

LOS MOTIVOS DE IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

(*Nulidad y anulabilidad en Derecho administrativo*) (*);

Por FERNANDO GARRIDO FALLA
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO EN GENERAL Y DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR: 1. *Insuficiencia de la teoría de los motivos de impugnación del acto administrativo a los efectos de determinar los casos de nulidad y anulabilidad del acto administrativo.*—2. *La teoría privatista de la invalidez del acto jurídico:* A) *Tesis de la tripartición;* B) *Tesis de la bipartición.*—3. *Peculiaridad de la teoría de la invalidez del acto administrativo. Remisión al examen de los vicios en cada uno de los elementos del acto.*—4. *Enumeración de elementos del acto administrativo.*—II. VICIOS MATERIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 5. *Los vicios de la voluntad.*—6. *Otros vicios del elemento subjetivo:* A) *En relación con la legalidad de la investidura del órgano:* a) *Por vicio en el nombramiento del funcionario;* b) *La teoría de los «funcionarios de hecho».* B) *En relación con la competencia: casos de incompetencia absoluta y relativa.*—7. *Vicios del acto administrativo en razón del contenido. Las cláusulas accesorias.*—8. *La noción de causa en Derecho administrativo. Integración de los presupuestos fácticos como elemento jurídico del acto administrativo a través de la causa.*—9. *Efectos de nulidad o anulabilidad del vicio en la causa.*—10. *El fin como elemento del acto administrativo y la desviación de poder. Naturaleza jurídica de este vicio:* a) *Tesis de la moralidad administrativa;* b) *Tesis de la legalidad.*—III. VICIOS FORMALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 11. *La forma del acto administrativo: forma de integración de la voluntad administrativa y forma de la declaración de voluntad.*—12. *El procedimiento administrativo como forma. Clases de requisitos procedimentales:* A) *Actos emanados de órganos internos de la Administración; dictámenes y propuestas.* B) *Actos de los particulares; el trámite de audiencia.* C) *Formación de la voluntad de los organismos colegiados.*—13. *Supuestos de nulidad absoluta y relativa en esta materia.*—14. *La forma de la declaración de voluntad administrativa.*—15. *La falta de motivación.*—16. *El requisito de la intervención de un funcionario fedatario.*—17. *Publicación y notificación del acto administrativo. Naturaleza jurídica y efectos de sus vicios.*—18. *El silencio administrativo y las declaraciones tácitas.*

I.—LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO EN GENERAL Y DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR.

1.—Motivos de impugnación de un acto administrativo son aquellas razones suficientes en Derecho para que un superior jerárquico del or-

(*) Este trabajo constituye uno de los capítulos del libro «Régimen de impugna-

ganismo que dictó el acto impugnado o una jurisdicción revisora declaren la nulidad de dicho acto a instancia de parte interesada.

Planteadas así la cuestión, no hay duda de que la teoría de los motivos de impugnación del acto administrativo coincide sustancialmente con la que para algunos es teoría de los vicios de los actos administrativos, y, para otros, teoría de su validez o eficacia. Ahora bien, así como estas últimas terminologías han tenido su principal utilización en Derecho civil, o, al menos, en la teoría general del Derecho, en Derecho administrativo se ha hablado tradicionalmente, sobre todo por influencia francesa, de los motivos de impugnación del acto administrativo. Como decimos, esto se debe a la forma como las instituciones del Derecho administrativo se han desarrollado en Francia. Cuando el Consejo de Estado ha desplegado su actividad en este país a lo largo del siglo XIX no ha dictado sus resoluciones guiado por una dogmática jurídica ya elaborada y que apriorísticamente hubiese resuelto todos los supuestos imaginables de nulidad de los actos administrativos. Por el contrario, se carecía en absoluto de una teoría general de las nulidades en Derecho administrativo; es más, ni siquiera importaba tanto la disección del acto administrativo teórico y la catalogación de sus posibles vicios, cuanto determinar prácticamente los límites que la Administración había de respetar en su actuación y, desde el punto de vista del particular, los casos en que, por no haberlos respetado, un interesado podía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Cualquier manual francés nos ilustra, a este respecto, sobre la evolución jurisprudencial que a lo largo del siglo XIX vino a fijar los siguientes cuatro motivos de anulación del acto administrativo, por haber actuado la Administración con exceso de poder, que corresponden, genéricamente, a otros tantos vicios del mismo: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y violación de la regla de Derecho (1).

En España el sistema contencioso-administrativo arbitrado por las leyes de 1888 y 1894 era, teóricamente, de plena jurisdicción, con lo que remitía toda la cuestión de la nulidad de los actos administrativos y de

ción de los actos administrativos», que próximamente verá la luz editado por el Instituto de Estudios Políticos.

(1) Vid., por ejemplo, en ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, los capítulos I, II, III y IV de la 3.ª parte. Con evidente error terminológico, este autor habla de los *moyens d'anulation* cuando propiamente se trata de *motivos*.

la correspondiente impugnación de los mismos a la existencia o no de lesión en el derecho subjetivo de que fuese titular el recurrente (2). Pero cuando nuestra legislación se decidió a introducir, al menos en la esfera del contencioso local, el recurso de anulación, se empezó por enumerar los motivos que podían servirle de fundamento, de acuerdo siempre con el patrón de la doctrina francesa a que se ha aludido. Resulta así que, de acuerdo con nuestro Derecho actualmente vigente, aparte del recurso de plena jurisdicción, típico de la esfera central, cuya procedencia depende de la efectiva lesión de un derecho subjetivo del recurrente, «en materia provincial y municipal podrá interponerse, además, el recurso contencioso-administrativo de anulación, *por incompetencia, vicio de forma o cualquier otra violación de las leyes o disposiciones administrativas...*» (art. 1.º del T. R. de 1952). Es decir, se aceptan como motivos de impugnación, tres de los cuatro (el otro es la desviación de poder) elaborados por la jurisprudencia francesa.

Ajustándonos, pues, al método tradicional, podríamos no encontrar inconveniente en realizar el estudio de esta materia, a partir precisamente de esos motivos de impugnación que reconoce expresamente nuestro Derecho positivo, y que, por lo que se refiere al contencioso-administrativo en la esfera de la Administración central, han introducido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de agravios. Pero está claro que un tal método no satisfaría las acusadas exigencias de la actual teoría del Derecho administrativo. En primer lugar, ni siquiera la terminología utilizada es correcta, pues no puede afirmarse que la «infracción de ley» constituya una especie distinta frente a la «incompetencia» o el «vicio de forma», siendo así que el valor de aquella es genérico y comprensivo de los otros dos motivos, pues tanto la competencia como la forma vienen, cabalmente, impuestas por ley, e infracción de esta ley será el no respetarlas.

En segundo lugar, tampoco cabría, partiendo de la antedicha enumeración de los motivos, hacer una fácil separación entre «fondo» y «forma» del acto administrativo, entendiéndose que con el primero se alude a los casos de infracción de ley, pues sería imposible subsumir en ella to-

(2) Decimos que teóricamente porque, al margen del recurso de plena jurisdicción, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha configurado el que nosotros llamamos «recurso subjetivo de anulación». Vid. nuestro trabajo *El recurso subjetivo de anulación*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 8, mayo-agosto de 1952, págs. 177 y ss.

das las conclusiones a que ha llegado la moderna literatura jurídico-administrativa en el análisis de los elementos del acto administrativo; resultados con los que hay que contar necesariamente en punto a la solución de determinados problemas que plantea la fiscalización de los actos administrativos, cual el relativo a aquellos de sus elementos en que puede darse la llamada potestad discrecional.

En tercer lugar, no hay, en principio, posibilidad de ajustar los distintos tipos de sanción (nulidad o anulabilidad) que pueda merecer el acto administrativo vicioso, a los llamados motivos de impugnación que se examinan. Por eso, aparentemente, nuestro sistema contencioso se ve en la necesidad de sancionar con idéntico resultado la ilegalidad del acto administrativo (cualquiera que sea el motivo que se alegue), es decir, con la anulación que dicte la jurisdicción competente. Pero en el bien entendido de que el acto no impugnado en tiempo y forma deviene firme y se presume legítimo. Ahora bien: una de las cuestiones fundamentales que aquí hemos de elucidar es justamente la relativa a si cabe un tratamiento diferente para los casos de nulidad absoluta y para los de simple anulabilidad de los actos administrativos; tratamiento que, en el orden práctico, se contrae a los siguientes: que el acto nulo de pleno derecho no pierde su condición de ineficaz por el mero transcurso de los plazos señalados para su impugnación sin que los posibles interesados hayan hecho uso del correspondiente recurso. Obviamente es ésta una cuestión en la que, para llegar a resultados precisos, hay que ajustarse al método que adoptamos a continuación: el examen de los vicios del acto administrativo.

2.—Diste mucho de existir acuerdo doctrinal en cuanto a la teoría de la invalidez del acto jurídico. Es ésta una cuestión que, como tantas, ha sido inicialmente estudiada por el Derecho privado y sólo más recientemente por los cultivadores del Derecho público.

La teoría privatista de la invalidez puede resumirse en el estudio de las dos siguientes posturas: la tesis de la tripartición y la tesis de la bipartición (3).

(3) Cfr. PUIG BRUTAU, voz «Actos nulos», en la *Nueva Enciclopedia Seix*, t. II, págs. 330 y ss. Señala ENNECERUS que el lenguaje del Derecho común califica de «nulo» a todo negocio al que se le niega definitivamente la consecuencia jurídica a que se dirige. De los negocios nulos se deben distinguir aquellos casos en los que no existe o no existen aún en su totalidad las declaraciones de voluntad y los demás elementos de que se compone el negocio. Por último, se deben calificar como relati-

A) La tesis de la tripartición entiende que la invalidez de los actos jurídicos responde a los tres siguientes supuestos: inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad.

La *inexistencia* tiene un origen doctrinal francés, viniéndonos a explicar con esta categoría algunos casos poco frecuentes que no encajaban satisfactoriamente en el supuesto de las nulidades (como, por ejemplo, los matrimonios entre personas del mismo sexo), buscándose la justificación teórica en ciertos textos latinos: *nullum est negotium, nihil actum est*. De admitirse esta categoría, serían supuestos de inexistencia, según nuestro Derecho, los de ausencia de los requisitos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa) exigidos por el artículo 1.261 del Código civil.

La *nulidad absoluta* se caracteriza por que, a diferencia de otros supuestos que se examinarán después, los actos así viciados no pueden

vamente *ineficaces* aquellos negocios cuyos efectos jurídicos se producen, pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona que la Ley quiere proteger, quedan a salvo, del mismo modo que si el negocio fuese absolutamente ineficaz (*Tratado de Derecho Civil*, trad. española de PÉREZ Y ALGUER, vol. II, 1944, págs. 354 a 358). Por su parte, A. von TUHR distingue las siguientes especies de negocios ineficaces: a) Negocios cuyo efecto no se ha producido, pero puede producirse en cuanto se realice un elemento que falta o se elimine un obstáculo a la eficacia; por ejemplo, un testamento mientras viva el testador; b) Negocios nulos, que son los que carecen de eficacia y no pueden ser validados. Para hablar de esta categoría hace falta, al menos, que se haya producido la apariencia exterior del negocio; por ejemplo, si en la negociación de una venta las partes no llegaron siquiera ni a un acuerdo aparente, se deberá hablar de contrato *no perfeccionado* y no de *contrato nulo*; c) Negocios que al principio son eficaces y a raíz de un hecho posterior son nulos con eficacia retroactiva. El caso más importante es el de la impugnabilidad (*Anfechtbarkeit*): en razón de un vicio que existía al nacer el negocio surge también simultáneamente, junto con sus efectos normales, un derecho de impugnación; si se ejerce este derecho, el negocio debe considerarse como nulo desde sus comienzos. Mientras la impugnación sea posible, existe un estado de pendencia resolutoria (*Derecho civil*, IV, trad. española, Buenos Aires, 1947, págs. 303 a 308). Igualmente, COLÍN y CAPITANT hablan de los diversos grados de imperfección del acto jurídico, refiriéndose a los siguientes supuestos: 1.º Falta de un elemento esencial indispensable para la formación del acto. Por ejemplo, cuando en el momento de celebrarse un matrimonio una de las partes rehusa decir sí; o cuando, después de un proyecto de venta, las partes no se ponen de acuerdo sobre la cosa ni el precio. Entonces el acto es *inexistente*. 2.º El acto viola una prescripción legal, por ejemplo, conteniendo disposiciones contrarias al orden público. En este caso hay nulidad absoluta. 3.º La manifestación de voluntad en que el acto consiste es imperfecta, por ejemplo, por emanar de un incapaz o por estar viciada (error, violencia o dolo). Entonces, para proteger al interesado, la Ley le permite pedir la anulación (*Curso elemental de Derecho civil*, trad. española, 2.ª ed., tomo I, 1941, págs. 179 y 180).

nunca producir efectos jurídicos, cualquiera que sea el momento en que efectivamente se haga uso de la acción de nulidad ante los Tribunales. Por su parte, éstos se limitan a «declararla», pues el acto es nulo no por consecuencia de la sentencia que se ha dictado, sino porque en su propio origen está viciado de nulidad. Ejemplos comprendidos en este supuesto serían las donaciones entre cónyuges o los pactos sobre sucesión futura, prohibidos por nuestro Derecho. En principio, se ha entendido que ésta es también la sanción que apareja el artículo 4.º del Código civil, cuando declara que son nulos los actos realizados contra lo dispuesto en la Ley. Ahora bien, se ha de tener en cuenta en este punto que ya la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1944 (de la que fué ponente el actual Presidente CASTÁN) declaró que no cabe pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad. Lo que significa tanto como reducir el problema al estudio específico de los llamados casos de nulidad radical, que, como se verá después, muchos estudian conjuntamente con la inexistencia.

La *nulidad relativa o anulabilidad*, que supone la existencia de un negocio jurídico que, aunque viciado, produce efectos jurídicos en tanto no se utilice con éxito contra el mismo la acción correspondiente ante los Tribunales. Un ejemplo nos lo ofrece el artículo 1.300 del Código civil cuando declara que «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 (*es decir, consentimiento, objeto y causa*) pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». Ocurre así con los llamados «vicios del consentimiento» (error, violencia, dolo e intimidación).

Caracteres de la anulabilidad son, entre otros, los siguientes: 1.º La acción para pedirla dura solamente cuatro años (art. 1.301); 2.º Sólo determinadas personas están legitimadas para utilizar la acción de nulidad; así, en materia de contratos, «los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos» (art. 1.302); 3.º Los actos viciados de esta forma pueden ser *confirmados* (arts. 1.309 y 1.310) precisamente por las personas que hubiesen podido utilizar la acción de nulidad (arts. 1.311 y 1.312).

B) Para muchos la teoría de las nulidades puede, en cambio, reducirse a la contemplación de las dos únicas categorías de nulidad abso-

luta y anulabilidad. Existe una fuerte corriente doctrinal que tiende a oponerse a la admisión del concepto autónomo de «actos inexistentes», ya que, aparte entrañar terminológicamente una *contradictio in terminis* (en todo caso debiera hablarse de «inexistencia del acto»), no da lugar a un tratamiento jurídico distinto de la nulidad absoluta (PÉREZ y ALCUER) (4).

(4) PÉREZ y ALCUER ponen de relieve que, frente a la sencillez terminológica del Código civil alemán (que opone *Nichtigkeit* a *Anfechtbarkeit*), es conocida la imprecisión de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia. «Entendemos —señalan— que la expresión *inexistencia del negocio jurídico*, aunque no es absolutamente inexacta, no tiene rigor técnico, pues no cabe duda de que el llamado negocio inexistente es un hecho jurídico que el Derecho objetivo toma en cuenta y que, a veces, produce efectos jurídicos, siquiera éstos no sean precisamente los del acto válidamente realizado.» Por eso entienden que sólo hay dos términos que tengan una significación precisa y bien determinada: nulidad y anulabilidad (ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, cit., trad. española con notas, vol. II, pág. 362). A la misma conclusión llegan COLÍN y CAPITANT. Teóricamente la inexistencia es distinta de la nulidad absoluta, pero prácticamente la inexistencia de un acto jurídico, lo mismo que la nulidad absoluta, no dispensa la intervención judicial, por poco que se haya ejecutado el acto inexistente, si se quieren volver las cosas al estado anterior en que se encontraban. Por ejemplo, si una venta realizada sin uno de los elementos esenciales, el precio, ha sido seguida, sin embargo, de la entrega del objeto, el pretendido vendedor, para entrar en posesión de su cosa, tendrá necesidad de pedir judicialmente la restitución (op. cit., pág. 185).

Por su parte, LUTZESCO (en *Teoría y práctica de las nulidades*, trad. española, México, 1945) afirma que la defensa del concepto de inexistencia se debe a lo que él llama «concepción orgánica del acto jurídico», pero ha de señalarse que la nulidad es una mera sanción legal que no debe ser encubierta por la creencia de un imaginario defecto orgánico.

Aproximadamente la doctrina está de acuerdo acerca de cuáles son las consecuencias jurídicas de la nulidad a diferencia de la anulabilidad. Se admiten las siguientes: 1.ª El negocio nulo, puesto que no existe jurídicamente, no surte efecto ni a favor ni en contra de nadie. 2.ª El Juez debe tener en cuenta la nulidad que le sea conocida, aunque no la invoque aquel a quien favorece. 3.ª El negocio nulo no puede convalidarse ni ser confirmado (ENNECERUS, op. y loc. cit., pág. 356). En cambio, se ha discutido acerca de si el supuesto de actos y negocios jurídicos realizados contra lo dispuesto en las leyes —uno de los supuestos que normalmente incluyen entre los de nulidad absoluta— comporta siempre las radicales consecuencias de la nulidad. FEDERICO DE CASTRO, al tratar de este problema, comentando el ámbito de eficacia del art. 4.º de nuestro Código civil, exige, para que haya nulidad, una verdadera contradicción jurídica entre la Ley y el acto, lo cual supone: respecto a la Ley, que de ella se deduzca claramente la sanción de la nulidad, lo cual no ocurre cuando se señala otro tipo de sanción más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión; respecto al acto, que el acto en sí o alguno de sus elementos esenciales contradiga a la Ley. Con todo, hay que entender la posibilidad de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, lo que supone la validez de aquella parte del negocio que no está afectada de vicio (*Derecho civil de España*, vol. I, págs. 536 a 538).

Así, pues, los negadores de la tripartición, entre los que se encuentra la generalidad de la doctrina española, incluyen los llamados supuestos de inexistencia dentro de la enumeración de casos de nulidad absoluta, que son los siguientes: 1.º Falta de los requisitos esenciales del contrato enumerados en el artículo 1.261 del Código civil; por ejemplo, un contrato con una sola declaración de voluntad; 2.º Falta de la forma prescrita como esencial por la Ley para determinados negocios (por ejemplo, reconocimiento de un hijo natural en documento privado); 3.º Infracción de un precepto legal prohibitivo que sanciona su incumplimiento precisamente con nulidad (por ejemplo, la cláusula en un contrato de arrendamiento urbano en que se pactase la no prorrogabilidad del mismo, contra lo dispuesto en las disposiciones vigentes).

3.—Interesa saber ahora en qué medida los resultados de la teoría jurídica que acaba de resumirse tienen su aplicación en el Derecho administrativo. No hay duda de que los primeros intentos que se han realizado en este último campo reflejan un cierto mimetismo respecto de las teorías del Derecho civil, por lo que algún autor, como GIANNINI, ha tenido que recordar que «un sistema de invalidez construido en un Derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados mal se presta a ser aplicado a un Derecho que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad» (5).

Teniendo en cuenta esta advertencia, vamos a examinar a continuación las peculiaridades que presenta la teoría administrativista de la invalidez de los actos jurídicos. Ante todo, ha de examinarse, por lo que toca a nuestro Derecho positivo, qué valor tiene la declaración general contenida en el artículo 4.º del Código civil: «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez.» Pues cabe pensar que, tratándose de una norma contenida en el Título preliminar del Código civil, sea aplicable tanto al Derecho público como al Derecho privado, y que, por consiguiente, se trata de una nulidad que afecte a los actos administrativos y, además, con las características de la *nulidad absoluta* que la doctrina privatista predica para estos casos.

Desde luego, todo acto administrativo viciado lo es siempre porque la Administración ha realizado algo en contradicción con un precepto legal; por consiguiente, si se admitiese que en estos casos es aplicable

(5) GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, 1950, pág. 384.

el artículo 4.º del Código civil y que la sanción a que se refiere es la de la nulidad *absoluta*, la cuestión que nos ocupa se habría simplificado notablemente, puesto que solamente a este último tipo de nulidades tendríamos que referirnos en Derecho administrativo. Ahora bien, desde el momento en que aquí nos estamos planteando la diferente sanción que a los diversos vicios del acto administrativo corresponde, quiérese decir que no admitimos tal interpretación del precepto.

Pero es que, además, el artículo 4.º del Código civil está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la Ley impone a la esfera de la disponibilidad jurídica privada, a la «autonomía de la voluntad». Es el límite del «lícito jurídico» de los particulares. Precisamente por esto, la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público. No siendo éste el caso, en cambio, cuando la Administración actúa, el papel que juega en el Derecho público el tema de las nulidades absolutas tiene que ser necesariamente, como después se verá, completamente diferente.

La segunda cuestión que, también con el carácter de previa, debemos resolver es la relativa a la tripartición o bipartición de los casos de invalidez del acto administrativo. No hay, desde luego, acuerdo doctrinal en esta materia (6); pero, en principio, nada se opone a que puedan ser aquí repetidas las razones que antes se han alegado contra el «acto

(6) TIVARONI cree que no puede aplicarse sin más la clasificación puesta en circulación por el Derecho privado al Derecho público. Según él, en Derecho público no puede hablarse de *anulabilidad*, y sólo cabrá distinguir si se trata de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa (es decir, una nulidad que pueda hacerse valer por cualquiera persona que en ella tenga interés, o sólo por aquella persona que determine la Ley). Hecha esta salvedad, distingue las siguientes especies de invalidez: inexistencia jurídica, nulidad radical y nulidad relativa (*Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1939, págs. 62 y ss.). RANELLETTI distingue la nulidad o invalidez y la anulabilidad o invalidez relativa. A su vez, la anulabilidad puede ser absoluta (cuando puede apreciarse por acción ejercitada por cualquier interesado) o relativa (cuando solamente tienen acción las partes que intervinieron en el asunto). Con todo, advierte que en cada caso concreto la invalidez (nulidad o anulabilidad) va estrechamente ligada a la causa donde tiene su origen. Puede, por tanto, referirse sólo a una parte o elemento del negocio: en tales casos, puede haber partes válidas en el negocio viciado cuando sean independientes de la invalidez (*utile per inutile non vitiatur*); pero si la parte inválida es una parte esencial del negocio, todo el negocio es inválido (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.ª ed., 1945, pág. 56).

inexistente». Por tanto, antes que admitir tal categoría resulta más correcto hablar de «inexistencia del acto». Por ejemplo, *no hay* acto administrativo cuando nos enfrentamos con un acto de un particular, con una sentencia de un Tribunal o con una Ley votada por las Cortes (7).

Hay que observar que algunos autores defienden la tesis de la bipartición, pero no precisamente por oponerse a la categoría jurídica de la inexistencia, sino porque niegan validez a la separación entre nulidad y anulabilidad. Así, ROMANELLI entiende que, al menos a la vista de las fuentes positivas italianas, es imposible esta última clasificación, pues todas las violaciones de la Ley debidas al actuar administrativo, y cualquiera que sea su gravedad, son tratadas de la misma manera, y el Juez administrativo, con independencia de la entidad del vicio, anula en todos los casos y con los mismos efectos el acto inválido (8). Justamente esto es lo que vamos a negar a continuación.

(7) Recientemente, AUBY (*L'inexistence des actes administratifs*, París, 1951) admite esta categoría y entiende, además, que es ésta la doctrina dominante. No obstante, reconoce la falta de acuerdo entre los autores cuando tratan de fijar el concepto y delimitarlo de otras especies de invalidez. También TIVARONI admite dicha categoría, pero a la vista de la enumeración que hace, siguiendo la doctrina de FERRARIS, se ve claro que incluye supuestos evidentes de nulidad absoluta (op. cit., pág. 70).

(8) ROMANELLI, *L'anullamento dell'atto amministrativo*, 1939, págs. 141 y ss. Se opone, en primer lugar, este autor a la crítica que al concepto de «inexistencia» se formula por parte de la doctrina, entre otros, por ESPÓSITO, que lo cree «empírico y no jurídico». Por el contrario, afirma ROMANELLI, es innegable que, «hablando de inexistencia en el campo jurídico, no nos referimos a cuestiones de mera terminología, sino a determinadas cualidades, aunque sean negativas, del acto jurídico». Cuestión distinta, continúa este autor, es la relativa al mantenimiento de la distinción entre nulidad y anulabilidad. La doctrina prevalente señala como nota de la anulabilidad que para hacerla valer es necesaria una acción por parte de los interesados (acción de nulidad), pero es el caso que con esto no se nos da ningún criterio sustancial diferenciador; y otro tanto puede decirse a quienes afirman que «la anulabilidad supone un grado menos sensible de invalidez». Concretamente, ESPÓSITO cree que la nulidad implica una divergencia respecto del Derecho del acto en sí y por sí, considerado como entidad jurídica autónoma, mientras que la anulabilidad procedería de una inadecuación con el Derecho, no del acto, sino de la actividad de la persona que lo realiza. Mas este distinguo no puede admitirse porque la sanción atañe en todo caso al acto y no a la actividad que lo genera.

