

# Reflexiones sobre los orígenes y desarrollo de las garantías administrativas y jurisdiccionales en Francia y en España

*Reflections on the origins and development of administrative and jurisdictional guarantees in France and Spain*

**Enrique RIVERO YSERN**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (jubilado)

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2018

Fecha de aceptación definitiva: 20 de diciembre de 2018

## Resumen

En el presente trabajo, examinamos los orígenes de las garantías administrativas, que se remontan a Francia en el siglo XVIII y su equivalente en el ordenamiento jurídico español del siglo XIX. En Francia, las garantías administrativas se alcanzan a través del recurso jerárquico, que se convierte en la apelación por abuso de poder, junto con el recurso de plena jurisdicción debido a daños a los derechos subjetivos. A diferencia de Francia, en España el recurso jerárquico es la única

## Abstract

*In the present work, we examine the origins of administrative guarantees, going back to France in the 18th century, and their counterpart in the Spanish legal order of the 19th century. In France, administrative guarantees are achieved in the hierarchical appeal, which becomes the appeal for abuse of power, together with the appeal for full jurisdiction due to injury to subjective rights. In contrast to France, in Spain the hierarchical appeal is the only guarantee, because although the appeal*

garantía, porque aunque el recurso a una autoridad superior representa un recurso de anulación, el control judicial solo existe para la protección de los derechos subjetivos. Hasta el año 1956 no existe un litigio administrativo para la anulación en España, sino únicamente el recurso de plena jurisdicción y disposiciones aisladas sobre anulación.

**Palabras clave:** Protección administrativa y jurisdiccional; desarrollo; restricciones.

*to higher authority represents an appeal for annulment, judiciary control only exists for the protection of subjective rights. Until the year 1956 there is no administrative litigation for annulment in Spain, but only the appeal for full jurisdiction, and only isolated provisions for annulment.*

**Keywords:** Administrative and judiciary protection; development; restrictions.

**Sumario:** 1. Francia: recurso jerárquico, recurso por *excès de pouvoir*. Los orígenes. 2. *Recours pour excès de pouvoir et recours de pleine jurisdiction*. 3. España: el recurso de alzada. Los orígenes. 4. El llamado contencioso-administrativo en España. 4.1. Los orígenes. 4.2. La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888. 5. El llamado contencioso-administrativo. La apertura parcial al recurso de anulación. Supuestos. 5.1. El llamado proceso de lesividad. 5.2. El recurso de alzada contra acuerdos municipales y provinciales (recurso de anulación y previo al contencioso-administrativo). 6. La acción popular en el derecho administrativo. 7. Los conflictos en el procedimiento de la formación de la voluntad contractual de la administración. 8. Bibliografía

## 1. FRANCIA: RECURSO JERÁRQUICO, RECURSO POR *EXCÈS DE POUVOIR*. LOS ORÍGENES

Una de las grandes empresas del Antiguo Régimen fue el establecimiento y consolidación de la autoridad real frente a los privilegios nobiliarios corporativos y locales. Los dos últimos monarcas, y sobre todo Luis XVI, fueron demasiado débiles para coronar esta empresa. Los hombres de la Revolución, sobre todo a partir de 1792, asumieron esta herencia y se mostraron dispuestos a ejecutar el testamento de la desaparecida monarquía. Napoleón consolidó la empresa y organizó un Estado jerárquico, centralizado y una Administración autoritaria. Las instituciones políticas se democratizaron sin duda, pero no por ello el aparato administrativo dejó de conservar —y en algunos aspectos robusteció— su carácter tradicional<sup>1</sup>.

El fortalecimiento de la *puissance publique* encuentra también un punto de apoyo fundamental en el principio de separación de las autoridades administrativas y

1. VEDEL, G. 1980: *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6.<sup>a</sup> edición francesa. Madrid, 44.

Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, L. 1981: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid.

judiciales, respetado por todas las Constituciones francesas, en virtud del cual los Tribunales, los Jueces, no pueden juzgar a la Administración cuando actúan en virtud de la *puissance publique* para la realización de los servicios públicos, apareciendo así los actos de autoridad.

