de 30 de mayo de 1876) que «es jurisprudencia del Consejo de Estado cuando en un expediente se nota error esencial en la Administración o vicio en el procedimiento corregir el uno y subsanar el otro reponiendo las cosas al estado que tenían cuando se dictó la última disposición ajustada a derecho» (Real Decreto sentencia de 26 de febrero de 1866) y que «el motivo de nulidad que afecta a todo el procedimiento y que por versar sobre la jurisdicción entraña una cuestión de *orden público* es susceptible de estimarse en todo tiempo». (Real Decreto sentencia de 9 de junio de 1877.)

De este modo queda instalado en el seno de nuestro recurso contencioso —de plena jurisdicción en el marco de las Leyes de 1845— un rudimentario sistema de control de los actos exentos sobre las bases de la incompetencia y el vicio de forma, considerados ambos como de orden público y de pronunciamiento preferente para poder remontar el obstáculo de la incompetencia jurisdiccional para enjuiciar la actividad discrecional o de puro mando, no contenciosa en definitiva, de la Administración. La doctrina de los vicios de orden público va a jugar, pues, dentro de nuestro sistema contencioso el papel de sucedáneo del inexistente recurso objetivo de anulación, del recurso por exceso de poder.

No es ahora momento de analizar las consecuencias, muy importantes como veremos más adelante, que derivan de esta opción temprana de nuestro sistema de enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración, pero sí conviene llamar la atención sobre una de ellas, cuyo examen no sería posible o, por lo menos, no sería suficientemente esclarecedor, si se dejara pasar el ambiente inicial en que se produce. Se trata, concretamente, del tema de la nulidad de actuaciones cuando se trata de actos afectados por un vicio de orden público.

(45) En la naturaleza inicialmente jerárquica del recurso por exceso de poder insisten todos los autores. DUCUIT incluso calificará a este recurso como un recurso jerárquico jurisdiccionalizado (*Études de Droit public*, tomo I. *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, 1901, pág. 581).

En las formulaciones jurisprudenciales antes transcritas, se afirma que cuando se observe en un expediente la existencia de un vicio de procedimiento, hay deber de corregirlo y subsanarlo «*reponiendo las cosas al estado que tenían cuando se dictó la última disposición ajustada a Derecho*». Esta última precisión nos es hoy absolutamente familiar, en cuanto tipifica el supuesto de declaración de la «nulidad de actuaciones», que es, como ya hemos visto, uno de los elementos de la formulación tópica de la doctrina jurisprudencial de la prioridad de pronunciamientos o del orden de examen de las cuestiones litigiosas.

¿A qué responde esta limitación de la declaración de nulidad? Ninguna razón se aduce expresamente en la jurisprudencia de la época, que la formula como simple secuela de la apreciación de la existencia de un vicio de orden público. Por otra parte, tampoco en la jurisprudencia francesa del recurso por exceso de poder puede encontrarse un antecedente de la misma. Dirigido el recurso por exceso de poder exclusivamente a controlar la legalidad externa del acto enjuiciado, el Consejo de Estado se limita a pronunciar la nulidad del mismo cuando comprueba la infracción, sin hacer otros pronunciamientos que, institucionalmente, le son por completo ajenos. Lo que la Administración haga o pueda hacer después, es algo que el Consejo de Estado no se plantea, ni siquiera en lo que se refiere a los efectos inmediatos de la nulidad declarada. La práctica del reenvío a la Administración «*pour faire ce que de droit*» no se utiliza en absoluto en toda la época de desarrollo del recurso y para encontrarla antes del *arrêt* Daraux de 26 de junio de 1908 que la introduce (46), es necesario remontarse a la primera etapa de formación del recurso en la que el viejo carácter del recurso jerárquico —único posible en los primeros tiempos del contencioso-administrativo en materia de pura administración— todavía proyecta su influencia.

Este dato contribuye decisivamente a poner de relieve las razones que justifican la limitación que se comenta. En efecto, el hecho de que el reenvío «*pour faire ce que de droit*» desaparezca del ámbito del recurso por exceso de poder, desde el momento en que éste se convierte en una vía autónoma y definitivamente a partir de la institución de la justicia delegada, demuestra que ello se debe precisamente a la adquisición de autonomía y al desprendimiento del lastre jerárquico. Por eso, como en nuestro sistema la doctrina de los vicios de orden público no cristaliza en una vía de recurso independiente, sino que se integra en la propia mecánica del recurso ordinario como una pieza más del mismo,

(46) Vid. el comentario de M. HAURIOU a la jurisprudencia DARAUX en *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey*, tomo II, Sirey, 1929, pág. 392.

No hará falta insistir en la advertencia de que el reenvío a la Administración *pour faire ce que de droit* se refiere a algo más que a esto, concretamente encubre un sucedáneo de sentencia de condena. De todas formas, pone también de manifiesto que desde la independencia y consolidación del recurso por exceso de poder hasta 1908 el Consejo de Estado se limitaba pura y simplemente a declarar la nulidad del acto impugnado, sin más precisiones.

el transfondo jerárquico de la misma determina el reenvío y la declaración de la procedencia de la reposición de las actuaciones, al estado que tenían en el momento de producirse el vicio apreciado.

De esta forma, mientras que dicho vicio en el recurso por exceso de poder determina la nulidad del acto de la Administración, sin prejuzgar la actuación futura de ésta, en el contencioso español la declaración de nulidad va acompañada, si no de un mandato, sí de una invitación a la Administración autora del acto para que reconstruya el expediente que lo produjo y vuelva a emanar otro acto válido de contenido semejante.

He aquí la razón histórica y puramente circunstancial a que se debe la existencia de uno de los elementos más sólidos de nuestra jurisprudencia administrativa actual, en la que pervive como un dogma, pese a la sustancial variación experimentada por la dogmática jurídico-administrativa y la institución misma del proceso contencioso a lo largo de los últimos cien años (47).

El examen de los hitos de esta evolución ayudará a descubrir, desde una perspectiva general, todas las demás consecuencias de la distinta opción realizada en nuestro ambiente para resolver el problema clave de la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, así como a comprender las razones últimas a que responde la actual problemática de nuestro sistema contencioso-administrativo.

9. El apartamiento del sistema francés: recurso por exceso de poder y configuración revisora de nuestro proceso contencioso.

La reciente aportación de PARADA a la historia de nuestro contencioso-administrativo ha puesto de manifiesto cómo en el esquema inicial el recurso contencioso carecía en absoluto del carácter revisor que después se le ha atribuido como principal característica definidora. Insistir en ello no merece la pena ahora, ni resulta necesario tras lo ya expuesto. Sí interesa, sin embargo, subrayar cómo surge este carácter revisor y qué influencia tiene sobre la doctrina que aquí se estudia.

Descubierto el camino con la consolidación del recurso por exceso de poder como vía autónoma que procede siempre en función de causas generales, sea cual sea la naturaleza del acto administrativo atacado y, especialmente, porque a ello va dirigido, cuando se trata de un acto de puro mando, la línea de progreso de la justicia administrativa en la lucha contra la actividad discrecional de la Administración, va a ser precisamente este recurso, en principio, excepcional. Toda la dialéctica

(47) A esta explicación, basada en la posición jerárquica del Consejo de Estado con anterioridad al paso a la justicia delegada, hay que añadir el posible influjo de las técnicas procesales. El proceso es algo dinámico abocado a una solución, tiene que proseguir necesariamente, salvo desistimiento, allanamiento o caducidad, de forma que lo mal hecho debe reponerse y reconstruir el *iter* regular previsto por la Ley. De una forma inconsciente esta técnica se traslada, no ya al proceso contencioso, sino al procedimiento administrativo, como si aquél fuera simple continuación de éste. Desde esta perspectiva, el transfondo jerárquico aludido juega también su papel para justificar la transposición de técnicas.

posterior entre lo discrecional y lo contencioso se va a mover dentro de esta línea, mediante el progresivo perfeccionamiento de las técnicas de impugnación, la ampliación de las aperturas, la matización progresiva de las ya existentes, la ampliación de las facultades del Juez, etcétera. El fin de esta evolución va a ser, precisamente, la conversión del recurso excepcional en recurso ordinario, tan ordinario como el inicialmente así llamado, es decir, como el recurso de plena jurisdicción. Mientras éste permanece acantonado en sus líneas iniciales, el recurso por exceso de poder irá avanzando sin cesar, invadiendo a veces su terreno, hasta conseguir la consideración de recurso de Derecho común, de recurso de verdadero orden público, que procede siempre aun en defecto de texto que lo autorice y aun en contra, incluso, de un texto que genéricamente excluya la vía contenciosa, exclusión que se entenderá referida única y exclusivamente al contencioso de plena jurisdicción (48).

En nuestro país el planteamiento de la lucha por la reducción jurisdiccional de la esfera exenta, del campo de la actividad administrativa discrecional, se va a realizar de forma diversa, justamente porque las decisiones de los primeros enfrentamientos producidos, de las primeras escaramuzas de esta lucha, no cristalizan en una vía de recurso independiente.