Idéntica repulsa merece, para ROMANELLI, la tesis que intenta diferenciar la nulidad absoluta de la anulabilidad en función de la noción de *ejecutoriedad*, como nota característica del acto administrativo, entendiendo que los vicios más graves (nulidad absoluta) privan al acto de ejecutoriedad, mientras que esta nota se da cuando los vicios son leves (anulabilidad). Pero este distinguo supone una petición de principio, pues la cuestión está en saber cuáles son los vicios que pueden producir la ausencia de dicha nota: aparte de que sólo la inexistencia priva efectivamente de ejecutoriedad (op. cit., págs. 131 y ss.).

En efecto, la única justificación que admite la separación entre nulidad absoluta y anulabilidad está en las diversas consecuencias jurídicas que tengan una u otra. Estas diferencias son las siguientes:

1.ª La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular, aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado; y por la Administración, desconociendo las situaciones jurídicas creadas al amparo de dicho acto, e incluso revocándolo, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad, aunque de él se hayan derivado derechos a favor de tercero. Aquí tiene plena aplicación el viejo principio *quod ad initium vitiosum est tractus tempore convalescere non potest* (9).

2.ª Los efectos de la anulación de los actos anulables son *ex nunc*, es decir, se producen a partir del momento en que el organismo competente la dicta. En cambio, la nulidad absoluta produce sus efectos *ex tunc*, es decir, retrotraídos al momento en que se dictó el acto (10).

La explicación de este fenómeno de retroacción de efectos se encuentra en que, en estos casos, el vicio es tan considerable que incluso cede ante él el famoso principio de la «presunción de legalidad del acto administrativo», de acuerdo con el cual todo acto administrativo se presume legítimo y produce efectos de tal, mientras una jurisdicción competente declare lo contrario por vía de recurso. Precisamente aquí ha querido encontrar parte de la doctrina base suficiente para reivindicar la cate-

(9) En cambio, no tiene ningún valor la distinción a base de quienes están legitimados para utilizar la acción de nulidad. La legitimación para recurrir en Derecho administrativo no depende del tipo de vicio que afecte al acto que se impugna, sino de otras consideraciones.

(10) No deben inducir al equívoco ciertos casos de nulidad absoluta en los que se admite la producción de efectos por el acto anulado con anterioridad al momento en que la nulidad se declara. En la mayor parte de los casos en que así sucede, lo que ocurre es que se ha producido una *conversión* del acto administrativo —es decir, el acto es nulo contemplado desde la perspectiva de una determinada categoría de actos administrativos; pero, en cambio, puede producir efectos en cuanto se le reconozca su pertenencia a otra categoría. Por ejemplo, si se nombra para desempeñar una cierta función pública *en propiedad* a una determinada persona, sin acomodarse a los procedimientos de oposición o concurso exigidos por la Ley, es indudable que este acto es *nulo de pleno derecho* en cuanto se pretenda hacer de él título jurídico suficiente para conceder la inamovilidad del funcionario nombrado; pero, entre tanto tal nulidad se declara, dicho nombramiento puede considerarse válido a los efectos de conceder al nombrado carácter de funcionario *interino*.

goría de la «inexistencia». La característica de ésta estaría en que cualquier jurisdicción distinta de la contencioso-administrativo (por ejemplo, los Tribunales ordinarios), sin competencia, por tanto, para revisar la legalidad del acto administrativo, podría acusar el vicio de «inexistencia» (11). Ahora bien, esto mismo nos está demostrando que en estos casos no se trata de un «acto administrativo viciado», sino de que «no hay acto administrativo»; por tanto, mal puede incluirse esta categoría dentro de las especies de invalidez, que requieren, cabalmente, la existencia de un acto del cual han de predicarse (12).

A los dos casos de invalidez que admitimos hay que añadir la hipótesis de los actos irregulares, pero válidos (13). Es un matiz más que resulta de la no aplicabilidad del artículo 4.º del Código civil al campo del Derecho administrativo, puesto que supone la existencia de actos viciados (por consiguiente, que infringen la Ley en mayor o menor cuan-

(11) Este es el argumento aceptado por DE LAUBADÈRE (en *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1953, pág. 215), a más de añadir que la anulación de los actos inexistentes puede realizarse incluso transcurrido el plazo de presentación de recursos. No obstante, admite que, a la vista de la jurisprudencia, resulta muy difícil distinguir la inexistencia de la nulidad.

(12) Un ejemplo nos hará comprender, con base a cuanto se dice en el texto, cómo la pretendida «inexistencia» no puede ser tratada como vicio del acto administrativo: la legislación del Ministerio de Educación Nacional permite que los maestros nacionales casados con funcionarios públicos inamovibles del Estado o de las Corporaciones locales acudan a ciertos concursos especiales de traslado para ocupar plazas en la localidad donde el cónyuge desempeña su destino. Requisito indispensable, como es natural, es demostrar el carácter de funcionario inamovible que el cónyuge del maestro posee. Pensemos que uno de estos maestros presenta al Ministerio de Educación Nacional un certificado del acuerdo del Ayuntamiento de «X», donde se acredita la cualidad requerida al funcionario consorte, y que un tercer maestro aspirante a la misma plaza impugna la legalidad del acuerdo municipal que otorgó la condición de funcionario. Si una tal cuestión llega a plantearse, el Ministerio de Educación Nacional debe declarar su incompetencia para entrar a conocer sobre las pretendidas ilegalidades del acuerdo municipal, pues éstas sólo son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativo competente. Ahora bien: ¿y si lo que obra en el expediente es un nombramiento de funcionario del Ayuntamiento de «X», expedido por el Ayuntamiento de «Z»? Está claro que en estos casos el Ministerio puede impedir el acceso al concurso de traslados del maestro consorte por la obvia razón de que *no hay* acto municipal (del Ayuntamiento de «X») que acredite el nombramiento de funcionario requerido. Para llegar a esta conclusión el Ministerio no ha tenido que declarar la ilegalidad de un acto administrativo municipal (cosa que, según nuestro ordenamiento vigente, no podría hacer), sino que se ha limitado a constatar su inexistencia.

(13) Cfr. SAYAGUÉS. *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, Montevideo, 1953, pág. 500.

tia) y que, no obstante, no deben considerarse anulables. Esa posibilidad está expresamente reconocida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pudiendo servir de ejemplo la declaración de la sentencia de 29 de enero de 1915: «...cuando las Leyes y los Reglamentos administrativos no declaren expresamente nulos (14) los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad, dependen de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas». Actos irregulares, pero válidos, son, por ejemplo, la mayor parte de las resoluciones administrativas que resuelven expedientes en cuya tramitación se ha empleado tiempo superior al de los plazos marcados por la Ley; asimismo, todos aquellos en que se han omitido u olvidado exigencias procedimentales de las denominadas no sustanciales. En relación con esta última materia, ha dicho más recientemente el T. S. que *«no basta cualquiera omisión de un trámite reglamentario en el expediente gubernativo para motivar siempre y desde luego la nulidad de la resolución ministerial que en él recaiga, sino que es preciso ponderar en cada caso concreto las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que ello haya realmente originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal impide que se anule la resolución y parcialmente las actuaciones, retro trayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula»* (Sentencia, Sala 4.ª, 22 de noviembre de 1954. En el mismo sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 1950 y 21 de diciembre de 1951). Y asimismo la jurisdicción de agravios ha declarado que la infracción de la base 8.ª de la Ley de Bases de procedimiento administrativo de 1889, que determina que *«en ningún caso podrá exceder de un año el tiempo transcurrido desde el día que se incoe un expediente y aquel en que se determine en la vía administrativa»*, no pue-

(14) Con esta expresión, resulta superfluo añadirlo, el Tribunal Supremo está refiriéndose indiferenciadamente a la nulidad absoluta y a la anulabilidad.

de determinar la nulidad de la resolución administrativa» (O. de la Presidencia de 25 de octubre de 1951; «B. O.» de 9 de noviembre. Apoyando la misma doctrina las sentencias del T. S. de 21 de marzo, 26 de abril y 23 de junio de 1930).

A la vista de las consideraciones que anteceden, podríamos hacer el siguiente resumen de las peculiaridades de la teoría de la invalidez del acto jurídico en el campo del Derecho administrativo:

1.ª La teoría de la invalidez se agota en el estudio de dos categorías jurídicas: nulidad absoluta y anulabilidad. La hipótesis de la «inexistencia», o está pensando en supuestos en que realmente *no hay* acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto vicioso), o presupone, al menos, la *existencia material* de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene por qué diferenciarse de la nulidad absoluta (15).

2.ª En Derecho administrativo la regla es la anulabilidad, siendo excepcionales las nulidades absolutas. El Tribunal Supremo recoge este principio en su sentencia de 21 de enero de 1936, al declarar que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades (16).

(15) Para una discusión sobre este punto, aparte las opiniones favorables a la inexistencia que se citan en notas anteriores, vid. JÈZE, *Los principios generales del Derecho administrativo*, trad. española, tomo I, 1948, pág. 82, por nota.

(16) A esta opinión jurisprudencial se adhiere ROYO-VILLANOVA en *Problemas del régimen jurídico municipal*, 1946, pág. 39. Resulta, por consiguiente, extraño leer en algunos autores párrafos como el que sigue: «Se sabe que en Derecho privado existe una distinción fundamental entre las *nulidades absolutas* y las *nulidades relativas*. ¿Ocurre lo mismo en Derecho administrativo? Es seguro que la nulidad relativa ocupa en él mucho menos lugar que en Derecho privado. La razón es simple: en Derecho privado la nulidad absoluta se reconoce por el signo de que la regla en la que se sanciona la violación tiene por fin proteger un interés general y no el interés de uno de los contratantes (PLANIOL); es evidente que la teoría de la nulidad de los actos administrativos está esencialmente orientada hacia la protección del interés general; esto es lo que ha hecho decir a algunos que sólo la nulidad absoluta puede concebirse en Derecho público (DE SOTO).» Así se expresa DE LAUBADÈRE en op. cit., pág. 214, si bien añade a continuación que esta fórmula es exagerada. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, la postura de la sentencia que se cita en el texto es la general. VILLAR PALASI (en *La doctrina del acto confirmatorio*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 8, mayo-agosto, 1952, pág. 49) se refiere a varias sentencias en que el T. S. ha aceptado la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que el acto administrativo impugnado era reproducción de otro anterior consentido, negándose a examinar si los vicios de este último eran determinantes de la nulidad absoluta o de la mera

3.ª Hay vicios o irregularidades del acto administrativo que ni siquiera dan lugar al supuesto de la anulabilidad, por lo que un recurso que se limitase a acusarlas no prosperaría (17).

4.ª La teoría de las nulidades en Derecho administrativo ha de estar siempre presidida por un cierto dogmatismo ampliamente corregido por la apreciación de los intereses en juego. Únicamente así podrá determinarse si en un caso concreto la existencia de un vicio de legalidad da lugar a un acto nulo, simplemente anulable, o irregular, pero válido (18).

anulabilidad. En este sentido debe recordarse la sentencia de 2 de junio de 1944, que aclara que, «habiéndose agotado la vía gubernativa o causado estado, se hizo firme y consentido si el interesado no impugnó, fueran cualesquiera los defectos de tramitación del expediente gubernativo y hasta sus vicios de nulidad, que en todo caso en tiempo hábil y ante el Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera sido pertinente y necesario esclarecer y declarar, si así procediera hacerlo».

ROYO-VILLANOVA admite como únicos casos de nulidad absoluta en Derecho administrativo los siguientes: 1.º Falta de condición de órgano administrativo en el autor del acuerdo; 2.º La ausencia de la forma prescrita *ad substantiam*; 3.º Incompetencia absoluta; 4.º Falta de voluntad del órgano (violencia física sobre el titular del mismo); 5.º Falta de objeto, ilicitud o imposibilidad del mismo (*Elementos de Derecho administrativo*, I, 1952, pág. 115).

(17) Vid. *supra*, en el texto, la sentencia del T. S. de 22 de noviembre de 1954.

(18) Quiérese decir con esto que en la resolución de los problemas que plantea esta materia debe huírse tanto de las posturas demasiado legicistas como de aquellas otras que relativizan excesivamente la cuestión al remitirlo todo a la apreciación de los intereses en juego que se den en cada caso concreto. Las posturas legicistas se producen fundamentalmente en la doctrina italiana. Para ellas la nulidad no es sino la consecuencia lógica de determinados vicios del acto administrativo, consecuencia a la que ha de llegarse necesariamente cada vez que los tales vicios se repiten. Baste recordar, a este respecto, las consideraciones de RANELLETTI sobre el problema de los «funcionarios de hecho»; puesto que en estos casos —dice— el vicio del acto debe determinar lógicamente su nulidad, ninguna consideración relativa a las «circunstancias del caso» puede ahogar por la validez de los actos por ellos realizados (*Teoría degli atti amministrativi*, cit., pág. 60).

Contrastan con la anterior postura aquellos autores que tienen en cuenta el examen de los intereses en juego. Puede incluirse aquí a HAURIOU, que, al examinar el recurso por exceso de poder (cuya finalidad es precisamente la anulación de un acto administrativo), se pregunta por la conveniencia de construir una «teoría de las nulidades», no desde el punto de vista de lo contencioso (que es el predominante en Derecho francés), sino desde el punto de vista del acto administrativo en sí, y de su adecuación con el Derecho objetivo (*point de vue du fond du Droit*), a lo que responde negativamente, por entender que el recurso por exceso de poder está dominado (dados sus orígenes de recurso jerárquico) por un punto de vista más amplio que el estrictamente legal (*point de vue de la police juridique*), gra-

5.^a La distinción privatista entre una nulidad absoluta y relativa en base a quienes pueden utilizar la acción de nulidad (sólo el perjudicado por el acto, o un tercero), no tiene sentido en Derecho administrativo. En este campo, el acceso a la jurisdicción viene dado por un criterio de legitimación (titularidad de un derecho subjetivo lesionado o de un simple interés) que nada tiene que ver con el tipo de nulidad del acto que se impugna (19).

6.^a Finalmente, se ha de señalar que la determinación de la existencia de los vicios del acto administrativo y la ponderación de sus efectos jurídicos debe remitirse al examen de los elementos del acto administrativo. Esto es lo que haremos nosotros a continuación.

4.—Sobre la base de las conquistas realizadas por el Derecho privado y por la doctrina general del Derecho en el estudio de los elementos

al cual, precisamente, se ha hecho posible la fiscalización de la discrecionalidad administrativa que supone el *détournement de pouvoir*. La consecuencia de todo esto es que al anular el acto administrativo no sólo juega la lógica jurídica. (HAURIOT, *Precis de Droit administratif*, 11.^a edi., 1927, págs. 382 y ss.). Más extremada resulta la tesis de JÉZE. Para este autor, en todo problema de anulación de un acto administrativo son tres los intereses en juego: a) El interés general, que parece exigir la nulidad del acto. La adecuación del acto a la Ley es de interés general, porque en contemplación de este interés se dictó la Ley cuyas exigencias han sido olvidadas; de aquí la consecuencia de que toda irregularidad conduzca a la nulidad absoluta; b) El interés del patrimonio individual o colectivo afectados por el acto. La regla parece ser ahora la siguiente: sobre un patrimonio administrativo (o sobre un patrimonio particular, cuando está administrado por quien no es su titular, como ocurre con los bienes de los menores o de las personas jurídicas) no debe pesar una carga mientras no hayan sido respetadas las reglas a que debe someterse el acto, pues tales reglas fueron dictadas cabalmente, en protección de ese patrimonio. El respeto a esta regla postula también como consecuencia la nulidad frente a cualquier irregularidad; c) El interés de los terceros. Así como los dos puntos de vista anteriores aconsejan la multiplicación de las nulidades, este nuevo punto de vista es contrario a ellas. Sobre la base del acto irregular han podido nacer situaciones jurídicas en que estén interesados terceros. Es más, este interés de los terceros deviene «interés social» él mismo. Piénsese, por ejemplo, en los ejemplos que puede ofrecer la contratación administrativa: ¿cómo pueden saber los contratistas si el funcionario que en nombre de la Administración firmó el contrato cumplió o no todos los requisitos legales y si disponía o no de crédito suficiente para atender a cuanto se obligaba? (*Los principios generales...*, cit., tomo I, págs. 74 y ss.). Todas estas consideraciones nos aconsejan repetir una vez más que una teoría de las nulidades debe ser muy elástica, lo que no evita la existencia de ciertos criterios que, en cierta medida, pueden funcionar como dogmas apriorísticos.

(19) Postura contraria mantiene TRAVONI en op. cit., págs. 95 y ss.

de los actos jurídicos, la literatura jurídico-administrativa se ha planteado también la cuestión de determinar los elementos del acto administrativo. *Tampoco en esta materia puede decirse que exista acuerdo doctrinal*, si bien muchas de las discrepancias son sólo aparentes, por entrañar una mera cuestión de terminología (20). Algunos autores recientes plantean, sin embargo, una disconformidad de fondo respecto de la que,

(20) Veamos cómo, no obstante la diferente terminología empleada, las diferencias no son demasiado graves: ROYO-VILLANOVA (en *Problemas de régimen jurídico...*, cit., págs. 24 y ss.), enumera la competencia, los motivos, el contenido u objeto, el fin y la forma. Para ZANOBINI, los elementos esenciales del acto administrativo son los siguientes: sujeto, objeto, voluntad, contenido y forma; en relación con otros elementos que enumera la doctrina, advierte que no es elemento esencial la competencia y, por lo que se refiere a la causa, que no es sino un requisito de la voluntad, es decir, un modo particular de actuar de ésta (*Corso di diritto amministrativo*, vol. I, 5.ª ed., 1947, págs. 188 y ss.). RANELLETTI estudia los siguientes: órgano administrativo, declaración de voluntad, forma y contenido (*Teoria degli atti...*, cit., págs. 57 y ss.). VITTA señala capacidad, contenido y causa (*Diritto amministrativo*, I, 1948, págs. 370 y ss.). CAETANO enumera como elementos esenciales: voluntad, competencia, objeto, fin y forma (*Tratado elemental de Derecho administrativo* trad. esp., págs. 268 y ss.). SAYAGÜÉS señala los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad, forma y procedimiento (*Tratado...*, cit., pág. 432). Difiere algo del esquema clásico ALESSI. Examina, en primer lugar, los elementos para la existencia del acto; faltando alguno de los cuales, el acto es inexistente, o mejor, no existe. Estos elementos esenciales son precisamente los que entran en su definición de acto administrativo: a) Manifestación voluntaria de actividad; b) Procedencia de una autoridad administrativa; c) La función de realizar de modo inmediato intereses públicos concretos. A continuación examina los que él denomina «requisitos para una válida existencia del acto administrativo». Estos requisitos pueden afectar al acto administrativo en cuanto manifestación voluntaria y en cuanto manifestación administrativa. En cuanto manifestación voluntaria, son dos los requisitos: la correspondencia entre la determinación volitiva y la exteriorización de la misma, y el requisito relativo a la falta de elementos perturbadores en el proceso formativo de la voluntad (error, violencia y dolo). En cuanto manifestación administrativa, los requisitos son la consecuencia de que la potestad de acción de la Administración pública está siempre más o menos estrictamente limitada por las normas jurídicas, de donde el respeto a tal límite se resuelve, en definitiva, en otros tantos requisitos de validez del acto. Estos requisitos son formales y sustanciales. Los formales son: a) Regular constitución del órgano administrativo; b) Competencia; c) Forma; d) Motivación; e) Procedimiento. Los requisitos sustanciales son: a) Existencia de una concesión, explícita o implícita, de potestad a la Administración para actuar en los casos concretos; b) Existencia de un interés público que justifique en el caso concreto la emisión del acto administrativo; al estudiar el cuyo requisito realiza una extensa crítica de la doctrina de la causa (*Sistema istituzionale di Diritto amministrativo*, 1953, págs. 235 y ss. y 250 y ss.).

con las salvedades que se han hecho, pudiésemos denominar postura tradicional (21).

Por nuestra parte, admitimos los siguientes elementos del acto admi-

(21) Entraña una crítica de la postura tradicional la que adopta GIANNINI (*Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. I, 1950, págs. 294 y ss.). Para este autor, según que se refieran al objeto o a la acción, los elementos del acto administrativo pueden ser subjetivos (competencia y legitimación) y objetivos (voluntad, objeto, motivos y presupuestos). Del examen de los elementos que se acaban de enumerar, se deduce que GIANNINI omite algunos de los elementos admitidos por la generalidad de los autores y que acoge otros a los que normalmente no se hace referencia. De los tradicionalmente admitidos, faltan: a) La forma; para GIANNINI hay, si, la exteriorización de cada uno de los elementos que él cita (lo cual da lugar a lo que él llama: indicación de competencia, indicación de legitimación, manifestación de voluntad, motivación y justificación), pero el complejo de las exteriorizaciones, que es lo que la doctrina llama *forma*, no deja de ser un equivoco, dado el sentido que a dicha expresión da la lógica formal, pues, de acuerdo con ella, habría que hablar de una «forma de la exteriorización» junto a un «contenido de la exteriorización». b) El contenido, pues siendo lógicamente el contrapunto de la forma, las razones alegadas con anterioridad abogan también por su supresión. Pero es que, partiendo de la tesis tradicional, se llegaría también a la misma conclusión, pues ésta parte, como es sabido, de una clasificación del contenido en esencial (o necesario), natural (o implícito en el negocio, aunque no se diga expresamente) y accidental (o eventual).

Pues bien, para GIANNINI los miembros de esta clasificación se refieren a cosas heterogéneas, ya que: a') El contenido necesario tanto puede referirse a la *necesidad de un cierto elemento* del acto (luego ya no es contenido) como a la *necesidad del contenido*; b') El contenido implícito no es frecuentemente sino la *reglamentación coactiva del objeto*, que en el acto administrativo se silencia; así, no es necesario que un acto administrativo expropiatorio señale el momento en que se verifique el tránsito a la propiedad pública de la cosa, pues eso lo dice ya la Ley; c') El contenido eventual comprende, en fin, tanto las cláusulas particulares y especiales puestas por la voluntad del sujeto, cuanto el contenido eventual de otros elementos (por ejemplo, los *motivos*, cuanto verdaderos y propios elementos voluntarios; c) La causa, que no tiene ninguna razón de ser en Derecho administrativo —dice GIANNINI— porque el acto administrativo es *típico*, lo cual quiere decir que «el contenido de la voluntad está en conexión necesaria con los motivos y los presupuestos; esto es, la voluntad no puede aislarse de los motivos y presupuestos, sino que en ellos encuentra su condición». En cambio, enumera GIANNINI algunos elementos no reconocidos normalmente por la doctrina como tales. Así: a) La legitimación, que es un elemento eventual y que el propio GIANNINI duda (vid. op. citada, pg. 302) si debe ser contado entre los elementos. Por ejemplo, el *quorum* de presencia necesario para que actúe un órgano colegiado (requisito que, al faltar, da lugar a vicio distinto de la incompetencia); b) Los presupuestos que también constituyen elementos eventuales del acto administrativo y que, como ocurre con la legitimación, también consisten en hechos jurídicos, pero que, a diferencia de aquélla, no afectan al sujeto, sino al objeto del acto. Por ejemplo, el peligro de desorden público como *presupuesto* de una orden de policía que retira los permisos para llevar armas (op. cit., págs. 321 y ss.).

nistrativo: sujeto, objeto o contenido, causa, fin y forma. Se trata de saber a continuación la relevancia que los vicios en cada uno de estos elementos tiene respecto de la validez del acto administrativo.

II.—VICIOS MATERIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

5.—Por definición, el acto administrativo no puede ser realizado sino por un «sujeto de administración pública» (22): Estado, provincia, municipio u otra entidad de Derecho público. Cuando no se da esta circunstancia (por ejemplo, porque el acto haya sido realizado por un particular), no hay que plantearse problema de validez, ya que ni siquiera existe el acto administrativo del cual predicarla (23).

Ahora bien, las entidades públicas actúan a través de *órganos* encarnados por personas físicas individual o colectivamente, de tal forma que toda declaración emanada de un órgano administrativo es, en último análisis, una declaración emanada de una (o varias) personas físicas. Resulta de aquí que el primer problema que se plantea es el relativo a saber hasta qué punto los vicios de la voluntad de esta persona física trascienden a la validez del acto administrativo en cuya formación han intervenido. Para resolver esta cuestión se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que no pueden aplicarse sin más los principios que rigen la declaración de voluntad en el Derecho civil, ante todo por la consideración fundamental de que no cabe contemplar el acto administrativo como expresión de la voluntad psíquica del funcionario de que emana, cualquiera que sea la participación que éste haya tenido. Una importante consecuencia se deriva de esto: que la validez del acto administrativo puede ser independiente de la situación psicológica (importante, sin embargo, en Derecho privado) del funcionario que lo dictó. Así, por ejemplo, es válido y correcto, si desde el punto de vista objetivo se adecua al Derecho vigente, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental (24).

