

# LA TEORIA DE LOS ACTOS SEPARABLES

Por

ADOLFO CARRETERO PÉREZ

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

**SUMARIO:** I. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DOBLE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *El principio de legalidad administrativa.* 2. *La doble legalidad de la Administración.* 3. *La calificación legal de las situaciones jurídicas de la Administración.* 4. *El problema en Derecho positivo.* 5. *Las zonas conflictivas.* 6. *La separabilidad de los actos de la Administración.* 7. *Consecuencias de la separabilidad.*—II. PERSPECTIVA PROCESAL DE LA DOBLE LEGALIDAD: 1. *La competencia jurisdiccional y los actos separables.* 2. *La solución de los bloques de competencia.* 3. *Su justificación procesal.* 4. *La solución de la separabilidad procesal.* 5. *El antecedente del recurso paralelo.* 6. *La admisión de los actos separables.* 7. *Conclusiones.*

## I

### ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DOBLE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

#### 1. *El principio de legalidad administrativa.*

1. La legalidad, sinónima de regularidad jurídica, tiene un sentido especial referida a la Administración: todo sujeto está sometido al Derecho, pero la sumisión de la Administración es típica, porque ni lo está de la misma forma que los particulares, ni las normas que la definen son externas, como sucede con los individuos, sino elaboradas en parte por la propia Administración. En realidad, la legalidad administrativa es la configuración jurídica de la actividad de los entes públicos, lo que comporta la total sumisión de la conducta de los órganos administrativos al Ordenamiento Jurídico. Jurídicamente es la solución de un conflicto entre dos intereses sociales, resuelto por el Derecho: la garantía de los administrados, que llevada a sus últimas consecuencias supondría la limitación de la Administración, igual que la de los particulares, y la potestad

administrativa, que exige un margen de actuación discrecional para que la Administración pueda funcionar y que, extremado, conduciría al absolutismo. La legalidad es la solución de ese dilema, en todos sus aspectos, pues aunque las posiciones de la Administración respecto de la ley tengan diferentes matices, en los actos reglados y en los discrecionales, ambos son aspectos distintos de un principio general único y superior: la legalidad. La discrecionalidad, sea o no lo mismo que la oportunidad de la actuación administrativa, deriva en todo caso de que siempre son las normas las que fijan los fines de la Administración y a ésta se le permite optar en el empleo de medios alternativos y el escoger el momento de hacerlo. Todo ello indica que la ley no funciona, respecto de la Administración, igual que sobre las personas privadas; la relación entre la ley y los particulares es de limitación e intervención, pues las normas fijan los confines de sus derechos; en cambio, la relación ley-Administración es de configuración; las normas son para los actos administrativos algo inherente y normal: la Administración, como función de consecución del interés público propuesto por la ley, ha de hacerlo por un procedimiento igualmente definido por las normas; la ley no es sólo límite, sino parte de la actividad administrativa.

El principio de legalidad es, por lo tanto, un aspecto de la sumisión del Estado al Derecho: si Estado y Derecho son actividades simultáneas, puesto que el Estado es un Ordenamiento Jurídico, la Administración, necesariamente, ha de estar totalmente configurada por el Derecho, por el llamado bloque de la legalidad (1). La iniciativa de la Administración y la consecución en cada caso del interés público son conceptos trazados de antemano por el Ordenamiento. De otro modo se volvería al concepto superado de que la Administración es una persona jurídica, a la que accesoriamente se le confieren poderes exorbitantes y que sólo cuando usa de ellos está sometida a la legalidad especial de su tipo. La legalidad, en lo que nos interesa en este momento, es la sumisión de la Administración a todas las fuentes del Derecho, aunque en ese bloque jurídico la ley formal, por su importancia, predomine sobre todas las demás.

---

(1) El principio de legalidad, una de las claves del Derecho administrativo, es implícitamente abordado en cualquier tema. Ha sido la teoría ordinalista la que mejor ha explicado la relación entre Administración y legalidad o juridicidad, al definir el Derecho administrativo como un Ordenamiento jurídico compuesto de normas y principios generales que funcionan como un todo, puesto que la Administración, en cuanto obra, ha de hacerlo jurídicamente. Sigue siendo básico el clásico trabajo de SANTI ROMANO, *El Ordenamiento jurídico* (traducción española de los hermanos MARTÍN-RETORTILLO). Ver también MARTÍN-RETORTILLO (S), *La doctrina del Ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo*, en el núm. 39 de esta REVISTA.

2. Esta conclusión no es sólo de "lege ferenda", sino de estricto Derecho positivo: nuestras Leyes Fundamentales de 17 de mayo de 1958, 17 de julio de 1942 y otras, que sin tener ese rango son institucionales, como la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 27 de julio de 1957 y la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, reconocen que los administrados tienen derecho a que los órganos administrativos actúen conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas y sancionan con la nulidad los actos que, incluso por desviación de poder, infrinjan el Ordenamiento Jurídico. Si en su origen el principio de legalidad es un factor del Estado de Derecho, consecuencia de que la ley señalaba la esfera de todas las demás funciones del Estado, hoy es un elemento de configuración de las potestades administrativas (2). Por consiguiente, en el actual Estado Social, pese a la creciente ampliación de la actividad de la Administración Pública, que asume sectores abandonados anteriormente a la iniciativa privada, el principio de legalidad no sólo ha conservado su vitalidad, sino que se ha robustecido, al ser la ley la base del intervencionismo, ya que la Administración sigue sin poder hacer la ley, sino obedecerla, y debe someterse a una fuerte aplicación de los principios generales del Derecho por parte de los Tribunales que fiscalizan la actuación de las entidades públicas.

3. Ahora bien: la actividad de la Administración ha de ser legal en todos sus elementos, puesto que los actos administrativos pueden descomponerse en ellos y cada elemento ha de ser igualmente legal. La legalidad se refiere al proceso de la formación de la voluntad de los actos de la Administración (actuando con arreglo a un procedimiento preordenado), a sus elementos subjetivos (capacidad y competencia de sus órganos) y a la satisfacción del interés público concreto, que cada uno debe realizar. De este modo, al especificarse las potestades administrativas, ha de haber unas normas materiales que garanticen que en el acto sólo se ha obrado por el interés que debe existir en cada caso, según lo quiere la ley, verdadero fundamento de la actividad de la Administración. Esta fiscalización de la legalidad ha de apreciarse por la estimación de los hechos y del Derecho aplicado por la Administración bajo diferentes técnicas operativas (causa, motivo, fin del acto, afectación al ser-

---

(2) Las potestades de la Administración son igualmente una creación del Ordenamiento administrativo, como una de las figuras subjetivas de que se valen los entes públicos dentro de su esfera de actuación. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en el núm. 54 de esta REVISTA. VENEZIA, *Le Pouvoir Discretionnaire*, 1959.

vicio de los bienes, etc.). Es la ley la que establece el criterio para hallar el interés público del acto, aunque la elección de los medios quede como cuestión discrecional a la iniciativa de la Administración, lo que por otra parte también es fiscalizable.

## 2. *La doble legalidad de la Administración.*

Si el Derecho regula toda la actividad de la Administración, la conexión entre ésta y el Ordenamiento Jurídico puede ser 'doble'; al obrar la Administración dentro de la legalidad pueden existir dos clases de legalidad: la de Derecho público y la de Derecho privado. La Administración es legalmente compleja: su régimen jurídico normal es la sumisión al Derecho Administrativo, al Derecho público específico que la regula. Pero el Derecho privado tampoco es excepcional, pues el Estado, para conseguir los fines de la clase de Estado actual, el Estado Social, se somete al Derecho privado; de forma que el mismo sujeto, la Administración, está dentro de uno y otro régimen. Lo que importa es precisar en el actual momento histórico cuál es el sentido de la sujeción de la Administración al Derecho privado. Según OTTO MAYER (3), cuya teoría es en este punto el fundamento de las demás, han existido tres tipos históricos de Estado: Estado pluralista, Estado absoluto y Estado de Derecho, cuya caracterización jurídica ha de hacerse por la relación del Estado respecto del Derecho privado. Su análisis, con la adición de un cuarto tipo, el Estado Social de Derecho, sigue siendo válido y expresivo a los efectos que pretendemos en este trabajo, pues descontando la superación de las doctrinas formalistas, en la actualidad todas parten de la *interconexión del Estado y del Derecho*, no sólo en el modo, sino en la clase de Derecho que regula las funciones del Estado.

1.º En el Estado pluralista, que surge al perderse la unidad del Imperio Romano, entre el titular del poder, el rey, y los ciudadanos existen unos poderes intermedios, los señores, que adquieren supremacía sobre parte de la comunidad. El rey es el señor superior, que delegaba parte de las prerrogativas del poder en los señoríos intermedios, confiéndoles derechos políticos de mando, las regalías menores. Para pre-

---

(3) OTTO MAYER, *Droit Administratif Allemand*, 1903. Adoptando la jurisprudencia de conceptos técnicos del Consejo de Estado francés y el método jurídico formal germánico tomado de LABAND y JELLINECK, construyó una sistemática de Derecho administrativo, uno de cuyos enfoques más utilizados es la relación entre Administración y Derecho privado.

valecer sobre ellos, el rey conservaba derechos de superioridad, las regalías mayores o inalienables. Esta estructura se configuraba jurídicamente por medio del único Derecho conocido en la época: el Derecho privado; al confundirse Soberanía y Propiedad, todas las potestades nacían de la misma fuente, el señorío superior del Rey, concebido como un Derecho privatístico, de tal modo que el Poder era en resumen el conjunto de derechos regalianos o mayestáticos, de los cuales los inherentes a la superioridad absoluta se mantenían en manos del Rey, como regalías mayores, mientras que los demás se podían conceder a los señores.