Por esta razón, el progreso jurisdiccional en esta lucha se va a producir, de un lado, a través de la recién nacida doctrina de los vicios de orden público y, de otro, mediante la admisión por vía legislativa del recurso contencioso en determinados supuestos concretos de actividades discrecionales de la Administración.

(48) Esta caracterización del recurso por exceso de poder como de derecho común, de orden público en el sentido de que procede aun en defecto de texto que lo autorice e incluso en contra de un texto que genéricamente excluya el recurso contencioso, procede de la jurisprudencia *dame Lamotte* de 17 de febrero de 1950, luego confirmada por el *arrêt Falco et Vidailiac* de 17 de abril de 1953. La primera de dichas decisiones se produce en un supuesto de requisa de tierras, so pretexto de estar incultas y abandonadas, posteriormente concedidas a un tercero en base a una Ley de la época del Gobierno de Vichy de 23 de mayo de 1943, que excluía de la impugnación contenciosa estas decisiones. El comisario DEVOLVE, en sus conclusiones afirma que "la Ley de 23 de mayo de 1943 ha desconocido el principio más importante quizá de nuestro derecho público, el principio de legalidad es tan general que ningún texto escapa a él, porque la Ley que lo desconociera contendría un principio de contradicción". En el asunto *Falco et Vidailiac* se impugnaba la elección de un miembro para el Consejo General de la Magistratura, es decir, un acto fuera de la órbita del poder ejecutivo. El comisario DONNEDIEU DE VABRES afirmó que el recurso por exceso de poder está abierto "contra todo acto aun sin texto y tiene por efecto asegurar, conforme a los principios generales del derecho el respeto de la legalidad" y que sólo podía ceder en presencia de una "prescripción legislativa que estableciera solución contraria". Estos *arrêts* de principio pueden verse en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, LONG, WEIL y BRAIBANT, 4.ª edición, Sirey, 1965, págs. 325 y sigs, y 388 y sigs.

Sobre el tema de carácter de derecho común y orden público del recurso por exceso de poder, véase por todos J. P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, París, 1967, págs. 211 y sigs.

En 1845, como hemos visto, el ámbito de lo contencioso se reducía a la actividad de mera gestión de la Administración, es decir, a todo aquello que no procedía de la actividad que la Administración desarrolla para exigir la obediencia de las Leyes y para procurar el interés general. Lo contencioso se planteaba en aquellos casos en que la Administración no procedía por vía general, sino mediante pactos, convenios o individualizaciones de derechos realizadas por Ley.

La insuficiencia de este esquema teórico se descubrió, como vimos, desde el primer momento. La consagración de la doctrina de los vicios de orden público puso en seguida de manifiesto que la Administración puede vulnerar también derechos dignos de respeto, ya conociendo de causas extrañas a su autoridad, ya violando las formas protectoras de un interés legítimo, aunque en estos casos actúen potestades discrecionales.

La correlación «discrecionalidad-inexistencia de derechos» se revela entonces insuficiente, pero su fuerza es tal, su formulación genérica está tan ligada a los principios políticos imperantes en la época, que los conceptos revelados insuficientes no se sustituyen sin más por otros nuevos, buscándose, por el contrario, otras soluciones parciales que van a estar en continua tensión con aquéllos.

Una de estas soluciones, la principal sin duda alguna, va a ser la admisión del recurso contencioso-administrativo en supuestos concretos y específicos definidos por las Leyes especiales que regulan los grandes sectores de la vida administrativa: minas, montes, contribuciones, funcionarios, expropiación forzosa, obras públicas, policía, etc. En todas estas materias el concepto básico de actos de puro mando o discrecionales va a seguir operando de manera semejante, pero con una variación importante: como ya se sabe por la jurisprudencia y la doctrina que la Administración, aun cuando actúa sus potestades de mero imperio, debe sujetarse a las formas legales, se comienza a añadir a este deber una sanción, la posibilidad de impugnación en vía contenciosa de los actos de la Administración que no hayan respetado dichas formas, cuando éstas están previstas en una Ley o un Reglamento.

La lucha por la reducción de la discrecionalidad se plantea, pues, sobre la base de las formas de los actos, que las Leyes especiales van señalando para cada caso concreto, ligando a estas formas la admisión del recurso contencioso.

Este proceso se produce al margen de las Leyes que constituyen el marco normativo de la jurisdicción, sin modificarlo directamente. Por eso no puede dejar de sorprender la consulta de los tratados generales de lo contencioso-administrativo anteriores a la Ley Santamaría. Todas estas obras responden a un esquema común que no cuadra, sin embargo, con la configuración que de lo contencioso-administrativo hacen las Leyes de 1845. Este esquema, por el contrario, consiste en una división por materias de toda la actividad administrativa, dentro de las cuales el autor va realizando una labor de análisis de los textos aplicables subrayando los casos concretos en que los textos admiten un recurso contencioso. Todos estos casos, salvo los supuestos definidos en las Leyes

de 1845 que responden, como ya vimos, a la actividad de pura gestión orrelativa al contencioso pleno, se reconducen a infracciones de las ormas prescritas, infracciones cuya denuncia en vía jurisdiccional no la lugar a una declaración de derechos, sino a la simple anulación del acto administrativo al que afectan. En 1881, cuando GALLOSTRA publica u obra sobre «Lo contencioso-administrativo» (49), el proceso contencioso será ya fundamentalmente un proceso revisor de actos afectados le un vicio de procedimiento o de forma, que coexistirá con un concencioso de derechos tal y como estaba definido en las Leyes de 1845, on una particularidad, sin embargo, y es que este contencioso de derechos, que se ha mantenido en sus límites iniciales, aparecerá casi ahoadado entre la extensa lista de «procesos a los actos» que sobre la base e supuestos específicos han ido formando las Leyes especiales.

Esta situación facilitará la nueva configuración del contencioso-administrativo de 1888 sobre el esquema revisor, sobre la técnica del proceso al acto que en aquel entonces es ya cuantitativamente la óptica redominante por obra y gracia de la introducción por las Leyes especiales de los requisitos de forma, cuya infracción por la Administración ustificaba el recurso.

El procedimiento administrativo y su temprana aparición en España n 1889 y el carácter revisor que marcará indeleblemente nuestro concencioso-administrativo, arrancarán precisamente de ese planteamiento n tanto solapado de la lucha contra la discrecionalidad en el terreno e las formas, dentro del marco de un único recurso contencioso, cuya rimitiva naturaleza quedará desvirtuada al final del período y suplanada totalmente por la propia del control objetivo de la legalidad con l cual se vió obligado a convivir (50).

Mientras que en Francia el recurso por exceso de poder evoluciona ndependientemente, superando el estadio primitivo del control de la egalidad externa para afrontar y resolver empíricamente el de la legaidad interna de los actos discrecionales; su sucedáneo español, la docrina de los vicios de orden público, sólo servirá para poner de maniiesto la posibilidad y la necesidad, al mismo tiempo, de una censura xterna de los actos de puro mando y para estimular la extensión cauística por vía legislativa de un recurso contencioso tributario de las ormas legales, que desembocará en la configuración revisora de la juisdicción de forma general e indiscriminada.

El apartamiento del modelo francés supondrá también el anclaje de uestro contencioso, la detención del proceso de lucha contra la discrecionalidad sobre el eje de las formas que, a consecuencia de la rigidez

(49) A los efectos de la evolución a que se alude en el texto, me remito al citado bro de GALLOSTRA, suficientemente descriptivo de la misma.

(50) El carácter revisor de la jurisdicción y la aparición del procedimiento administrativo tiene su explicación en la línea de progreso adoptada que se describe en el xto. a la cual se suma el proceso de generalización de los supuestos excepcionales de s administradores-jueces que provoca la aparición del privilegio de la decisión ejecutoria, oceso al que se ha referido PARADA en el trabajo citado. Ambos fenómenos se comentan y conducen a la meta aludida en estrecha y confusa colaboración.

siempre implícita en las innovaciones legislativas frente a la flexibilidad típica de los progresos jurisprudenciales, acantonará la evolución en los siempre estrechos límites de la regularidad procedimental.

Al final del período, el ejemplo francés se ha perdido de vista completamente. La doctrina de la época se encontrará plenamente satisfecha de las conquistas realizadas, sin pensar que apenas se ha superado el primer estadio de la lucha por la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad (51).

La satisfecha óptica formalista culminará con el intento de consagración legislativa de lo que por vía indirecta era ya casi la regla general: la admisión de la procedencia del recurso contencioso «por infracción de las reglas del procedimiento administrativo que rijan en cada ramo, aun en aquellos negocios en que el fondo esté reservado a la exclusiva apreciación y resolución gubernativa» (52). Este intento, que podía haber supuesto un definitivo deslinde de los dos tipos fundamentales de recurso contencioso, no llegó a prosperar, sin embargo, y con ello quedó expedito el paso a la obra de simplificación de SANTAMARÍA DE PAREDES, con la que el esquema revisor del proceso al acto quedará definitivamente instalado en nuestro sistema.

III

LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO DESDE 1888 A 1956.