Consideraciones análogas deben hacerse al tratar de la aplicación al acto administrativo de los clásicos vicios de la voluntad conocidos por el Derecho privado: error, dolo y violencia. El hecho de que la volun-

(22) Vid. ZANOBINI, *Corso...*, cit., vol. I, pág. 187.

(23) Vid. *supra*, pág. 20.

(24) FORTSHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1950, págs. 149 y ss. y 178 y ss.

tad administrativa sea una «voluntad normativa» (25) determina que la apreciación de estos vicios en la voluntad psicológica del funcionario dé lugar a consecuencias distintas de las que postularía el Derecho civil. Así es que, por ejemplo, puede concebirse sin repugnancia que un funcionario que actúa dolosamente en el ejercicio de sus funciones produzca actos administrativos válidos (26); o que un acto administrativo arrancado por la violencia no pueda ser luego declarado nulo, incluso aunque ésta resultase probada (27), ya que sólo en el caso de que se refiriese a materia de apreciación discrecional podría sin más la Administración declarar la nulidad de dicho acto (28).

Por cuanto se refiere al error, su apreciación no debe hacerse en función de los vicios de la voluntad administrativa, sino al tratar de los vicios de otros elementos, concretamente del contenido y de la causa.

6.—Aparte de las cuestiones relativas a los vicios de la voluntad, todavía cabe estudiar, en relación con el elemento subjetivo del acto admi-

(25) CAETANO. *Tratado elemental...*, pág. 253.

(26) Siempre, claro es, que la intención subjetivamente dolosa coincida con lo objetivamente querido por la Ley, pues en otro caso se daría el vicio de «desviación de poder».

(27) Por ejemplo, piénsese en que un funcionario obtiene, presentándose en el despacho de su superior jerárquico y amenazándole físicamente, la titularidad de una plaza o un ascenso a que tiene derecho, de acuerdo con la legalidad vigente. Con independencia de la responsabilidad administrativa, e incluso penal, en que el funcionario pueda haber incurrido personalmente, entendemos que el acto administrativo así obtenido no está viciado.

ROYO-VILLANOVA ve, en cambio, en esta hipótesis uno de los pocos casos de nulidad absoluta (*Elementos de Derecho administrativo*, I, 1952, pág. 115).

(28) Aunque ha de insistirse en que, en cualquier caso, la nulidad vendría dada, no tanto por el hecho de la violencia, cuanto por la *presunción*, de que, cuando la Administración declara la nulidad, es porque el acto anulado es el que está en desacuerdo con el interés público o con la finalidad buscada por la Ley cuando atribuyó los poderes discrecionales a la Administración. Así, por ejemplo, si un opositor a plaza de funcionario público consigue, mediante amenazas, que el Tribunal calificador le incluya en la propuesta de nombramiento, hay que presumir, precisamente porque la apreciación de los méritos es discrecional para el Tribunal e infiscalizable por ninguna jurisdicción ulterior, que la intención primitiva del Tribunal al excluirle es la correcta y que, consiguientemente, con la amenaza o intimidación el opositor ha producido el vicio de otro de los elementos del acto administrativo: el fin.

(29) De las consideraciones que se hacen en el texto debe concluirse que no falta razón a CAETANO cuando afirma que los vicios de la voluntad deben ser estudiados al tratar de los otros vicios del acto administrativo (op. cit., pág. 275).

nistrativo, cuanto se refiere, de una parte, a la legalidad de la investidura del órgano que actúa a nombre de la Administración; de otra, al requisito de la competencia.

A) *La legalidad de la investidura del órgano.*—Cuando se dice que el acto administrativo es producido por un sujeto de Administración pública a través de uno de sus órganos, se está entendiendo, claro es, que el funcionario que actúa ostenta la titularidad legal del órgano (30). Por tanto, cuando esta titularidad no existe o está viciada, debe llegarse a la conclusión de que el acto no emana de verdaderos órganos administrativos. Esto ocurre en dos supuestos fundamentales:

a) Por vicio en el nombramiento del funcionario, suficiente a determinar su *anulabilidad*. Al plantearse el problema de la validez de los actos realizados por este funcionario, hasta el momento en que se declaró la nulidad de su nombramiento, se entiende que la solución debe ser afirmativa, ya que, mientras efectivamente no se dicte la anulación, el funcionario lo es *de derecho*, luego sus actos son válidos porque no puede hablarse de falta de órgano administrativo (31). Coincide con esta

(30) Sabido es que la teoría jurídico-administrativa distingue en materia de organización, de una parte, el conjunto de competencias y atribuciones que, objetivamente delimitadas, constituyen un «oficio público»; de otra, a la persona física titular de dicho oficio, que es el funcionario. Para que el acto administrativo sea correcto hace falta, por tanto, que la ausencia de vicios se refiera a ambos aspectos señalados. Por lo que se refiere al primero, la cuestión será tratada al hablar del requisito de la competencia; en este momento lo que se examina en el texto es lo relativo a la titularidad legal con que actúa el funcionario en nombre de la Administración.

(31) Por ejemplo, un catedrático de Universidad es nombrado en virtud de oposición. Contra el acto de nombramiento se interpone por uno de los opositores no nombrados recurso fundamentado en ciertos vicios sustanciales de procedimiento que a través de la oposición se han producido. Como el recurso no tiene efectos suspensivos, rigiendo, antes bien, el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, el Catedrático nombrado toma posesión de su plaza y ejerce sus funciones hasta que meses (incluso años) después la jurisdicción revisora competente declara efectivamente la nulidad del nombramiento. ¿Deberá entenderse que los exámenes oficiales realizados por este profesor no tienen ninguna validez y que, consiguientemente, cuantos alumnos han pasado por ellos deben volver a repetirlos? Por las razones que se exponen en el texto, la respuesta tiene que ser negativa. El art. 32, § 2 del estatuto de funcionarios de Grecia, de 1951, declara que «son válidos los actos de un funcionario cuyo nombramiento haya sido revocado» (Vid STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954, pág. 113, por nota). Y el art. 1.319 del Código civil alemán, que el matrimonio es válido si el funcionario, aunque ilegalmente nombrado, ejerce sus funciones de forma oficial.

tesis la doctrina de la jurisprudencia de agravios al declarar que la anulación de un concurso ilegal de funcionarios no supone la no computación como servicios al Estado de los prestados por los viciosamente nombrados (O. de la Pr. de 18 de marzo de 1952).

b) Porque ejercite la función pública un particular, sin el correspondiente nombramiento, o cuyo nombramiento haya perdido su virtualidad. Para que el problema se plantee efectivamente en este supuesto, hace falta, desde luego, que exista una cierta apariencia suficiente a inducir a error a los terceros particulares, pues si ésta no se da, más bien nos encontraríamos ante un caso de *falta absoluta* de acto administrativo.

La doctrina acostumbra a agrupar los casos que aquí pueden contemplarse dentro de la que se llama «teoría de los funcionarios de hecho» (32). Sobre el valor de los actos realizados por los funcionarios de hecho pueden ofrecerse dos posturas antagónicas. En primer lugar, cabe negar toda validez a sus actos. Así, para RANELLETTI, la solución lógico-jurídica exige el desconocimiento de todo valor jurídico de tales actos. Es más, en estos casos quien actúa indebidamente en nombre de la Administración pública está incluso cometiendo un delito castigado por todos los Códigos penales: el delito de usurpación de funciones públicas. No podría esto servir de razón, obviamente, para que un particular pudiese cambiar sus actos en actos administrativos, que, en cuanto tales, han de considerarse nulos de pleno derecho. Claro es que la doctrina del fun-

(32) Sobre esta materia hay una bibliografía, si no excesivamente abundante, al menos suficiente: JÈZE, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, en «Revista de Derecho Público», 1914, págs. 48 y ss.; GANDU, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait*, París, 1914; LEDOUX, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, en «Revista Jurídica de Administración», 1912, II, págs. 397 y ss.; LARNAUDE, *Les gouvernements de fait*, en «Rev. Gen. de Dr. Internat. Pub.», 1921, págs. 457 y ss.; AGORTINELLI, *Il funzionario di fatto*, 1921, y *Il possesso e il funzionario di fatto*, 1925; VITTA, *Il funzionario di fatto*, en «Rivista di Dir. Pubb.», 1923, I, págs. 473 y ss.; MIELE, *La situazione di necessità dello Stato*, en «Archivio di Dir. Pubb.», 1936; FEDICE, *Il funzionario di fatto nel Dir. canonico*, en «Studi in onore di Scaduto», Florencia, 1936, I, págs. 344 y ss.; RAGGI, *Gli impiegati di fatto*, en «Foro Italiano», 1937, III, págs. 189 y ss.; VIVARIO, *Il funzionario di fatto*, en «Rivista di Dir. Pubb.», 1944, I, págs. 45 y ss.; DUVERGER, *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, París, 1945; CONSTANTINEAU, *Tratado de la doctrina de fatto*, trad. esp., Buenos Aires, 1945; GERVAIS, *Fonctionnaire de fait*, en «Rev. de Droit Pub.», 1924, págs. 270 y ss. Y los trabajos de FUEYO y MARTÍNEZ USEROS que se citan más adelante.

cionario de hecho tiene en consideración una serie de casos en que las circunstancias determinantes de un verdadero estado de necesidad exoneran, al menos, de la responsabilidad penal de que antes se ha hablado. Pero, aun así, el argumento lógico en que RANELLETTI fundamenta su postura entiende que no puede ser desvalorizado: si efectivamente la necesidad exige que tales actos, por ejemplo, los de autoridades irregularmente nombradas en tiempo de emergencia, deben ser declarados actos administrativos válidos, esta revalidación habrá de realizarse precisamente *por una ley que se dicte al efecto* (33).

Con criterios radicalmente antagónicos, otro sector de la doctrina ha defendido la tesis de la validez de los actos producidos por funcionarios de hecho, siempre que se den determinadas circunstancias. Es, desde luego, la consideración de los intereses en juego la que en este caso se utiliza para justificar esta solución.

Quienes la mantienen buscan su apoyo incluso en las fuentes romanas, especialmente en un famoso pasaje de ÚLPIANO relativo al esclavo fugitivo Barbarius Philippus, que, ocultando su origen, llegó a ser nombrado Pretor, desarrollando las funciones inherentes a tal cargo público hasta que se descubrió su condición. Planteándose el valor jurídico de los actos realizados, ÚLPIANO entiende que es *humanius* reputarlos válidos, en razón de que aquí está en juego la buena fe de quienes actuaron cerca del Pretor (34). Consideraciones análogas en orden a la seguridad jurídica y a la apariencia de legalidad (pues si, como antes se ha dicho, no hay *apariencia*, ni siquiera podría plantearse el problema), hacen que la doctrina moderna no sienta repugnancia en admitir excepcionalmente la validez de los actos realizados por los que estamos denominando «funcionarios de hecho» (35).

(33) RANELLETTI, *Teoría degli atti amministrativi*, cit., pág. 60.

(34) Fr. 3, ÚLPIANUS, XXXVIII ad Sabinum, D. I, 14: «Et tamen videamus, si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, qui dicemus?, quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum agerunt vel lege vel quo alio iure? et vero puto nihil cum reprobari: hoc enim humanius est, cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem, sed et scisset servum esse liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperate observandum est.»

(35) En la doctrina española, FUEYO ALVAREZ (en *La doctrina de la Administración de facto*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 2, mayo-agosto, 1950, págs. 35 y ss.) llega al resultado de que, tanto en virtud del principio de apariencia como del de seguridad jurídica, hay que «admitir esta válvula de seguridad

B) *La competencia del órgano.*—A partir de la noción de órgano, que es el elemento subjetivo, resulta fácil determinar el elemento objetivo o competencia. Este elemento objetivo viene dado por la esfera de actividades y cometidos que el órgano está llamado a realizar (36). La competencia es, como dice D'ALESSIO, «la medida de la potestad que pertenece a cada órgano» (37). A los efectos del estudio de los vicios del acto administrativo, algunos autores examinan separadamente el requisito de la competencia del requisito de la capacidad jurídica (38). Esta distinción es exacta en teoría, puesto que la capacidad debe predicarse de las personas jurídicas de Derecho público, mientras que la competencia debe predicarse de sus órganos. Pero no existe ningún inconveniente en utilizar esta última expresión en un sentido amplio, de forma que cualquier acto administrativo dictado por una persona jurídico-pública en materia para la que carece de capacidad, así como todo acto producido por órgano incompetente se diga que es un acto viciado de incompetencia. En este sentido amplio hablamos aquí de la competencia (39).

La doctrina distingue tres tipos de competencia: territorial, funcional (o por razón de la materia) y jerárquica (o por razón del grado). Caben, pues, otros tantos supuestos de violación de la competencia. Al

jurídica... que postula que en determinados casos y a ciertos efectos se respete la situación de Derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de urgencia, situación sobre la que no se puede o, al menos, no se debe volver por razones de seguridad». Si bien estima FUEYO que un planteamiento correcto de la doctrina debe prescindir, como figura central del «funcionario de hecho», para traer al primer plano el otro elemento subjetivo del problema: el público en general, o el tercero, es decir, el particular que, obrando de buena fe, entra en contacto con la Administración a través del dicho funcionario.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ USEROS, si bien exige determinados presupuestos para que pueda hablarse de «funcionarios de hecho» (frente a lo que él llama «órgano de hecho»), concluye que la apariencia de legitimidad determina la necesidad de admitir la validez de sus actos (*Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en «Estudios dedicados al Prof. GASCÓN Y MARÍN», Madrid, 1952, págs. 97 y ss.).

(36) ZANZUCCHI, *Istituzioni di Dir. Publ.*, Milano, 1942, pág. 32.

(37) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, Torino, 1932, pág. 230.

(38) Así, FORTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, vol. II, 2.^a reimpresión de la 4.^a ed., 1950, págs. 142 y ss.

(39) FORTI cita como ejemplos de falta de capacidad la actuación del Municipio o de la Provincia en materia de administración militar, o el que una obra pía o una asociación sindical actúen en materia de policía (op. cit., pág. 143). Pero no hay ninguna dificultad en hablar en estos casos de actos administrativos viciados de incompetencia. El propio FORTI lo reconoce así más adelante (op. cit., pág. 189).

mismo tiempo, y en relación con la sanción jurídica que estos vicios determinen (nulidad o anulabilidad del acto administrativo viciado), se distinguen los supuestos de incompetencia *absoluta* y *relativa* (40).

La violación de la competencia territorial supone que una autoridad interviene en el ámbito territorial reservado por el Derecho objetivo a otra. Este vicio no se produce frecuentemente, dado que en pocas ocasiones se presta a dudas la delimitación territorial administrativa actualmente vigente (41). Para el caso, empero, de que la incompetencia se produzca, la gravedad de la sanción habrá de determinarse teniendo en cuenta que, justamente en atención a la claridad de criterios en que la división territorial se basa, estamos en presencia de un supuesto de incompetencia absoluta, por tanto, de nulidad absoluta del acto administrativo (42).

La violación de la competencia funcional da lugar normalmente a supuestos de incompetencia absoluta. Casos de incompetencia absoluta son, de una parte, aquellos que pudieran explicarse también como defectos de capacidad del ente que actúa, como, por ejemplo, cuando las entidades locales invaden la competencia estatal, o cuando, en régimen de autonomía municipal, el Estado resuelve cuestiones reservadas a los Municipios (43); de otra, cuando autoridades de una rama de la Adminis-

(40) La incompetencia absoluta daría lugar a la nulidad absoluta, y la relativa a la simple anulabilidad. Esta distinción ha sido rechazada por autores como HIPPEL y FORSTHOFF, por entender que suscita dificultades no pequeñas en los casos particulares. Este último autor sugiere, por eso, que resulta conveniente fijarse en si la desviación de competencia realizada por el órgano autor del acto administrativo es o no patente. Con ello —dice— se logra una vinculación directa con el criterio de la protección de la confianza, que es el que aquí interesa; porque la notoriedad del error de competencia autoriza a negar la protección de la confianza, por no existir en estos casos la apariencia jurídica, con lo que es la nulidad absoluta la sanción normal que corresponde a la violación crasa de la competencia objetiva (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, pág. 188).

(41) STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 112.

(42) Esto ocurriría en el caso de que un Ayuntamiento dictase actos administrativos con la pretensión de obligar a vecinos de otros Municipios. Igualmente valdría esta solución para el caso de que el Gobernador civil de la provincia de A. impusiese una multa por razones de desórdenes públicos acaecidos en la provincia de B.

(43) La Ley municipal de 1935 regulaba un recurso en defensa de la autonomía, utilizable por los Municipios contra actos de injerencia estatal: arts. 233 y 234.

Después de la enumeración de competencia local que se contiene en el art. 101 de la vigente Ley de Régimen Local, sería difícil decir, en punto a capacidad jurídica de nuestras entidades locales, que rige el principio de la «especialidad». Esto no obsta a que sean casos de incompetencia absoluta aquellos en que el Municipio

tración invaden competencias que de manera notoria están atribuidas a otra rama distinta, como, por ejemplo, si el Rector de una Universidad ordenase la vacunación obligatoria de los vecinos de una localidad, o si un Delegado de Hacienda decretase la expulsión de un alumno de una Universidad (44).

se atribuye el conocimiento de cuestiones atribuidas expresamente por Ley al Estado. Las distintas leyes españolas de régimen local se han preocupado repetidamente de sancionar estas posibles extralimitaciones. Valgan como fundamento las palabras pronunciadas por MAURA en la sesión de Cortes del día 23 de julio de 1908 en defensa, precisamente, del Proyecto de Ley de régimen local presentado por su Gobierno: «de modo que es absolutamente imposible —dería— arrancar de la Ley el principio de que cuando hay extralimitación hay nulidad, porque el poder local *no* existe fuera del ámbito que le está reconocido y, actuando fuera de esa órbita, por error o por malicia, está en igual situación que la mía si yo dispusiese de la finca ajena, o de la libertad de un prójimo que no tiene por qué obedecerme».

(44) Varios ejemplos de este mismo tenor y la opinión de que se trata de casos de nulidad absoluta pueden verse en RANELLETTI, op. cit., pág. 64.

Posiblemente este vicio de nulidad radical a que da lugar la especie de incompetencia que ahora nos ocupa es la que ha inducido a nuestra jurisprudencia de agravios a declarar que la incompetencia debe acusarse *de oficio*, incluso cuando no ha sido alegada por el recurrente. Así ocurre con diversas órdenes del Ministerio de Marina (concretamente, las de 30 de noviembre de 1950, 30 de abril de 1951 y 16 de octubre de 1951) por las que se concedían determinados quinquenios a efectos pasivos a individuos dependientes de dicho Departamento, por la razón evidente de que dichas órdenes fueron dictadas con absoluta incompetencia, «toda vez que el único órgano competente para efectuar la clasificación y reconocimiento de derechos pasivos a individuos del Ejército y de la Armada y, en general, de cuantos dependen de los Ministerios de la Guerra y Marina, es el Consejo Supremo de Justicia Militar» (esta doctrina se repite literalmente en las Ordenes de la Presidencia de 30 de diciembre de 1952 «B. O.» de 28 de enero de 1953), 9 de noviembre de 1953 («B. O.» de 25 de noviembre de 1954) y 23 de noviembre de 1953 («B. O.» de 2 de diciembre de 1954).

En otra resolución de agravios (O. de la Pr. de 6 de junio de 1953, «B. O.» de 17 de septiembre) se declara la nulidad, por incompetencia, de ciertas resoluciones de la Delegación Provincial de Trabajo de Ciudad Real por las que se clasificaban a efectos laborales a ciertos médicos y alumnos internos de la Beneficencia Provincial, siendo esta materia de la competencia propia del Ministerio de la Gobernación. Lo curioso de esta resolución —y ello es una consecuencia de los efectos de nulidad absoluta que se aparejan a este vicio— es que, en su parte resolutive, este acuerdo del Consejo de Ministros ordena: 1.º Declarar *de oficio* la nulidad de las resoluciones que se combaten en el recurso; 2.º Declarar improcedente el recurso.

Parecida doctrina sentó el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de marzo de 1933, al declarar que es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos examinar y decidir si la Administración ha actuado dentro del círculo de sus atribuciones o usando de sus facultades, «aunque no corresponda a la jurisdicción el conocimiento de la cuestión de fondo a que afecta la resolución reclamada». Así, pues, en estos casos, no valdría la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el Ministerio fiscal con base a que, en cuanto al fondo, el acto administrativo atacado

La violación del grado jerárquico por parte del órgano administrativo que actúa sólo produce, en cambio, como regla, supuestos de incompetencia relativa, consiguientemente de anulabilidad del acto administrativo viciado. Este tipo de vicio puede producirse en las siguientes hipótesis:

1.^a Cuando un superior jerárquico conoce cuestiones que son de la competencia *exclusiva* (45) de un órgano inferior. Desde luego, debe recordarse que, de acuerdo con nuestro Derecho, el superior jerárquico puede normalmente hacer cuanto compete a los órganos a él subordinados (46), pero cuando éstos actúan, según Ley, exclusivamente y sin posibilidad de revisión por medio de recurso, en una materia determinada, hay que entender que un vicio de incompetencia relativa se produce (47).

2.^a Cuando un organismo inferior conoce y resuelve cuestiones de la competencia reservada al superior jerárquico. Por ejemplo, la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias a los maestros nacionales se reparte entre las competencias del Consejo Provincial de Educación, del Director general de Enseñanza Primaria, o del Ministro, según la gra-

fuese de carácter discrecional. La consecuencia que de aquí se extrae es que la competencia es uno de los elementos *reglados* del acto administrativo.

La argumentación anterior vale *a fortiori* cuando el órgano administrativo invade funciones reservadas a otros poderes del Estado, lo que constituye, según la doctrina italiana, el supuesto del *straripamento*. Esto explica preceptos de nuestro Derecho positivo tan rigurosos como el art. 9.º del Fuero de los Españoles: «Nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a ley votada en Cortes.» Para FUEYO ALVAREZ, este precepto significa no sólo la declaración de que ciertas materias exigen una determinada forma normativa, sino que todo otro tipo de mandato queda desautorizado para el cometido de fijar tributos, por lo que la desobediencia al mismo se declara jurídica (*Legitimidad, validez y eficacia*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, septiembre-diciembre 1951, pág. 64, por nota). Ahora bien, prácticamente, y ante la imposibilidad en que cualquier particular se encontraría de oponerse a la ejecutoriedad de un acto administrativo en aplicación de una tributación no votada en Cortes, el tratamiento jurisdiccional sería el de los supuestos de anulabilidad.

(45) Sobre esto, vid. SERRANO GUIRADO, «El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado», en REV. AD. PÚB., núm. 10, páginas 138 y ss.

(46) Esta es la doctrina que se contiene, por ejemplo, en la Orden de la Presidencia de 25 de octubre de 1951 («B. O.» de 5 de noviembre). Mantiene la tesis contraria FORSTHOFF (*op. cit.*, pág. 187), por entender que en todo caso existiría vicio, entre otras razones, porque se privaría al destinatario de una instancia en la vía de recursos. Pero este argumento no resulta convincente.

(47) Sentencia de 17 de diciembre de 1921.

vedad de la sanción; pues bien, resultaría vicioso que uno de estos órganos impusiese una sanción reservada por su gravedad al órgano superior (48). Hay que señalar que este vicio de incompetencia es subsanable; bastará para ello la conformidad o la confirmación del órgano superior competente. Pero, con todo, hasta que la confirmación no se produzca, es dudoso admitir que el acto incompetente pueda producir todos sus efectos.

3.^a Cuando un órgano administrativo actúa en virtud de una delegación de competencia que estaba prohibida, o para la que no estaba autorizado el órgano delegante. Aquí hay una doble incompetencia: la del órgano que delegó lo que no podía delegar, y la del que actuó en virtud de esa delegación ilegal. No obstante, hay que entender que el vicio es de simple anulabilidad, por la apariencia jurídica que la delegación produjo.

7.—Otro elemento del acto administrativo es el contenido. Del contenido cabe dar una acepción amplia y una acepción estricta. En el primer sentido, se determina por oposición a la *forma* del acto, y vendría a englobar todos los elementos integrantes de lo que, en términos forenses, se denomina el *fondo* del asunto (49).

En un sentido estricto, el contenido es, como dice VITTA (50), la declaración de conocimiento, voluntad o juicio en que el acto consiste. Se

(48) Estatuto del Magisterio de 24 de octubre de 1947, art. 199.

(49) A pesar de que, aparentemente, BALIBÉ hace una enumeración más completa de los elementos del acto administrativo, es ésta la acepción que utiliza del contenido. Vid. su *Sistemática de Derecho administrativo*, Barcelona, 1947, pág. 29. Una acepción tan amplia justifica la crítica que de este elemento hace GIANNINI, a la que nosotros nos hemos referido en otro lugar (*Lezioni...*, cit., pág. 302).