2.º En el Estado absoluto o unitario, el Rey se avoca todas las regalías o derechos de mando; naturalmente las menores, puesto que las mayores nunca las había perdido: sólo le queda a la nobleza el ejercicio, digamos, administrativo, pero no ya político, del residuo de ciertas regalías menores. El rey ya no actúa por prerrogativas subjetivas, sino objetivamente para realizar el bien común, y el título legitimador del Poder es el "ius politiae". Todavía el Derecho privado conserva en esta fase una gran importancia, puesto que sólo el Derecho civil podía limitar al Estado; la autoridad real era inatacable, pero sus actos patrimoniales se atribuían al Fisco o Real Patrimonio y en esa esfera los Tribunales defendían los derechos de los ciudadanos: o sea, que de las consecuencias de los actos de Poder, en algunos casos, respondía el Fisco. Esta es muy sintetizada, como conviene en este trabajo, la teoría del Estado-Fisco. El Estado-Poder no era fiscalizable, pero sí en algunos aspectos el Estado-Fisco, y ello porque en esa esfera quedaba sometido al Derecho civil. Si el Poder como tal era absoluto, las consecuencias de su actividad se exigían a otra entidad: al Fisco o Real Patrimonio (4).

3.º El Estado de Derecho se basa en otros principios: en la libertad individual como valor predominante y la teoría de la soberanía popular,

---

(4) El mejor estudio sobre las regalías en España es el de BRANCHAT, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reino de Valencia y de la jurisdicción del Intendente, como subrogado en el lugar del antiguo Bayle*, 1784. Es el resultado de la labor de investigación realizada en el antiguo Reino Foral por orden de Carlos III de 10 de junio de 1760. La administración de las Rentas Reales, lo que hoy llamaríamos la Hacienda Pública, era peculiar en las regiones forales y correspondía a un funcionario especial: el Bailio o Bayle. Perdida su originalidad, después del Decreto de Nueva Planta, el régimen patrimonial del Estado se unificó y el Real Patrimonio se encomendó a los Intendentes Provinciales, dependientes del Superintendente General y del Consejo de Hacienda. Al avocar las dispersas regalías al Rey, hubo necesidad de inventariarlas y sistematizarlas, labor que correspondió en el Reino de Valencia al fiscal Branchat, de cuyo resultado fue la citada obra, que constituye la mejor explicación del Derecho regaliano.

lo que produce la legalidad: el titular del Poder es la Nación, no el Rey, que sólo lo ejerce como mandatario del pueblo, que es quien primero comparte con él y luego acaba por detentar la potestad legislativa, cuya consecuencia es trascendental, porque es precisamente la ley la que define el marco del resto de las funciones del Estado, que son sólo aplicaciones de la ley. De aquí nace otra de las bases actuales: la separación de la Administración y los Tribunales, que se inicia en España desde la Constitución de 1812 y se va implantando a través de las leyes que de una u otra forma van consolidando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Al llegar a este momento, la Administración se regula por un Derecho propio, encomendado a órganos especiales; este Derecho ya no es el Derecho civil, sino una rama del Derecho público, y ello permite que con un Ordenamiento propio, el Derecho administrativo, la función administrativa no sea abstracta, sino que se concrete en relaciones entre el Estado como persona jurídica y los demás administrados. Parece que entonces ha perdido fuerza la regulación del Derecho privado sobre las actividades de la Administración, pues todo el Derecho administrativo es una prerrogativa exorbitante del Derecho privado.

4.º Sin embargo, el Estado se transforma en Estado Social, en un nuevo tipo de Estado, que respetando las bases fundamentales del Estado de Derecho, ya inmovibles, intervendrá cada vez más profundamente en la sociedad: uno de los medios de lograrlo y de los más eficaces es, sorprendentemente, el retorno a la complejidad del antiguo Estado, porque el Derecho privado, que había sido utilizado sólo marginalmente en el Estado de Derecho, va posteriormente a ser empleado normalmente como uno de los medios del intervencionismo y permite a la Administración actuar como una especie de empresa. La Administración, para cumplir los fines crecientes del Estado Social, sin dejar sus clásicas funciones, se somete al Derecho privado. Esto ocasiona una situación mucho más fluida que anteriormente, que obliga a replantearse muchos problemas acerca de la conexión entre Administración y Derecho privado. No se trata de que las normas de Derecho privado que regulan aspectos de la Administración entren a formar parte del Derecho administrativo, lo que significaría convertirlo en un conglomerado heterogéneo de normas: sólo es Derecho administrativo el que de manera directa y especial regula la actividad administrativa como función del Estado. Por eso la jurisprudencia (sentencias de 30 de diciembre de 1914 y 25 de octubre de 1916) ha declarado que cuando se aplican a la Administración normas de Derecho privado, no se convierten en Derecho público, sino

que lo son como tales, o por remisión a los principios generales del Derecho, según el artículo 16 del Código Civil. Lo que se pretende destacar es precisamente el carácter y la función de las normas de Derecho privado que, como tales, se usan por la Administración en caso de laguna legal, o cuando una esfera está directamente regulada por ellas.

3. *La calificación legal de las situaciones jurídicas de la Administración.*

1. Lo difícil es, por consiguiente, calificar la legalidad de una determinada situación jurídica de la Administración; cuando el Ordenamiento expresamente regula sus actos, considerándolos como de Derecho público o privado, o si lo hace indirectamente, concediendo frente a ellos el recurso contencioso-administrativo u obligando a seguir la vía gubernativa previa a la judicial ordinaria, no hay problema; éste surge cuando no la califica: una relación jurídica es simplemente regulada por las leyes y se debe buscar el criterio que diferencia el carácter de sus normas para encuadrarlas en el Derecho administrativo o en el privado. Para ello se han adoptado fundamentalmente tres fórmulas doctrinales.

2. Una primera teoría, que podemos llamar material, es la sostenida por ALESSI y recogida en España con muy profundos matices por BALLBÉ (5). Según esta posición, el Derecho administrativo regula intereses generales y el privado individuales, y éste es el criterio que nos indicará cuándo la Administración obra de una u otra manera; un acto de la Administración será de Derecho público cuando obre defendiendo el interés general y será de Derecho privado, siguiendo los principios de igualdad, impropios del Derecho administrativo, cuando persiga intereses de otro tipo. Del mismo modo, si una relación puede regularse indistintamente por una u otra clase de Derecho (vgr., la Administración puede vender por lucro o para fomentar un servicio) y el mismo fin puede obtenerse por varios medios jurídicos, se resuelve la duda atendiendo al interés predominante. Cuando el interés sea dudoso hay que presumir que prevalece el interés general, que es el de la función esencial administrativa, mientras que lo excepcional es que sea titular de intereses privados. Como puede comprenderse, este criterio no es seguro, pues de un lado el interés general es siempre consustancial a la Admi-

---

(5) ALESSI, *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*, 1958. BALLBÉ, *Derecho administrativo*. Voz correspondiente de la "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix"

nistración y hacer a los entes públicos titulares de intereses privados es artificial.

3. La teoría mixta de AMORTH (6) combina el criterio material con el formal del régimen jurídico, distinguiendo tres clases de actos de la Administración: de fin administrativo, instrumentales para este fin y actos de fin privado. Los primeros están regidos por el Derecho público; los últimos, por el Derecho privado, y los intermedios pueden estarlo, pero no siempre lo están, por el Derecho privado. Si la distinción se basase sólo en actos materiales nunca podría la Administración, que tiene un fin público permanente, estar sometida al Derecho privado, pero también sería inconveniente que no pudiera serlo, cuando hay entes que orgánicamente son públicos y su finalidad es actuar por medio del Derecho privado (vgr., INI), en cuyo caso el sometimiento al Derecho privado es forzoso, pues la Administración ha de obrar en pie de igualdad con los particulares. Hay que partir, pues, de que existe un núcleo sustancialmente administrativo: la organización, y otro que puede no diferir de la actividad de los particulares, como es la actividad industrial de la Administración. Por eso, el criterio del interés ha de conectarse con el punto de realización del fin administrativo y la actividad de la Administración, regulada por el Derecho privado, puede clasificarse en actividad administrativa de Derecho privado, en la que el fin es público y el medio de conseguirlo el Derecho privado, y actividad privada de la Administración. En la primera se encuadra la llamada en España gestión económica de la Administración, que utiliza el Derecho privado para conseguir fines públicos, como ocurre en los servicios públicos económicos y en la actividad industrial y mercantil de la Administración (7); en la segunda al resto de la utilización del Derecho privado por los entes públicos, de forma eventual y sin finalidad institucional (vgr., venta de material desechado, arrendamiento de locales para instalar servicios administrativos, etc.).

4. Puede sostenerse un criterio formal y considerar que los actos sólo deben calificarse según el Derecho que los regule; son actos admi-

---

(6) AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di Diritto Privato*, "Archivio di Diritto Pubblico, 1938". CANTUCCI, *L'attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, 1942.

(7) Sobre la gestión económica de la Administración, como categoría de la función administrativa: VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial y mercantil de la Administración*, en el núm. 3 de esta REVISTA; GARCÍA-TREVIJANO, *Algunos aspectos de la Administración económica*, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *El industrialismo de las Corporaciones Locales*, en los números 12 y 17 de esta misma REVISTA.



administrativos los regidos por el Derecho público, y de Derecho privado cuando son regulados directa e inmediatamente por el Derecho civil o mercantil. El problema se traslada a la calificación de la norma reguladora de la relación haciendo intrascendente el fin del acto, pues este fin no es el fundamento, sino la consecuencia de la dualidad de regímenes jurídicos de la Administración; la utilización de prerrogativas o poderes exorbitantes también se contempla como un criterio de casuística, pues la prerrogativa es consecuencia de la calificación del acto. Igual sucede con la búsqueda del índice calificador en la responsabilidad en que incurra la Administración, según sea la del artículo 124 de la Ley de Expropiación Forzosa o la del 1.902 del Código Civil. La distinción entre actividad pública y privada de la Administración es una cuestión formal, con independencia de cualquier criterio material; de lo contrario desaparece la división del Derecho en sus dos ramas-tipo, cuando precisamente la relevancia del problema consiste en determinar si estamos ante una u otra clase de actividad y todos sus efectos.