1. *El estado de la doctrina en la época inmediatamente anterior a la Ley de 1888.*

El período 1845-1888 es una época de constante, apresurada y confusa evolución, a lo largo de la cual se producen variaciones y sustituciones conceptuales de enorme trascendencia. PARADA ha explicado recientemente cómo durante dicho período se gesta el privilegio de la decisión ejecutoria sobre la base de una generalización de la vieja teoría de los Jueces administrativos de excepción (53). Esta explicación tiene su complemento en esa otra idea que acaba de exponerse, según la cual la línea de progreso de lo contencioso-administrativo se construye alrededor de las exigencias de forma, exigencias que alcanzan igualmente a los

(51) GÓMEZ ACEBO y DÍAZ MERRY harán notar en el prólogo de su *Diccionario General de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1889, que “el Consejo Real, y después el de Estado, constituido en Sala de lo Contencioso, supo imponerse por su propia autoridad y en la historia de nuestro Derecho administrativo conservará siempre un nombre glorioso, más aún que por la justicia de sus fallos, por la entereza con que corrigió los vicios del procedimiento gubernativo y los abusos de poder de las autoridades administrativas; pudiendo decirse que si hoy día los particulares adquieren derechos frente del Estado, se debe únicamente a tan constante y sabia jurisprudencia”.

(52) Proyecto aprobado por el Senado en 1885, de acuerdo con el dictamen de la Junta de Reformas Administrativas creada en 1879. Se refiere a él GALLOSTRA (*Lo contencioso administrativo*, pág. 133) en términos despectivos.

(53) Loc. cit.

administradores cuando actúan en posición de Jueces. El deslinde de la respectiva influencia de una y otra cuestión no es nada fácil, dado el empirismo y la falta de reflexión previa con que los acontecimientos se desarrollan y no tiene, desde luego, mayor interés abordarlo aquí.

En cualquier caso, el resultado es evidente: la conversión del recurso contencioso en un proceso revisor, en un proceso a los actos en el cual los vicios de forma, entendida ésta en el sentido de legalidad externa, son los principales protagonistas. Este resultado es el antecedente próximo de la Ley de 1888 y constituye la realidad que dicha Ley va a formalizar en un nuevo esquema, cuya duración persistirá hasta el 27 de diciembre de 1956.

Para comprender, sin embargo, la Ley de 1888 no basta con retener el aspecto adjetivo del proceso descrito, sino que es preciso hacer un pequeño balance de su incidencia en el plano sustantivo. El concepto de lo discrecional, de la actividad de puro mando que SANTAMARÍA DE PAREDES y sus contemporáneos van a manejar, no es ya el mismo que el que cuarenta o cincuenta años antes manejaron OLIVÁN, POSADA HERRERA y COLMEIRO. Para estos autores, lo discrecional era esencialmente, por definición, lo no contencioso, y lo era porque la Administración, cuando actúa con autoridad, con imperio, cuando exige el cumplimiento de la Ley en vista del interés general, cuando no se relaciona con los particulares en actividades de gestión, no puede encontrar derechos que se la opongan, porque en estos casos la Ley le permite obrar libremente y no otorga a los particulares derecho alguno.

Este esquema simplista va a sufrir el impacto de la doctrina de los vicios de orden público y del progresivo descubrimiento de la virtualidad que las cuestiones de forma tienen como instrumento de lucha contra la discrecionalidad. Al irse admitiendo en supuestos particulares de actividades de puro mando el recurso contencioso administrativo por vicios de forma y al aplicarse en los casos en que dicho recurso no se admite expresamente por la Ley, resulta que la actividad discrecional es residenciable en vía contenciosa y que, por consiguiente, la ecuación «discrecional-no contencioso» ha dejado de ser válida.

Rechazada esta ecuación, el concepto de la discrecionalidad va a sufrir una importante modificación y se va a referir a las cuestiones en que la Administración no está sujeta a reglas en cuanto al modo de proceder. Cumplidas estas reglas, como se carece de instrumentos para controlar la legalidad interna —desviación de poder, control de los hechos, control de los motivos y demás técnicas ya al uso en el recurso por exceso de poder—, la decisión administrativa permanecerá intocable. Tras la barrera del vicio de forma, las viejas ideas seguirán, pues, jugando su papel. De este modo, dos conceptos de lo discrecional, uno formal y otro material, pasarán a la Ley SANTAMARÍA y encontrarán formulación explícita en la misma y en su Reglamento, prolongando así, dentro de este nuevo planteamiento, las tensiones tradicionales.

Las nuevas formulaciones conceptuales tienen su expresión máxima

en el curso de SANTAMARÍA DE PAREDES (54). Define este autor la potestad *imperativa* o *de mando* como la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento y la divide en discrecional y reglada, según que al dictar sus disposiciones pueda obrar libremente o haya de sujetarse a límites o requisitos previamente determinados por una Ley, un Reglamento o un contrato (55).

Precisa, además, que la potestad de mando debe estimarse por regla general, como discrecional, en tanto no aparezca limitada expresamente. «Sólo así —afirma— podrán las autoridades obrar con la oportunidad, la prudencia, la rapidez o la energía que la apreciación del caso les aconseje como más convenientes». Reconoce, por último, que «hay veces que una regla anterior encauza o detiene la potestad de mando porque un precepto superior a la voluntad de quien ordena ha exigido el requisito de oír a un determinado Cuerpo o atribuido la facultad a otro funcionario o constituido una obligación en favor de un tercero o limitado las atribuciones dentro de cierto círculo, creyendo debía prever determinados casos e impedir posibles abusos y entonces la potestad de mando aparece reglada» (56).

El simple enunciado de supuestos de actividades regladas, que recoge explícitamente los resultados de la evolución antes descrita, revela la heterogeneidad de los mismos. Junto a la incompetencia —«o atribuida la facultad a otro funcionario»— y el vicio de forma —«oír a un determinado Cuerpo»— aparecen los casos tradicionales —«o constituido una obligación en favor de un tercero»— en los que se plantean cuestiones y controversias sobre auténticos derechos.

La pervivencia de las ideas iniciales tendrá también su lugar en el pensamiento de SANTAMARÍA, para quien «no habiendo precepto limitativo de la potestad discrecional de la Administración, no puede infringir ésta un derecho que se funde en precepto que no existe». Sólo lo que está reglado genera derechos y todo lo que lo está los genera —no sólo, pues, la actividad de gestión como al comienzo del período anterior—, pero como entre lo reglado se incluyen las puras limitaciones formales de la potestad de mando, que en cuanto al fondo sigue sin permitir la existencia de derechos, será necesario en este caso relacionar el derecho que lo reglado genera con las formas a que la regla se limita y reconocer así un «derecho a las formas» que sirva de puente entre las viejas y las nuevas ideas y legitime la presencia del particular en el proceso.

Claramente formulará SANTAMARÍA este «arreglo» en el discurso que pronuncia en el Congreso el 14 de diciembre de 1887 en defensa del proyecto que habría de convertirse en Ley: «Se entenderá —dice— que la Administración obra dentro de sus facultades regladas cuando debe acomodarse en sus actos a condiciones señaladas por una Ley o un Reglamento u otro precepto administrativo anterior; *se entenderá lesionado*

(54) La edición manejada es la cuarta, publicada en Madrid en 1894 y a ella se refieren las citas siguientes.

(55) Op. cit., págs. 62 y sigs.

(56) Idem., pág. 65.

el derecho del particular cuando precisamente esta Ley o Reglamento haya fijado ciertas condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa y la autoridad haya faltado a ellas en perjuicio del particular que haga la reclamación» (57).

Es así como surge el enigmático «derecho al trámite» sobre el que teorizarán la jurisprudencia y el Consejo de Estado en sede consultiva hasta hace poco más de doce años (58).

La cuestión tiene importancia, además, porque de esta configuración arranca la sustantivación de las formas que hoy se detecta claramente en nuestra jurisprudencia contenciosa. Esta sustantivación, absolutamente contradictoria con el carácter puramente instrumental o adjetivo que a las formas corresponde en el campo del Derecho como regla general, es ni más ni menos el resultado de esa artificiosa unión que SANTAMARÍA dogmatiza entre el derecho, necesario a efectos de legitimación, propio solamente de los procesos de plena jurisdicción, y el control de pura legalidad externa que frente a la potestad de imperio se reconoce.

Mientras en Francia el recurso por exceso de poder se independiza y consolida como instrumento de control de la legalidad, como simple recurso objetivo de anulación, el control externo de la legalidad se configurará en España a partir de 1888 sobre una base subjetiva, como un verdadero, aunque no independiente, y, desde luego, injustificado, recurso subjetivo de anulación al que se ha referido GARRIDO FALLA (59).

Mientras en el recurso por exceso de poder el vicio de forma deja de usarse indiscriminadamente en cuanto aparecen otras vías de reducción de la discrecionalidad, distinguiéndose y matizándose a partir de enton-

(57) El texto del discurso citado aparece recogido como apéndice a la cuarta edición del *Curso*, págs. 839 y sigs.