Para LUCIFREDI (en *L'atto amministrativi nei suoi elementi accidentali*, 1941, páginas 30 y 31) la oposición «forma-contenido» puede entenderse en dos acepciones diversas. Si lo que se quiere con ella es lograr una rigurosa oposición conceptual de tal manera que cualquier elemento del acto administrativo necesariamente haya de clasificarse en una u otro, entonces por contenido hay que entender algo más amplio de lo que por muchos se propone; por ejemplo, dentro del contenido habría de incluirse entonces la *motivación* del acto administrativo. Si, por el contrario, se quiere reservar a la expresión contenido un significado técnico-jurídico preciso, habrá que renunciar a la rigurosa dicotomía lógica que antes ha quedado planteada; se obtiene entonces una distinción no muy de acuerdo con las exigencias de la posición lógica excluyente entre forma y contenido, pero se obtendrán dos conceptos jurídicos susceptibles de muchas aplicaciones prácticas. LUCIFREDI se inclina por esta última acepción.

(50) *Diritto amministrativo*, vol. I, pág. 372.

identifica así con el objeto del acto (51), y en razón de él, un acto administrativo se diferencia sustancialmente de otro (52). Por consiguiente, entendemos por contenido u objeto del acto administrativo el efecto práctico que con dicho acto se pretende obtener: nombramiento de un funcionario, imposición de una multa, requisa de un vehículo, etc.

La doctrina distingue tres partes en el contenido del acto administrativo: contenido natural, contenido implícito y contenido eventual (53).

Contenido natural es el que necesariamente forma parte del acto administrativo y sirve para individualizarlo respecto de los demás. Por ejemplo, contenido natural de la expropiación forzosa es la transferencia coactiva de la propiedad del particular al ente público.

El contenido *implícito* se refiere a aquellas cláusulas no expresas, pero que hay que entender incluidas en el acto, porque el ordenamiento jurídico las supone en todos los de la misma especie. Así, por ejemplo, aunque nada se diga expresamente en el Decreto de nombramiento para un alto cargo político (por ejemplo, para el cargo de Director general), hay que entender como implícita la cláusula de la temporalidad del nombramiento.

Contenido *eventual* es el integrado por aquellas cláusulas que el órgano administrativo puede introducir en el acto. Entre éstas deben consignarse las llamadas «cláusulas accesorias», esto es: condición, modo y término.

(51) ROYO-VILLANOVA habla de objeto o contenido del acto (*Problemas de régimen municipal*, pág. 25). Expresamente reconoce también la identificación entre contenido y objeto FRAGOLA (en *Gli atti amministrativi*, 1952, pág. 31), que declara: «Objeto y contenido son, a mi juicio, nociones análogas e indican la *sustancia* del acto jurídico. El contenido de una ordenanza es la voluntad de ordenar; la de un certificado es el hecho de la comprobación.»

También SAYACUÉS reconoce que el objeto debe estudiarse dentro del contenido (*Tratado...*, cit., pág. 444); FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo...*, cit., página 192.

(52) Precisamente por esto STASSINOPOULOS (en su *Traité...*, cit., págs. 79 y ss.) estudia la clasificación de los actos administrativos dentro del capítulo que lleva por rúbrica general «el contenido del acto administrativo».

(53) ZANOBINI, *Corso...*, cit., vol. I, pág. 192. BALLEÉ habla de «modalidades» del contenido, *Sistemática...*, cit., pág. 29. LUCIFREDDI plantea la cuestión partiendo de la conocida tripartición entre *essentialia*, *naturalia* y *accidentalía negotii*. Desde luego, ésta es perfectamente aplicable al Derecho administrativo, como tantas otras construcciones del negocio jurídico privado; pero debe observarse, añade, que, teniendo en cuenta el sentido técnico-jurídico que se da al concepto de contenido, en la tripartición anterior entrarían otros elementos del negocio o acto administrativo. Por

Está claro que el examen del contenido nos interesa aquí en cuanto los vicios de este elemento pueden dar lugar a la nulidad o anulabilidad del acto administrativo. En este sentido, debe decirse que la regularidad del acto administrativo exige que su contenido sea determinado o determinable, posible y lícito (54). Pero el defecto de estas exigencias no tiene siempre las mismas consecuencias jurídicas.

Por lo que se refiere a la imposibilidad física y a la ilicitud penal (55), hay que concluir que son vicios determinantes de la *nulidad absoluta* del acto administrativo, pues la presunción de legitimidad que el acto administrativo aparece no puede prevalecer ni contra la lógica, ni contra el ordenamiento penal vigente. Y otro tanto podría decirse en el caso de falta de determinación del contenido; por ejemplo, no tendría valor jurídico una resolución administrativa en que se dijese que «se sanciona» (sin decir cómo) al funcionario X.

En cambio, el principio de que el acto administrativo debe ajustarse, en cuanto a su contenido, al Derecho objetivo administrativo vigente, no obstante su importancia, sólo da lugar, como regla, a la anulabilidad del acto administrativo (56). Se trata ahora de saber cuándo el acto administrativo es ilegal por razón de su contenido. Siguiendo la enumeración

eso propone que se hable de contenido necesario, implícito y eventual (*L'atto amministrativo...*, cit., págs. 35 a 39).

(54) RANELLETTI, *Teoría...*, cit., pág. 98.

(55) Por ejemplo, un acto administrativo que ordenase algo que sea delito.

(56) Al examinar el valor que el art. 4.º del Código civil tiene para el Derecho administrativo, ya señalamos la regla general de la anulabilidad o nulidad relativa como prevalente en este sector del ordenamiento jurídico: la ilegalidad del acto administrativo ha de acusarse necesariamente durante el plazo de que el particular dispone para utilizar los recursos jerárquicos o revisores. No obstante, la jurisprudencia ha hecho de vez en cuando declaraciones que parecen poner en revisión la antedicha regla. Así, frente al principio general de que en las oposiciones, concursos y subastas la convocatoria es Ley, y que, no habiéndose impugnado en el plazo pertinente, con arreglo a ella ha de actuar la Administración, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1950 sentó la doctrina contraria de que, siendo evidente el vicio de ilegalidad de la convocatoria, no puede prosperar el argumento de que había sido consentida por los después recurrentes. En el mismo sentido se pronunció la jurisdicción de agravios en la Orden de la Presidencia de 13 de octubre de 1952, que sentó igualmente la doctrina de que no puede consentirse lo que es *nulo*, así es que si la convocatoria de una oposición infringe la Ley, no puede estimarse consentida, aunque no haya sido recurrida; y asimismo en la O. de la Pr. de 24 de abril de 1954 («B. O.» de 19 de julio). Esta doctrina continúa, no obstante, siendo excepcional entre nosotros: la propia jurisdicción de agravios ha declarado su excepcionalidad en la O. de la Pr. de 20 de junio de 1953 («B. O.» de 6 de octubre).

de RANELLETTI (57), pueden especificarse los siguientes supuestos de violación de Ley: 1.º Cuando la Administración dicta un acto contra lo dispuesto en un precepto legal (58); 2.º Cuando la Administración creyó vigente una norma derogada u olvidó la vigente (59); 3.º Cuando la Administración, al interpretar la norma, le dió un contenido distinto al

(57) Op. cit., pág. 99. LUCIFREDI enumera las siguientes posibles desviaciones o vicios del contenido: a) Omitir la inclusión en el acto administrativo de disposiciones que debieron incluirse por formar parte de su contenido necesario; b) Incluir en el acto, a título de contenido eventual, disposiciones que contrastan con el contenido necesario, o incompatibles con él; c) Incluir en el acto, con el mismo título, disposiciones contradictorias con el contenido implícito, siempre que la Ley prohíba la derogación de éste; d) Incluir en el acto, también a título de contenido eventual, disposiciones que, no contraviniendo el contenido natural, estén, sin embargo, prohibidas por la Ley (*L'atto amm.*, cit., pág. 60).

(58) A veces este supuesto de violación de la Ley tiene su origen en la existencia de normas de Derecho objetivo contradictorias entre sí. La cuestión se complica cuando las normas contradictorias tienen distinta jerarquía jurídica. Así, ¿qué debe hacer la Administración cuando para resolver un asunto se encuentra con un texto constitucional y una Ley que ordena en sentido diverso, o cuando la contradicción se produce entre una Ley y un Reglamento, o entre éste y el precepto constitucional? SAYAGUÉS entiende que la Administración debe conformarse con la norma de mayor jerarquía, salvo en el caso de falta de acuerdo entre una Ley y la Constitución, dado que «las leyes nacen con una presunción de constitucionalidad que sólo puede ser descartada por el órgano con competencia específica para ello» (*Tratado...*, cit., pág. 442).

(59) La proliferación de normas administrativas reguladoras de cada materia en concreto hace posible esta hipótesis con más frecuencia de la que cabe imaginar. A veces los propios organismos oficiales han llegado a desconocer la legislación vigente en las materias de su propia y cotidiana competencia. Así ocurrió en el caso contemplado por la sentencia del T. S. de 13 de octubre de 1951: una sociedad de cementos intentó acogerse a los beneficios de expropiación forzosa previstos en el R. D. de 1 de abril de 1927; se inició con tal motivo un largo expediente, en el que informaron e intervinieron la Dirección General de Minas y Combustibles, la Sección de Recursos del Ministerio, la Asesoría Jurídica y el Consejo de Estado. Todos estos organismos emitieron sus informes interpretando el R. D. en uno u otro sentido. Pero hasta el trámite de vista ante el T. S. —en que el Fiscal lo alegó *in voce*— nadie descubrió que se trataba de una de las disposiciones derogadas por la Ley de 18 de agosto de 1931, que revisó la obra legislativa de la Dictadura. Se estaba aplicando una disposición derogada.

Sobre las incongruencias del ordenamiento jurídico-administrativo que hace posibles estos errores de los especialistas, vid. GIANNINI, *Le incongruenza della normazione amministrativa e la scienza dell'Amministrazione*, en «Riv. Trim. di Dir. Pubbl.», abril-julio 1954, pág. 295. Este mismo autor cita como trabajos dedicados a poner de manifiesto los errores cometidos por el propio legislador, los de POLACCO, *Le cabale nel mondo legale* (en *Atti Reale Istituto Veneto*, 1908, pág. 164), y ZEMOLO (en «Riv. Dir. Pubbl.», 1925, vol. I, pág. 313).

verdadero (60); 4.º Cuando, interpretando rectamente la norma, se aplica a casos no contemplados en ella, o se excluye el contemplado; 5.º Cuando se aplica una norma dando lugar a consecuencias jurídicas distintas de las queridas por el legislador.

A efectos de los vicios del contenido del acto administrativo, merece especial consideración la cuestión relativa a las cláusulas accesorias.

No hay ningún inconveniente para que, en hipótesis al menos, se admita la posibilidad de que un acto administrativo incluya, como cláusulas accesorias, la condición, el modo o el término. La significación de estos conceptos no tiene aquí valor diverso del conocido por el Derecho privado. Así es que la condición significa el hecho futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia de un acto administrativo; el modo consiste en una carga impuesta a la persona a favor de la cual se dicta el acto administrativo, y, finalmente, el término indica el día desde el cual debe tener eficacia el acto, o desde el cual la eficacia del acto administrativo debe cesar (61). Algunos autores añaden como cláusulas acceso-

(60) La mayor parte de los casos de violación de Ley que se plantean ante los Tribunales se comprenden en este supuesto. Las ilegalidades administrativas son, normalmente, malas interpretaciones o interpretaciones forzadas de los textos legales. Pero frente a la interpretación de la Administración prevalece la de los Tribunales.

(61) ZANOBINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 193. LUCIFREDI critica el que algunos autores, como DE VALLÉS, incluyan entre los elementos accidentales del acto administrativo las llamadas «*conditiones iuris*» (por ejemplo, actos de control de organismos superiores, aceptación del particular, notificación al interesado...). Está claro que éstas forman parte del contenido natural, no del accidental (*op. cit.*, págs. 86 y ss.).

LUCIFREDI ofrece la siguiente clasificación de los elementos accidentales del acto administrativo. Como punto de partida establece la bipartición entre elementos accidentales con función restrictiva del contenido natural del acto (cláusulas restrictivas) y elementos con función amplificadora de tal contenido natural (cláusulas ampliativas) (*op. cit.*, pág. 179). Entre los elementos del primer grupo (cláusulas R) incluye: *a*) El término inicial, cuando a causa de él la producción de efectos jurídicos del acto se retrasa respecto del transcurso normal del mismo; y el término final, cuando con él se anticipa la cesación de los efectos del acto; *b*) La condición (suspensiva o resolutoria) que, según el autor, debe incluirse entre las cláusulas R, como se deduce de los ejemplos por él aducidos. Así, nombramiento de funcionario bajo condición suspensiva de aprobación, por parte de una autoridad superior, de un nuevo reglamento interno del ente que regula cierta forma de empleo; nombramiento bajo la condición resolutoria de la extinción de la relación para el caso de modificación de las ordenanzas y servicios del ente; nombramiento de funcionarios realizado por los órganos de administración extraordinaria de un ente y bajo la condición de que los órganos de administración ordinaria lo ratifiquen (*op. cit.*, págs. 192 y 193); *c*) La reserva de revocación, la reserva de rescate y la reserva de anulación; *d*) Otras reservas (entendiendo por reserva la cláusula que tiende a eludir la posibilidad de que un acto venga interpretado como productor de todos aquellos efectos

rias la «reserva de revocación» del acto administrativo, en virtud de la cual la Administración podría, cuando las circunstancias se lo aconsejasen, hacer cesar los efectos del acto (62). En resumen, puede decirse que lo característico de las cláusulas accesorias o elementos accidentales del acto administrativo estriba en que, como resultado de su inserción, los efectos jurídicos del acto son más limitados o más extensos de los que normalmente hubiese producido.

En general, cabe afirmar que estas cláusulas accesorias, cuando no están expresamente determinadas por la Ley, sólo entran en juego cuando la Administración actúa haciendo uso de sus poderes discrecionales. Así es que un acto cuya emisión es obligatoria según la Ley y cuyo contenido está por ella predeterminado, no puede ser sometido por la Administración a las modalidades de que tratamos. Lo contrario entrañaría un vicio de nulidad relativa, acusable por el particular aun en el

jurídicos que normalmente, *ex lege*, se le aparejan», op. cit., pág. 212); e) Otros elementos accidentales de menor importancia y atípicos y que, desde el punto de vista de los efectos que producen en relación con los administrados, pueden agruparse en la siguiente clasificación: a') Exclusión de un efecto que consiste en el nacimiento de un derecho; b') Exclusión de un efecto consistente en la modificación de un derecho; c') Exclusión de un efecto consistente en la extinción de un derecho; d') Extinción de un efecto consistente en el nacimiento de una obligación; e') Extinción de un efecto consistente en la modificación de una obligación; f') Extinción de un efecto consistente en la extinción de una obligación (op. cit., págs. 225 a 228).

Entre los elementos del segundo grupo (cláusulas A) incluye LUCIEREY los siguientes: a) El término inicial, cuando anticipa el momento de producción de los efectos jurídicos del acto, y el término final, cuando retrasa el momento de cesación de efectos; b) El modo; c) Otros elementos de menor importancia, cuya clasificación puede hacerse con criterios análogos al apartado e) del grupo anterior (op. cit., páginas 235 a 268).

(62) Naturalmente, cuando el acto administrativo sea por sí mismo revocable, la cláusula de reserva de revocación carece de sentido, pues entonces la revocabilidad entra como elemento natural del acto. Vid. FORSTHOFF, op. cit., págs. 174 y 175. Para STASSINOPOULOS, reserva de revocación se da en aquellos casos en que, sometido a condición resolutoria un acto administrativo, y una vez cumplido el hecho condicionante, los efectos resolutivos no se producen, sin embargo, hasta tanto la Administración interviene para declararlos. Así, pues, la diferencia entre un acto condicional y un acto «bajo reserva de revocación» consiste en que el primero deja de existir automáticamente desde que la condición resolutoria se cumple, mientras que lo segundo no sucederá sino después de una revocación formal realizada por la Administración. Cuando la reserva de revocación no está ligada a un hecho determinado (lo que sucedería, por ejemplo, con la fórmula «el acto podrá ser revocado en cualquier momento»), se asemeja mucho a la condición resolutoria potestativa; pero no tiene resultados idénticos, porque, a pesar de la generalidad de la reserva, la Administración no podrá revocar el acto por razones arbitrarias, sino en interés del servicio. (*Traité...*, cit., pág. 93).

caso de que hubiese habido un inicial consentimiento suyo (63). En el caso, en cambio, de que la Administración actúe discrecionalmente, la única limitación de imposiciones de cláusulas accesorias vendría dada por la regla general de que éstas no fuesen contra el interés público. Se comprende así que el terreno propicio, por ejemplo, para las cargas modales sea el de los actos administrativos que favorecen graciosamente a un particular (64).

Se trata ahora de saber las consecuencias que la existencia de cláusulas accesorias ilegales produce. Dos soluciones pueden arbitrarse: 1.ª Que la cláusula accesoria se considere como no puesta, por ilegal, permaneciendo válido el acto administrativo; 2.ª Que se considere que la ilegalidad de la cláusula determina la ilegalidad del acto administrativo (65).

La primera solución debe considerarse como normal, habida cuenta de que las dichas cláusulas no constituyen contenido natural, sino simplemente eventual o accidental, de los actos administrativos: el acto administrativo puede seguir existiendo, aun suprimiéndolas. Sobre todo, ésta es la solución que debe admitirse en el caso de que el contenido del acto administrativo y la obligatoriedad de su emisión estén reglados por la Ley: *utile per inutile non vitiatur*.

(63) STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 94.

(64) Al conceder ciertas subvenciones cuya distribución realiza la Administración discrecionalmente, existe la posibilidad de que imponga una carga modal a los favorecidos; por ejemplo, la carga a un Colegio de enseñanza privada subvencionado de que reserve determinadas plazas para alumnos gratuitos. Precisamente hay quienes, como PUCLATTI, han negado la aplicabilidad al Derecho administrativo del concepto de *modo*, argumentando así: en la teoría del negocio jurídico la aplicación del modo tiene lugar en el campo de los actos a título gratuito; es así que actos administrativos «a título gratuito» no existen, luego la doctrina del modo es inaplicable a ellos. A esto ha contestado con razón LUCIFREDI que la traslación al Derecho público de conceptos previamente acuñados por el privado determina su aplicación no tanto a situaciones idénticas cuanto paralelas. Es lo cierto que existen una serie de categorías de actos administrativos que, aunque a ellos no conviniera la calificación de *gratuitos*, tienen por efecto una ampliación de la esfera jurídica del particular, autorizaciones, concesiones... Pues bien: en estos casos la Administración puede imponer, al dictarlos, ciertos cargos que, por otra parte, no tienen carácter condicional (*L'atti amm...*, cit., págs. 236 a 239). Resulta extraño que LUCIFREDI, al tratar de los actos administrativos en que más clara aparece la nota de la liberalidad, se refiere a las autorizaciones (op. cit., pág. 241, nota 153) —cuestión dudosa si se tiene en cuenta que, en muchos casos, existe un derecho a la autorización— y omita, en cambio, la referencia a las subvenciones.

(65) STASSINOPOULOS, pág. 96.

Con todo, la doctrina admite que hay casos en que la ilegalidad de la condición o el modo pueden invalidar, tratándose de actos discrecionales, la totalidad del acto. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la condición o la carga constituyen la razón principal motivadora de la emisión del acto (66). La razón está en que en estos casos la cláusula accesoria se convierte en *causa* (elemento esencial, por tanto) del acto administrativo, por lo que su ilegalidad vicia sustancialmente el acto. Anular en estos casos las cláusulas accesorias significa privar de causa al acto total (67).

8.—El examen de la estructura del acto administrativo nos descubre la existencia de un nuevo elemento: la causa (68). Una vez más la doc-

(66) STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 96. El ejemplo que pone este autor es el siguiente: Si la concesión de excedencia a un funcionario se hace depender de su conducta futura, es nula.

En este mismo sentido se expresa LUCIFREDI: «...cuando menos, en el caso de un acto discrecional que la Administración haya creído poder dictar sólo modificando notablemente su contenido normal, la invalidez de tal modificación debe aparejar la invalidez de todo el acto. Si la Administración ha entendido que sólo la inclusión en el acto de aquel contenido puede garantizar los intereses públicos de que es guardiana, si, por consiguiente, ha considerado inadecuado o inoportuno el acto en su contenido normal, no es posible atribuirle la paternidad del acto reducido a su contenido normal, no es posible decir que se ha servido de su poder discrecional para querer un tal acto. De aquí la imposibilidad, cuando menos en estos casos, de considerar con vida lo que queda del acto después de la amputación de las prescripciones ilegítimas en él incluídas» (op. cit., pág. 362).

(67) Supongamos, continuando con un ejemplo utilizado anteriormente, que la Administración concede una cuantiosa subvención (disponiendo de los fondos presupuestarios para estas atenciones) a un colegio de enseñanza privada, imponiéndole al mismo tiempo la carga de que dedique el 50 por 100 de sus plazas a matrículas gratuitas. Si existe una Ley general en la que se ordena que el máximo de plazas gratuitas que pueden exigirse en cualquier caso por la Administración a los Centros de enseñanza privada es el de 25 por 100, hay motivo para pensar que la carga impuesta por la Administración en este caso sea ilegal. Ahora bien, al impugnar la cláusula se anularía la totalidad del acto administrativo de subvención, ya que cuando la Administración se decidió a conceder una tan grande subvención lo fué precisamente para conseguir el efecto práctico (por otra parte, no contrario al interés público) de que en aquel Centro aumentasen de forma considerable las plazas de alumnos gratuitos. Como en estos casos la Ley que autoriza la subvención suele dejar a la Administración un amplio poder discrecional para apreciar la oportunidad de su otorgamiento, es lícito que la Administración señale, en principio, requisitos que, en este sentido, se convierten en la justificación causal del acto de subvención, en su «porqué».

(68) De la literatura jurídica sobre la causa en Derecho administrativo, aparte de los Tratados generales que después se citarán, deben destacarse: PHILIBERT, *Le but et le motif dans l'acte administratif*, París, 1931; VEDEL, *Essay sur la notion de*

trina del Derecho administrativo ha procedido de acuerdo con la pauta marcada previamente por el Derecho privado.

Se distingue por los privatistas entre «causa jurídica» y «causa natural»: la primera, que se denomina también causa inmediata, es el fin al que se dirige todo acto administrativo de una determinada especie, por lo que su carácter es objetivo y varía de una a otra categoría de actos; la segunda, o causa remota, se identifica con los motivos y es el fin particular que el agente se propone dictando el acto, por lo que predomina el carácter subjetivo y varía de uno a otro acto, incluso entre los de la misma especie (69).

En la aplicación de la doctrina de la causa al Derecho administrativo deben distinguirse varias posturas:

a) Para algunos no ofrece ninguna dificultad la aplicación pura y simple al acto administrativo de la doctrina de la causa tal como ha sido elaborada con vistas al negocio jurídico de derecho privado. Así, ZANOBINI (quien, por cierto, entiende que la causa no es elemento esencial del acto administrativo o del acto jurídico en general, sino requisito de la voluntad, es decir, un modo particular de actuar de ésta), aplica la distinción entre causa jurídica y causa natural, antes referida, a los actos administrativos. La causa consiste así en el efecto práctico determinado de cada acto administrativo: la concesión produce el efecto de hacer surgir en el concesionario un nuevo derecho, mientras la orden de policía produce el efecto de limitar la libertad de un particular y el nombramiento de un funcionario determina la constitución de una relación de servicio entre Administración y particular. Esto ocurre siempre así en los actos de cada especie jurídica; en cambio, la causa remota o motivo es variable: la concesión puede hacerse en consideración a las

cause dans le Droit administratif, París, 1934; FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, en «*Foro Italiano*», vol. I.VII, 1932, tomo III, pág. 289; BODDA, *Opinioni sulla causa nell'atto amministrativo*, en «*Studi in onore di SANTI ROMANO*», volumen II, pág. 59; ALESSI, *In torno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, 1934; GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942.

(69) ZANOBINI, *op. cit.*, vol. I, págs. 190 y 191. El ejemplo que pone este autor es el siguiente: en la compra-venta la causa jurídica de la obligación del comprador es la adquisición de la cosa, mientras la del vendedor es conseguir el precio; en cambio, los motivos de las partes en dichos contratos pueden ser los más diversos: la cosa puede adquirirse para volver a venderla, para arrendarla, para usarla directamente, para regalarla, etc., etc.; mientras que el precio puede emplearse en una inversión capitalista, como medio de extinguir un préstamo, para adquirir subsistencias, etc., etc.

dificultades que ofrece la gestión directa o en consideración a la existencia de medios técnicamente más perfectos que posean los particulares; la orden de policía puede tener por fin hacer cesar un daño real y presente, o prevenir un daño futuro (70), etc.

Las diferencias con el Derecho privado aparecen únicamente al examinar la causa remota o motivo. Dada la diferencia existente entre la libertad de los particulares y la discrecionalidad de la Administración pública, debe afirmarse que, mientras los motivos son normalmente irrelevantes en Derecho privado, en Derecho público deben ajustarse (y esto es requisito de validez del acto) al interés general (71).