#### 4. *El problema en Derecho positivo.*

Siendo infructuoso el planteamiento doctrinal, hay que pasar a lo que interesa en nuestro Ordenamiento. Se funda nuestro Derecho positivo en la dualidad de régimen de legalidad de la Administración: la sumisión al Derecho administrativo o al Derecho privado y como consecuencia la residencia ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, o ante la civil ordinaria, de la fiscalización de los actos de una u otra clase; según el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sólo los actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo son de la competencia de la Jurisdicción contenciosa. Hay que hallar, por lo tanto, el criterio diferenciador del Derecho que regula una relación de la Administración. Este índice es una cuestión casuística y se ha buscado por la jurisprudencia caso por caso; la cuestión de calificar una norma como perteneciente al Derecho público o al privado no puede resolverse con reglas generales (8). El problema consiste en calificar el Derecho material invocado en la pretensión procesal ejercida ante los Tribunales. La dificultad radica en determinar ese Derecho material. Un elenco de sentencias sería fatigoso, por ser inagotable la jurisprudencia;

---

(8) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 1.ª edición, tomo I, págs. 44 y siguientes, con abundante casuística jurisprudencial sobre el tema.

por ello preferimos extraer unos principios deducibles de la caudalosa corriente jurisprudencial y llegar a ciertos puntos que nos sirvan de orientación.

1.º Hay ante todo una rama que básicamente pertenece al Derecho administrativo: la referente al Ordenamiento jurídico de la Administración; las normas y principios generales, en general las fuentes del Derecho, que regulan la Administración como entidad operante, son públicas; todo el régimen del procedimiento de formación de los reglamentos y su subordinación a la ley son administrativos, con arreglo a la Ley de 17 de julio de 1958, y así en efecto la jurisprudencia ha declarado: la nulidad de los reglamentos que infrinjan los principios generales del Ordenamiento (sentencias de 26 de junio y 29 de mayo de 1965), la calificación de cuándo una manifestación de la Administración es o no una disposición de carácter general (sentencia de 25 de enero de 1966), la interpretación de las normas administrativas y fiscales (sentencias de 14 de mayo y 16 de junio de 1964 y 31 de octubre de 1968), la eficacia de las normas en orden al tiempo (sentencia de 26 de octubre de 1968), la calificación de los planes dentro de las normas (sentencia de 8 de mayo de 1968), el valor de los tratados como fuentes de Derecho administrativo (sentencia de 7 de mayo de 1968).

2.º Tampoco es dudoso que las normas que regulan la organización de los entes públicos son administrativas. Así se dice que las normas de realización de los servicios son administrativas (sentencia de 26 de mayo de 1965). Es reiterada la jurisprudencia de que la Jurisdicción contencioso-administrativa es siempre competente sobre el procedimiento seguido por la Administración, aunque no lo sea sobre el fondo de la materia (sentencia de 26 de mayo de 1965, que la califica de tradicional).

3.º Igualmente es de Derecho administrativo la materia de la relación de los funcionarios con la Administración. Todas las pretensiones de los funcionarios ante la Administración son asuntos de personal (sentencias de 27 de octubre de 1950 y 13 de noviembre de 1958). Es abrumadora la jurisprudencia recaída al respecto.

4.º Pública es asimismo la intervención de la Administración en los derechos de los particulares, caso típico el uso de prerrogativas y potestades exorbitantes. Lo normal es que la relación entre la Administración y los particulares sea de supremacía, sin igualdad de partes, hasta tal extremo que la jurisprudencia ha tenido que declarar el principio de la interpretación favorable a la libertad para frenar esta tendencia suma-

mente expansiva (sentencia de 25 de marzo de 1964). Por la misma razón, el régimen de los servicios públicos clásicos o asistenciales es administrativo, e incluso tales servicios son calificados como de los que implican ejercicio de autoridad (Reglamento de 16 de junio de 1955).

##### 5. *Las zonas conflictivas.*

Por el contrario, en el Derecho patrimonial administrativo existen materias en las que si bien la Administración como organización está regulada por el Derecho público, en cuanto dinámica, o sea, en su funcionamiento, puede estar regulada por el Derecho privado; los temas conflictivos son especialmente: los contratos, la gestión económica de la Administración y la responsabilidad de los entes públicos.

1. La diferencia entre contratos civiles y administrativos es una materia en zona tangente. Con arreglo a nuestra legislación, hay que atender a la finalidad directa e inmediata del contrato, que será administrativo cuando de esta manera se persiga una obra o servicio público (Real Decreto de Competencia de 15 de junio de 1898, doctrina clásica en nuestro Derecho). Pero aquí sólo comienzan las dificultades, pues aunque nos hallemos frente a un contrato privado de la Administración, los actos preparatorios para llegar a la suscripción del contrato son actos administrativos y no sólo estos actos antecedentes, como la autorización para contratar o para obtener crédito presupuestario; también son actos administrativos algunos actos de ejecución del contrato, como las órdenes de pago de las certificaciones de obra. De aquí que en un contrato privado haya también actos administrativos que se refieren a materias de procedimiento o de Derecho financiero. Únicamente la relación de la Administración con el contratista privado ya es de Derecho civil y constituye la sustancia contractual en virtud de la cual cada parte contratante tiene derecho a obtener de la otra las prestaciones que hayan sido estipuladas, como sucedería con la interpretación de sus cláusulas y la responsabilidad por el incumplimiento.

2. La llamada gestión económica de la Administración consiste en el conjunto de servicios públicos económicos y de actividades industriales de la Administración, con fines de interés general. Esta actividad es muy compleja porque en ella hay que distinguir dos aspectos: el orgánico y el funcional. Orgánicamente, tanto las entidades que pueden prestar estos servicios públicos económicos (transportes, agua, gas y electri-

cidad, etc.), como las que ejercen actividades industriales, están o pueden estar encuadradas en la Administración, mientras que por el contrario las relaciones con el público usuario de los servicios o adquirente de los bienes económicos lanzados al mercado por las empresas nacionales están reguladas por el Derecho privado. Tanto nuestra legislación (Real Decreto-ley de 12 de abril de 1924, Reglamento de 17 de junio de 1955), como la jurisprudencia (sentencias de 20 de abril de 1936, 23 de septiembre de 1957, 3 de mayo de 1958, 14 de marzo de 1959, etc.) y el Consejo de Estado (dictámenes de 4 de octubre de 1950, expediente 6.442, y 31 de octubre de 1956, expediente 20.384), han reconocido que pueden existir servicios públicos explotados en régimen de empresa. Todavía es más numerosa la actividad industrial de la Administración, pues existen muchas industrias de la Administración, unas aparentes y otras diluidas, y a todas ellas es necesario imponerles una directriz política, utilizando la técnica del Derecho privado, actuando el INI (creado por Ley de 25 de septiembre de 1941) como una verdadera sociedad en cartera para imprimirles esa dirección. En todos estos casos, el Estado, adoptando formas de Derecho privado, actúa con fines públicos: la calificación en bloque de esa actividad es uno de los puntos clave del Derecho público. En España la tendencia es considerarlas como una nueva categoría formal: la gestión económica de la Administración, orientación que sigue la Ley de 26 de diciembre de 1958 desde el momento que somete a las empresas nacionales a un régimen financiero equivalente al de los entes públicos, para fiscalizarla por el Tribunal de Cuentas. Sin embargo, en sus relaciones con los terceros se regulan por el Derecho privado.

1.º En los servicios públicos económicos determinadas prestaciones dadas a los administrados (agua, luz, gas, transportes, etc.), siguen un régimen de Derecho administrativo en parte, mientras que en parte tales relaciones son de Derecho privado. Hay principios generales del servicio (regularidad, igualdad, tarifación, etc.) que los usuarios pueden defender; los usuarios pueden requerir a la Administración para que obligue a las Compañías suministradoras a que presten el servicio en las condiciones establecidas por la ley y la Administración; así en los servicios de agua, gas y electricidad, al Estado le corresponde la inspección técnica de las instalaciones y los precios de tarifa (sentencias de 6 de abril de 1927 y 6 de noviembre de 1948) y a los Ayuntamientos vigilar el suministro a los abonados (sentencia de 5 de marzo de 1943). Aunque estos servicios sean empresas concesionarias, según el Real Decreto-ley de 12 de abril de 1924, que como tales realizan actos de comercio, sobre ellos se

superponen los principios generales de los servicios públicos; las empresas concesionarias prestan el servicio por medio de contratos de suministro a sus abonados y tales cuestiones son de Derecho privado, pero las referentes a la vigilancia de la Administración sobre la empresa, para que respete los principios de generalidad e igualdad ante el servicio, son actos administrativos (sentencias de 31 de enero de 1935 y 21 de mayo de 1960). El contrato de abono no es en bloque de Derecho privado, sino que resulta solamente el medio de que el concesionario cumpla el servicio y tiene obligación legal de contratar, que los usuarios pueden denunciar a la Administración, para que le sea exigida a la empresa. Ello deriva del principio general que la defensa del usuario es la finalidad de todo servicio público (sentencia de 23 de junio de 1959), y un servicio público económico no puede nunca convertirse en una empresa privada, que se reserve el derecho de admisión y de contratar como y con quien le interese.

2.º En la gestión industrial y mercantil de la Administración hay otros aspectos públicos: el nombramiento de los altos cargos de los organismos que han de dirigir todo un sector económico puede ser administrativo. Igualmente su comportamiento sería fiscalizable por la Administración, independientemente de que las relaciones de los entes filiales del INI con los terceros fuesen de Derecho privado. Luego en este punto ni todos ni los más importantes problemas pueden ser regulados por el Derecho privado y hay una interpenetración de ambas ramas del Derecho.