(58) La importancia de este tratamiento de las formas fué advertida por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, quien al referirse al derecho al otorgamiento de concesiones de aguas públicas (*Aguas públicas y obras hidráulicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 256) dice: "Porque ha sido a través de esta vía, esto es, sobre la base del reconocimiento de la necesidad del procedimiento, fijando incluso un auténtico *derecho al trámite*, sobre la que gradualmente se ha ido extendiendo el ámbito de protección a los administrados y, consecuentemente, al campo de posibles impugnaciones ante la jurisdicción contenciosa. Dice así, por ejemplo, el Consejo de Estado en un dictamen de 28 de junio de 1952: En el otorgamiento y denegación de concesiones para los supuestos normales la discrecionalidad alcanza solamente a la denegación. En este aspecto, el particular peticionario no tiene ningún derecho al contenido, sino que resulta solamente investido de un *derecho al trámite* y al procedimiento, teniendo de este modo un puro derecho formal a que se le otorgue o deniegue la solicitud de concesión mediante el debido procedimiento. Tal derecho al trámite produce que, aun manteniéndose la doctrina de que la materia de concesiones está regida por la facultad discrecional de la Administración, el solicitante pueda recurrir contra el otorgamiento o la denegación cuando a través de la misma se ha producido violación de los trámites prescritos (sentencias de 31 de mayo de 1914, 7 de marzo de 1922, 7 de octubre y 14 de febrero de 1921, 25 de febrero de 1930 y 25 de febrero de 1936). El derecho protegido es aquí, exclusivamente, *por razones de orden público*, el llamado *derecho al trámite*".

(59) *El recurso subjetivo de anulación*, en el núm. 8 de esta REVISTA, págs. 177 a 189. También MARTÍNEZ USEROS, *Desviación de poder*, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", vol. VII, pág. 378.

ces —1864— entre formas esenciales y accesorias, sustanciales y no sustanciales, en un proceso de repliegue de las cuestiones formales al lugar que les es propio y del que habían salido por razones puramente instrumentales (60), en nuestro recurso contencioso el vicio de forma seguirá siendo hasta 1957 el único medio utilizable en la lucha contra la discrecionalidad y desde 1888 las formas alcanzarán una trascendencia verdaderamente sustantiva, en cuanto generadoras de un verdadero derecho, el «derecho al trámite».

2. *Lo contencioso-administrativo en la Ley Santamaría de Paredes.*

Las ideas expuestas se plasman en preceptos en la Ley de 1888, que decidirá definitivamente el rumbo de nuestro recurso contencioso. En primer término la Ley generaliza el esquema revisor —«el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares *contra las resoluciones administrativas...*» (art. 1-1)—, que se había fraguado a lo largo del período anterior y que se había establecido ya para Ultramar en la Real Cédula de 30 de enero de 1855 y después en la Ley de 25 de septiembre de 1863 (61).

Referido el recurso a las resoluciones administrativas, se requiere que éstas emanen de la Administración «en el ejercicio de sus facultades regladas» (art. 1-2), entendiéndose que tal sucede cuando la Administración «deba acomodar sus actos a disposiciones de una Ley, de un Reglamento o de otro precepto administrativo» (art. 2-2). Insistir en la explicación de estos preceptos no tiene demasiado sentido una vez comentadas las ideas sobre el tema de SANTAMARÍA DE PAREDES y hecha referencia al texto de su discurso, verdadera interpretación auténtica de los mismos.

Sí tiene interés, no obstante, recoger aquí el hilo de la explicación anterior y ver cómo se plasman en la Ley los nuevos y viejos conceptos de lo discrecional. Ya se dijo más atrás que lo discrecional para SANTAMARÍA era aquello que pertenece a la potestad imperativa o de mando, es decir, a la facultad que la Administración tiene de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento, en tanto dicha facultad no aparezca limitada expresamente por la exigencia del cumplimiento de determinados requisitos señalados por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo. Esta delimitación formal de lo discrecional frente a lo reglado, este recorte de la potestad de mando de la Administración sobre la sola base de las formas, deja vigente el problema sustantivo de la definición de dicha potestad y deja sin resolver su incidencia en el plano jurisdiccional.

En realidad, más que dejar sin resolver el problema, lo cierto es que se resuelve mal, uniendo al criterio formal ya expuesto un criterio material que ya entonces podía considerarse anacrónico (62).

(60) Hasta tal punto es así, que VEDEL ha podido afirmar que no hay Derecho menos formalista que el Derecho administrativo, *Droit administratif*, PUF, Col. Themis, 4.^a edición, 1968, pág. 56.

(61) Lo ha notado PARADA, op. cit., pág. 98.

(62) La equivocidad de esta mezcla de criterios contradictorios fué advertida por

En efecto, tras efectuar en los artículos anteriores la delimitación formal de lo discrecional y lo reglado, el artículo 4.º de la Ley afirma categóricamente algo absolutamente innecesario y gravemente contradictorio con aquella delimitación: «*No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional*».

El artículo 4.º del Reglamento agrava aún más la cuestión con las precisiones que introduce:

«Corresponde *señaladamente* a la potestad discrecional:

1. Las cuestiones que *por la naturaleza de los actos* de que nazcan o *de la materia* sobre la que versen pertenezcan al orden político o de gobierno o afecten a la organización del ejército o a la de los servicios generales del Estado y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.

2. Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por *Leyes especiales*.

3. Las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no prefijados por una *Ley o Reglamento*, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales».

El artículo 6.º del Reglamento afirma, en fin, que «no son materia del recurso contencioso-administrativo:

1. Las declaraciones de la Administración sobre su competencia o incompetencia para el conocimiento de un asunto.

2. Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos civiles y militares, excepto las que impliquen separación de empleados según la *Ley*».

La cuestión no es, pues, tan fácil como SANTAMARÍA quiso aparentar en el discurso pronunciado en defensa del proyecto. Su enfática afirmación de «que lo contencioso-administrativo se apoya y descansa en dos conceptos fundamentales que en modo alguno se pueden desconocer: de una parte la distinción entre lo administrativo y lo que no es administrativo, lo civil, lo penal, lo que corresponde a la competencia exclusiva de los Tribunales de justicia; de otra parte, dentro de lo administrativo la distinción entre lo discrecional y lo reglado» (63) no pasa de ser una verdad a medias, una equívoca simplificación de la verdad, porque lo discrecional y lo reglado no se distinguen tan sólo mediante un criterio

GARRIDO, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en el número 13 de esta REVISTA, págs. 143 y sigs., concretamente pág. 148.

(63) Loc. cit., págs. 842 y 844.

puramente formal, sino que, a pesar de este criterio, la Ley que defendía iba a afirmar que existen actos que son discrecionales por su naturaleza, por razón de la materia sobre la que versan, con independencia de que las normas aplicables hayan establecido o no determinados requisitos de forma para llegar a emanarlos.

La síntesis de lo contencioso-administrativo que SANTAMARÍA presentaba no podrá estimarse tan completa como para justificar la enfática alusión que en su último discurso hizo a CÁRDENAS y a los que objetaban su doctrina (64). Lo cierto es que junto al concepto de lo discrecional, definido a *contrario sensu* en el párrafo segundo del artículo 2.º de la Ley, existía otro concepto sustantivo, ajeno a las nuevas ideas, que consagra la pervivencia de la vieja tesis de las cuestiones de pura administración, cuestiones que en los artículos 4.º de la Ley y 4.º y 6.º del Reglamento se van a llamar discrecionales por naturaleza.

Respecto a estas cuestiones discrecionales por naturaleza, la exclusión del recurso contencioso se realiza categórica y absolutamente, sin excepción alguna, sean cuales sean sus vicios formales. Al servicio de esta exclusión y como garantía de la misma, el artículo 46 de la Ley establece que «se entenderá incompetente el Tribunal cuando por la índole de la resolución reclamada no se comprenda, a tenor del título I de esta Ley, dentro de la naturaleza y condiciones del recurso contencioso-administrativo».

Los términos en que a partir de 1888 iba a plantearse en la jurisprudencia española la lucha contra la actividad discrecional de la Administración hasta la promulgación de la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956 están, pues, implícitos en lo que antecede: una parte, importante sin duda, de la actividad administrativa de puro mando va a poder ser objeto de una censura, limitada en su ámbito a la legalidad externa y en sus efectos a la simple anulación de los actos, a través de los vicios de forma, del control del cumplimiento de los trámites previstos en las normas aplicables, sin forzar en absoluto los mecanismos jurisdiccionales; la parte restante, es decir, lo que la Ley llama cuestiones discrecionales por naturaleza, va a ser excluida *ab initio* de la revisión jurisdiccional y va a obligar a la jurisprudencia a un esfuerzo continuo que supondrá la reaparición y consolidación definitiva de la doctrina de los vicios de orden público. Veamos cómo.