La falta de un tratamiento diferenciador entre causa y motivos del acto administrativo es normal en los autores que pueden incluirse en este grupo. Todo deriva de la ya aludida distinción entre causa inmediata y causa mediata (72), lo que, combinado con la separación entre el motivo *último* y los motivos *remotos*, conduce a la interdependencia conceptual entre las dos nociones. Esto está claro en FORTI, quien, considerando que toda volición es el resultado de una cadena de motivos, llega a la conclusión de que «la causa es el motivo último, es decir, aquel que inmediatamente precede al acto volitivo y le da su calificación jurídica» (73).

(70) Op. cit., pág. 191. Los ejemplos de este autor no resultan en absoluto convincentes. Sin prejuzgar por ahora hasta qué punto la teoría de la causa en Derecho administrativo debe ofrecer peculiaridades respecto al Derecho civil, es lo cierto que cuando se dice que la causa de la obligación del comprador en la compra-venta está en la adquisición de la cosa, se está apuntando a la razón determinante que justifica la situación del comprador como obligado a pagar el precio. Ahora bien, cuando ZANOBINI dice que la causa de la concesión está en hacer surgir en el concesionario un nuevo derecho, o que la causa de la orden de policía está en limitar la libertad de un particular, se está diciendo algo muy distinto y, desde luego, bastante menos exacto. Porque no puede pensarse que la razón determinante de la actividad administrativa cuando dicta una orden de policía, es decir, el *porqué* de esa orden, está en la limitación de la libertad particular. Esto último es en lo que el acto consiste, o sea, su *contenido*. La causa hay que buscarla por otra parte.

(71) ZANOBINI, op. cit., pág. 191.

(72) La difusión de este distingo en Derecho administrativo se debe posiblemente a CAMMEO, y puede comprobarse, con la señalada consecuencia del tratamiento conjunto de causa y motivos, en FRAGOLA, op. cit., págs. 27 y ss.

(73) *Lezioni...*, cit., pág. 154. Confundir la causa con el motivo subjetivo significa, necesariamente, confundir la causa con el fin. El propio FORTI declara a continuación que la causa es «el fin del negocio». Justamente nuestra posterior argumentación se dirigirá a hacer ver que causa y fin responden a exigencias conceptuales distintas, y que, por consiguiente, son elementos diferenciables en el acto

b) Para otros, la teoría de la causa no tiene razón de ser en Derecho administrativo. GIANNINI entiende que, incluso en el Derecho privado, es discutible la teoría de la causa, y que sería preferible hablar del nexo causal entre voluntad y objeto; pero, desde luego, en relación con los actos administrativos, se debe negar sin más la posibilidad de trasladar o de aplicar el concepto de causa. La razón de esta afirmación se encuentra en que el acto administrativo es típico en cada uno de sus elementos, lo cual quiere decir que el contenido de la voluntad está en conexión necesaria con los motivos y los presupuestos, pues que en ellos encuentra su condición (74).

Asimismo, ALESSI somete a crítica la doctrina de la causa. Para él lo característico de las distintas teorías consiste en el dato común de que con la idea de causa se trata de lograr la adaptación del acto administrativo al interés público a través de los elementos constitutivos de aquél. De esta forma, dice, se olvida que el interés público en el esquema de la legalidad jurídico-administrativa no significa sino un término de comparación *extrínseco* al acto mismo y ofrecido por la norma jurídica a los efectos de limitar desde el punto de vista sustancial (y en garantía, tanto del interés público como de los derechos de los particulares) la potestad de acción de la Administración pública. Así como el respeto a las prescripciones formales constituye la condición de la *legalidad formal* del acto administrativo, así la conformidad con el interés público constituye la condición de su *legalidad sustancial*. El interés público se convierte así en límite (pero límite positivo) de la actuación administrativa. Esto, desde luego, no tiene nada que ver con la doctrina de la causa de Derecho privado, que no es aquí aplicable (75).

administrativo. De momento, nos interesa sólo señalar que FORTI discute la postura de CARNELUTTI, para quien por causa debe entenderse el *interés* que el acto tiende a satisfacer, añadiendo que *interés* y *fin* son nociones que no coinciden. La crítica de FORTI puede resumirse en las siguientes palabras: «Se puede considerar justificado que se hable de interés para explicar qué sea la causa del contrato (o de los negocios en general); pero no porque esta noción se pueda distinguir de la de fin, ni, mucho menos, porque pueda contraponérsele, sino por la razón opuesta de que el interés se identifica con el fin, en lo que comúnmente se hace consistir la causa (op. cit., pág. 158). Finalmente, debemos añadir que para FORTI la causa solamente se da en los actos administrativos que tienen carácter de negocios jurídicos. Un certificado, por ejemplo, expedido por la Administración es obvio que produce sus efectos con independencia de los motivos que movieron a la Administración a redactarlo (op. cit., págs. 161 y 162). Contra ZANOBINI, op. cit., pág. 191.

(74) GIANNINI. *Lezioni...*, cit., págs. 316 y 317.

(75) ALESSI. *Sistema istituzionale...*, cit., págs. 260 y 261.

También se omite la referencia a la causa en DE VALLÉS. Este autor habla, en cambio, de los *presupuestos* jurídicos de la voluntad como «aquellas circunstancias en vista de las cuales la Ley prescribe que la persona jurídico-pública pueda actuar». Así, por ejemplo, para anunciar un concurso es presupuesto determinante la existencia de vacantes: y lo es la peligrosidad de un edificio para ordenar su clausura. Son éstos los motivos —añade DE VALLÉS— que más se aproximan a la causa (76).

c) A nuestro juicio, los dos grupos de teorías que se acaban de examinar pecan, el primero, por defecto, y el segundo, por exceso. Pecan por defecto quienes aplican sin más al Derecho administrativo la teoría de la causa elaborada por el Derecho privado; por exceso de diferenciación, quienes se niegan a admitir la existencia en aquel campo de una noción, al menos, paralela a la del civil.

Está claro que la teoría de la causa en Derecho administrativo no puede desconocer, desde su planteamiento inicial, las peculiaridades que el acto administrativo ofrece, una de las cuales es que, mientras la teoría de la causa en Derecho civil se ha construido contemplando fundamentalmente los negocios jurídicos bilaterales que son los contratos, en cambio, el acto administrativo es unilateral (77); otra, que mientras en Derecho privado la actuación de los particulares es libre y espontánea dentro del campo de lo lícito, en Derecho Administrativo actúa como condicionante de la actividad administrativa, incluso de la discrecional, la noción de interés público. Esto último nos va a servir desde ahora para descubrir la existencia en el acto administrativo de un nuevo elemento, autónomo, respecto de la teoría del Derecho privado: el fin. De él trataremos en su momento oportuno, pero válganos ahora la referencia para entender rechazadas cuantas teorías sobre la causa se monten precisamente sobre la determinación de la adecuación entre el acto administrativo y el interés público, que es su fin (78).

(76) *Elementi di Diritto amministrativo*, Florencia, 1937, pág. 195.

(77) Ya FORTI ha puesto de relieve la trascendencia que, incluso desde el punto de vista del Derecho privado, significa el hecho de que el pacto sea contractual o unilateral (op. cit., págs. 159 y 160). SAYAGUES, *Tratado...*, cit., pág. 446.

(78) Demuestra esta afirmación la simple consideración del hecho de que la doctrina de la causa debe corresponder (de aquí la identidad de la terminología), aun salvando las distancias, a elementos del negocio jurídico conocidos por el Derecho privado. Ahora bien, ya hemos dicho que la consideración del fin es típica del Derecho administrativo.

Por otra parte, las teorías que antes hemos incluido en el grupo b) pecan por exceso desde el momento en que llégan al extremo de creer inaplicables al acto administrativo la doctrina de la causa. Si nos fijamos en que algunos de aquellos autores explican con la noción de «presupuestos» lo que para nosotros constituye la causa, podríamos muy bien concluir que todo se reduce a un puro problema terminológico. Pero con todo, defendemos la aplicabilidad del concepto de causa por las razones que siguen a continuación.

Lo característico de la causa en Derecho privado no es tanto el *efecto práctico* que con el negocio jurídico consiguen las partes, como se afirma por muchos, cuanto que ella constituye la razón justificadora de la obligación de cada una de las partes. Si se dice que la causa de la compraventa consiste, para el vendedor, en conseguir una suma de dinero como precio por la cosa, se dice, desde luego, algo que es cierto; pero por el argumento fundamental de que el tal *efecto práctico* (conseguir la suma de dinero) constituye simultáneamente la razón objetiva que justifica su obligación de entregar la cosa. Dado el carácter peculiar de los actos administrativos, la coincidencia entre efecto práctico y causa no se da. El error de los ejemplos ofrecidos por ZANOBINI y a que antes hemos aludido estriba precisamente en esto, pues si es cierto que el efecto práctico que se consigue con una concesión administrativa es hacer nacer una serie de nuevos derechos en el concesionario, no lo es, en cambio, que en esto consista la causa jurídica del acto de concesión.

Las cosas se presentarán, en cambio, de manera diferente si ahora, al tratar de los actos administrativos, nos preguntamos por la razón justificadora de cada uno de ellos, o sea por la circunstancia que justifica, en cada caso, que un acto administrativo se dicte.

La determinación del elemento que investigamos vendría entonces dada por la contestación de la pregunta: «¿porqué?», y, justo es reconocerlo, el término «causa» resulta aquí el adecuado.

Resulta así que una serie de circunstancias de hecho se integran como elementos del acto administrativo a través de la noción de causa (79).

(79) Fué HAURIUO quien, comentando la jurisprudencia del Conseil d'Etat, utilizó la noción de causa para lograr la integración de los presupuestos fácticos como elementos del acto administrativo. De esta forma se lograba la transformación del llamado error de hecho en error de derecho y la equiparación de la falsificación de los hechos a la violación de la ley. Para HAURIUO «la causa jurídica de un acto es el elemento de hecho que determina la categoría de la situación que postula la

Por ejemplo, la causa de una sanción disciplinaria está en la comisión efectiva de la falta; la causa de la orden de demolición de una finca ruinoso, en el estado de ruina; la de la jubilación de un funcionario por imposibilidad física, en la situación de imposibilidad física; la del traslado voluntario de un funcionario de una a otra plaza, en la existencia de esta última como vacante y en la solicitud del interesado, etc. etc. Como se ve, la comprobación de la causa ha de consistir normalmente en la constatación o apreciación de un hecho o de un estado de hecho (80),

realización del acto». Así se deduce que la jurisprudencia establecida por el Conseil d'Etat en las tres siguientes decisiones: *arrêt Trépont* (de 20 de enero de 1922), *arrêt Blanchart* (de 23 de marzo de 1923) y *arrêt Lefranc* (de 22 de julio de 1926). En el primero de ellos se trataba de una solicitud de retiro, en el cual la solicitud desempeñaba el papel de causa jurídica del acto administrativo que lo concediese; faltando la petición, este último hubiese sido un acto administrativo sin causa. En el asunto BLANCHART se trataba igualmente de un Decreto en el que se decía que el recurrente había sido trasladado a petición propia a otras funciones; como en realidad tal traslado faltaba, la causa jurídica era inexistente. Finalmente, en el asunto LEFRANC se trataba de un funcionario licenciado por supresión del empleo; la licencia por supresión del empleo es una categoría conocida y la supresión del empleo juega como causa jurídica del licenciamiento; pero, en realidad, el empleo no había sido suprimido, puesto que algunos días después el interesado era reemplazado por otro funcionario; por consiguiente, hecho materialmente inexacto y causa jurídica inexistente. Se deduce de todo esto que la teoría de la causa jurídica no puede ser confundida con la de los motivos que sirven de base al «détournement de pouvoir» (*Precis de Droit administratif*, 1927, pág. 430 y nota 1).

Un examen de esta misma jurisprudencia y la discusión acerca de si la revisión de los hechos por el Conseil d'Etat supone la admisión de un nuevo supuesto de apertura del recurso por exceso de poder, en R. VIDAL, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en «Rev. de Droit Public», abril-junio 1952, págs. 287 y ss.

(80) La importancia de estos elementos fácticos como elementos jurídicos del acto administrativo no podía pasar desapercibida a la doctrina, aun prescindiendo de la utilización de la noción de causa. Así, BONNARD habla en este caso de los motivos del acto administrativo como de su razón de ser, apareciendo así un «motivo objetivo» junto al subjetivo antes examinado (*Précis élémentaire de Droit administratif*, 1940, pág. 29). En el mismo sentido se acepta el concepto por ROYO-VILLANOVA, que incluso utiliza ejemplos análogos a los ofrecidos por nosotros en el texto, pero hablando de *motivos* (*Elementos de Derecho administrativo*, 23.ª ed., tomo I, página 107). Igualmente SAYAGUÉS habla de causa o motivo, aunque prefiriendo esta última denominación, con referencia a «las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo» (*Tratado...*, cit., pág. 447).

En materia de expropiación forzosa, nuestro Derecho vigente (Ley de 16 de diciembre de 1954) reconoce el juego del elemento *causa* a través de la institución de la reversión al particular de los terrenos que se le expropiaron y no fueron utilizados en la obra pública proyectada, o ésta no se realizase (art. 54 de la Ley). En efecto, en la expropiación, la causa viene dada por la efectiva necesidad que

con lo que se viene a resolver el problema jurídico de por qué y en qué medida las jurisdicciones revisoras pueden entrar en el examen de los hechos determinantes de una decisión administrativa (81). De aquí las dos clases de error fáctico que pueden viciar la causa del acto administrativo: falsedad en los hechos y apreciación errónea de los hechos.

a) La falsedad de los hechos no plantea más problema que el de su probanza; pero, probado el error, el acto administrativo debe declararse viciado. Así, si resulta que se nombró un funcionario para una vacante *que no existe*; o se dió traslado *voluntario* al funcionario *que no lo solicitó*; o se sancionó por falta que está probado *que no se cometió*, etc. En estos casos, la comisión del error tiene los mismos efectos que la violación de la Ley (82).

la Administración tiene de un bien de propiedad particular; el fin, en cambio, consiste en la posibilidad de realizar una obra pública, establecer una empresa pública o, genéricamente, satisfacer un interés público o social. Si la Administración declarase (en el supuesto de que esta declaración sea de la competencia de órganos administrativos) el interés público o social sin que éste existiese efectivamente (por ejemplo, con el fin de apoderarse de una finca particular para recreo de los funcionarios), el acto expropiatorio estaría afectado de vicio en cuanto al fin (desviación de poder o «*detournement de pouvoir*»); si la Administración ocupase bienes no necesarios al fin de la expropiación, o ésta se hiciese innecesaria por no realización de obra o porque la realización de ésta demostró que tales bienes no tenían por qué ser expropiado, el vicio será de la causa. Pues bien, así como nuestro Derecho hace imposible la fiscalización de la apreciación discrecional que la Administración hace del fin, ciertos supuestos de falta de causa son acusables —como se ha dicho— a través de la reversión.

Ha de observarse que cuando ordinariamente se habla de la expropiación forzosa por *causa* de utilidad pública o por *causa* de interés social, no se está aludiendo al anterior sentido técnico de la expresión (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación forzosa*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», mayo-junio 1955, págs. 257 y ss.)

(81) Vid. nuestro trabajo *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 13, enero-abril, 1954, pág. 151.

(82) STASSINOPOULOS, *Traité...*, cit., pág. 175.

La teoría de lo que los alemanes denominan «actos administrativos necesitados de coadyuvante» (FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1950, págs. 170 y ss.) debe ser tenida aquí en cuenta a los efectos de la validez de aquellos actos administrativos en que falte el requisito de la intervención particular. Debe recordarse que a partir de OTTO MAYER, que puso el centro de gravedad de la validez de los actos administrativos en el obrar del Estado, resultaba difícil explicar la intervención de los particulares. W. JELLINEK tuvo que recurrir a la extraña terminología (extraña dada la unilateralidad de los actos administrativos) de los actos administrativos bilaterales. Véase, sin embargo, cómo todo se reduce, de acuerdo con lo

b) Cuando se trate de la apreciación y subsiguiente calificación de unos hechos, entonces la posibilidad de que el error pueda ser fiscalizado por una jurisdicción revisora depende del grado de discrecionalidad que a la Administración haya sido concedido para realizar tal apreciación (83).

que se dice en el texto, a entender que estos actos administrativos exigen como uno de sus presupuestos fácticos la existencia de una manifestación de la voluntad del particular en un determinado sentido. Así, en el acto administrativo que concede el retiro *voluntario* a un funcionario, los efectos jurídicos se producen única y exclusivamente por voluntad de la Administración: ahora bien, para que el acto administrativo sea válido, hace falta que cada uno de sus elementos sea regular, entre ellos la causa; y faltaría la causa si no hubiese precedido la petición de retiro por parte del funcionario.

Debe advertirse que no toda intervención del particular a los efectos de condicionar la validez de los actos administrativos tiene lugar a través del elemento causal. Vid. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel Diritto amministrativo*, 1931, y nuestro trabajo *El negocio jurídico del particular en el Derecho administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, enero-abril 1950, págs. 117 y siguientes.

(83) En este punto debemos remitirnos, por tanto, a cuanto hemos dicho acerca de la fiscalización de las facultades discrecionales de la Administración.

La jurisprudencia española ha venido abriendo una brecha cada vez más considerable en el vago principio de que sólo a la Administración compete la facultad de apreciar los hechos o elementos fácticos que sirven de causa a los actos administrativos. Ciertamente que los errores de hecho evidentes no han quedado nunca sustraídos al análisis de los Tribunales. Pero cuanto suponía un juicio de valoración sobre los hechos se entendía tradicionalmente como competencia privativa de la Administración pública. No se deduzca, sin embargo, de lo anterior que la jurisdicción revisora haya intentado en España, ni mucho menos, apropiarse puntos de vista y competencias que son privativas de la Administración pública. Simplemente señalamos que se ha producido un avance en la materia que, en los momentos presentes, se refleja en los siguientes principios: 1.º La jurisdicción revisora es competente para apreciar si los hechos que se imputan a un funcionario expedientado están o no *probados* en el expediente, y es más, si la calificación como falta grave de los mismos está debidamente realizada (sentencia de la Sala 4.ª, de 28 de enero de 1955). Sin embargo, en esta misma materia, el T. S. respeta la libertad de la Administración para, una vez calificada la falta, elegir entre las sanciones más o menos graves que para castigarla permite la Ley (sentencia de la Sala 4.ª de 18 de noviembre de 1953).

2.º En contraste con lo anterior, la jurisdicción de agravios ha declarado que las facultades atribuidas a la Administración para certificar sobre la buena conducta observada por los particulares (en sus aspectos social y político) son discrecionales, por lo que en este punto la jurisdicción revisora no puede revisar el punto de vista mantenido por la Administración activa (O. de la Pr. de 25 de octubre de 1951; «B. O.» de 8 de noviembre).

3.º La jurisprudencia ha declarado también reiteradamente la imposibilidad de que la jurisdicción revisora fiscalice los *criterios técnicos* utilizados por la Administración activa al dictar un acto administrativo; así, resultaría imposible que un

9.—Quedan aún dos cuestiones por examinar en relación con el problema de la causa. En primer lugar, el error de hecho de que se está tratando no debe calificarse jurídicamente como vicio de la voluntad. Es evidente que, en muchos casos, podría aducirse también, a los efectos de demostrar el vicio del acto administrativo, que la Administración procedió con un conocimiento erróneo del asunto (incluso, pudiera ser, inducida al error por el propio particular que se benefició del acto), pero lo interesante es subrayar que el vicio se produce por el simple dato del error fáctico y con independencia del conocimiento que de dicho error tenga la Administración pública. Así, para anular un nombramiento de funcionario para una plaza que estaba cubierta, no es necesario demostrar que la Administración padeció un error (vicio de la voluntad); basta con comprobar que la plaza estaba efectivamente cubierta.

En segundo lugar, debe resolverse lo relativo a si el vicio en la causa da lugar a nulidad absoluta o a simple anulabilidad del acto administrativo viciado. Hay fundamentalmente dos razones que pudieran hacer creer, habida cuenta de los efectos propios que a la nulidad y a la anulabilidad se asignen, que la causa viciada produce la nulidad absoluta del acto administrativo afectado. Estas dos razones son las siguientes: En primer lugar, la existencia del error de hecho viene a quebrar en ocasiones la firmeza del acto administrativo en relación con la Administración. En efecto, sabido es que cuando la Administración dicta un acto administrativo declaratorio de derechos queda vinculada respecto de él: estos actos administrativos son irrevocables (84). Si el acto es ilegal y además lesionó intereses económicos de la Administración, la única po-

aspirante a la función pública impugnase una oposición o un concurso en que hubiese tomado parte, pretendiendo la anulación de los nombramientos realizados por alegar que no se han apreciado debidamente sus propios méritos y su preparación específica para el cargo (O. de la Pr. de 10 de noviembre de 1951), «B. O.» del 23». En cambio, en otros casos se ha admitido que el contenido de un dictamen técnico sea discutible y, por ende, revisable ante la jurisdicción revisora. El caso más notable que, a estos efectos, ofrece nuestra jurisprudencia es seguramente el relativo a los expedientes de declaración de fincas ruinosas, de carácter contradictorio y en los que, junto al informe técnico del arquitecto municipal, se tienen en cuenta los dictámenes aportados por los peritos de los inquilinos (sentencias de la Sala 4.ª del T. S. de 24 de febrero y de 26 de diciembre de 1954).

(84) Cualquiera que sea la opinión que nos ofrezca este principio, es lo cierto que constituye una regla en el Derecho administrativo español. Vid. una crítica a fondo del mismo en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 15, septiembre-diciembre 1954, páginas 109 y ss.; GUAITA, *El proceso de lesividad*, Barcelona, 1953.

sibilidad de acusar sus vicios queda reservada al llamado proceso de levisidad en el que la Administración aparece extrañamente como recurrente contra sus propios actos. Pues bien, esta imposibilidad que tiene la Administración de revocar sus propios actos cuando son creadores de derechos a favor de terceros hace excepción cuando se trata de un acto afectado por un error material o de hecho. Esta regla ha sido sancionada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (85), e igualmente por la de agravios en relación con las cuestiones de personal (86).

En segundo lugar, la existencia del error de hecho puede quebrar también la firmeza del acto administrativo en relación con los particulares, en cuanto posibles recurrentes. Sabido es que cuando los recursos procedentes no se utilizan dentro del plazo pertinente el acto administrativo se hace firme y, consiguientemente, inimpugnable. Pues bien, como excepción, los reglamentos de procedimiento administrativo de los distintos Ministerios admiten la posibilidad de un recurso extraordinario de nulidad o revisión utilizable precisamente contra actos firmes. El fundamento de este recurso estriba justamente en que dicho acto firme haya sido acordado con evidente error de hecho (87).

(85) Así lo afirman, entre otras, las sentencias del T. S. de 20 de mayo de 1936 y 5 de marzo de 1945.

(86) La O. de la Pr. de 10 de noviembre de 1951 («B. O.» del 20), resolutoria de agravios, declaró que, «según tiene declarada esta jurisdicción, entre otras ocasiones, en el acuerdo resolutorio del recurso de agravios formulado por don R. H., aprobado por el Consejo de Ministros con fecha 23 de mayo de 1950, la Administración puede volver sobre sus propios actos, aun después del plazo de cuatro años que se establece en la Ley de 22 de junio de 1894, siempre que se trate de rectificar simples errores materiales que no impliquen modificación de criterios en la interpretación y aplicación de las normas pertinentes». Asimismo, la O. de la Pr. de 28 de enero de 1952 («B. O.» de 3 de febrero) afirma que «un simple error de hecho es en cualquier momento rectificable».

(87) La O. M. de 3 de diciembre de 1947, que aprueba el texto refundido sobre tramitación de recursos en el Ministerio de Educación Nacional, regula, en su número 10, un recurso de nulidad que podrá interponerse contra *resolución firme* en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere dictado la resolución con evidente y manifiesto *error de hecho* que afecte decisivamente a la cuestión de fondo. b) Cuando, después de dictada, se recobren y presenten documentos con valor y eficacia bastantes para determinar una resolución distinta a la recurrida. c) Cuando, ésta se hubiese fundado en documentos declarados *falsos* judicialmente. d) Cuando, de haber intervenido testigos cuyas declaraciones hubieran sido decisivas para la resolución tomada, aquéllos hubiesen sido condenados *por falso testimonio* por los Tribunales españoles. e) Cuando la resolución recurrida se hubiese dictado injustamente en virtud de cohecho, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta.

De análoga manera, el Reglamento de procedimiento administrativo en el Minis-

No obstante, y esto es una consecuencia de la cautela con que los supuestos de nulidad absoluta deben admitirse en Derecho administrativo, las conclusiones a que parece llegarse con lo anterior deben ser corregidas en virtud de las consideraciones siguientes :

1.^a En aquellos casos en que el supuesto de hecho en que la causa consiste venga dado por un acto voluntario del particular que se relaciona con la Administración, debe entenderse que el transcurso del plazo de utilización de recursos propio de los actos anulables sin que ningún recurso se haya utilizado, significa aquiescencia del particular (88).