3. También es compleja la responsabilidad de la Administración: cuando la responsabilidad procede del funcionamiento de un servicio público, éste puede prestarse por medio de concesionario o intermediario, o por la misma Administración directamente. En el primer caso, los afectados por los actos dañosos no pueden exigir directamente la responsabilidad al concesionario, sino que han de acudir a la Administración concedente para que fije la indemnización y haga la declaración del derecho; ello se deriva de que en éste, como en los demás aspectos esenciales del servicio público, el concesionario está vigilado por la Administración y una de las consecuencias de la fiscalización es la determinación de la responsabilidad concesional; cuando la gestión del concesionario sea causa de daño económico para terceros, éstos han de reclamar a la Administración la responsabilidad para que se la exija al concesionario, sin que por ello la Administración incurra en responsabilidad subsidiaria, de modo que la reclamación de los perjudicados se dirige a la Administración concedente, que resuelve sobre su procedencia y la

persona a la que se le imputa el pago, dejando abierta su resolución la vía contencioso-administrativa, que puede utilizar el concesionario y el perjudicado (artículo 123 de la Ley de 16 de diciembre de 1954). Luego un servicio público concedido presenta dos facetas; las relaciones del concesionario con los usuarios son de Derecho privado, pero no siempre es de este tipo la responsabilidad, que puede quedar sometida a otro régimen jurídico.

El caso inverso es la responsabilidad de la Administración: cuando la misma Administración presta directamente el servicio, sus relaciones con los usuarios son de Derecho administrativo y lo propio sucede con la responsabilidad. Ahora bien: en algunos casos la responsabilidad puede quedar sometida al Derecho penal y subsidiariamente al civil; el caso clásico es la responsabilidad por accidentes de tráfico o por delito cometido por los agentes de la Administración, en los cuales la responsabilidad se exige con arreglo al artículo 22 del Código Penal, habiendo declarado la jurisprudencia (sentencias de 20 de octubre de 1943, 22 de noviembre de 1947 y 12 de junio de 1948, que examina minuciosamente la cuestión) que el citado artículo alcanza al Estado y a los demás entes públicos.

#### 6. *La separabilidad de los actos de la Administración.*

De todo lo expuesto se desprende inmediatamente, al descomponer las relaciones de la Administración, de su aspecto orgánico, la teoría de la separabilidad del funcionamiento, respecto de la estructura o aparato administrativo: la Administración, además de ser una representación del Estado como comunidad política u Ordenamiento jurídico, que objetivamente desarrolla una función impersonal, subjetivamente actúa como persona jurídica, con una esfera de acción, entrando en relaciones con los particulares, de manera que esta institución se organiza como persona jurídica, como un conjunto de órganos reducidos a la unidad, cuya personalidad reconocen las leyes internas y el Derecho internacional. El artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado define a la Administración como constituida por un conjunto de órganos que actúan con personalidad única. La Administración es por tanto la personificación del Estado (9). Así como las demás funciones

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un cocetto di Diritto Amministrativo come Diritto Statutario*, "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 1961, considera la Administración como la personificación jurídica de la función ejecutiva del Estado, que de esta forma puede relacionarse con las demás personas jurídicas, para satisfacer los fines de interés general definidos por la Constitución.

estatales se atribuyen a órganos no personificados, puesto que no lo son las Cámaras Legislativas, ni los Tribunales, la Administración es un ente que realiza el resto de las funciones estatales en unidad de imputación, lo que supone una articulación del Poder para realizar sus fines; o sea, la organización, que siempre está como tal regulada por el Derecho público.

Pero esta entidad entra en relaciones jurídicas con los demás sujetos del Ordenamiento y de Derecho internacional, de tal modo que el Derecho vitalmente se presenta como un conjunto de relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados y en ella se van produciendo situaciones subjetivas, de las cuales la más llamativa, pero no la única, es el Derecho subjetivo. El Derecho que puede regular la relación jurídica, en bloque o por separado sobre determinadas situaciones de la misma, no es en todos los casos el Derecho administrativo, sino el privado. Si la Administración como organización en todo momento está sujeta al Derecho administrativo, en cuanto titular de la relación jurídica concreta puede estarlo, y de hecho lo está cada vez más, al Derecho privado. Luego existe una doble posibilidad de conectar el aspecto orgánico de la Administración con su actividad funcional en las relaciones jurídicas.

1.º Relación jurídica, en la que los dos momentos se regulan por el Derecho administrativo; en este caso no hay problema; todas las situaciones jurídicas de la relación constituida y sus antecedentes orgánicos forman un bloque, un todo, regido por el mismo Derecho: el Derecho público. Esto sucede en las materias típicamente administrativas, a las que anteriormente nos hemos referido. La consecuencia más importante es que en ellas la Administración puede utilizar sus potestades y prerrogativas, como titular de la supremacía o superioridad; son relaciones de plus valor. El Ordenamiento jurídico, en virtud del principio de legalidad, no sólo es limitador de la actuación administrativa, sino habilitante y le permite utilizar de forma distinta al pie de igualdad en que actuarían los particulares en sus relaciones.

2.º Descomposición o separación entre ambos elementos; la Administración, orgánicamente, es decir, en cuanto persona jurídica que obra por medio de sus órganos y a través de un procedimiento, está regulada en ese aspecto por el Derecho administrativo, pero la relación lo está por el Derecho privado (10). Para llegar a entrar en una relación privada

---

(10) LAMARQUE, *Recherches sur l'application du Droit Privé aux services publics administratifs*, 1960.

con los particulares ha de hacerlo por medio de la adopción de las formas orgánicas administrativas; un titular de un órgano, que ha de tener competencia a través de un procedimiento administrativo, ha de preparar los momentos anteriores, para que la Administración entre en una relación jurídica de Derecho privado con otra persona (venta, compra, arriendo, etcétera). La formación de los actos antecedentes es de Derecho administrativo, si bien en su momento la declaración de voluntad dará lugar a una relación de Derecho privado; la actuación administrativa se descompone en dos momentos: la voluntad unilateral de dar vida a una relación de Derecho privado y la suscripción de ésta; la primera fase es preparatoria y sujeta al Derecho público, mientras que la segunda constituye un acto de Derecho privado; la actividad de la Administración ya no es, como en el supuesto anterior, un bloque, sino que se separa en dos momentos, unos sometidos al Derecho administrativo y otros al Derecho privado.

#### 7. Consecuencias de la separabilidad.

Los efectos de esta separación son muy importantes; cada una de las fases se regulan por su propio Derecho; con ello bastaría. No obstante, vamos a destacar tres consecuencias fundamentales que de ello se obtienen:

1.ª En primer lugar, la potestad administrativa ya no puede aplicarse igual en estas relaciones separables que en las de Derecho administrativo puro. Cuando la Administración se halla dentro de una relación de Derecho privado no puede utilizar de ningún modo sus potestades, o si puede hacerlo no es con la misma intensidad que en las relaciones normales de Derecho administrativo. La Administración puede en ocasiones disponer del "ius variandi" en sus contratos privados (11), pero por regla general es más atenuada que en los contratos administrativos. Del mismo modo, la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 5 de noviembre de 1964 dotan a la Administración de prerrogativas para defender su dominio privado, como la facultad de la recuperación de un año de esta clase de bienes, pero si defiende su dominio público no tiene esta limitación temporal. Por consiguiente,

---

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, en el núm. 41 de esta REVISTA, donde se examina el *ius variandi*, en relación con los contratos administrativos y civiles de la Administración.



la Administración, salvo ley en contrario, no puede hacer uso, dentro de sus relaciones de Derecho privado, de sus prerrogativas, o no lo hace igual que en las relaciones públicas.

2.º Otro efecto derivado de la separabilidad de los actos de la Administración es que sus relaciones de Derecho privado no solamente vienen reguladas por el Derecho civil o mercantil, sino que su permanencia está afectada por la validez de la fase administrativa precedente; el acto de Derecho privado de la Administración está sometido a la observancia de los preceptos propios de la figura de que se trate y, además, a la validez de los actos administrativos antecedentes, cuya nulidad producirá la invalidez del acto privado subsiguiente. Si en la fase administrativa se incurre en un vicio de legalidad, de gravedad suficiente para engendrar su nulidad, la relación de Derecho privado se ve carente de antecedentes y por lo tanto queda invalidada y falta de apoyo; así en los contratos privados de la Administración, igual que en los administrativos, hay dos fases: la precontractual y la contractual. La preparación del contrato se realiza por medio de una sucesión de actos administrativos, como cualquier otro procedimiento (acuerdo de contratar, preparación de los pliegos, consignación presupuestaria, anuncio del contrato, etc.); en ella no interviene el contratista, que solamente es tal cuando obtiene la adjudicación definitiva. Si en la fase precontractual se producen defectos de invalidez, desaparece el contrato. Lo importante es que en la fase previa la Administración obra según la Ley de Procedimiento Administrativo y podría unilateralmente anular sus actos defectuosos, mientras que en la segunda ya estaría vinculada por el contrato.

3.º Además, en la fase administrativa separable pueden intervenir terceros, mientras que en la relación de Derecho privado la cuestión es inter partes entre la Administración y el otro sujeto relacionado con ella. Volviendo al ejemplo del contrato privado, que es uno de los más claros, cada parte contratante tiene derecho a exigir sus prestaciones de la otra y en ese aspecto los terceros son extraños al contrato. Ahora bien, estos terceros no solamente podrían denunciar los defectos de la fase preparatoria, sino incluso la infracción contractual del contratista particular, para que la Administración no los tolere. Si la Administración así lo hiciese incurriría en una desviación de poder, porque no habría finalidad de buen servicio que justificase que, denunciada la conducta de la infracción de un contratista, tolerase la situación conocida por los terceros, alejando en su día a los posibles contratantes. Salvo estas excepciones, el contrato privado es "res inter partes". No obstante, a los efec-

tos de nuestra perspectiva, lo que nos importa destacar es que la separabilidad puede hacer que los terceros impugnen actos administrativos referentes a la fase previa antes de llegar a una relación de Derecho privado, o bien que supongan ya dentro de ella la dejación de la vigilancia que la Administración debe llevar a efecto, para que en todo caso el interés público se consiga incluso en los actos de Derecho privado que suscriba, pues lo que no se justifica en un estado de legalidad es que por la circunstancia de entrar en relaciones de Derecho privado se pueda abandonar el interés público y actuar la Administración con total y absoluto criterio de libertad, sin importarle las consecuencias de la conducta de quienes con ella entran de una u otra forma en una relación jurídica. El caso no ha llegado al Tribunal Supremo; por ello no podemos aportar jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, si bien la tendencia a respetar el principio de legalidad no es dudoso que llevaría a las conclusiones expuestas. Precisamente la admisión de la teoría de los actos separables, que más adelante se verá, supone que permite la intervención de terceros en la fase precontractual o separable de los contratos privados de la Administración, ya que éste es su alcance más importante y posiblemente el que ha guiado al Tribunal Supremo al introducirla.