3. *La lucha por la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad durante la vigencia de la Ley Santamaría.*

a) *El planteamiento de la lucha y las primeras formulaciones jurisprudenciales.*

La equívoca configuración de lo discrecional en la Ley SANTAMARÍA, tributaria de dos criterios distintos y contradictorios, y la no menos equívoca alusión al Derecho administrativo preexistente necesario a efec-

(64) “¿Dónde ha visto el señor CÁRDENAS una síntesis más completa de lo que es lo contencioso-administrativo?”, loc. cit., pág. 846.

tos de legitimación, habría de provocar desde el primer momento una grave tensión. Por una parte, ya hemos visto cómo el Juez del contencioso estaba acostumbrado ya desde la época inicial de la implantación del recurso, a utilizar los vicios formales como instrumentos de reducción de la esfera exenta. Hemos visto también cómo precisamente ese descubrimiento inicial fué el motor principal de la remodelación del contencioso sobre un esquema revisor, ajeno inicialmente a su primera regulación legal. Esta tradición era ya en 1888 demasiado fuerte como para que pudiera ser anulada. Decir en esa fecha a unos Jueces, que habían abierto trabajosamente con su actuación la primera gran brecha en el bloque de la discrecionalidad, que podían seguir haciéndolo en determinadas materias, pero que les estaba absolutamente vedado entrar a conocer de otras, por muy viciadas que éstas estuvieran en lo externo, era algo absolutamente inaceptable, porque ya para entonces la jurisprudencia había calificado como de *orden público* las cuestiones relativas a la nulidad del procedimiento y a la competencia del órgano administrativo autor del acto enjuiciado.

La doctrina de los vicios de orden público va a reaparecer así con todo vigor y va a utilizarse decididamente contra la esfera exenta definida en los artículos 4.º de la Ley y 4.º y 6.º del Reglamento, es decir, contra los actos que, por haber estimado el legislador discrecionales por su naturaleza, estaban radical y absolutamente excluidos del recurso contencioso.

El terreno en el que se planteará esta lucha será el de la excepción de incompetencia de la jurisdicción por razón de la materia y allí hay que ir a buscar sus resultados, bien entendido que, dados los términos en que esta excepción está definida en el artículo 46 de la Ley, dentro de ella se comprende la falta del Derecho administrativo preexistente que por la Ley se exige a efectos de legitimación.

Desde esta situación, el panorama jurisprudencial que se contempla es el siguiente:

Excluidas del recurso contencioso las resoluciones administrativas que impongan correcciones disciplinarias a los funcionarios públicos, salvo los casos de separación de empleados públicos inamovibles, la *sentencia de 25 de mayo de 1889* anula una de aquellas sanciones impuesta sin haber oído al sancionado:

«Considerando que la excepción de incompetencia sería procedente en el caso de que en el pleito se tratara tan sólo de resolver si el demandante había incurrido en falta grave o si la corrección impuesta estaba o no ajustada a Derecho, *pero no puede estimarse en cuanto se alegan vicios de procedimiento que a juicio del demandante anulan el expediente, porque la jurisprudencia constante tiene declarado que este Tribunal es el único competente para resolver si se ha incurrido o no en tales vicios y si cometidos son tan sustanciales que implican la nulidad del expediente en que se cometieron*».

En el mismo sentido se pronuncia otra sentencia de 20 de abril de 1900, relativa a la sanción impuesta a un funcionario de Correos en semejantes condiciones. Las formulaciones jurisprudenciales de la época son sustancialmente semejantes todas ellas y se limitan a afirmar con seguridad que «al Tribunal contencioso-administrativo incumbe en todo caso el restablecer el orden del procedimiento conculcado» (sentencia de 7 de noviembre de 1890) y que «la jurisdicción contencioso-administrativa es la única que puede decidir si la Administración activa ha tenido o no competencia para conocer de un asunto determinado» (sentencia de 4 de enero de 1897), «porque si así no fuera no habría medio legal de subsanar los errores, demasías y abusos de poder en que la Administración pudiera incurrir» (sentencia de 22 de diciembre de 1900).

La jurisprudencia es, pues, plenamente consciente del significado de su obra, de que si no pasara sobre su propia incompetencia no habría medio de reparar la injusticia, de que la doctrina que aplica tiene una finalidad bien definida: llenar los vacíos legales y extender la garantía jurisdiccional más allá de los estrechos límites marcados por la Ley.

Desde esa perspectiva y no desde la de una supervaloración de las formas es como debe contemplarse la jurisprudencia de la época y valorarse sus formulaciones, que, sin una referencia, que hoy, por cierto, falta, como veremos, no tendrían demasiada justificación.

A estos efectos interesa transcribir aquí algunas otras que serán de utilidad para ir completando el cuadro que se analiza:

Sentencia de 28 de septiembre de 1907.

«Al Tribunal Supremo corresponde decidir si la Administración ha obrado o no con competencia al conocer el fondo del asunto, pues pertenece a la jurisdicción contencioso-administrativa la plena facultad de anular todo procedimiento que adolezca de vicio sustancial y no puede haberlo mayor que la invasión de la Administración en la esfera de acción propia de otros poderes».

Sentencia de 4 de julio de 1908.

«Las formas de procedimiento son la mejor garantía del derecho de los litigantes y de necesaria y escrupulosa observancia para que las resoluciones que produzcan no adolezcan de vicio de nulidad; que las cuestiones que se promuevan sobre la validez de las resoluciones reclamadas y de las diligencias que las produjeron o precedieron deben anteponerse a las demás y son conceptuadas como una especie de cuestión previa de todas ellas; que si la Administración activa no hubiese acordado, de oficio en caso necesario, lo precedente para corregir los vicios de procedimiento, esta jurisdicción debe hacerlo y que, llegado el caso, no ha de limitarse a la declaración de nulidad de la resolución recurrida, sino extenderse a la de todas las diligencias que acusaran el mismo vicio».

Sentencia de 23 de febrero de 1914.

«Aunque la Sala, que es incompetente para conocer del fondo de aquellas resoluciones administrativas en que se imponen a los funcionarios públicos correcciones disciplinarias que no impliquen separación definitiva del servicio, es forzoso tener presente que las facultades revisoras inherentes a la jurisdicción contencioso-administrativa se extienden, en todo caso, según constante jurisprudencia, a poder examinar si el expediente gubernativo se ha tramitado o no con arreglo al procedimiento fijado por las Leyes y disposiciones reglamentarias en cada caso». «Que la jurisdicción contencioso-administrativa es siempre competente para conocer los vicios o defectos sustanciales de procedimiento, cuando éste se deba ajustar a Ley o Reglamento, como garantía del derecho o del acierto en la Resolución, aunque ésta, en su fondo, sea de la facultad discrecional y esté por ello en ese punto excluida de la vía contenciosa».

El examen de estas formulaciones jurisprudenciales no arroja demasiada luz acerca de la justificación técnica de las mismas. Desde el primer momento la jurisprudencia afirma que se trata de una doctrina constante en base a la cual se ha reconocido siempre a la jurisdicción contencioso-administrativa, competencia para denunciar este tipo de vicios. En la evolución antes descrita están, pues, el origen y las causas de dicha doctrina, a la cual la jurisprudencia posterior a la Ley de 1888 se limita a añadir una nueva justificación que procede también de aquella evolución, esto es el carácter revisor de la jurisdicción, que a partir de entonces va a adquirir un tono mítico y va a amparar con su autoridad una serie de consecuencias ajenas por completo a su verdadero sentido.

b) *Los intentos de utilización de la incompetencia y el vicio de forma en un sentido funcional: la noción de abuso de poder.*

A lo largo del período de vigencia de la Ley SANTAMARÍA la incompetencia y el vicio de forma seguirán siendo los únicos instrumentos con que la jurisprudencia se enfrenta a la potestad discrecional. Este encastillamiento en los descubrimientos iniciales revela una falta de fuerza y de imaginación creadora, respecto de la cual no pueden servir de excusa las limitaciones del propio sistema legal, puesto que estas limitaciones operaban tanto respecto de aquellos vicios como de cualesquiera otros y existían o existieron también en otros sistemas sin que llegaran a suponer un obstáculo insalvable (65).

Es preciso reconocer, no obstante, que el propio sentido de la evolución de nuestro contencioso presentaba características que obligadamente habían de suponer un freno a toda tentativa de invención. Desde

(65) Sobre la solución en el Derecho italiano, S. MARTÍN RETORTILLO, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, en el núm. 23 de esta REVISTA, págs. 83 y sigs.

esta perspectiva es de destacar, sobre todo, el papel jugado en esta evolución por el propio legislativo que, desde el principio, acoge y formaliza los primeros hallazgos de la jurisprudencia, admitiendo la impugnación de determinados actos discrecionales en caso de infracción de las formas prescritas. Al tomar el legislativo la bandera de progreso jurisdiccional, la jurisprudencia va quedando a la expectativa en un segundo plano peligroso del que ya no sabrá salir. Es, pues, en modo de plantearse las relaciones Ley-jurisprudencia la causa principal de la pérdida de iniciativa de ésta, fenómeno que se agudiza cuando la Ley SANTAMARÍA utiliza y consagra el criterio formal de distinción entre lo discrecional y lo reglado, según el cual tiene este último carácter todo lo que, de acuerdo con una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo, está sometido al cumplimiento de determinados trámites. La apropiación temprana por la Ley de los hallazgos iniciales de la jurisprudencia irá, pues, como suele ocurrir siempre, en perjuicio de esta última.