2.^a La posibilidad que la Administración tiene de revocar en cualquier tiempo sus actos declaratorios de derechos afectados por errores de hecho ha sido interpretada por la jurisprudencia con un sentido sumamente restrictivo, hasta el punto de que apenas queda reducido el principio a la subsanación de errores materiales; por ejemplo, cómputo de los años de servicio activo prestados por un funcionario a los efectos de la declaración de su haber pasivo, o a los efectos de su calificación escalafonal, o de su antigüedad para ascender de categoría, etc., etc. (89).

3.^a La posibilidad del recurso extraordinario de nulidad o revisión de que disponen los particulares no es tanto, como pudiera parecer, una posibilidad permanente de recurso, con olvido de los plazos normales, cuanto una *rehabilitación de plazos* por consecuencia de la nueva com-

terio de la Gobernación (Decreto de 31 de enero de 1947) arbitra un procedimiento de revisión contra resoluciones administrativas firmes en las que se dé alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Que sea patente el haberse incurrido al dictarla en manifiesto *error de hecho* que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. 2.^a Que se recuperen documentos de valor esencial para la resolución del asunto *ignorados* al dictarse éste u *ocultados* por persona cuyo interés en el asunto fuera contrapuesto al del reclamante. 3.^a Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados *falsos* por sentencia firme de Juez competente... 4.^a Que la resolución esté dictada como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta que se haya declarado así en virtud de sentencia firme de Tribunal competente. Análoga regulación se encuentra en otros reglamentos administrativos.

(88) Así, si una resolución administrativa destina en *traslado voluntario* a un nuevo puesto a un funcionario que *nunca solicitó tal cosa*, hay que entender que la rigurosidad con que en principio debiera ser tratado este vicio de falta de causa debe temperarse con la consideración de que el funcionario dispone de un plazo suficiente para impugnar tal acto administrativo. Las consecuencias que postularía una nulidad absoluta parece que en este caso no tienen justificación.

(89) El sentido restrictivo a que se alude en el texto puede verse en las sentencias del T. S. de 11 de marzo de 1941 y 5 de marzo de 1945.

probación de los hechos. Pero, transcurridos los nuevos plazos que se rehabilitan, el acto adquiere firmeza definitiva (90).

10.—Así como el elemento causa se determina con la contestación a la pregunta, «¿porqué?», el elemento fin del acto administrativo es la respuesta a la pregunta «¿para qué?». Y así como la realización de actos de Derecho privado por los particulares no responde a exigencias objetivas de la Ley, sino a los motivos extrajurídicos que animan a cada sujeto, en cambio, el acto administrativo se dirige siempre a una finalidad objetivamente determinada: el interés público o el interés del servicio público. En cada acto administrativo, el fin viene dado, pues, por una especial manifestación del interés público (91). Así, por ejemplo, el fin del nombramiento de un funcionario es proveer una vacante; el fin de unas oposiciones, elegir el más apto; el fin de una medida policíaca de orden público, restablecer el orden o evitar su perturbación, etc., etc. (92).

(90) Art. 179 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de la Gobernación y núm. 11 de la Orden Ministerial de Educación Nacional de 3 de diciembre de 1947.

(91) Se comprende, pues, que al examinar este elemento es cuando quepa hablar de los motivos; si se trata del Derecho privado, porque, no existiendo en este campo la idea objetiva de fin, son los motivos los que vienen a ocupar su lugar (a pesar de su falta de relevancia jurídica no suficientemente desvirtuada por los intentos de la conocida doctrina de los *Geschäftsgrundlagen*); si se trata de un acto administrativo porque, dada la idea objetiva de fin, la adecuación a él de los motivos que movieron a dictar el acto, viene justamente a determinar la regularidad o no del acto administrativo.

(92) No hay, por tanto, posibilidad de confundir prácticamente el fin con la causa; en un acto, por ejemplo, que ordena el derribo de una finca ruinoso, la causa consiste en el estado de ruina de la finca; el fin debe ser evitar el peligro que supone que un inmueble en tales condiciones continúe destinado a viviendas. Si el inmueble en cuestión no estuviese en ruinas, faltaría la causa de la resolución; si el derribo se ordenase para perjudicar al propietario o para lograr que éste se liberase de sus inquilinos, se infringiría el fin.

Lo que es dudoso es admitir que el fin sea un elemento interno del acto administrativo; más bien se trata de un requisito extrínseco de legalidad. La discusión, sin embargo, de este punto no entra dentro de los límites de nuestro trabajo, por lo que preferimos obviarla y aceptar una sistemática de elementos del acto administrativo muy frecuentemente admitida. Bástenos señalar que recientemente R. RESTA se ha opuesto a tal consideración y que, consiguientemente, ha negado también que el *accesso di potere* (correspondiente a nuestro concepto de «desviación de poder») pueda tratarse como un vicio del acto administrativo, «dado que los vicios que pueden afectar a un acto administrativo son los vicios comunes a todos los actos y negocios jurídicos, si es verdad —como lo es— que el acto administrativo está gobernado por las leyes comunes a todos los otros actos jurídicos contemplados por

La consagración del fin como elemento esencial del acto administrativo es una consecuencia de los esfuerzos de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés por someter al principio de legalidad la actuación administrativa. Una vez admitidos como motivos de anulación de los actos administrativos la incompetencia y el vicio de forma, se vino a exigir a la Administración pública que utilizase sus poderes precisamente con miras al fin contemplado por la Ley cuando le atribuyó tales poderes. La falta de adecuación entre los móviles que inspiraron la actuación administrativa y el fin, se consideró vicio de nulidad por *détournement de pouvoir*. Junto a la fiscalización externa del acto administrativo, se venía a crear así la posibilidad de una fiscalización de lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de los administradores. Se llegó a decir, aunque con evidente exageración, que una vez admitido este motivo de impugnación, la potestad discrecional de la Administración se convierte en un recuerdo histórico; pues en el ámbito del poder discrecional es donde puede aparecer este vicio (93).

La jurisprudencia francesa proporciona un arsenal de ejemplos en materia de desviación de poder, pudiéndose descubrir este vicio en los siguientes casos: imposición de una sanción más grave por animosidad de la autoridad administrativa hacia el sancionado, o para satisfacer venganzas personales; prohibición del toque de campanas de las iglesias, por razones de sectarismo político o religioso; prohibición de

el ordenamiento» (*La legittimità degli atti giuridici*, en «Riv. Trim. di Dir. Pubb.», enero-marzo 1955, pág. 36). Es curioso observar que para este autor, al no tener encaje el concepto de desviación de poder dentro de la idea de ilegitimidad, se convierte en una noción que no tiene más que un valor procesal, a los efectos del proceso administrativo.

(93) «La desviación de poder («détournement de pouvoir») —dice ALIBERT— es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual le han sido conferidos; o, para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio. La teoría de la desviación de poder es la defensa de la moralidad administrativa. (ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris, 1936, pág. 236). Este mismo autor considera que la admisión de este motivo de nulidad es una lógica consecuencia de la aceptación del vicio de incompetencia.

una procesión del culto católico so pretexto de exigencias del tráfico, por móviles también políticos o religiosos; prohibición de una función de cine a la hora en que estaba anunciado un concierto de la Banda municipal, para lograr mayor asistencia a este último, etc., etc. (94). Como se ve, se trata siempre de una actuación «inspirada por consideraciones ajenas al interés del servicio».

Ahora bien, la jurisprudencia francesa no solamente ha considerado finalidad espúrea (por tanto, ajena al servicio) el interés *personal* del funcionario que actuó en nombre de la Administración, sino que incluso ha considerado casos de desviación de poder cuando se ha buscado un beneficio para la cosa pública, pero que no encaja exactamente dentro de la finalidad estricta de los poderes que se utilizaron; por ejemplo, cuando se utilizan poderes de policía en interés financiero o del patrimonio administrativo (95).

En cualquier caso hay que reconocer que la apreciación de este vicio es sumamente difícil, pues, como es natural, la autoridad que ha actuado por móviles ajenos al servicio se habrá preocupado de enmascararlos convenientemente, o, al menos, de no dar publicidad a sus intenciones. Por otra parte, la jurisdicción con facultades para realizar una investigación de este tipo debe proceder con un tacto exquisito, dado lo delicado de su misión (96).

Queda, finalmente, por tratar lo relativo a la naturaleza jurídica del vicio de desviación de poder. Caben en esta materia las dos siguientes posturas :

a) *La tesis de la moralidad administrativa.*—La desviación de poder supone la subordinación del poder administrativo al bien del servicio,

(94) Vid. ANTONIO SERRA, *El recurso por desviación de poder*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, núms. 8 al 11, 1942, 181 y ss. Vid. ejemplos de *détournement*, según la jurisprudencia, en HAURIOU, *Précis...*, cit., págs. 421 y ss.; DE LAUBADÈRE, *Traité...*, cit., pág. 390; para la jurisprudencia alemana, vid. FLEINER *Instituciones de Derecho administrativo*, trad. esp., pág. 119, por nota.

(95) ALIBERT, op. cit., págs. 242 y ss.; BEURDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier*, París, 1928; CONTELAN, *Le détournement de pouvoir de police dans l'intérêt financier*, París, 1947.

(96) Como dice DE LAUBADÈRE, esta investigación es sensiblemente diferente a la simple confrontación con la regla de Derecho de los elementos objetivos del acto tales como la competencia, la forma o el contenido. Aquí se trata de investigar las intenciones subjetivas del agente público, sus móviles psicológicos (*Traité élémentaire...* cit., 1953, pág. 389).

noción que sobrepasa la de legalidad y que permite restringir el poder administrativo en lo que tiene de más discrecional: los móviles de su actuación. Un simple criterio de legalidad no sería suficiente para lograr la fiscalización de este poder sin anular su espontaneidad; por el contrario, la *moralidad administrativa*, descendiendo con el Juez a los casos particulares, puede lograrlo sin dificultad (97).

b) *Tesis de la legalidad*.—En contraste con la anterior, entiende que la idea de moralidad no es suficiente para explicar las consecuencias jurídicas que este vicio produce. La desviación de poder es pura y simplemente un caso de violación de Ley. Por otra parte, ello supondría limitar el *détournement de pouvoir* a aquellos casos en que el autor del acto administrativo ha obrado con mala intención o de mala fe, lo cual no está de acuerdo con la extensión actual que a este motivo de impugnación concede la jurisprudencia francesa (98). Esta es la tesis que, a nuestro juicio, debe mantenerse. O se admite que la Ley impone a la Administración un fin en el uso de sus poderes, o no; en el primer caso, hay desviación de poder (por consiguiente, vicio del acto administrativo) porque hay infracción de esa Ley; en el segundo, no hay infracción, pero tampoco podría hablarse de desviación de poder. Precisamente en virtud de estas consideraciones entendemos que, sin necesidad de reformas en nuestra actual legislación, que por supuesto no prevé expresamente en parte alguna la posibilidad de impugnar un acto administrativo por desviación de poder, la jurisprudencia podría intentar la elaboración de este motivo de impugnación.

Siendo, como acabamos de decir, un supuesto de ilegalidad, las consecuencias jurídicas de la desviación de poder son la anulabilidad o nulidad relativa del acto administrativo afectado de este vicio.

(97) Es la tesis de HAURIUO, *Précis...*, cit., págs. 419 y 420. Vid., sobre todo, WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929. Podría quizá mantenerse también esta opinión a partir de algunas decisiones jurisprudenciales de los Tribunales ingleses que declaran el principio de que «la autoridad administrativa no puede obrar de mala fe ni obedecer a móviles deshonestos», (TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, 1954, pág. 93).

(98) DE LAUBADÈRE, op. cit., pág. 389. La misma opinión mantiene MARTÍNEZ USEROS (en «Desviación de poder», en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, t. VII, pág. 354), quien afirma que en el supuesto del «*détournement de pouvoir*» la ilegalidad estriba en que el poder se ejercita para no perseguir la finalidad en razón de la cual fué establecido, sino otra distinta.

III.—LOS VICIOS FORMALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

11.—En su acepción estricta, la expresión *forma* se entiende referida al modo de declaración de una voluntad ya formada, actuando como medio de transporte de dicha voluntad del campo psíquico al campo jurídico, a los fines de asegurar su prueba y de permitir el exacto conocimiento de su contenido. En este sentido, el elemento *forma* se opone a los elementos materiales del acto administrativo (99). Pero no hay duda de que, con relación a los actos administrativos, la expresión *forma* abarca también el conjunto de formalidades y trámites a través de los que la voluntad administrativa se configura, esto es, el procedimiento de formación de dicha voluntad (100).

Como nosotros aceptamos este sentido amplio, quiérese decir que habremos de estudiar separadamente :

1.º La forma de integración de la voluntad administrativa o procedimiento administrativo; 2.º La forma de la declaración de la voluntad administrativa.

12.—Que la declaración en que consiste el acto administrativo se forme a través de un *procedimiento*, es el efecto de una doble causa: de una parte, del hecho de que, siendo la Administración una persona moral, su voluntad se forma mediante la actuación de una serie de voluntades correspondientes a los titulares físicos de sus órganos; de otra, del hecho de que, por consecuencia de recientes preocupaciones políticas, se ha tendido cada vez más a una juridización del actuar administrativo. La existencia de esta doble causa ha sido utilizada por algún autor, como FORTI, para montar la distinción entre el acto administrativo y el acto-procedimiento, siendo este último la consecuencia pura y simple de la necesidad en que la Administración se encuentra de utilizar sus órganos internos en el interno proceso de formación de su voluntad (101).

(99) Esta es la acepción defendida por LUCIFREDI, *L'atto amm...*, cit., pág. 18, nota 12.

(100) FORTI, *Lezioni...*, cit., pág. 148.

(101) U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo* en los «Studi di Dir. Pubb. in onore di O. RANELLETTO», t. I, Padua, 1931, págs. 456 v ss. FORTI distingue igualmente entre un procedimiento *interno* (que se identifica con el acto-procedimiento) constituido única y exclusivamente por actos de tramitación producidos por órganos administrativos, y un procedimiento *externo* en el que tienen lugar actos de relación

Interesa señalar, sobre todo, con relación a la segunda de las causas citadas, que el procedimiento administrativo aparece así como un conjunto de formalidades arbitradas, las más de las veces, en garantía del particular (102). Lo cual no debe hacernos olvidar, sin embargo, la segunda de las finalidades perseguidas con este mismo procedimiento: lograr el mayor acierto y eficacia en las resoluciones administrativas (103).

De acuerdo con nuestro Derecho, es, desde luego, posible la configuración de los actos de tramitación procedimental como elementos formales del acto administrativo que resuelve el expediente. De una parte, la jurisprudencia ha afirmado la imposibilidad de impugnar directamente los actos-trámite (104); de otra, el acto administrativo final puede ser impugnado en consideración a los vicios de forma que se hayan cometido

con sujetos de derecho distintos de la Administración actuante. Esta distinción, sin embargo, ha sido criticada por SANDULLI, quien señala que el error de principio en que se basa una teoría de tal género reside en el residuo de una concepción antropomórfica de los entes públicos, refiriendo a un único sujeto todos los llamados actos del procedimiento interno. Ahora bien, se pierde con esto de vista que el único criterio para enjuiciar la materia es el del ordenamiento jurídico, y a este respecto aparece claro que en todo procedimiento se da una sucesión de actividades jurídicamente relevantes, a diferencia de lo que ocurre en el proceso psíquico de la formación de la voluntad, que no interesa al Derecho (*El procedimiento administrativo*, 1940, págs. 97 a 99).

(102) ROYO-VILLANOVA ha podido hablar por eso de *El procedimiento administrativo como garantía jurídica* (en «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, 1949, páginas 55 y ss.).

Esta misma suele ser la dirección de la doctrina y la jurisprudencia francesas; Así, ALIBERT habla de las formalidades administrativas como de «garantías concedidas a los administrados...», contrapartida de los poderes exorbitantes de la Administración» (*Le contrôle...*, cit., pág. 222), y BONNARD ha intentado configurarlas como verdaderos derechos subjetivos a la forma tutelados a favor de los particulares por el Derecho (*Précis de Droit administratif*, 3.ª ed., París, 1940, págs. 95 y 108 y ss.).

(103) Como ha dicho MARTÍNEZ USEROS, «todo formalismo es siempre un instrumento para la eficacia que pasa por la antesala de la desconfianza. El formalismo administrativo se inicia en los mismos orígenes de nuestra ciencia, porque ésta nació como producto de un Estado que desconfiaba de sus poderes» (*Los requisitos de forma de los actos administrativos*, en «Anales de la Universidad de Murcia», Curso 1949-1950, 4.º trimestre). SERRANO GUIRADO ha puesto de relieve cómo la doble finalidad del procedimiento administrativo (garantía de los derechos individuales y garantía de orden en la administración y de justicia y de acierto en sus resoluciones) ha sido debidamente subrayada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 4, enero-abril 1951, págs. 129 y ss.).

(104) Sentencias del T. S. de 12 y 26 de noviembre de 1889 y 2 de junio de 1949; O. de la Pr., en agravios, de 5 de julio de 1952 («B. O.» de 9 de diciembre de 1954).

durante la tramitación del expediente que lo originó (105). Precisamente éste es el significado del «vicio de forma», como motivo de impugnación del acto administrativo, a que se refiere el último párrafo del artículo 1.º del Texto refundido de lo contencioso-administrativo.

Es regla en Derecho administrativo que todo requisito de forma exige un texto legal (Ley o Reglamento) que lo imponga (106), o al menos que tal requisito esté reconocido como principio general del Derecho (107). Esto quiere decir que una enumeración exhaustiva de cuáles son las formalidades procedimentales consagradas por nuestro Derecho, únicamente sería posible tras un detenido y completo análisis de todos nuestros textos legales. Ciertamente que, sin tal propósito agotador, nos vamos a limitar a continuación a examinar las principales.

Pueden distinguirse, en relación con la formación de la voluntad administrativa, las siguientes clases de formalidades: 1.ª Actos emanados de los propios órganos internos de la Administración; 2.ª Actos de los particulares de intervención en el procedimiento administrativo; 3.ª Requisitos de forma para la integración de la voluntad de los órganos administrativos colegiados.

A) Entre los actos emanados de órganos internos de la Administración pública y que se integran en el procedimiento administrativo, deben recordarse los dictámenes o consultas y las propuestas.

a) Los dictámenes o consultas son declaraciones de juicio que emiten determinados organismos técnicamente cualificados de la Administración pública a los efectos de ilustrar la voluntad del órgano de deci-

(105) ALIBERT define el vicio de forma como «la omisión o el cumplimiento incompleto o irregular de las formalidades a las que un acto administrativo está sujeto por las Leyes y Reglamentos» (op. cit., pág. 218).

(106) «Una formalidad no es obligatoria —dice ALIBERT— si no ha sido impuesta regularmente por la autoridad competente, actuando dentro del límite de sus poderes. Esta autoridad puede ser la legislativa o una autoridad administrativa investida del poder reglamentario» (op. cit., pág. 222).

(107) Así, con independencia de la exigencia legal que se contiene en nuestra Ley de Bases de Procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha señalado que ciertas exigencias del procedimiento administrativo, como por ejemplo el trámite de audiencia, han de ser inexcusablemente respetadas por la Administración por tratarse de «un principio general del Derecho». Vid., por ejemplo, las sentencias de 4 y 9 de junio de 1943, 31 de diciembre de 1931, 30 de abril de 1928 y tantas otras citadas por SERRANO GUIRADO en el trabajo referido.

sión (108). Desde el punto de vista del procedimiento administrativo, la intervención de estos órganos de consulta puede ser facultativa u obligatoria; en este último supuesto, los dictámenes o consultas pueden tener un valor vinculante o no. Esto tiene, naturalmente, una importancia fundamental a los efectos de determinar la irregularidad o no de un procedimiento en el que se ha prescindido de la intervención de esta clase de organismos: sólo hay vicio cuando el dictamen o la consulta tienen carácter obligatorio. Así, de acuerdo con la Ley constitutiva del Consejo Nacional de Educación, el dictamen de este Cuerpo consultivo es obligatorio en los expedientes de separación de funcionarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional; una separación sin haberse evacuado previamente este trámite sería, por consiguiente, viciosa (109). El mismo carácter obligatorio tiene también el dictamen de la Abogacía del Estado de la provincia, en los procedimientos de deslinde de montes públicos (110).

Por lo que se refiere a los dictámenes vinculantes, sus efectos jurídicos no se diferencian de alguna de las clases de propuestas que se estudian a continuación.

b) La propuesta es un proyecto de resolución que un órgano inferior o un órgano consultivo elevan al órgano con competencia decisoria. Nos

(108) Sobre el papel desempeñado por la función consultiva cerca de los poderes del Estado, vid. P. CORSO, *La funzione consultiva*, 1942.

(109) Ley de 15 de julio de 1952, art. 22, núm. 3.º

(110) Así lo establece la R. O. de 11 de enero de 1928. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que este trámite tiene carácter esencial y su omisión vicia el expediente: sentencias de 4 de marzo de 1932, 24 de junio de 1936, 18 de mayo de 1943, 7 de junio de 1947, etc. Para un estudio de esta jurisprudencia, vid. SERRANO GUIRADO, *El procedimiento administrativo en los deslindes de montes públicos*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 2, mayo-agosto 1950, págs. 129 y 130. Pueden citarse muchos más ejemplos de informes preceptivos según nuestro Derecho. Así: Dictamen del Consejo de Estado acerca de la rescisión de contratos administrativos (sentencias del T. S. de 11 de agosto de 1945, 26 de octubre de 1946, 27 de diciembre de 1949 y 24 de abril de 1950); informe de la Abogacía del Estado en los expedientes de declaración de lesividad de resoluciones administrativas (Real Decreto-ley de 21 de enero de 1925); informe de la Asesoría Jurídica de los Ministerios en los casos en que así se declara en los respectivos Reglamentos (así, la Asesoría Jurídica de Educación Nacional ha de dictaminar los expedientes relativos a las fundaciones benéfico-docentes; Reglamento de 30 de diciembre de 1918, art. 21); el Consejo de Obras Públicas ha de informar de las concesiones que corresponda otorgar al Ministro (art. 25 de la Instrucción de 14 de junio de 1883, etc., etc.). Más ejemplos, en SERRANO GUIRADO, *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, cit., págs. 180 y ss., nota 24.

interesa ahora el examen de aquellas propuestas que vinculan completamente al órgano decisorio o, por lo menos, le reducen sus poderes a una simple facultad de elección entre las soluciones alternativas contenidas en la propuesta. Son ejemplos de este tipo las propuestas que hacen los Tribunales calificadoros en las oposiciones a plazas de funcionarios públicos y las «propuestas en terna», también utilizadas como procedimiento de nombramiento de funcionarios públicos. En esta materia, por tanto, junto al vicio a que daría lugar la falta del trámite de propuesta, cobra también especial relieve la cuestión relativa a la obligación en que los órganos de decisión se encuentran, de ajustarse a la propuesta (111).

B) La gama de los actos del particular que influyen en alguna forma en el acto administrativo es muy variada. Hay, en efecto, actos del particular que funcionan como causa del acto administrativo (112); otros que condicionan no su validez, pero sí su eficacia (113); finalmente, otros que se integran como requisitos formales a través de un procedimiento administrativo. Estos últimos son los que aquí nos ocupan, y posiblemente

(111) Es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de agravios en que se subraya hasta tal punto la importancia de las propuestas de aceptación obligatoria, que incluso se hacen nacer de la fecha de la propuesta determinados derechos del funcionario, como, por ejemplo, los relativos al escalafonamiento. Así se dice en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936 y 13 de abril de 1948, y en la O. de la Pr. de 12 de noviembre de 1949. Por vía legislativa, sienta la misma doctrina el art. 2.º del Real Decreto de 11 de agosto de 1918 sobre catedráticos y profesores dependientes del Ministerio de Educación Nacional. Vid. el estudio sobre esta materia en SERRANO GUIRADO, *El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios públicos*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 12, septiembre-diciembre 1953, pág. 181.

En relación con la propuesta vinculante, SERRANO GUIRADO hace notar que en tales casos «se produce un traspaso total o parcial de la competencia decisora al órgano técnico» (*El trámite de audiencia...*, cit. ,pág. 179).

Sobre las propuestas en terna se ha declarado por la jurisdicción de agravios que la formación de la terna ha de hacerse teniendo en cuenta la valoración y los méritos técnicos y profesionales de los concursantes, en tanto que la selección del nombrado pueda ser hecha sin tener en consideración dichos méritos, sino en atención a otras circunstancias totalmente ajenas; admitiéndose la posibilidad de fiscalización de estas propuestas, ya que «apreciar méritos conjuntamente es cosa distinta de apreciarlos discrecionalmente (O. de la Pr. de 10 de diciembre de 1953, «B. O.» de 16 de diciembre de 1954).

(112) Por ejemplo, en un acto de concesión de jubilación voluntaria, la solicitud del interesado.

(113) Por ejemplo, el acto de toma de posesión del funcionario, en relación con el acto de nombramiento.

te el ejemplo más importante que pueda citarse es el de la llamada «audiencia del interesado».