## II

### PERSPECTIVA PROCESAL DE LA DOBLE LEGALIDAD

#### 1. *La competencia jurisdiccional y los actos separables.*

Cuando en una relación jurídica de la Administración, los sujetos se hallan en la fase del Derecho material y las situaciones de la misma se cumplen voluntariamente por ambas partes, no surgen consecuencias importantes de la separabilidad de los actos: la Administración y el administrado, cada uno en su esfera, van realizando las prestaciones derivadas de la relación. Sin embargo, la vida del Derecho puede ser patológica con gran frecuencia; una de las partes puede incumplir deberes u obligaciones y entonces hay que acudir al proceso, para que los órganos judiciales constriñan al obligado a realizar forzosamente el Derecho material. Aquí es donde cobra su verdadera dimensión la teoría de los actos separables; la relación jurídica puede estar regulada por el Dere-

cho administrativo y cualquier incidencia de la misma ha de plantearse en la vía judicial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Administración, en virtud de sus prerrogativas, puede exigir ejecutivamente las obligaciones del administrado, y si éste no las halla conforme a Derecho impugnará los actos administrativos ante la jurisdicción competente: es el caso normal y corriente. Pero puede suceder una complejidad mayor: si la relación está regulada por el Derecho privado, y sus momentos previos lo están por el Derecho administrativo, las cuestiones litigiosas pueden referirse tanto a los antecedentes como a los subsiguientes o al propio fondo de la relación. Si dentro de esta relación la Administración usa de sus prerrogativas, el particular, para combatirlas, puede alegar el defecto del procedimiento, o la ilegalidad de la interpretación dada por la Administración a su situación: se presenta el problema de la jurisdicción competente para conocer de tales cuestiones. La conexión de la jurisdicción competente con la clase de actos de Derecho material que regulan las relaciones de Derecho privado de la Administración, es la que da lugar al problema procesal de los actos separables; lo que se pregunta es si la separación de Derecho material de los actos se corresponde a una separación procesal; si los actos administrativos que se refieren al Derecho privado escapan de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y entran en la de la jurisdicción ordinaria, o por el contrario se pueden considerar separables de las situaciones a las que se refieren y pueden o deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa; es decir, si los actos separables han de ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa o pueden serlo sin necesidad de discutir el fondo de la relación de Derecho privado sobre la que inciden. Se trata de materias excluidas de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que con arreglo al artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sólo atribuye competencia a la misma para conocer de los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo; la relación sustantiva es de Derecho privado y en ese punto la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, pero los actos formativos de la voluntad de la Administración, a través de los que se llega a la relación, están regidos por el Derecho administrativo; si la organización y el procedimiento anterior, como cuestiones administrativas, han de ser fiscalizadas independientemente de la relación material o deben serlo junto con ella. En resumen: si la competencia de la jurisdicción ordinaria, para conocer de la cuestión de fondo, se extiende a los actos separables, o si éstos han de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Todavía cabe una postura

intermedia, que permite que estos actos separables puedan atacarse indistintamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa o ante la ordinaria, dependiendo no sólo del medio que se utilice, sino de los momentos procesales en que haya de hacerse, e incluso de la interpretación que deba darse al principio de economía procesal y al principio pro administrado, que en fin de cuentas, y en caso de duda, es la última razón de un Estado de Derecho. Como es natural, todos ellos dependen de la función de cada sistema contencioso-administrativo. En el nuestro, cuyo antecedente es el francés (12), pero ya muy modificado, la perspectiva ha de enfocarse en razón de nuestras instituciones procesales y del carácter que a la jurisdicción contencioso-administrativa le confiere la Ley de 27 de diciembre de 1956. Ya podemos anticipar que las soluciones formalistas son contrarias a la Ley reguladora de la Jurisdicción y que la teoría de los actos separables sólo puede ser un medio de reforzar el antiformalismo.

## 2. *La solución de los bloques de competencia.*

La primera solución adoptada es la de los bloques de competencia: en una relación de Derecho privado de la Administración, a la jurisdicción ordinaria le correspondería conocer no sólo del fondo sustantivo de ella, sino de las formalidades administrativas que sean antecedentes de su validez o de alguna forma influyan en el fondo de la misma. Por consiguiente, no habría procesalmente actos separables y la competencia de la jurisdicción ordinaria se extendería también a esta clase de actos, aunque estuviesen regulados por el Derecho administrativo; la separabilidad sustantiva no tendría una correspondencia con la separabilidad procesal. Como muestra de esta tendencia exponemos dos sentencias al respecto:

1. La Administración necesita autorización para litigar con arreglo a sus normas procedimentales, como presupuesto de la acción procesal; aunque el asunto discutido puede ser una cuestión civil, la autorización para litigar, o el acuerdo para hacerlo, si no es necesaria la autorización, son actos administrativos que teóricamente podrían ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa; pues bien, planteado el problema dentro de un proceso civil, la jurisprudencia se pronunció negativamente, con arreglo a la siguiente doctrina: el acto municipal, que

---

(12) AUBY y DRAGO, *Traité du Contentieux Administratif*, 1963, tomo II, págs. 446 y siguientes.

acuerda entablar las acciones oportunas para reivindicar un monte, no lesiona derechos administrativos del recurrente, pues la Administración obra como persona jurídica, sujeto de derechos civiles, que ha de ejercitar en la jurisdicción ordinaria, ante la cual el actor podrá alegar y el demandado oponer lo conveniente, pues el acuerdo administrativo ha de llevarse a ejecución en la vía civil, donde el interesado podrá excepcionar lo que estime pertinente (sentencia de 26 de octubre de 1943). Cualquiera que sea la argumentación utilizada, el criterio jurisprudencial es que los actos administrativos, por los cuales la Administración se prepara para ejercitar acciones procesales ante la jurisdicción ordinaria, no son separables del fondo del asunto, sino que van unidos a él como uno de los presupuestos de la pretensión y que el interesado podrá, cuando sea demandado, oponer las oportunas excepciones, que han de ser las del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que si el acto administrativo acordando litigar es defectuoso, se pueda dictar una sentencia que, estimando la excepción dilatoria, no entre a conocer del fondo del asunto; es decir, que no separa las cuestiones administrativas previas a un asunto que por su fondo es de Derecho privado.

2. Otro caso tipo de inadmisión de actos separables es la sentencia de 19 de diciembre de 1958: se trataba de que un Ayuntamiento había cedido la explotación de un hotel de su propiedad en arrendamiento y, finalizado el contrato, requirió al arrendatario para que lo dejase libre, acordando posteriormente concertar un nuevo arrendamiento por subasta pública. En esta situación, el antiguo arrendatario propuso una novación, comprometiéndose a realizar obras de mejora, por lo que el Ayuntamiento revocó el acuerdo de desahuciarlo y dejó sin efecto el requerimiento. Contra este acto revocatorio recurrieron dos empresas, que intentaban acudir a la subasta, solicitando que se dejase libre el hotel, petición que fue desestimada por la Administración, ante lo cual los afectados interpusieron recurso contencioso-administrativo. En la vía procesal, el Tribunal Supremo se declaró incompetente, por considerar que la relación entre el Ayuntamiento y el primitivo arrendatario era civil y en ella no se habían observado vicios de orden público que la invalidasen: por tratarse de un asunto civil, todas sus incidencias deben discutirse ante la jurisdicción ordinaria; cierto que la exteriorización de la voluntad de la Administración se hace a través de un procedimiento, pero en él no hay vicios de nulidad, por lo que las cuestiones previas deben englobarse dentro del fondo del asunto, solución igual a la de la sentencia de 26 de octubre de 1943. La desintegración de las relaciones privadas de la

Administración en actos separables, los precedentes al contrato civil y el propio contrato no tienen consecuencias procesales; los actos que en este caso decidieron prorrogar el contrato, o celebrar su novación y toda la fase procedimental para llegar al nuevo contrato, están regulados por el Derecho administrativo, pero no son separables procesalmente del fondo contractual civil, que liga a la Administración con otra persona; si en la fase administrativa hubo defectos, no determinantes de nulidad plena, han de ser atacados dentro del proceso civil, donde los terceros afectados pueden recurrir contra la interpretación del contrato civil que relacionaba a la Administración con el arrendatario, o sea, la posibilidad de la prórroga, cuestión inseparable del derecho de terceros a que no se prorrogase y el futuro arrendamiento saliese a subasta.

### 3. Su justificación procesal.

Ahora bien: adoptada la solución de la inseparabilidad procesal de los actos de la Administración, también llamada de los bloques de competencia, puesto que se atribuye competencia a la jurisdicción ordinaria, no sólo para conocer del fondo del asunto, sino sobre las cuestiones accesorias y precedentes, aunque estén reguladas por el Derecho administrativo, lo que importa es hallar su justificación con arreglo a técnica procesal, fundamentación que puede provenir de varios conceptos, sobre todo de las cuestiones prejudiciales administrativas dentro de un proceso civil, de la teoría de la inaplicación de los actos administrativos y del principio de economía procesal en última instancia.