A esto hay que unir también, porque va íntimamente ligado con lo anterior, el propio modo en que esta apropiación legal se produce, conservando un esquema subjetivo —exigencia de un derecho preexistente— para conseguir fines simplemente objetivos —anulación de los actos impugnados— en la mayor parte de los casos. La falta de independencia de una vía de recurso autónoma para el control de la legalidad objetiva, que a partir de la Ley SANTAMARÍA es ya un hecho definitivo sigue gravando el sistema y dificultando aún más el hallazgo de nuevas soluciones.

El paso al sistema de la jurisdicción delegada y la judicialización que la Ley de 1888 impone suponen, en fin, otros tantos obstáculos. No hay que olvidar que el recurso por exceso de poder lo descubre el Consejo de Estado francés aprovechando la tradición de los antiguos recursos jerárquicos y también su propia posición a la cabeza de la jerarquía durante la etapa de la jurisdicción retenida. Cuando en 1872 se produce el paso a la jurisdicción delegada, el recurso por exceso de poder está ya plenamente formado y sus cuatro aperturas totalmente consolidadas, gracias a ese trasfondo jerárquico que el Consejo de Estado supo hacer valer. Aun así, la implantación de la jurisdicción delegada provocó una grave crisis y un importante repliegue del que el Consejo de Estado y su creación máxima, el recurso por exceso de poder, no pudo recuperarse hasta 1900 (66). La fuerza de este cambio era, pues, demasiado grande para afrontarla con éxito sin aquellas reservas.

Todo ello ayuda a explicar la falta de vigor de nuestra jurisprudencia contenciosa en este segundo período y su estancamiento en los confines de la herencia que recibe. A partir de estas avanzadillas ya instaladas en el campo de lo discrecional, se limitará a realizar tímidas salidas y

(66) Sobre la crisis y el repliegue del Consejo de Estado francés, a partir de la implantación en 1872 de la jurisdicción delegada, debe consultarse especialmente la citada obra de L. IMBERT, dedicada a historiar concretamente el período 1872-1900.

un para ello necesitará el nuevo clima que aporta el artículo 101 de la Constitución de 1931, al prometer el establecimiento de recursos contra los actos discrecionales constitutivos de exceso o desviación de poder (67).

Estas salidas, estos intentos de penetración en el campo de la discrecionalidad se producen sobre la base de la idea de incompetencia, entendida no ya en su sentido de invasión de facultades ajenas, sino en el de abuso de los poderes atribuidos (68). Ejemplo realmente señero de esta jurisprudencia singular es la *sentencia de 2 de octubre de 1931* (caso MAÑÓN). Dicha sentencia dice así:

«Considerando: Que está reconocida por constante jurisprudencia la necesidad de distinguir la competencia de la Sala para conocer de las resoluciones de la Administración que decidan cuestiones de fondo, afectadas aquéllas, o no, de vicio de procedimiento, de la que le asiste para apreciar y declarar si al dictarlas obró la segunda con facultad legal o *incidió en abuso de poder*; pues mientras en el primer caso la competencia de la jurisdicción se encierra en los límites que fija el recurso contencioso-administrativo el título primero de la Ley de 22 de junio de 1894, *en el segundo no puede existir limitación alguna, porque de haberla, quedará desamparado el derecho individual ante las arbitrariedades, desafueros o abusos de poder de la Administración, siendo así que en todo estado de derecho han de ser necesariamente por imperativos de justicia corregidos y subsanados, para lo que es indispensable un órgano que declare el abuso y la nulidad de la resolución con él pronunciada, a fin de abrir el camino a la subsanación del derecho particular violado; función que actualmente compete en nuestra patria a los Tribunales de lo contencioso-administrativo; y en su consecuencia, no puede ser estimada la excepción de incompetencia de jurisdicción en los términos absolutos en que la ha propuesto el Fiscal:*

Considerando: Que la Real Orden recurrida, confirmatoria de la multa de 100.000 pesetas impuesta a don G. M., infringió mani-

(67) El citado precepto constitucional decía así: "La Ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones encuadradas 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*". Una glosa contemporánea de este artículo puede verse en *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y postillas políticas*, A. ROYO VILLANOVA, Valladolid, 1934. Sobre la fortuna del precepto citado y los intentos de desarrollo del mismo, S. MARTÍN RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, en el núm. 22 de esta REVISTA, págs. 129 y sigs.

(68) El concepto de abuso de poder es difuso en nuestra doctrina, en la que se insiste desde COLMEIRO, porque, precisamente, como se indica en el texto, no llega a cristalizar en técnicas concretas. Sobre el tema, S. MARTÍN RETORTILLO, *La desviación...*, t., y bibliografía que cita en la nota 24. De entre ella cabe destacar, por su proximidad al problema que se estudia, el trabajo de LEIRA COBEÑA, *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho administrativo*, en la "Revista de Estudios de la Vida Local", año IX, 1950, núm. 52, págs. 497 a 516. Pese a la elementalidad de su composición, el citado trabajo acierta a presentar la doctrina que se estudia como alternativa de un nounato recurso por exceso de poder.

fiestamente el artículo 10 de la Constitución de 1876, al privar al actor de aquel numerario sin potestad legal en la Administración para efectuarlo; pues la que le atribuyó el Real Decreto de 16 de mayo de 1926 carecía jurídicamente de eficacia (siquiera la haya tenido la hecha hasta la publicación del Decreto de marzo de 1930), en cuanto a su vez aquél violaba el citado precepto constitucional que establece una garantía que no puede ser suspendida, según se desprende del artículo 17 del mismo Estatuto político, por lo que se impone declarar que al dictar la Presidencia del Consejo de Ministros *la Real Orden reclamada, lo hizo por incompetencia y abuso del poder, y en su consecuencia, es nula y sin ningún valor ni efecto*:

Considerando: Que las demás cuestiones que plantea la demanda, referentes a la devolución de la multa y quién sea el obligado a efectuarla, no pueden ser materia de resolución de la Sala, porque como implican el desagravio de un derecho, para que cupiera en su jurisdicción al otorgarlo, sería indispensable, a tenor del artículo 1.º, número 3.º, de la Ley Orgánica, que el derecho vulnerado fuese de carácter administrativo; y como el alegado y reconocido dimana del artículo 10 de la Constitución de 1876 (Código político por antonomasia), que establece una garantía de la misma naturaleza, la Sala carece de competencia para revisar la Real Orden recurrida, salvo en orden a la legitimidad de la autoridad con que ha sido dictada y su eficacia legal, a fin de que quede expedito el camino para obtener la reparación del agravio por ella inferido, como y por quién proceda; y en su consecuencia, es de acoger en el expresado aspecto la excepción de incompetencia alegada por el Fiscal».

La proximidad del vicio de forma al de incompetencia permite también llegar en base a aquél a la noción de abuso de poder. Un célebre asunto que dió lugar a la separación de varios oficiales y jefes del Cuerpo de Intendencia de los Parques de Ceuta y Larache, es el origen de dos *sentencias de 29 de marzo de 1933*, que anulan las sanciones de separación impuestas a través de un expediente irregular, en el que se omitió el trámite de audiencia, instruido por una Comisión nombrada *ad hoc*, sin tener en cuenta el sobreseimiento recaído en un procedimiento paralelo, en el que pudo apreciarse solamente la existencia de simples errores.

La primera de dichas sentencias no se plantea demasiados problemas, y tras rechazar inicialmente la excepción de incompetencia, por estimar que para apreciarla era preciso entrar en el fondo, afirma:

«Que cuanto dice en su relación a la formación de expediente gubernativo para la separación del servicio de Jefes y Oficiales del Ejército, es materia regulada por el Código de Justicia Militar, y cuando dichas normas se quebrantan y vulneran derechos administrativos adquiridos al amparo de disposiciones legales, la ma-

teria procesal, como de orden público, debe ser analizada por la jurisdicción contencioso-administrativa por su naturaleza esencialmente revisora».

La segunda, en cambio, ofrece un mayor interés y confirma la doctrina de la sentencia MARAÑÓN antes citada. Su tenor literal es semejante al de ésta :

«Considerando además que está reconocido por constante jurisprudencia la necesidad de distinguir la competencia de la Sala para conocer de las resoluciones de la Administración que deciden cuestiones de fondo, afectadas aquéllas o no de vicio de procedimiento, de la que le asiste para apreciar y declarar si al dictarlas obró la segunda con la facultad legal o incidió en abuso de poder; pues mientras en el primer caso la competencia de la jurisdicción se encierra en los límites que fija el recurso contencioso-administrativo en el artículo 1 de la Ley de 22 de junio de 1894, en el segundo no puede existir limitación alguna, *porque de haberla quedaría desamparado el derecho individual ante las arbitrariedades, desafueros o abusos de poder de la Administración, siendo así que en todo estado de derecho han de ser necesariamente, por imperativo de justicia, corregidos y subsanados, para lo que es indispensable un órgano que declare el abuso y la nulidad de la resolución por él pronunciada, a fin de abrir el camino a la subsanación del derecho particular violado; función que actualmente compete en nuestra patria a los Tribunales contencioso-administrativos y, en su consecuencia, no puede ser estimada la excepción de incompetencia de jurisdicción en los términos absolutos en que la ha propuesto el Fiscal*» (69).