El fundamento legal de este trámite se encuentra en el artículo 2.º, base 10.ª, de la Ley de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889, que ordena: «Instruídos y preparados los expedientes para su resolución, se comunicarán a los interesados para que, dentro del plazo que se señale, y sin que pueda bajar éste de diez días ni exceder de treinta, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que consideren conducentes a sus pretensions.» Por lo demás, se trata de un principio universalmente admitido, sobre todo en materia de expedientes correctivos o disciplinarios: los Tribunales ingleses lo consideran una exigencia de la *natural Justice* (114), y nuestro Tribunal Supremo habla de un «principio general del Derecho». Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en que se consagra como trámite esencial, cuya falta vicia el expediente administrativo, es abrumadora (115).

C) La existencia de organismos administrativos de carácter colegiado determina asimismo la consagración de un procedimiento especial para la elaboración de su voluntad. Característico de este procedimiento es el régimen de sesiones deliberantes, que se ajustan a las siguientes formalidades: a) Convocatoria o citación previa para la sesión, con determinación del lugar y día en que ha de celebrarse; b) Orden del día previo, en el que deben figurar, para conocimiento de los convocados, los asuntos a discutir; c) *Quorum* de asistencia o exigencia de un *mínimum* de miembros asistentes, para que quede válidamente constituido el órgano en sesión; d) *Quorum* de votación o mayoría necesaria para lograr el acuerdo (116).

13.—Como se dijo con anterioridad, ninguno de los actos procedimentales examinados pueden impugnarse directamente por vía de recurso, sino que se integran jurídicamente como elementos formales del acto administrativo principal (117). Su falta o irregularidad es, consi-

(114) TIXIER, *Le contrôle...*, cit., págs. 111 y ss.

(115) Nos remitimos una vez más al tan citado trabajo de SERRANO GUIRADO.

(116) En los arts. 292 y ss. de la vigente Ley de Régimen Local (Texto refundido de 24 de junio de 1955), se contienen las normas relativas al funcionamiento de las Corporaciones locales.

(117) Dice la sentencia de 30 de diciembre de 1940: «Los actos en que se concreta la consulta, informe o dictamen solicitados voluntaria o preceptivamente no

guientemente, vicio de este último acto; ahora bien: ¿vicio determinante de la nulidad absoluta, o de la simple anulabilidad?

Aunque se distingue, naturalmente, entre la sanción que acarrea un trámite irregularmente cumplido y la que provoca el olvido total de la forma, es lo cierto que está muy extendida la opinión de considerar que los vicios esenciales de procedimiento dan lugar a un supuesto de nulidad absoluta; aun en el caso de que en el texto legal donde la formalidad se establece no se exprese este tipo de sanción (118).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo parece, en principio, que acoge también esta opinión. Son datos que inducen a pensar así: 1.º Las declaraciones jurisprudenciales relativas a que el procedimiento es *de orden público* y que, por consiguiente, los vicios en esta materia deben acusarse *de oficio* por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de que sean alegados por las partes e incluso con carácter previo a las excepciones de incompetencia de jurisdicción que haya podido alegar el Ministerio fiscal (119); doctrina que recuerda, como puede verse, la característica señalada por el Derecho privado a la nulidad absoluta, que no necesita ser aducida por la persona interesada en ella, sino que el Juez debe declararla desde el momento que le sea conocida.

son actos administrativos de los que establecen o definen una situación jurídica, sino que en su carácter propio de rendir una consulta cuyo criterio no obliga nunca a quien demanda, constituyen meras resoluciones de trámite, no susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso.»

(118) ALIBERT estima que, en general, la teoría del vicio de forma en Derecho administrativo se asemeja a la teoría de las nulidades en Derecho civil; pero precisamente los rasgos diferenciales del vicio de forma son éstos: 1.º El carácter absoluto de la nulidad; 2.º Que no es necesario que expresamente un texto legal determine este tipo de sanción (op. cit., págs. 218 y 222).

(119) En este sentido, entre muchas, las sentencias de 23 de abril de 1948 y 3 de octubre de 1950. En esta última dice el Tribunal Supremo: «...procede examinar si por la Administración se cumplieron todos los ritualismos exigidos por la legislación vigente antes de resolver el expediente..., o si se han omitido en aquél alguno de los requisitos esenciales para que tenga validez, ya que sólo en el primer caso, como declara la jurisprudencia, es cuando cabe estudiar la competencia de esta Sala para entender en el asunto».

La doctrina de que «las exigencias procesales, como garantía de orden público, son siempre estimables *de oficio*», se contiene en las sentencias de 26 de enero y 5 de febrero de 1951 y 7 de julio de 1952. En esta última, por ejemplo, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de un acuerdo municipal celebrado en sesión extraordinaria sobre materia no comprendida en la convocatoria (vicio sancionado en el art. 61 de la Ley Municipal de 1935 y en el art. 297 de la vigente Ley de Régimen Local de 1950), a pesar de que el vicio no había sido alegado por las partes.

2.º Las mismas expresiones empleadas en estos casos por el Tribunal Supremo para calificar los expedientes viciados como «nulos de pleno derecho» (120).

Con todo, está aún por ver que el Tribunal Supremo se haya decidido a aceptar conscientemente las consecuencias jurídicas de la nulidad de pleno derecho en la mayoría de los casos a que se acaba de hacer alusión, a saber: anular el acto administrativo por vicios formales de procedimiento cuando el recurso contencioso-administrativo no ha sido utilizado dentro del plazo preclusivo marcado en la Ley (121). No obstante la falta de seguridad que puede apreciarse en las declaraciones jurisprudenciales, estimamos que en esta materia pueden sentarse las siguientes reglas:

1.ª Hay irregularidades procedimentales que no vician el acto administrativo final. Esto puede decirse, en general, de los expedientes en cuya tramitación se emplea plazo superior al marcado por la Ley. En estos casos, si se ha derivado perjuicio para el particular, a éste no le queda más camino que accionar en responsabilidad contra el funcionario causante de la demora (122).

2.ª No debe estimarse que la omisión de cualquier trámite es vicio

(120) Vid. la sentencia antes citada de 7 de julio de 1952. En la de 2 de junio de 1954, el Tribunal Supremo declaró en aplicación de la R. O. de 14 de noviembre de 1930, que en los expedientes de destitución de Secretarios de Ayuntamientos era trámite esencial oír el dictamen del Colegio Provincial de Secretarios y estimó hasta tal punto insubsanable la omisión de tal trámite, que anuló las actuaciones del Tribunal contencioso de primera instancia que había intentado subsanarlo solicitándolo por sí del Colegio para mejor proveer.

(121) El mismo «vicio insubsanable» declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de junio de 1954, antes referida, fué acusado a la propia jurisdicción en el asunto que dió lugar a la sentencia de 2 de junio de 1944; sin embargo, como en este último caso el acto viciado no fué impugnado en tiempo y forma, no quiso el T. S. entonces entrar en su apreciación. La jurisprudencia más antigua reconocía que cuando se alega la excepción de acto confirmativo (es decir, que se impugna una resolución administrativa que es reproducción de otra anterior consentida), no se puede entrar a examinar el fondo del asunto, y esto «cualesquiera que hayan sido los motivos determinantes del error originario» (sentencia de 11 de enero de 1909). No obstante esta jurisprudencia, VILLAR PALASI entiende que el vicio de forma determinaría la procedencia de la acción contra un acto administrativo firme por el transcurso del tiempo (*La doctrina del acto confirmatorio...*, cit., págs. 49 y 50).

(122) O. de la Pr., en agravios, de 25 de octubre de 1951 («B. O.» de 9 de noviembre). Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo, 26 de abril y 23 de junio de 1930).

esencial cuando «sea de prever lógicamente que (acusado el vicio por la jurisdicción revisora) volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula» (123)

3.^a La omisión de formalidades procedimentales que tengan carácter de *esenciales* dan lugar, como hemos dicho que es regla en Derecho administrativo, a la anulabilidad del acto administrativo resolutorio. Por tratarse de vicio de forma, los efectos de la declaración de nulidad (sobre todo si es pronunciada por una jurisdicción revisora) se contraen a que se considere como no concluso el expediente y se ordene sea retrotraído al momento en que se cometió el vicio (124).

(123) Sentencia de 22 de noviembre de 1954. Con análoga doctrina, las sentencias de 12 de diciembre de 1950 y 21 de diciembre de 1951. Asimismo, la sentencia de 11 de julio de 1945 declaraba «que es doctrina fundamental que no todo vicio de procedimiento o defecto de forma lleva consigo la nulidad, sino tan sólo aquellos que afectan a formas esenciales o producen indefensión». Estimamos que ésta es la doctrina correcta, a pesar de que a veces haya sido olvidada por el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, que ha pecado siempre de excesivo formalismo en punto a las exigencias del proceso contencioso-administrativo (como hemos puesto repetidamente de manifiesto en nuestros mensuales comentarios de jurisprudencia, en la «Revista de Derecho Privado»), es también formalista en sus apreciaciones sobre el procedimiento administrativo. Así, ciertos requisitos de trámite han dado lugar a una jurisprudencia que exige su puntual observancia. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha entendido que el trámite de audiencia no puede estimarse suplido por la circunstancia de que los interesados ejercitaran con posterioridad un recurso de apelación en la propia vía gubernativa, ya que la audiencia —dice el Tribunal Supremo— debe preceder a la resolución del expediente en primera instancia (sentencia de 7 de marzo de 1950). Esta doctrina, para la hipótesis de que con motivo del recurso de apelación el interesado haya tenido acceso al expediente administrativo, e incluso para el caso de que en la resolución recurrida se contenga una completa exposición de antecedentes y una motivación jurídica suficiente, hay que rechazarla como inaceptable. Pues está claro que en los casos en que el recurrente carece en absoluto de razón en cuanto al fondo del asunto, sólo sirve para darle una esperanza de resolución favorable que, normalmente, luego se ve defraudada, y en los casos en que efectivamente el acto administrativo es ilegal en cuanto al fondo, sólo sirve para prolongar indefinidamente una cuestión que debió ser resuelta definitivamente por el Tribunal.

(124) Estos son los efectos normales del vicio de forma. Consúltese, por ejemplo, la jurisprudencia recaída en aplicación del art. 70 del Reglamento de 21 de diciembre de 1943, sobre procedimiento para imponer multas por la Inspección del Trabajo, que exige que en las actas que levante el Inspector han de constar precisamente los nombres y apellidos de los obreros afectados por la infracción que se imputa al empresario. En estos casos, sin embargo, la apreciación del vicio de forma tiene para los empresarios recurrentes efectos sustanciales, ya que, dado el tiempo transcurrido desde que la infracción se cometió, la mayoría de las veces resultará imposible que la Inspección rehace las actas de acuerdo con los requisitos legales.

4.ª Excepcionalmente deben ser admitidos ciertos casos de nulidad de pleno derecho por ausencia de formas. Esto se da cuando el vicio consiste en un olvido *total* del procedimiento a seguir; es decir, cuando se adopta un acuerdo administrativo a espaldas del procedimiento obligado para dictarlo. Nos encontramos entonces con la llamada *via de hecho*, que postula la nulidad absoluta de lo actuado. Esta vía de hecho se da especialmente:

a) Cuando se desconocen procedimientos reglados establecidos por la Ley para evitar confabulaciones (entre administradores y administrados) contra el interés público. Por ejemplo, en los casos en que se expide el nombramiento de un funcionario, incluso con la calificación de inamovible o de «en propiedad», sin atenerse al sistema de concurso ni oposición cuando tales sistemas vienen impuestos por Ley; cuando se adjudica una contrata de obras públicas sin licitación previa (en casos no eximidos por la Ley de esta formalidad), etc., etc. (125).

b) Cuando se desconocen procedimientos establecidos para garantizar formalmente derechos civiles o ciertos derechos de carácter administrativos adquiridos por los particulares. Por ejemplo, una expropiación intentada por la Administración pública al margen del procedimiento legal establecido al efecto (126); o, en determinados casos, la separación de un funcionario inamovible sin que se haya incoado el oportuno expediente previo (127). La doctrina ha hablado en estos casos de

Sobre la apreciación de los vicios de forma, puede consultarse también la siguiente jurisprudencia: sentencias de 31 de enero, 13 de febrero, 23 de mayo y 20 de junio de 1951.

(125) La jurisprudencia consagrada por el Tribunal Supremo en relación con la imposibilidad de ganar por prescripción adquisitiva la propiedad de los empleos públicos, viene a confirmar lo que se dice en el texto (vid. sentencia de 1 de junio de 1953). Un nombramiento en tales condiciones no produciría otros efectos para el nombrado que los propios de la *interinidad* en la función pública; por consiguiente, podría ser en cualquier tiempo revocado (efecto típico de la nulidad de pleno derecho).

(126) La Ley vigente de expropiación forzosa (lo mismo que la anterior de 1879 en su art. 4.º) admite en el art. 125 la posibilidad de que el particular utilice en estos casos contra los actos administrativos que perturban su propiedad los interdictos de retener y recobrar ante la jurisdicción civil.

(127) El Ministerio de Educación Nacional sentó en vía gubernativa esta doctrina al resolver por O. M. de 24 de dic. de 1953 el recurso de alzada del señor J. R. Se trataba de un maestro nacional al que se le inició expediente disciplinario por abandono de destino mientras se encontraba cumpliendo condena por responsabilidad

que faltan los presupuestos mínimos de ejecutoriedad del acto administrativo, de donde viene a derivarse que la ejecutoriedad es el límite de la nulidad de pleno derecho (128).

c) Cuando se desconocen formalidades establecidas por la Ley para garantizar la formación de la voluntad en los órganos administrativos colegiados. Aquí se trata, realmente, de defectos sustanciales de la voluntad administrativa que se manifiestan prácticamente como vicios de forma. Un ejemplo del rigor con que el Derecho suele tratarlos se encuentra en el artículo 297 de la Ley de Régimen Local de 1950: «Serán *nulos* los acuerdos adoptados en las sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en la convocatoria, así como los que se adopten en sesión ordinaria sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por la Corporación con el voto favorable de la mayoría de los miembros» (129).

14.—Junto a las formalidades que constituyen el procedimiento administrativo ha de considerarse lo relativo a la forma de la declaración

de políticas. En dicho expediente no fué parte ni hubo otras actuaciones que la declaración de abandono y la orden de separación. Años más tarde, revisada su situación política, planteó la cuestión administrativa pretendiendo el retorno al lugar que, de no haberse producido la separación, le correspondería en el escalafón. El Ministerio admitió, al resolver el recurso, que una separación del tipo de la indicada es nula de pleno derecho, y conoció del fondo del asunto no obstante que, formalmente, todos los plazos de impugnación habían transcurrido. (Vid «B. O.» de 10 de mayo de 1954.)

(128) VILLAR PALASI, *La doctrina del acto confirmatorio...*, cit., pág. 53. La afirmación es cierta, pero no agota todos los supuestos de nulidad, como se ve por la enumeración que estamos haciendo. VILLAR añade, además, que en estos casos el acto viciado de nulidad se evade del campo administrativo pasando a ser puramente civil, y que esto explica la posibilidad de utilizar interdictos por vía civil, frente a la tesis general de su inadmisibilidad. Ha de añadirse que esto únicamente será posible cuando con el acto se hayan lesionado derechos civiles. Se trata de una especial garantía que el ordenamiento jurídico ha querido otorgar a estos derechos y que viene representada por una especial formalización (el procedimiento administrativo adecuado o el respeto a ciertas normas de competencia) de la titularidad de los poderes administrativos para intervenir en ellos. A esta misma preocupación responde el párrafo segundo del art. 403 de la Ley de Régimen Local que dice: «No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las autoridades y Corporaciones locales en materia de su competencia.» De lo cual se deduce que, en los casos de incompetencia absoluta, los interdictos son posibles.

(129) Aplicando este tipo de nulidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1952. En igual tipo de sanción habrá que pensar para los casos de infracción del art. 303, que exige determinado *quorum* de votación para los acuerdos que versen sobre las materias contenidas en dicho artículo.

de la voluntad administrativa (130). Los medios de declaración de la voluntad administrativa pueden ser formales o no formales: los primeros, los que vienen determinados por la Ley y, por consiguiente, deben considerarse insustituibles; los segundos, los que, libremente elegidos por el agente, constituyen cualquier manera idónea de expresar la voluntad administrativa (131). La fundamental cuestión que se ha de resolver, por consiguiente, es la de hasta qué punto el acto administrativo ha de plasmarse necesariamente de acuerdo con una determinada forma prevista por el ordenamiento jurídico.

La doctrina admite casi unánimemente que los actos administrativos deben constar por escrito, lo cual no es sino una consecuencia de la función de garantía que el elemento formal cumple en este campo del Derecho. Se admiten, no obstante, excepciones que vienen dadas, de una parte, por los supuestos de manifestación *no expresa* de voluntad (132); por otra, por las declaraciones verbales o por las que se realizan a través de gestos o señales acústicas o gráficas (133).

A la exigencia de forma escrita pueden añadirse a veces nuevos requisitos para que el acto administrativo produzca sus efectos (134). En

(130) Lo que se dice en relación con la declaración de voluntad debe entenderse válido para las declaraciones de conocimiento o juicio en que otros actos administrativos consisten.

(131) ZANOBINI, *Corso...*, cit., vol. I, pág. 215.

(132) Vid. FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volonta della pubblica amministrazione*, Napole, 1938.

(133) Cfr. FORTI, *Lezioni...*, cit., pág. 150; FRAGOLA, *Gli atti amm...*, cit., página 38. Se citan como ejemplos de forma verbal las órdenes jerárquicas y algunas órdenes expedidas por la policía de seguridad; asimismo, los gestos y señales de los agentes de la circulación y las propias señales gráficas en estas materias (direcciones prohibidas en algunas calles, prohibición de aparcamiento de vehículos, etc.). SAYACUÉS entiende que las excepciones a la regla de la forma escrita deben interpretarse restrictivamente; muchos de los ejemplos que se citan (por ejemplo, las órdenes verbales) no son para él actos administrativos, sino más bien hechos de ejecución (*Tratado...*, cit., pág. 459).

(134) Para que ciertas certificaciones de los organismos administrativos produzcan sus efectos, se requiere que se extiendan precisamente en determinados impresos; por ejemplo, certificados expedidos por el Registro Central de Penados y Rebeldes, a efectos de antecedentes penales.

La materia de contratos administrativos está totalmente dominada por el principio de la forma. Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1951. Por supuesto que la exigencia de forma escrita implica la de la firma de la autoridad competente para dictar el acto. A través de la firma puede descubrirse un vicio de incompetencia; la falta de firma es un vicio substancial de forma.

general, no rige la distinción aceptada por el Derecho privado entre forma *ad substantiam* y forma *ad probationem*: la falta de la forma prescrita debe considerarse siempre un vicio del acto administrativo (135). En cuanto a la sanción que comporta este vicio, y sin perjuicio de las apreciaciones que se harán más adelante, la doctrina entiende que la falta absoluta de la forma prescrita para la manifestación de voluntad produce la nulidad del acto, mientras que la irregularidad solamente comporta nulidad relativa (136).

En relación con la forma de la declaración administrativa, vamos a estudiar a continuación las siguientes cuestiones conexas: 1.ª La motivación del acto administrativo. 2.ª La intervención de funcionario fedatario; 3.ª La publicación y la notificación del acto administrativo; 4.ª El silencio administrativo.

15.—Por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste. Se ha discutido si la motivación constituye requisito de forma o si más bien se refiere al contenido del acto (137). Pero la discusión está absolutamente fuera de lugar cuando

(135) En este sentido, ALESSI, *Sistema istituzionale...*, cit., pág. 256.

(136) SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo* (Principi generali), 3.ª ed., 1937, pág. 273.

(137) KORMANN estima que la motivación hace relación directa al contenido del acto (*System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, pág. 180).

Puede consultarse sobre esta materia la siguiente bibliografía: ROYO-VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, cit., pág. 99; ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, en «Rivista de Diritto Pubblico», marzo-abril 1941, I, pág. 110; FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, en «Studi di Diritto Pubblico», 1937, vol. I, pág. 477; JACCARINO, *Studi sulla motivazione* (con speciale riguardo agli atti amministrativi), Roma, 1933; LA TORRE, *Sull'obbligo della motivazione degli atti amministrativi*, en «Il Foro Amministrativo», 1930, IV, pág. 44; MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, 1941, I, págs. 1 y 25; RACCI, *Motivi e motivazione degli atti amministrativi*, en «Giurista Italiano», 1941, III, pág. 163.

ROEHRSEN señala que la adopción de un acuerdo administrativo requiere, de una parte, unas circunstancias de hecho que constituyen su punto de partida; de otra, una norma jurídica que significa el título jurídico que habilita a la Administración para actuar. Pero hay también un tercer elemento que proporciona el nexo que liga el acto a la circunstancia de hecho mediante su evaluación y que sirve para dirigir y determinar la voluntad en un sentido y no en otro. Para este autor, a este elemento corresponde la motivación. Dicho de otra forma, constituye la «exposición de motivos» con base a la cual la Administración se determina a adoptar una resolución; esto es, la exposición de aquel procedimiento valorativo, lógico y psicológico junta-

la cuestión que se plantea, como aquí hacemos, es la relativa a si la Administración está *obligada a declarar los motivos* cuando toma una decisión.

La doctrina intenta extender la obligación de motivar a los siguientes casos: 1.º Cuando lo exija la Ley; 2.º Cuando lo exija la peculiar naturaleza del procedimiento administrativo que se haya seguido (por ejemplo, actos que impliquen un juicio de valor o que establezcan cargas para el particular); 3.º Como regla, en los actos revocatorios (138). Asimismo, el Congreso de Ciencias Administrativas de Varsovia de 1935 acordó aconsejar a los Estados participantes que se estableciese la obligación legal de motivar los actos administrativos. Pero ha de observarse igualmente que la jurisprudencia se muestra reacia a reconocer esta exigencia cuando la obligación de motivar no viene impuesta legalmente.

Desde luego, en nuestro Derecho no faltan intentos en este sentido. ROYO-VILLANOVA (139) recuerda la O. de la Pr. de 10 de junio de 1913 (no derogada formalmente), según la cual «todo acuerdo administrativo debe contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de Derecho en que se apoya, tanto para conocimiento de la Administración en ulteriores actuaciones y de los mismos interesados para poder formular el correspondiente recurso, como por resultar inmorale e improcedente denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna». La jurisprudencia aplicó, desde luego, este precepto, y así una sentencia del T. S. de 11 de febrero de 1916 declaró la nulidad de una Orden ministerial redactada con la fórmula «visto» (140). No obstante, la propia jurisprudencia admitió la excepción en aquellos casos en que se sobrentiende que una motivación suficiente ya había sido anteriormente ofrecida al particular.

mente de todas aquellas representaciones que se desarrollan y suceden en la mente del administrador cuando debe tomar una resolución y obrar. Es conveniente, por eso —continúa—, aceptar la distinción entre causa jurídica y motivos; estos últimos encuentran su manifestación externa en la motivación. Por eso cabe formular la ecuación siguiente: motivación es igual a motivos; aquélla es el lado externo; éstos, el lado interno. Estos forman parte de la *sustancia* del acto administrativo; aquélla, de la *forma* (op. y loc. cit., págs. 120 y 121).

(138) RANELLETTI, *Teoria delli atti amm...*, cit., pág. 99.

(139) *El procedimiento...*, cit., pág. 101.

(140) Frente a las decisiones administrativas correctas, que se asemejan bastante a una sentencia judicial, la fórmula «visto», a que hace referencia el texto, supone una redacción aproximadamente como la siguiente: «Visto el expediente promovido a instancia de don X. Z., este Ministerio ha acordado denegar su solicitud.»

Esto ocurre: 1.º En la resolución de recursos de alzada, cuando se viene a confirmar el acto administrativo de la autoridad inferior y éste aparecía motivado; 2.º Cuando la Administración se conforme con el dictamen del Consejo de Estado o de otro Cuerpo consultivo, a pesar de que dicho dictamen no ofrezca la motivación en forma de *Considerandos* (sentencia del T. S. de 6 de febrero de 1922).

En nuestro Derecho más reciente, la obligación de motivar se va convirtiendo en un principio general. Este carácter tiene en el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1947 (141). En la Ley de Régimen Local también son varios los preceptos en que se contiene una específica obligación de motivar (142).

Si la motivación puede tener una importancia secundaria cuando se trata de actos reglados, adquiere especial relieve en relación con los actos discrecionales. La exigencia de motivación puede constituir en este terreno el primer paso para la admisión del recurso por desviación de poder. Viceversa, allí donde un control de los poderes discrecionales esté admitido, la obligación de motivar se convierte en una exigencia *per se* (143). En cualquier caso su falta debe sancionarse con la anulabilidad del acto administrativo (144).

(141) En el art. 76 se prescribe que las resoluciones «deben contener, en párrafos numerados, la exposición clara y sucinta de los hechos o resultancias que se desprenden del expediente. A continuación se indicarán las normas legales de aplicación al caso, y seguidamente, en párrafos también numerados, las *consideraciones* que sirvan de base a la resolución... La distinción entre los resultados y los considerandos puede servir de base a la que realiza JACCARINO entre *justificación* y *motivación*. La primera enuncia el estado de hecho de la cuestión y el criterio técnico adoptado para proveer en consecuencia, mientras que la segunda tiende a demostrar que el criterio seguido era el mejor que se podía elegir (*Studi sulla motivazione*, cit., págs. 200 y ss.).