1. Las cuestiones prejudiciales son uno de los puntos más difíciles del proceso, en la que la determinación de los conceptos es difusa (13). Se pueden definir como problemas jurídicos cuya posible solución judicial, por órgano de diferente jurisdicción a la que conoce de un proceso, es requisito previo de la sentencia que ha de recaer en el mismo; se trata de que un punto o aspecto, que forma parte del problema jurídico más amplio, dentro de un proceso, puede provocar potencialmente la intervención de otro órgano judicial de diferente jurisdicción y ha de resolverse, sin embargo, lógica y cronológicamente, antes que el fondo del asunto en el que se presentaron. Su característica es que en lugar de

---

(13) LIET-VEAUX, *Questions préjudicielles et recours parallèle*, "Revue Administrative" 1953, pág. 480. GONZÁLEZ PÉREZ, obra citada. CARRETERO, *La teoría general de las cuestiones prejudiciales en la jurisprudencia*, "Revista de Derecho Judicial". núm. 13.

remitirse sin más a un órgano judicial diferente, son, o pueden ser, resueltas por el Tribunal, que tiene competencia para conocer de la cuestión fundamental en la que surgieron. En nuestro Ordenamiento procesal se hallan reguladas, por el artículo 4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los artículos 3.º al 8.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y son también mencionadas dispersamente en los artículos 51, 362, 441, 514, 533, 1.769, 1.804 y 1.805 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El principio general es, en la Ley Procesal Civil, que cuando en un proceso de esta clase aflora una cuestión prejudicial contencioso-administrativa, la competencia de la jurisdicción ordinaria se puede extender a ella, como se deduce del artículo 51 y del 488 de la misma, que otorgan a la jurisdicción civil la competencia para conocer de todas las incidencias de un proceso. Así, la jurisprudencia había declarado (sentencias de 25 de febrero de 1902 y 21 de noviembre de 1905) que de los hechos administrativos puede conocer la jurisdicción ordinaria si de ellos no depende directamente el derecho civil discutido; los actos administrativos antecedentes forman parte de la cuestión civil, como materias prejudiciales, y la competencia para conocerlos corresponde a la jurisdicción ordinaria, siempre que puedan decidirse "incidenter tantum", es decir, produciendo efectos dentro del proceso, pues si desbordan ese ámbito y han de decidir indirectamente el asunto, han de ser remitidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. La prejudicialidad puede llevar a la jurisdicción ordinaria a interpretar un acto administrativo antecedente de una relación de Derecho privado de la Administración; pero solamente cuando, además, el Juez civil ha de calificarlo, puede declarar si la cuestión es prejudicial o no y si ha de remitirse a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así parece desprenderse de las citadas sentencias, que declaran que si una cuestión es de Derecho privado, de ella conoce la jurisdicción ordinaria y el título administrativo es prejudicial; tal es el caso de los derechos civiles nacidos de una concesión administrativa.

2. Otra justificación de la tesis de los bloques de competencia es la llamada inaplicación del acto administrativo (14): cuando un acto administrativo produce efectos civiles y sobre ellos se suscita un litigio, es competente para resolverlo la jurisdicción ordinaria; el acto administrativo es un antecedente; si es nulo de pleno derecho el Juez no lo

---

(14) TALÓN, *La dissapplicazione degli atti amministrativi da parte del Giuridice Ordinario*, tesis inédita, que obtuvo el Premio RAVÁ. Recensionada por el autor de este trabajo en la "Revista de Derecho Judicial". núm. 5.

tomará en cuenta y no lo aplicará, pues a ello le autoriza el artículo 4.º del Código Civil. Si el acto es anulable, no en todos los casos puede aplicarse sin más por el Juez civil; de no haber quedado convalidado, no es válido: esta invalidez no puede declararla la jurisdicción ordinaria, pero lo que sí puede hacer es limitarse en los casos dudosos de prejudicialidad a no aplicarlo, ya que con arreglo al artículo 7.º de la Ley Orgánica, sólo puede aplicar las disposiciones en cuanto sean conformes a las leyes y esta interpretación puede extenderse a los actos administrativos ilegales, pero no convalidados.

3. Por último se puede justificar por un principio "sui generis": el de economía procesal (15). Este concepto, que actualmente no se halla claramente definido ni perfilado, puede dudarse si es un principio general procesal, un concepto standard o simplemente una cláusula de cierre, para evitar las consecuencias injustas de las repeticiones innecesarias de un proceso. Alguna sentencia, como la de 19 de noviembre de 1954, lo califica de un verdadero principio, con el designio de evitar juicios reiterados: otras veces no ha pasado de ser uno de los llamados principios coyunturales o funcionales, que pretenden evitar una lentitud procesal y que se refieren a la innecesariedad de provocar un segundo proceso sobre la misma materia ya tratada en otro anterior en el que no pudo resolverse completamente. Parece que en lo contencioso-administrativo hay una importante corriente jurisprudencial que, fundada en la tendencia antiformalista de la Ley de 27 de diciembre de 1956, aplica, cada vez con más intensidad, el concepto o principio de la economía procesal; así la sentencia de 26 de marzo de 1968, aunque considera que por razones procedimentales el acto administrativo debía ser anulado, resuelve sobre el fondo del asunto, por razones de economía procesal, evitando repetir los trámites, cuando, de todas formas, la decisión sería igualmente ilegal, y la de 27 de febrero de 1967 declara que la nulidad del acto administrativo sería una medida estéril si el Tribunal tiene datos suficientes para resolver sobre el fondo. De todos modos, no es un principio seguro; en cada caso hay que valorar las consecuencias de adoptar un criterio de economía procesal o de anular por defectos formales, con la posibilidad de repetir el litigio; este camino está prácticamente inexplorado doctrinalmente y apenas apuntado por la jurisprudencia, sin que se hayan llegado a obtener verdaderos jalones y puntos de definición y conexión

---

(15) Escasa es la aportación bibliográfica sobre el tema de la economía procesal. Un ensayo inicial en la voz correspondiente de la "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", debido a JIMÉNEZ ASENJO.



sobre la aplicación, funciones, consecuencias, relaciones, etc., del principio de economía procesal, que no cuenta todavía con tradición jurídica en nuestro Ordenamiento. A los efectos de nuestro trabajo, lo que nos interesa es que si resulta que en todo caso las cuestiones administrativas antecedentes o separables de una relación privada de la Administración han de remitirse necesariamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, se vendría a infringir la economía procesal y sólo serviría para amparar posibles fraudes procesales, pues ante una irregularidad del acto administrativo separable, la Administración, ya dentro del litigio civil, podría invocar la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para que decidiese sobre ese extremo, provocando la inutilidad del proceso civil.

#### 4. *La solución de la separabilidad procesal.*

Frente a la postura anterior, se alza la que sostiene la separabilidad procesal de los actos administrativos (16). Para llegar a la formación de la voluntad de la Administración, que en su día engendrará una relación de Derecho privado, hay que seguir un procedimiento que está sometido al Derecho público sustancialmente, por lo que no existe en bloque una relación de Derecho privado de las entidades públicas, sino momentos separables, que deben fiscalizarse ante las jurisdicciones respectivas: la competencia de la jurisdicción ordinaria, para conocer del fondo del asunto, no es obstáculo a la de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los actos separables; la primera tendrá competencia para conocer las cuestiones contractuales, o de otro tipo, que se hallen reguladas por el Derecho privado; a la jurisdicción contencioso-administrativa se le atribuye para fiscalizar las formalidades antecedentes o subsiguientes que pueden influir sobre el fondo de la relación. La justificación de esta tesis radica en que los fundamentos de la contraria no son institucionales en todo caso:

1. Empezando por el más fluido, el de economía procesal, este mismo principio puede aconsejar que se acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa, para discutir los actos separables, sin necesidad de combatir el resto de la relación dentro del proceso civil, ya que como los actos de Derecho privado de la Administración están influidos por

---

(16) AUBY y DRAGO, obra citada. COLLIARD, *La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, en "Études en L'honneur d'A Mestre", 1956.

la validez de los actos separables, invalidados éstos, decae la relación, entera como consecuencia inevitable.

2. La teoría de la inaplicación de los actos administrativos es insegura, puesto que el Juez civil no tiene competencia para declarar que un acto separable es simplemente anulable, y por esta razón no lo aplica, porque usurparía atribuciones que le corresponden a otra jurisdicción. Si penetra en la calificación de los actos administrativos anulables, entonces la inaplicación es consecuencia de que define su validez, y como esto sólo puede hacerlo a efectos prejudiciales, en realidad la inaplicación de los actos administrativos se confunde con las cuestiones prejudiciales. El artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder judicial no le autoriza a inaplicar los actos administrativos anulables, sino solamente los Reglamentos, y ello porque las disposiciones generales forman parte de la legalidad, mientras que los actos administrativos están sujetos a ella y no crean Derecho objetivo. La finalidad del artículo 7.º es la defensa de la legalidad y no puede interpretarse de otro modo.

3. El fundamento más consistente de la tesis del bloque de actos es la técnica de las cuestiones prejudiciales, pero tampoco es suficiente, ya que con arreglo al sistema de prejudicialidad de nuestro Ordenamiento procesal, hay que distinguir entre prejudicialidad relativa y absoluta; entre materias que pueden ser resueltas dentro de la misma jurisdicción y otras que necesariamente deben remitirse a diferente Tribunal: con arreglo a los artículos 51 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 114 de Enjuiciamiento Criminal, cuando la cuestión prejudicial tiene una influencia fundamental y decisiva en el fallo provoca una crisis procesal y debe remitirse a la jurisdicción correspondiente. El mismo principio rige en los artículos 3.º al 8.º de la Ley procesal criminal y podría aplicarse por analogía *iuris* al artículo 4.º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. De aceptarse la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las cuestiones prejudiciales administrativas, se pregunta inmediatamente cómo ha de calificarse una cuestión, si de prejudicial absoluta o relativa, lo que resulta muy difícil, mientras que con la teoría de los actos separables la solución es sencilla: son separables los actos administrativos que forman la base de la futura relación de Derecho privado y no constituyen con ella un todo, pues los administrados tienen derecho a que se fiscalice la legalidad de sus actos, evitando de esta manera la complicación de las cuestiones prejudiciales y con ella se concede mayor garantía jurídica a los terceros ajenos a la relación privada, pero interesados en ella; el caso más evidente es

el de los contratos privados de la Administración: actos separables serán los acuerdos confiriendo poderes a un organismo para contratar y su gestión es legal, mientras no se demuestre su nulidad por razones administrativas; del mismo modo, los terceros pueden denunciar a la Administración las ilegalidades de la fase separable y la conducta del contratista particular, que como acto separable pueden exigir sea fiscalizada por la Administración, y todo ello con sencillez y eficacia, en lugar de utilizar complicadas técnicas.