Ocioso resulta decir que estas sentencias no cristalizan en un medio nuevo de control sustantivo de la potestad discrecional, que no habría de tener cabida en nuestro contencioso hasta su introducción legislativa mediante la Ley de 27 de diciembre de 1956. Constituyen simplemente muestras de lo que pudo ser y no fué nuestro recurso contencioso y de lo que pudo hacer y no hizo nuestra jurisprudencia en favor de la extensión de la garantía jurisdiccional. Las sentencias transcritas, por otra parte, no suponían de por sí la introducción de conceptos nuevos, sino, simplemente, la insistencia en los ya conocidos, respecto de los cuales señalan el punto máximo y, como tal, excepcional. En ellas no hay otro contraste del caso con la norma que el ya tradicional, a través del cual se intuye, eso sí, la injusticia, y en base a esta intuición se anulan los actos recurridos, tras confesar que no existe otro medio para salir al paso de las arbitrariedades, desafueros y abusos de poder de la Ad-

(69) El esquema doctrinal de estas sentencias cristaliza en una cláusula de estilo, aunque no en técnicas concretas y operantes, y, de tarde en tarde, es sacada a relucir en sentencias aisladas, como en las de 3 de enero y 23 de marzo de 1963.

ministración. La óptica sigue, pues, siendo la misma que la de la vieja sentencia de 22 de diciembre de 1900. Treinta años de actuación no consiguieron hacer cristalizar las intuiciones en técnicas concretas y operantes, en instrumentos autónomos.

c) *La rigidificación de la doctrina de los vicios de orden público. Se funcionalidad en el marco de la Ley SANTAMARÍA.*

Expuestas las primeras formulaciones jurisprudenciales que marcan el tono de la jurisprudencia de todo el período, y hecha alusión a los intentos de expansión de la doctrina que contienen, sólo resta exponer el núcleo general de la misma y los términos en que se produce su consolidación definitiva, es decir, resumir, en una palabra, los datos obtenidos de la indagación precedente, puesto que sobre ellos se asienta la instalación en nuestro contencioso de la doctrina de los vicios de orden público.

El primero de estos datos es el de la calificación genérica de las cuestiones de competencia y de procedimiento como de orden público, susceptibles de provocar en cualquier caso y en cualquier estado del procedimiento el pronunciamiento preferente del Juez, como una especie de cuestión previa.

El segundo dato es la utilización de esta calificación genérica con un sentido instrumental, ajeno, por lo tanto, a cualesquiera justificaciones sustantivas, ya que, en modo alguno, pueden tener este carácter las alusiones a la configuración revisora de la jurisdicción, que, en todo caso, se produce con posterioridad al nacimiento de la doctrina que se analiza y que, a pesar de la seguridad con que se alega, no pasa de ser una justificación *a posteriori*, que se añade a las iniciales en un deseo de reforzarlas y de eliminar cualquier duda al respecto.

Esta utilización instrumental responde al deseo de extender al máximo la protección jurisdiccional contra la actividad discrecional de la Administración, frente a la cual el Juez carece de otros instrumentos. El vicio de forma o de procedimiento se ve obligado ya en pleno siglo veinte a jugar en nuestro contencioso el papel que en el contencioso francés venían jugando de antiguo los restantes medios de control de la actividad discrecional, desde la consolidación de la desviación de poder como una de las aperturas del recurso por exceso de poder.

Para poder jugar este papel el vicio de forma se hipertrofia, se utiliza al margen del campo que le es propio, sin tener en cuenta que su existencia no puede dar lugar en buenos principios a la nulidad de un acto en tanto ese vicio no sea determinante de una lesión efectiva o de la indefensión del afectado.

El criterio mismo de indefensión se maneja con generosidad, puesto que tratándose de actos discrecionales por su naturaleza, ni la doctrina ni la Ley admiten la existencia de verdaderos derechos que puedan resultar dañados por aquéllos y que puedan dar lugar a una impugnación de los mismos en vía contenciosa.

Esta hipersensibilización de la jurisprudencia respecto a las cuestiones de forma, se refuerza aún más a la vista de la configuración del derecho preexistente legitimador en la Ley de la jurisdicción que engloba, como ha podido verse, el llamado «derecho al trámite».

La utilización de las formas como criterio legal de distinción de lo discrecional y lo reglado, su elevación a elemento definidor de la materia contencioso-administrativa, implican una sustantivación legal de las mismas que se utilizará por la jurisprudencia con todo rigor, a falta de otros medios, para abrir brecha en el campo acotado por el otro criterio empleado por la Ley, el criterio material, según el cual hay actos que pertenecen señaladamente por su propia naturaleza a la potestad discrecional y que, por eso mismo, son ajenos a la revisión jurisdiccional.

Dentro de este marco no puede extrañar que la doctrina de los vicios de orden público se rigidifique totalmente y que se convierta en un axioma el enjuiciamiento preferente de las cuestiones de competencia y procedimiento, de modo que la apreciación de una infracción de esta clase excluya el pronunciamiento de la incompetencia de la jurisdicción por razón de la materia, puesto que en otro caso no habría modo de reducir la esfera exenta, la absurda discrecionalidad por naturaleza que consagraron el artículo 4.º de la Ley SANTAMARÍA y los artículos 4.º y 6.º de su Reglamento.

Este es, pues, el sentido y la funcionalidad de la doctrina de los vicios de orden público durante el período de vigencia de la Ley citada. La calificación como de orden público de los vicios de incompetencia y de procedimiento responde a la necesidad de abrir brecha en el campo de los actos discrecionales por naturaleza, definido en los artículos citados de la Ley jurisdiccional y su Reglamento y a nada más que a esto.

Por eso la anteposición del pronunciamiento de estas cuestiones se refiere solamente a la excepción de incompetencia por razón de la materia que es el muro que se intenta salvar y no a las demás excepciones —falta de personalidad, defecto legal o prescripción—.

A esto solamente van dirigidas las categóricas afirmaciones jurisprudenciales respecto a su competencia para decidir en todo caso la de la propia Administración y para restablecer el orden de procedimiento conculcado. Ahora bien, el carácter rotundo y general con que estas afirmaciones se formulan, llevará a extender su virtud habilitante de un pronunciamiento preferente y excluyente al campo de las demás excepciones, incluida la de la caducidad de la acción, extensión que será un hecho al final del paréntesis abierto por la guerra civil, es decir, una vez que se restablezca el recurso contencioso contra resoluciones de la Administración del Estado por la Ley de 18 de marzo de 1944.

A partir de este momento la idea fuerza de la doctrina de los vicios de orden público —lucha por la reducción de la materia exenta— se pierde en buena parte y a causa de ello su funcionalidad se extiende a cuestiones distintas de la incompetencia por razón de la materia.

Este fenómeno expansivo no deja de tener interés, como habrá ocasión de comprobar más adelante, al analizar desde perspectivas actuales la misión que la doctrina de los vicios de orden público está llamada a cumplir en el marco actual del proceso contencioso. En el fondo de las cada vez más categóricas formulaciones jurisprudenciales, late una nueva intuición, inconcreta como tal, pero cuya exactitud y utilidad se pondrá de manifiesto a poco que se profundice en el tema.

Sin perjuicio de tener que remitir forzosamente el examen de esta cuestión a un momento posterior, es obligado advertir que el proceso progresivo de sustantivación de las formas en que se ve inmersa nuestra jurisprudencia contenciosa, a consecuencia de la falta de otros instrumentos en su lucha contra la discrecionalidad administrativa, va a descubrir que las formas procedimentales pueden emplearse con ventaja contra las exigencias e implicaciones negativas de los propios rigores procesales. Las categóricas afirmaciones de que «son de orden público todos los preceptos procesales que comprenden las Leyes y Reglamentos, porque su observancia es la garantía de los derechos que incumben a los particulares a quienes afectan y cuya vulneración les puede proporcionar graves perjuicios, *sino también al poder público que en ellos encuentra el principal fundamento de la justicia que tiene obligación de conferir* y que debe ser acompañada siempre del mayor esclarecimiento» (70) y de que «es principio axiomático que la Administración activa, al ejercitar las facultades de que está investida para cumplir debidamente los fines que se le encomiendan, tiene que atenerse a las disposiciones que regulan su normal desenvolvimiento, sin que pueda omitirse, ni tampoco alterar, ninguna de las formalidades establecidas al efecto en los preceptos que sean aplicables al acto administrativo de que se trate, *quedando de esta manera plenamente garantizados y asegurados tanto los derechos de los particulares como los altos intereses que a los poderes públicos están confiados; razones que justifican cumplidamente el obligado rigor con que ha de exigirse la escrupulosa observancia de las normas rituarías*» (71) va a dar lugar a que el alcance de su examen preferente, implícito en la calificación de orden público, se extienda *incluso a las reclamaciones que los interesados hubieran deducido extemporáneamente o sin cumplir todos los requisitos que debieron tenerse en cuenta* (sentencias de 22 de junio de 1954 y 11 de octubre de 1955 (72).

(70) Los párrafos transcritos se han tomado de las sentencias de 25 de abril de 1950 y 23 de febrero de 1949, aunque se repiten en todas las demás, con variaciones mínimas.

(71) Idem.