(142) Así, el art. 368 determina que los decretos de suspensión dictados por los Presidentes de las Corporaciones o por los Gobernadores civiles serán siempre motivados, y el art. 474 señala la misma exigencia en relación con los acuerdos de los Ayuntamientos estableciendo arbitrios con fines *no* fiscales.

(143) Vid. STASSINOPOULOS, *Traité...*, cit., pág. 198.

(144) La simple irregularidad o deficiencia en la motivación, unido a que se trate de un acto administrativo reglado, ha hecho que la jurisprudencia parezca a veces mostrarse tolerante con la ausencia de dicho requisito. La sentencia de 4 de julio de 1953 declara que, si bien es cierto que el Reglamento del Ministerio de la Gobernación exige que se expresen los fundamentos del acuerdo, «no es menos cierto que en la expresada Orden (la recurrida) se contienen varios considerandos y citas legales que la justifican, con lo cual queda cumplido el precepto de referencia, pues no

16.—Para la debida constancia de la voluntad declarada por los organismos colegiados, el Derecho exige, a veces —y entendemos que se trata de un requisito de forma—, la presencia de un funcionario fedatario, esto es, de un funcionario cuya misión sea justamente la de certificar y autenticar la voluntad administrativa.

Se ha definido la *fe pública* como «la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos», lo cual se consigue dotando a los documentos donde constan de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que vienen a constituir como el sello de la autoridad pública (145).

puede exigirse que el razonamiento alcance precisamente la extensión o profundidad que la parte afectada pueda calificar de suficiente para decidir sus peticiones».

En cambio, en los casos en que la obligación de motivar se refiere a facultades discrecionales de la Administración, el T. S. se muestra bastante más severo. Así, la sentencia de 29 de enero de 1955, en relación con la obligación de motivar la valoración del justo precio en los expedientes de expropiación forzosa, señala: «...que el art. 34 de la citada Ley de 1.º de enero de 1879 (la de expropiación forzosa), al conceder al Gobernador civil de la provincia facultad para determinar el importe de la suma que ha de entregarse al expropiado, exige que ello se decida por *resolución motivada*..., pero en este caso dejó sin duda alguna infringidos tales preceptos... porque se limitó a exponer que el citado artículo le confiere atribuciones para fijar en definitiva el justiprecio y le señaló en efecto..., pero omitió en absoluto todo razonamiento en que pudo fundarse para fijar esa cantidad»...; «que la omisión por parte del Gobernador civil de toda razón o fundamento como base del precio que señala puede no constituir defecto motivador de nulidad cuando el importe fijado por aquél coincida exactamente con el que antes señaló alguno de los tres peritos en sus valoraciones razonadas, pues en tal supuesto cabría, con lógica, entender que la autoridad gubernativa hace suyos también los mismos motivos que el perito con quien coincide..., pero en casos como el presente..., al no ser motivada la resolución de tal autoridad, se produce un verdadero vicio sustancial en trámite establecido por la Ley, defecto originario de acción contencioso-administrativa... y determinante de nulidad de la resolución objeto del recurso, porque ignorados en absoluto sus fundamentos, no puede ejercerse respecto de ella la función revisora característica de nuestra jurisdicción». Como consecuencia, se ordena sea retrotraído el expediente al trámite de dictar dicha resolución para que sea motivada.

A la vista de esta sentencia, una vez más nos asalta la duda acerca de la eficacia práctica del rigor formalista del T. S. Es indudable que los elementos de juicio de que dispone el Gobernador civil para fundar su resolución en materia de justiprecio son los que ya se encuentran en el expediente y, por ende, los mismos de que dispone el T. S. al dictar su sentencia: ¿no hubiese sido más económico, procesalmente hablando, haber valorado dichos elementos y haberse pronunciado sobre el fondo de la cuestión, esto es, sobre la justicia o injusticia del precio señalado a la expropiación?

(145) SANAHUJA. *Tratado de Derecho notarial*, Barcelona, 1945, t. I, pág. 15. El art. 1.280 del Código civil exige que determinados actos consten en esta clase de documentos.

En relación con el comercio jurídico privado, la fe pública está atribuida por nuestro Derecho a los Notarios. Por su parte, existe una *fe pública administrativa* de la que son depositarios los Secretarios de ciertos Cuerpos colegiados (146). Por lo que se refiere a nuestro Derecho, esto es cierto en relación con los Secretarios de las Corporaciones locales, cuya intervención, como se verá, se convierte en requisito esencial de forma.

En efecto, la vigente Ley de Régimen Local (Texto refundido de 1955) exige que «de cada sesión extenderá el Secretario de la Corporación acta (art. 304) y no serán válidos los acuerdos que no consten en los libros de actas (art. 305, 2). Por su parte, el artículo 299 prescribe que «ninguna sesión podrá celebrarse válidamente sin la asistencia del Presidente y el Secretario...»

Ahora bien, la infracción de los citados preceptos, es causa de nulidad absoluta o de anulabilidad? La tesis rigorista que parece desprenderse de los textos citados ha sido ciertamente suavizada por la jurisprudencia del T. S., teniendo en cuenta las propias consideraciones que, como hemos señalado en su lugar oportuno, hacen de la nulidad absoluta una solución excepcional. Así, en los casos en que un particular ha recibido la notificación de un acuerdo municipal que luego ha resultado no reunir los antedichos requisitos, ha venido a decir el T. S. : que aunque no conste en el libro de actas el acuerdo, si el particular fué notificado y demuestra su existencia, se entenderá que la falta de transcripción se debe a negligencia del Secretario, que no puede perjudicarle (sentencias de 5 de junio de 1935 y 27 de noviembre de 1945); o que si de

(146) El art. 1.º de la Ley orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 dice: «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios.» La interpretación de este precepto ha dado lugar a una polémica acerca de si sólo los Notarios pueden dar fe y autorizar documentos públicos. Contra la postura afirmativa se ha pronunciado GALLEGO Y BURÍN (*Manual de Derecho secretarial*, Madrid, 1954, págs. 39 y ss.): De una parte, el propio Reglamento del Notariado de 1944, en su art. 2.º, señala que «al Notario corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de Derecho, privado traten de establecerse o declararse sin la contienda judicial; de otra, el artículo 1.216 del Código civil declara que «son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley». Lo que es cierto es que el Derecho administrativo moderno tiende a prescindir de la presencia del Notario en supuestos que, de acuerdo con la postura contraria, lo hubiesen reclamado: capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, y Ley de 15 de julio de 1952 sobre constitución de patrimonios familiares.

las declaraciones de los miembros de la Corporación, o del tenor mismo del libro de actas, se desprende la existencia del acuerdo, *aunque falte la firma* del Secretario debe entenderse también que la culpa es de este funcionario y que el particular no debe salir perjudicado (sentencia de 9 de julio de 1948).

17.—El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales. En cualquier caso, se comprende la necesidad de que sea comunicado y dado a conocer a la colectividad o a las personas particularmente interesadas en sus efectos. Crear el derecho *secretamente* carecería de sentido.

Lo que no está muy claro es el punto relativo a la naturaleza jurídica de los actos de comunicación, sobre todo en cuanto se refiere a si tales actos (publicación y notificación) deben considerarse entre los elementos de forma del acto administrativo, o si tienen vida jurídica independiente (147). Del hecho de que los actos de comunicación no constituyan requisitos de validez, sino simplemente de eficacia del acto administrativo, podría deducirse un argumento a favor de la independencia jurídica de aquéllos; pues si el acto es válido antes de ser comunicado, quisiérase decir con ello que ya está provisto de todos sus elementos necesarios. Ahora bien, esto no enerva la consideración de que la publicidad constituye una nota esencial del Derecho y que, en relación con los actos administrativos concretos, también rige esta exigencia. Por eso todo el condicionamiento formal que el Derecho vigente hace pesar sobre las notificaciones administrativas no tenemos inconveniente en estudiarlo en

(147) La doctrina —dice FRAGOLA—, después de fatigosa y todavía no concorde deliberación, ha llegado a distinguir entre comunicaciones que son *forma del negocio* (que se comunica) y *comunicaciones autónomas*, independientes del negocio; considerando a las primeras como dirigidas al destinatario del acto y a las segundas como dirigidas a terceros con carácter informativo (*Gli atti amm...*, cit., pág. 1189). SERRANO GUIRADO, *La notificación de los actos administrativos*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 1, enero-abril 1950, págs. 131 y ss.) señala que hay notificaciones que son una simple forma de manifestarse externamente la voluntad administrativa contenida en el acto de que se da traslado al particular; la falta de la notificación no obsta en estos casos a la plenitud de existencia del acto. «Por el contrario —continúa—, cuando el acuerdo restringe la esfera de disponibilidad jurídica del administrado, cuando puede producir agravio a sus derechos, o por él se impone especiales deberes y obligaciones, la notificación tiene verdadera trascendencia, es condición previa a la ejecutoriedad del acto; es decir, afecta a la eficacia del mismo».

conexión con el problema de la forma de la exteriorización de la voluntad administrativa, con las salvedades que después se harán.

Examinaremos por separado la publicación y notificación de los actos administrativos :

A) De acuerdo con el artículo 1.º del Código civil, las leyes obligan a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». La publicación es, por consiguiente, un requisito que condiciona su vigencia.

Constituyendo los actos administrativos de carácter general normas jurídicas obligatorias, hay que entender que la expresión «leyes» del Código civil los comprende y que, por tanto, también la publicación es para ellos requisito *sine qua non* de eficacia. En este sentido se ha pronunciado más de una vez nuestra jurisprudencia (148).

La publicación se corresponde, por su naturaleza, con los actos administrativos de carácter general; pero no existe ningún impedimento para que también los actos especiales o concretos se publiquen. Lo único que no es lícito a la Administración es intentar suplir la notificación con la publicación (149).

B) Si en principio la notificación de los actos se refiere a la forma de exteriorizarse la voluntad administrativa y constituye, por ello, presupuesto de su eficacia, tal como aparece regulada en nuestro Derecho, la notificación es, además, un deber de información impuesto a la Administración pública en garantía de los derechos de los particulares, cuyo exacto cumplimiento condiciona la firmeza del acto administrativo. Bajo este aspecto habrá de ser estudiada a continuación.

La base legal de la obligación de notificar se encuentra en la base XI

(148) Por ejemplo, la jurisdicción de agravios ha estimado (O. de la Pr. de 30 de octubre de 1954, «B. O.» de 17 de noviembre) que el Reglamento de una determinada Mutualidad de Funcionarios no podía obligar a los recurrentes, ya que, según consta en el expediente, dicho Reglamento no fué publicado en el «Boletín Oficial del Estado», sino que simplemente se comunicó «a los servicios del Ministerio».

(149) En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia de agravios. Según la O. de la Pr. de 27 de marzo de 1952 («B. O.» de 12 de abril), la publicación de una resolución administrativa en el periódico oficial de un Ministerio no puede asimilarse a la notificación, siendo este criterio el único que puede asegurar la debida relación directa entre el Departamento y sus funcionarios, y la que elimina por completo la inevitable inseguridad derivada del reparto, con la consiguiente antelación, del «Boletín Oficial del Ministerio», cuya finalidad principal es la de dar a conocer las disposiciones de carácter general del Departamento y no la de acabar con el sistema de notificaciones impuesto por la Ley de Bases de procedimiento administrativo.

del artículo 2.º de la Ley de Bases de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889, según la cual «las providencias que pongan término en cualquier instancia a un expediente se notificarán...» (150). Pero ya hemos dicho que no se trata solamente de esto: además, la notificación ha de realizarse de una forma determinada. Es particularmente exigente a este respecto nuestra legislación de régimen local: «Las providencias de trámite que afecten directamente al interesado y las que pongan término en cualquier instancia a un expediente se notificarán dentro del plazo máximo de diez días. La notificación deberá contener: la providencia o acuerdo íntegro, la expresión de los recursos que en su caso procedan, la autoridad ante la cual se han de presentar y el término para interponerla, entendiéndose que dicha expresión no será obstáculo para que los interesados utilicen otro cualquier recurso, si así lo estiman procedente.» «Sin el cumplimiento de los expresados requisitos no se tendrán por bien hechas las notificaciones ni producirán efectos legales, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada del acuerdo, utilice en tiempo y forma el recurso procedente» (art. 401 de la Ley de Régimen Local) (151).

Hay tres sistemas de realizar la notificación: notificación personal, notificación por cédula y notificación por edictos. La Administración no puede elegir discrecionalmente entre ellos, sino que ha de intentarles precisamente de acuerdo con el orden que queda expuesto (152).

a) La Administración debe, ante todo, intentar la notificación *personal*, es decir, en el domicilio del interesado o de su apoderado. Si se trata de personas sociales, en el de su representante legal (153).

b) Si el interesado no fuese hallado en su domicilio, se intentará la notificación *por cédula*. Esta cédula expresará el objeto y circunstancias

(150) Los Reglamentos de procedimiento administrativo de los distintos Ministerios recogen y desarrollan este precepto. Vid., por ejemplo, los arts. 93 y ss. del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 31 de enero de 1947.

(151) Este precepto se reproduce en el art. 9.º del texto refundido de lo contencioso-administrativo de 1952.

(152) Se recogen estos sistemas en el art. 8.º del texto refundido de lo contencioso-administrativo.

(153) En aplicación de este principio, se consideran legalmente notificados los Ayuntamientos desde el momento en que las resoluciones administrativas se pusieron en conocimiento de los respectivos Alcaldes (sentencia de 11 de enero de 1889 y auto de 9 de julio de 1903). Vid. SERRANO GUIRADO, *La notificación...*, cit., pág. 135, y la jurisprudencia que él cita.

de la notificación, acompañándose del oficio o documento que contenga la copia de la resolución, y se entregará al pariente más cercano y, en su defecto, al familiar o criado mayores de catorce años que estuvieren en la habitación de quien deba ser notificado. Si no se encontrara a nadie, se repetirá la diligencia al día siguiente con las mismas formalidades, y si resultara infructoso, se hará la notificación al vecino más próximo que fuere habido, firmando la cedula la persona que reciba el oficio o dos testigos si no supiere firmar.

c) Cuando no tenga domicilio conocido o se ignore el paradero de la persona que haya de ser notificada, se publicará la providencia o acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado» y en el de la Provincia y se remitirá, además, al Alcalde del pueblo (154). Más que un sistema de notificación, se trata aquí de un supuesto en que la publicación suple a una notificación imposible.

Junto a estos sistemas que pudiésemos llamar clásicos de notificación del acto administrativo, se ha regulado recientemente, aunque limitado su ámbito de aplicación a un solo Departamento ministerial, un nuevo sistema de notificación: la notificación por correo (155). A ella se refiere el Decreto refrendado conjuntamente por los Ministerios de Hacienda y Gobernación de 2 de abril de 1954. En el sobre se señalará el expediente al que la notificación se refiere; si el interesado no quiere hacerse cargo de su contenido, el cartero deberá firmar con esta indicación y devolver el sobre para que al día siguiente un cartero distinto intente el reparto. Si tampoco el destinatario quiere darse por notificado, el segundo cartero firmará igualmente en el sobre y devolverá a

(154) Esta forma de notificación por edictos previstos en la Ley de Bases de 1889 no ha sido recogida, sin embargo, en el art. 8.º del texto refundido de lo contencioso-administrativo.

(155) Distintos organismos administrativos habían establecido ya la práctica de notificar sus resoluciones por correo. BALBÉ (en sus comentarios de jurisprudencia publicados en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» de diciembre de 1942, págs. 665 y 666) no duda en entender que estas notificaciones son inválidas.

En cualquier caso, la consideramos nosotros una práctica menos incorrecta y menos onerosa para el particular que otra también muy del gusto de ciertos organismos administrativos: citar al particular para que se persone en sus oficinas y realizar allí la notificación.

¹Sobre notificaciones a los contribuyentes, en relación con la contribución sobre la renta, vid. las modalidades que se contienen en la O. M. de 20 de julio de 1955 («B. O.» del 29).

la oficina expedidora. Con estos requisitos, la notificación se tendrá por hecha (156).

¿Qué efectos produce una notificación defectuosa? Ya hemos visto el rigor con que están redactados algunos de los preceptos legales, por ejemplo, el antes citado artículo 401 de la Ley de Régimen Local. Si se ha dicho antes que los defectos en la notificación producen la pendencia de la firmeza del acto administrativo, se debe deducir que cualquiera de los defectos indicados coloca al acto en una situación de pendencia indefinida. No obstante, antes de suscribir esta solución debemos distinguir los siguientes supuestos:

1.º *Falta absoluta de notificación.*—Si además el acto no ha sido publicado, entonces no nos enfrentamos simplemente con un caso de interrupción de la firmeza, sino con un supuesto de falta de los requisitos necesarios para su validez. Pues aquí nos encontramos con que la voluntad administrativa no ha sido exteriorizada.

2.º *Notificación que induce a error al particular.*—Como con la notificación la Administración pública cumple una carga legal de informar al particular, debe exigirse que esta información sea correcta. Esto no ocurre cuando, por ejemplo, la Administración notifique que contra su resolución cabe un recurso que no es el procedente. En esta hipótesis hay que entender que si el particular hace caso de la indicación administrativa y entabla una vía de recurso improcedente, queda a salvo su derecho para plantear después la cuestión ante la competente (157).

(156) Es necesario indicar que, desde su punto de vista, la Administración debe preocuparse por conseguir que en el expediente obre la firma de recepción del interesado. Es ésta la forma de que los plazos de firmeza del acto administrativo notificado comiencen a correr.

(157) No hay duda de que ésta es la doctrina que se desprende de las siguientes O.O. de la Pr. en vía de agravios: 18 de junio de 1947, 29 de enero, 11 de junio, 30 de octubre y 18 de diciembre de 1948. Especialmente en la O. de la Pr. de 9 de marzo de 1954 («B. O.» de 1 de octubre) se declara que «el principio establecido por el art. 2.º, base 11, de la Ley de Bases de procedimiento administrativo, según el cual las notificaciones deberán contener, entre otros requisitos, la expresión de los recursos utilizables, y el término para interponerlos debe ser observado rigurosamente por la Administración pública para evitar posibles errores de los administrados en la interposición de los recursos, según doctrina, por otra parte reiterada, de esta jurisdicción». En la O. de la Pr. de 10 de marzo de 1951 («B. O.» de 1 de octubre) se señala, además, que la consecuencia de este tipo de errores causados por la Administración debe ser la de «reiterar en forma la notificación».

Aunque esta misma doctrina ha sido mantenida por el T. S. (vid. sentencia de

3.º *Limitación de la pendencia de firmeza del acto administrativo defectuosamente notificado.*—De acuerdo con el artículo 401 de la Ley de Régimen Local, la única forma de que se subsanen los vicios de la notificación es que el particular utilice en tiempo y forma los recursos procedentes. Ahora bien, resulta difícil admitir que una resolución notificada, aunque defectuosamente, esté perpetuamente amenazada con el peligro de un recurso. Cuando el caso se ha presentado, la jurisprudencia se ha visto por ello en la necesidad de tener que realizar una interpretación restrictiva de los preceptos legales. Así, el T. S., en su sentencia de 26 de enero de 1950, ha declarado que el hecho de que en una resolución no se señalen los recursos procedentes, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan exigirse al funcionario autor de la notificación, no puede prorrogar indefinidamente los plazos para recurrir, que son, por su naturaleza, improrrogables. Intentando compatibilizar las exigencias propias de estos plazos con las que se derivan de la corrección de la notificación, SERRANO GUIRADO propugna que el plazo de pendencia no debe exceder del más amplio de los reconocidos en nuestro régimen de recursos; es decir, el de tres meses contados a partir de la fecha de la notificación viciada (158).

Finalmente, queda por hacer una observación. La jurisprudencia suele acusar los vicios de notificación defectuosa (159) con el efecto jurídico de que la notificación debe repetirse. Esta solución es comprensible cuando por consecuencia del defecto de notificación se ha utilizado un recurso ante una jurisdicción distinta de la competente; ahora bien, cuando el perjuicio causado al particular consiste en no haber utilizado el recurso dentro del plazo procedente, entonces hay que entender que la

26 de febrero de 1944), no hay duda de que esta jurisdicción es más vacilante. Así, por ejemplo, en la sentencia de 21 de octubre de 1939 se declara que, aun cuando la indicación del recurso procedente fué errónea, hay que entender que la observancia y aplicación de las normas vigentes no puede depender de las equivocaciones que padecen los funcionarios encargados de notificar las resoluciones administrativas, ya que es principio en Derecho, contenido en el art. 2.º del Código civil, que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Ni que decir tiene que no podemos suscribir esta doctrina.

(158) Op. y loc. cit., págs. 146 y 147. Solución análoga, aunque menos rigurosa, recoge el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de entidades locales de 17 de mayo de 1952, que señala un plazo de seis meses (art. 311, 3).

(159) Bien es cierto que muchas veces sin necesidad de que los aleguen las partes, es decir, de *oficio*.

jurisdicción debe limitarse (si efectivamente hubo vicio en la notificación) a tenerlo por interpuesto en tiempo y forma (160).

18.—En relación con las cuestiones aquí debatidas, está el problema de lo que la doctrina llama el silencio administrativo (161). Hay silencio administrativo, en general, cuando una autoridad administrativa no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular. Pues bien, en algunos de los casos en que así ocurre, la Ley determina que la inactividad administrativa produce unos efectos jurídicos: los de que, a efectos de la interposición de un ulterior recurso, el particular se encuentre *como* si su petición o reclamación hubiese sido resuelta en sentido desestimatorio (162). Se comprende, por tanto, que no haya aquí un problema de interpretación de la voluntad administrativa, cuando, justamente, lo que falta en los casos de aplicación de esta doctrina es la voluntad administrativa misma y, consiguientemente, todo acto administrativo.

(160) En líneas generales, ésta parece ser la postura adoptada por la jurisprudencia. Hay, en efecto, casos en que a la jurisdicción revisora no la es posible entrar en el fondo de la cuestión planteada por un recurrente a causa de defectos procesales insubsanables; por ejemplo, no haber agotado previamente la vía gubernativa o no haber hecho uso del previo recurso de reposición (cuando éste sea exigido). Ahora bien, si esto ha ocurrido por defectos de una inicial notificación administrativa, entonces la doctrina jurisprudencial se pronuncia en el sentido de ordenar a la Administración una nueva notificación «a fin de que el interesado haga uso, si lo estima conveniente, de los recursos procedentes» (O. de la Pr. de 9 de marzo de 1954, «B. O.» de 1 de octubre); pues en estos casos «el error del recurrente al no agotar la vía gubernativa antes de interponer los recursos de reposición y agravios fué causado por la propia Administración al omitir en la notificación de la resolución que se impugna la expresión de los recursos procedentes contra aquella resolución» (O. de la Pr. de 10 de marzo de 1954, «B. O.» de 1 de octubre). En cambio, en otros casos en que la improcedencia del recurso vendría dada únicamente por haberse interpuesto fuera de plazo, si este defecto es causado por una notificación viciosa, la jurisprudencia se limita a declarar admisible el recurso y pasar al fondo de la cuestión, pues los plazos para la presentación de recursos «presuponen una notificación hecha en forma legal» (O. de la Pr. de 10 de diciembre de 1953, «B. O.» de 20 de diciembre).

(161) Para un estudio más detenido sobre la materia, nos remitimos a nuestro trabajo *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 16, enero-abril 1955, págs. 85 y ss., y a la bibliografía que allí citamos.

(162) El silencio administrativo exige un precepto legal que lo consagre (vid., entre otras, las OO. de la Pr. resolutorias de agravios de 25 de octubre de 1951 («B. O.» de 7 de noviembre) y 12 de enero de 1955 («B. O.» de 24 de enero), donde se consagra jurisprudencialmente esta afirmación; por consiguiente, cualquier supuesto de inactividad administrativa no produce los efectos jurídicos aludidos.

Mayor conexión con el problema de la forma tienen, en cambio, *las declaraciones tácitas* de voluntad administrativa, consistentes en un comportamiento de la Administración que, sin tener por manifiesto una voluntad, directamente la presuponen (163). Nuestra jurisdicción de agravios ha declarado expresamente que del silencio administrativo «se distingue el *acto administrativo tácito*, en el que, si bien se produce la misma abstención del pronunciamiento principal, sin embargo, consiste en una declaración indirecta o en una ejecución que significa por sí misma, y sin precisión de una disposición general que la interprete o dé valor, aquiescencia o repulsa» (164). Todo el problema de las declaraciones tácitas resulta ser, pues, un problema de interpretación, a los efectos de conocer lo que la Administración ha querido. Ahora bien, una vez conocido este extremo, la validez o no del presunto acto administrativo responderá a cuantas reglas se han examinado aquí con anterioridad.

(163) ZANOBINI, *Corso...*, cit., tomo I, pág. 218.

(164) O. de la Pr. de 25 de octubre de 1951 («B. O.» de 7 de noviembre).