##### 5. *El antecedente del recurso paralelo.*

El precedente de los actos separables es la corrección del sistema contencioso francés a la llamada Excepción del recurso paralelo (17). Para llegar a la doctrina de los actos separables es preciso conocer sumariamente el papel del recurso paralelo, dentro de su sistema procesal administrativo. Naturalmente, no pretendemos hacer una exposición comparatística, puesto que al fin y al cabo el Derecho extranjero sólo puede ser un dato dogmático. Sin embargo, algunas de sus conclusiones pueden servir de antecedente al Derecho español, y por eso destacamos la de mayor trascendencia en el tema que nos ocupa.

En el sistema contencioso-administrativo francés, aunque existen diferentes tipos de pretensiones procesales, que pueden referirse a otras clases de recursos, fundamentalmente se distinguen dos recursos: el de plena jurisdicción y el de anulación; en el primero se pretende la reparación de la lesión de un Derecho subjetivo, atacado por la Administración; por el contrario, en el de anulación basta con solicitar la eliminación de un acto administrativo por ser ilegal. En consecuencia, la legitimación para interponerlo es mucho más amplia; es suficiente alegar un interés en la anulación del acto que el Consejo de Estado interpreta muy ampliamente y sólo tiene el límite de que no se llegue a una acción pública. Además, como en el contencioso francés la jurisdicción está regida por el principio dispositivo, el Tribunal no examina todas las materias que puede suscitar el acto impugnado, sino las aducidas por los recurrentes. Consecuencia de este sistema es la prohibición o excepción del recurso paralelo; quien se halla legitimado para un recurso de plena jurisdicción debe acudir a esa vía, y el de anulación sería rechazado sin entrar a conocer del fondo del asunto; es decir, que el recurso de plena juris-

(17) GUILLIEN, *L'exception du recours parallèle*, 1934.

dicción y el de anulación son incompatibles y no pueden interponerse simultáneamente; sólo se puede acudir al de anulación cuando no se ha podido formular, por impedimento legal, el de plena jurisdicción. Otra consecuencia es que los actos de autoridad, en los que la Administración actúa, sus potestades exorbitantes son combatibles por el recurso de anulación, y los llamados actos de gestión, que son los demás actos administrativos, han de serlo por el de plena jurisdicción; por tanto, la materia contractual de la Administración sería recurrible dentro de este tipo de recurso, pues frente a los contratos no cabe el recurso de anulación.

Como el recurso de anulación es procesalmente más sencillo, los administrados fueron soslayando la necesidad de acudir al de plena jurisdicción, y aunque el fondo del asunto perteneciese a estas materias, acudían a la anulación. Si en un principio se aplicó rígidamente la excepción del recurso paralelo para evitar una verdadera inflación procesal del contencioso de anulación, posteriormente fueron suavizándose las exigencias y en ciertas materias propias del contencioso subjetivo (contratos, responsabilidad) se fue admitiendo el de anulación, cuando la cuestión no era prejudicial, sin exigir la prohibición inicial. Esto sucedió en los contratos de la Administración principalmente: para no incidir en la excepción del recurso paralelo y para evitar el tener que atacar un contrato privado de la Administración ante la jurisdicción ordinaria y el planteamiento de cuestiones prejudiciales administrativas, el Consejo de Estado ha seguido el camino de desintegrar los actos administrativos previos al contrato y las pretensiones que constituyen el fondo de la relación civil; frente a los primeros admite el recurso de anulación, aunque el Juez ordinario en su día se halle vinculado por la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a los actos separables. De manera, que la admisión de la teoría de los actos separables ha sido una forma de corregir las consecuencias formalísticas de la excepción del recurso paralelo, que era una de las características del sistema.

Si bien no en todas las materias el principio es tan sencillo, pues en algunas de ellas sólo caben recursos de plena jurisdicción y en otras se puede optar entre éste y el de anulación, y debe caso por caso examinarse la pretensión, hemos reducido la cuestión a sus términos más esenciales, porque ello nos permite destacar el principio antiformalista al que obedecen los actos separables que supone la corrección de un principio formalista anticuado. De lo cual puede extraerse una enseñanza: que la técnica sólo es tal cuando se pone al servicio de la mayor garantía de los administrados y que ésta es la tendencia del país donde nació

la excepción del recurso paralelo, que hoy ha quedado como una mera forma residual.

#### 6. *La admisión de los actos separables.*

Sentados estos antecedentes, hemos de centrarnos en la positivación de la doctrina de los actos separables en nuestro Ordenamiento: la Ley de 22 de junio de 1894, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, configuró el recurso contencioso como de plena jurisdicción, puesto que según su artículo 1.º sólo podía interponerse contra actos administrativos, no contra Reglamentos, por lesión de un derecho administrativo, establecido en favor del demandante. Por consiguiente, los Tribunales de la jurisdicción eran incompetentes para fiscalizar disposiciones generales, mientras no hubiesen sido aplicadas por una resolución administrativa que causase estado (sentencias de 11 de febrero de 1899, 27 de septiembre de 1900, 10 de enero y 23 de octubre de 1901, etc.). Otra consecuencia parecía ser que en un contencioso de plena jurisdicción, de no poder conocer del fondo del asunto, los Tribunales tampoco podían hacerlo de cuestiones antecedentes.

1.º Sin embargo, la jurisprudencia moderó inmediatamente esta conclusión y no concibió de este modo el recurso subjetivo; en un sistema puro de plena jurisdicción los recurrentes legitimados por la vulneración de sus derechos administrativos sólo podrían solicitar el restablecimiento de los mismos, es decir, decidir sobre su situación jurídica. Pese a ello, se admitió que dentro del proceso contencioso los demandantes solicitasen además la declaración de la anulación del acto y no sólo esto, sino que se llegó a más: inmediatamente de publicada la Ley de 1894 se inicia una corriente jurisprudencial que ya no remitiría nunca y que es de la mayor importancia: así se declara que son cosas distintas la incompetencia de la Administración para conocer del fondo de un asunto y la del Tribunal de lo Contencioso para apreciar el acierto con que se haya procedido al verificarlo, no derivándose la una de la otra, sino que por el contrario, la jurisdicción contencioso-administrativa es siempre la única competente para decidir si la Administración tuvo o no competencia para conocer del asunto y para decidir si la materia resuelta en la vía gubernativa es de índole civil o administrativa (sentencias de 4 de enero de 1897, 19 de mayo de 1896, 11 de marzo de 1905, etc.).

2.º Además, se declaró que las cuestiones de competencia son de Orden Público y, por tanto, deben ser apreciadas por el Tribunal en cualquier estado del juicio, incluso de oficio, aunque no hubiesen sido alegadas por las partes (sentencias de 30 de diciembre de 1895, 17 de enero y 23 de febrero de 1902, etc.); por tanto, nuestra jurisprudencia introduce una primera clase de actos separables: los declarativos de la competencia de la Administración; para que la Administración actúe dentro de un expediente, debe considerarse competente; si posteriormente resulta que la materia no es administrativa, sino civil, la cuestión principal no puede ser enjuiciada por los Tribunales Contencioso-Administrativos, que sin embargo pueden fiscalizar, incluso de oficio, si la declaración administrativa de competencia está bien formulada por medio de la técnica de las cuestiones de Orden Público (18). Determinadas materias, excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa, pueden ser fiscalizadas por ella: los vicios de incompetencia del acto administrativo. En realidad el fundamento no era el principio de legalidad, o el de seguridad jurídica, sino el artículo 4.º del Código Civil; la nulidad de pleno derecho de esta clase de actos administrativos, que podía declarar la jurisdicción. Por una vía modesta se llegaba a separar dentro de una relación de Derecho privado un núcleo esencial de cuestiones administrativas, con independencia de la cuestión de fondo.

3.º Pero la competencia es sólo la primera de las normas procedimentales de la Administración: para actuar ha de hacerlo no sólo dentro de la esfera de sus atribuciones, sino siguiendo un procedimiento, un expediente; todo acto de la Administración, sea público o privado, se produce en un procedimiento como garantía de legalidad; los administrados tienen derecho a que este procedimiento se observe en todo caso; por ello es separable del fondo de la relación y fiscalizable por el Juez contencioso-administrativo. Tal separabilidad la obtendrá la jurisprudencia por medio de la misma técnica: la de los vicios de Orden Público; la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende, en todo caso, no sólo al examen de la competencia de la Administración, sino al procedimiento. Esta corriente jurisprudencial es simultánea a la anterior; así la sentencia de 13 de mayo de 1948 habla de la doctrina jurisprudencial que permite a los Tribunales de la jurisdicción resolver sobre las cuestiones de procedimiento, aun siendo incompetente sobre

---

(18) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en Derecho administrativo*, en el núm. 58 de esta REVISTA, con muy importantes indicaciones sobre los actos separables.

el fondo del asunto y que las facultades revisoras de la misma se extienden en todo caso a poder examinar si un expediente administrativo se ha tramitado con arreglo al procedimiento legal, como cuestión de orden público (sentencias de 27 de marzo, 22 de octubre, 8 de noviembre de 1947, etc.), pues de comprobarse infracciones determinantes de nulidad sería preciso volver el expediente al cauce legal y subsanar el defecto (sentencia de 4 de noviembre de 1948), incluso con preferencia a las excepciones alegadas (sentencias de 20 de junio de 1950, 13 de diciembre de 1951, etc.).