(72) Los supuestos de prescripción de la acción así resueltos no son abundantes, desde luego. Hay uno, sin embargo, muy reciente y muy singular, que merece, por su singularidad, ser divulgado. Se trata de la sentencia de la Sala 5.^a de 31 de enero de 1967 (ponente, ESTEVA), confirmatoria en este extremo de la dictada en primera instancia por la Audiencia Territorial de Sevilla el 4 de marzo de 1966. En síntesis, el supuesto era el siguiente: la Diputación provincial de Córdoba aprobó un acuerdo de modificación de las plantillas del Cuerpo Médico de la Beneficencia provincial y otro de aprobación de los Estatutos de un nuevo órgano de gestión de los Servicios Sanitarios

Queda así formado el esquema básico del orden de examen de las cuestiones y de la prioridad de los pronunciamientos —en primer término las cuestiones de competencia y de procedimiento por su carácter de orden público y en segundo término las cuestiones de admisibilidad—, con plena seguridad cuando el conflicto se plantea en relación a la excepción de incompetencia por razón de la materia, ya que es ésta la idea fuerza que cuenta con verdadera tradición, y con algunas vacilaciones cuando se trata de las restantes excepciones, porque en estos casos falta aquella tradición y, aun la que existe, es contraria (73).

La formulación jurisprudencial de esta doctrina cristaliza, en fin, en una verdadera cláusula de estilo, que se repite sin variaciones en todos los casos. A los efectos de su contraste y comparación con las formulaciones actuales que han servido de punto de partida, conviene transcribir aquí el texto literal de esta cláusula de estilo:

«Que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal tiene reiteradamente declarado que las normas reguladoras del procedimiento gubernativo representan la más sólida y eficaz garantía de los derechos que pudieran asistir a los particulares en sus resoluciones con la Administración, lo que, por sí solo, justifica cumplidamente el obligado rigor con que ha de exigirse su estricta y escrupulosa observancia y, esto sentado, *es preciso examinar y decidir en primer término respecto a la validez o nulidad del trámite seguido en el expediente administrativo* en que se dictó la resolución impugnada, toda vez que la omisión de formalidades señaladas como

provinciales, que fueron simplemente publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Contra estos acuerdos recurrió en reposición el Cuerpo de Médicos de la Beneficencia Provincial, pasado el plazo de treinta días. Pues bien, la Audiencia de Sevilla y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo afirmaron al respecto lo siguiente: “*Aparte de que la extemporaneidad consistió en una demora mínima de tres o cuatro días, en parte justificada por el desconocimiento de aquel acuerdo no notificado a los componentes del Cuerpo mencionado, sino simplemente publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, al amparo de la permisión contenida en el artículo 13 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, a pesar de que por venir las nuevas plantillas, no a variar el número de plazas, sino a truncar la existencia misma del Cuerpo, hubiera sido más correcta la notificación individual*”. La sentencia termina anulando los actos impugnados al apreciar la existencia de vicios de procedimiento ...audiencia e informes preceptivos—, aun sin manejar explícitamente las doctrinas de los vicios de orden público y de la prioridad de pronunciamientos.

(73) Como ya se dijo con anterioridad, en la jurisprudencia de fines del pasado siglo y principios del presente, sólo la excepción de incompetencia por razón de la materia justificaba la alteración del orden de pronunciamientos, alteración que, en rigor, no era tal, puesto que la excepción se estudiaba y se resolvía negativamente por entender que la jurisdicción era siempre competente para restablecer el orden del procedimiento conculcado y decidir, en definitiva, acerca de la competencia o incompetencia del órgano autor del acto. Este sentido restrictivo, es decir, referido sólo a la excepción de incompetencia por razón de la materia y no a las demás excepciones, se recoge en la mayor parte de las sentencias de la época. Así, por ejemplo, en las de 19 de noviembre de 1896, 29 de enero de 1915, Auto de 15 de noviembre de 1916, sentencias de 16 de marzo de 1920 y 5 de febrero de 1918.

imprescindibles por las disposiciones procesales que fueran aplicables, implicaría la existencia de un vicio sustancial en la actuación que la Sala tendría la imperiosa obligación de proclamar, cumpliendo de oficio el deber que en tal sentido la incumbe, cuando las partes no formulan requerimiento alguno a dicho efecto, *constituyendo tal declaración un obstáculo que impediría entrar en el estudio de cuantos problemas en el recurso se plantean, incluso de aquellas excepciones que con el carácter de perentorias se hubieran podido alegar.*»

Como puede apreciarse, falta en esta formulación de la doctrina de la prioridad de pronunciamientos una alusión a las cuestiones de fondo, que en las formulaciones actuales ocupa el tercer lugar. Ello se debe, naturalmente, a la propia configuración de la materia contencioso-administrativa de la Ley jurisdiccional anterior a la hoy vigente. Por eso, precisamente, importa ahora abordar el análisis de las consecuencias de dicha doctrina dentro de ese marco jurisdiccional, con lo cual quedará completo el cuadro de datos necesario para pasar a examinar las implicaciones inherentes a la herencia recibida.

4. *Las consecuencias de la doctrina de los vicios de orden público en el marco jurisdiccional anterior a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956.*

Realmente poco hay que añadir a lo ya expuesto para comprender que el juego de la doctrina de los vicios de orden público y de su secuela, la doctrina de la prioridad de pronunciamientos, no producía en el marco jurisdiccional anterior a la Ley de 27 de diciembre de 1956 ninguna interferencia negativa. En efecto, el fondo del asunto no resultaba pospuesto, puesto que su enjuiciamiento sería prohibido por la Ley por tratarse de actos que el legislador estimaba discrecionales por su naturaleza (74). Excluido por Ley el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo en estos casos, ningún perjuicio derivaba para el recurrente de la apreciación de la existencia de un vicio de forma y de la consiguiente declaración de nulidad de las actuaciones a partir del momento en que dicho vicio fué cometido.

Más aún, la propia declaración de nulidad de actuaciones y la consiguiente retroacción del expediente, así como la invitación implícita a la reconstrucción de éste, no era susceptible de una crítica frontal, puesto que el recurso se movía en el ámbito de lo discrecional, es decir, dentro del campo en el que la actuación de la Administración se entendía libre. Todo lo más que podría decirse es que la declaración de la nulidad de actuaciones era una oficiosidad del Tribunal, que no estaba obligado a invitar a la Administración a construir el expediente,

(74) Por otra parte, y en relación a los demás actos, sometidos al cumplimiento de trámites formales.—actos llamados reglados en la Ley jurisdiccional—, la apreciación del cumplimiento de esos trámites agotaba las posibilidades de enjuiciamiento, al no existir técnicas que hicieran posible un examen del fondo de los mismos.

ni a dejar éste abierto a la reconstrucción. La oficiosidad a que se alude no planteaba, sin embargo, más problemas y, por otra parte, suavizaba el atrevimiento del Juez de anular un acto discrecional y legalmente infiscalizable en términos estrictos. En última instancia, la Administración podía legalmente reconstruir el expediente y subsanar el vicio y, una vez hecho esto, emanar una resolución que, buena o mala, no era susceptible de revisión. La Ley, por entonces, no la obligaba a más.

La calificación de los vicios de incompetencia o de procedimiento no conllevaba, por lo tanto, más consecuencias que las positivas de ampliación de la garantía jurisdiccional a un campo exento, muy amplio, por lo demás, dados los términos de su delimitación legal.

Ni siquiera el rigor en la apreciación de los vicios de forma era, desde esta perspectiva, susceptible de crítica, puesto que este rigor y la consiguiente sustantivación de las formas, permitía en cierta medida sustituir los medios de control interno de la actividad discrecional entonces inexistentes.

Este es, simplificado naturalmente, el cuadro de consecuencias derivadas de la aplicación de la doctrina de los vicios de orden público en el ámbito de la vieja Ley jurisdiccional, bien distinto, pues, al avanzado al comienzo de esta indagación al haber variado el marco normativo sobre el que dicha doctrina incide. La herencia recibida por el nuevo sistema, al ser aceptada por la jurisprudencia sin beneficio de inventario, se vuelve en perjuicio del heredero al producir consecuencias y derivaciones que están en contradicción con los nuevos principios, de tal forma que lo que antes servía para ampliar la garantía jurisdiccional ahora la reduce en buena parte al erigirse en obstáculo del enjuiciamiento del fondo de los actos administrativos, enjuiciamiento posible y obligado para cuya realización se cuenta, además, con instrumentos bastantes.

Conviene, no obstante, terminar repitiendo la advertencia hecha al comienzo, es decir, que de lo dicho no puede deducirse sin más la condena absoluta de la doctrina de los vicios de orden público y su eliminación total de nuestro contencioso-administrativo. Al menos, antes de llegar a tan definitiva y grave conclusión, será preciso analizar pormenorizadamente los datos que ofrece el nuevo ordenamiento, para averiguar si en base a ellos sigue siendo posible y conveniente utilizarla para otros fines y otras funciones. Cien años de jurisprudencia merecen, desde luego, este mínimo respeto, sobre todo si, como en este caso, se trata de una de las construcciones jurisprudenciales más tradicional, si no la que más.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Profesor adjunto de la Universidad de Madrid.