4.º Esta doctrina jurisprudencial sigue vigente, con mayor razón, cuando en la Ley actual de 27 de diciembre de 1956, además del recurso de plena jurisdicción, se puede formular el de anulación y se han borrado las diferencias entre estos dos tipos. La Ley, superando los anteriores sistemas, permite en su artículo 41 que el demandante pretenda la declaración de no ser conforme a Derecho el acto impugnado y, en su caso, la anulación; es decir, que independientemente de los problemas técnicos de la legitimación del recurso, el demandante puede solicitar no sólo la declaración sobre una situación jurídica individualizada sobre él, sino simplemente la anulación de un acto administrativo. Por ello, la doctrina anterior ha permanecido pujante y la sentencia de 20 de noviembre de 1965 declara que es doctrina tradicional elaborada durante el largo período de vigencia del anterior Ordenamiento jurisdiccional, que se mantiene en el actual sistema, la de que cuando entre las cuestiones planteadas figure la existencia de defectos sustanciales en las actuaciones administrativas, su enjuiciamiento, incluso de oficio, debe preceder a los restantes problemas, incluidas las alegaciones de inadmisibilidad, por estar ligadas a la observancia del orden procesal, que debe respetarse lo mismo en la esfera administrativa que en la jurisdiccional. Luego si en el proceso se aprecian estos defectos de expediente administrativo, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende a ellos, con separación del fondo del asunto.

5.º Pero en los supuestos anteriores se aborda solamente un aspecto parcial de los actos separables: un acto administrativo, antecedente de una relación de Derecho privado de la Administración, era impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que declarándose incompetente sobre el fondo del asunto, sin embargo fiscalizaba la competencia y el procedimiento de la Administración como cuestiones separables. Ahora bien: en todos estos casos la relación se había sometido como un todo y en bloque a la jurisdicción contencioso-administrativa; los recu-

rrentes, en la creencia de que los Tribunales de este orden eran competentes, habían impugnado en un solo recurso y de una sola vez los actos separables y el fondo sustantivo de Derecho Civil de la relación; la postura jurisprudencial, desde sus comienzos, había sido constante: sin necesidad de entrar sobre el fondo ni de declararse incompetente sobre él, habían examinado, incluso de oficio, los defectos de orden público del procedimiento administrativo separable: la competencia y los trámites esenciales del expediente, y si en ellos habían encontrado defectos sustanciales, declaraban estimable el recurso, reponiendo las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, o incluso declarando la nulidad total del procedimiento administrativo de no haber otra posibilidad.

No obstante, faltaba la pura y simple aplicación de los actos separables, es decir, que los recurrentes planteasen ante la jurisdicción contencioso-administrativa la impugnación de los actos administrativos, antecedentes o subsiguientes a una relación de Derecho privado en la que fuera parte la Administración, aislándolos del resto de la relación sustantiva. El caso se presentó por primera vez en la sentencia de 19 de diciembre de 1958, que ya hemos comentado anteriormente; la decisión fue que tratándose de una cuestión civil las incidencias anteriores hasta llegar a él debían discutirse ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, y ante las críticas de la doctrina (19), reaccionó casi inmediatamente, pues en el auto de 17 de octubre de 1961, sobre la misma materia, declaró que la facultad de la jurisdicción contencioso-administrativa, para conocer los defectos de Orden Público de procedimiento de los expedientes administrativos, lo es en todo caso, cualquiera que sea la materia de fondo, lo que hace que pueda conectarse con los actos separables, distinguiendo en un contrato civil de la Administración entre actos formativos de la voluntad administrativa y la estipulación concreta del contrato de que se trate, puesto que unos se rigen por el Derecho administrativo y son fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa y otros son actos civiles, impugnables ante la jurisdicción ordinaria, pudiendo los actos administrativos, independientes y separables del contrato civil, ser impugnados en vía contencioso-administrativa por los terceros interesados, aunque no hayan sido parte en el contrato, quedando el contrato falto de base si fuesen anulados los actos separables. La doctrina de este auto se mantiene ya consagrada en las sentencias de 6 de junio y 27 de diciembre de 1963, y en la de 4 de febrero de 1965. Por con-

(19) Fueron debidas a GARCÍA-TREVIJANO, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo. La explotación del Hotel Andalucía Palace de Sevilla*, en el núm. 28 de esta REVISTA, autor que manejó la técnica de los actos separables en el citado trabajo por primera vez.



siguiente, en los contratos privados de la Administración hay dos fases: la precontractual, que es totalmente administrativa, y la contractual, que es de Derecho privado; la primera es un procedimiento, porque supone una sucesión de actos administrativos unilaterales, en los que no interviene el contratista privado, que lo hace, no al tomar parte en la licitación fase igualmente del procedimiento, sino cuando consigue la adjudicación definitiva del contrato a su favor. Una vez suscrito el contrato, la relación es de Derecho privado. Igual distinción puede hacerse en todas las relaciones, cuyo fondo esté regulado por el Derecho Civil o Mercantil, en la que una de las partes sea la Administración. La fase antecedente es siempre administrativa y puede ser impugnada aisladamente. Igual sucedería con los actos de ejecución de la relación que necesitasen un procedimiento administrativo o presupuestario para poderla cumplimentar.

## 7. Conclusiones.

Al finalizar todo el camino dialéctico que hemos necesitado recorrer, se llega a la conclusión de que en la actualidad se deben distinguir tres tipos de actos separables, cada uno con problemas diferentes:

1. Separabilidad necesaria: ante todo hay un supuesto en que la separabilidad es siempre inevitable: cuando terceras personas, ajenas a la relación de Derecho Privado, entre la Administración y otro sujeto, pero interesadas en ella (verbigracia, los licitadores eliminados en un contrato), intenten fiscalizar la actividad de la Administración, o la del contratista particular, o, relacionado de otra forma con la Administración, por ser su actitud contraria a la finalidad de interés público, de toda relación de la Administración, no tienen más remedio que provocar un acto administrativo, bien atacando la formación de la voluntad administrativa, si hubo en ella defectos formales, o bien denunciando la conducta de las partes, para que la Administración decida actuar sobre ella. En ambos casos estos problemas son separables de la relación de Derecho Privado, que una a la Administración con un tercero. Los interesados deben combatir necesariamente en vía contencioso-administrativa los actos expresos, o de silencio administrativo, a que dé lugar su denuncia ante la Administración. De ahí precisamente la trascendencia de los actos separables, como garantía de la legalidad.

2. Separabilidad legal: es la que se halla regulada normativamente: el artículo 18 de la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965

y el 41 de su Reglamento de 28 de diciembre de 1967 consagran la separabilidad de las cuestiones precontractuales; según dichas normas, cualquiera que sea la regulación del fondo, aplicable a cada contrato, en las cuestiones relativas a la competencia y el procedimiento, habrán de observarse siempre los principios de la ley, cuyo artículo 13 establece que, no obstante la competencia de la jurisdicción ordinaria para resolver las cuestiones que surjan entre las partes en los contratos excluidos del Ordenamiento jurídico-administrativo, se considerarán separables los que se dicten en relación con la competencia y el procedimiento de contratación, que, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y también anulados de oficio, como todos los demás actos administrativos, anulación que llevará consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria. El artículo 41 del Reglamento determina que los actos administrativos preparatorios, o el acto administrativo de adjudicación, serán nulos de pleno derecho en los casos del artículo 47 de la ley de procedimiento administrativo, y también cuando falte la consignación presupuestaria o extrapresupuestaria debidamente aprobada, o la adjudicación realizada en favor de empresarios incurso en alguna prohibición o incompatibilidad. Luego el procedimiento precontractual es separable y común a toda clase de contratos. En todas esas situaciones el perjudicado puede, pero no está obligado, a impugnar la parte separable del contrato ante la jurisdicción contencioso-administrativa; se le deja la opción entre atacar en vía contenciosa los actos separables, o bien demandar a la Administración ante la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso los Tribunales civiles conocerán de las infracciones separables como cuestiones prejudiciales. Si los defectos separables fuesen solamente anulables, deben remitir la prejudicial a la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí la ventaja que ha supuesto la Ley de Contratos del Estado al permitir que, en lugar de esta desviación procesal, los afectados puedan directamente acudir ante la jurisdicción competente solicitando la anulación de los actos separables.

3. Separabilidad Judicial: en los demás casos la separabilidad es una cuestión de hecho, que en cada uno debe valorar la jurisdicción ordinaria; si el demandante puede obtener ante ella la satisfacción de su pretensión, es innecesaria la técnica de la separabilidad, pues las cuestiones prejudiciales y los actos separables son interdependientes, y si cabe una es ociosa la otra; si la jurisdicción ordinaria puede

conocer de una cuestión prejudicial administrativa, así debe hacerlo, pues de lo contrario se interpreta formalísticamente una doctrina, como la de los actos separables, cuya finalidad es el antiformalismo: si la Ley de Contratos del Estado, que la acoge, no la hace obligatoria para el administrado, sino que le faculta para que con mayor facilidad pueda impugnar los actos separables, este principio debe tenerse en cuenta en caso de duda, ya que es un beneficio para el administrado (20).

---

(20) El único principio válido en un Estado de Derecho es el que llama GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos*, título de su trabajo, publicado en el número 42 de esta REVISTA. Toda asimilación de la técnica de los actos separables debe conducir a ello. De lo contrario es un artificio repudiable. Obligar en todas las ocasiones a interponer la vía contencioso-administrativa frente a los actos separables es una aceptación de la excepción del recurso paralelo, inadmisibile en nuestro Ordenamiento.



# JURISPRUDENCIA