La Ley 16-24 de agosto de 1790 manifestaba que «les juges ne pourront, à pein de forfeiture, troubler de quelque manière que ce sois, les operations des corps administratifs...». Esta ley fue completada por la Ley 16 de fructuoso del año III conforme a la cual «defenses iteratives sont faites aux tribunaux de connaitre des actes d'administration quelque espece qu'ils soient».

La elusión del control de la Administración por los jueces es lógica consecuencia de la desconfianza y el recelo que suscitaron los parlamentos, símbolo de las jurisdicciones especiales, desde el Edicto de Saint Germain de 1641.

Se configurará así un mecanismo de control propio de la Administración a través del Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura. El artículo 2 de la Ley de 24 de mayo de 1872, conjuntamente con el *arrêt Cadot* de 13 de diciembre de 1889 y la posterior Ordenanza de 31 de Julio de 1945 confirmarán que «Le Conseil d'etat, statuant au contentieux est le juge de droit comunes en matiere administrative». Tanto en el Consejo de Estado como en los Tribunales administrativos, que sustituirán a los Consejos de Prefectura, se prescinde de jueces integrados en el Poder Judicial, estableciéndose una magistratura administrativa encargada de resolver los conflictos entre los ciudadanos y la Administración.

Esta drástica solución de prohibir a las jurisdicciones civiles el conocer del Contencioso administrativo llevaba necesariamente aparejada la institucionalización de unos mecanismos para poder garantizar los derechos de los ciudadanos, pero los textos de la Revolución no crearon tribunales competentes para conocer de estos litigios.

Y es entonces cuando aparece la vía administrativa, el control jerárquico que tan fundamental papel desempeñó en la evolución del control de la Administración, control operado por le *Conseil d'etat*.

En efecto, si los particulares no tenían la posibilidad de demandar a la Administración ante las jurisdicciones civiles, la garantía se les abre a través del recurso jerárquico, en el que al ciudadano se le daban «les garanties d'équité qu'ils sont en droit de reclamer»<sup>2</sup>.

La Ley 7-14 de octubre de 1790 preceptuaba que las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos (*corps administratifs*) *no son de la competencia de los Tribunales, en ningún caso, y deben llevarse ante el Rey, jefe de la Administración general.*

A él pertenecía el control jerárquico como jefe del Estado, en virtud de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (t. III, Cap. IV, Sect. II, artículos 5 y 6).

En la Constitución de 5 fructidor, año III, artículo 196, corresponde al Directorio, conjuntamente con los ministros, cada uno en su Departamento (artículos 193 y 194).

2. BERTHÉLEMY, 1920: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 9.<sup>a</sup> ed. París, 996.

La competencia exclusiva del ministro se establece a partir de la Constitución de 22 de febrero, año VIII, artículo 59 y los Decretos 25 de marzo de 1852, artículo 6 y 13 de abril de 1861, artículo 7.

El Consulado, el Imperio y la Monarquía restaurada no modificaron estos principios: el control jerárquico, a través del recurso jerárquico, se ejerce de oficio o a instancia del interesado, a través del recurso jerárquico. En la práctica las decisiones del recurso se basaban y se aceptaban las decisiones preparadas por el *Conseil d'état*.

Este recurso, por vicio de competencia, por incompetencia, es el origen del recurso por «excés de pouvoir». En la evolución del recurso por excés de poder, tempranamente se añade el vicio de forma y hacia 1840 la desviación de poder (*détournement de pouvoir*) (*Arrêt Landrin*). El recurso por exceso de poder es un recurso de anulación contra un acto ejecutivo y ejecutorio y por vicio de legalidad: incompetencia, vicios de forma, desviación de poder, violación de la ley y derechos adquiridos. Con altibajos, a partir de los *arrêts del Conseil d'état*. **Lot y Molinier**, de 11 de diciembre de 1903, Alcindor de 11 de junio de 1906, **Casanove** de 29 de marzo de 1901, entre otros, se consagra definitivamente.

Como resumen: *le recours pour excès de pouvoir* es un recurso por el cual cualquier persona interesada puede solicitar del juez administrativo la anulación, en razón a sus irregularidades, de una decisión (acto) emanado de una autoridad administrativa.

Siguiendo adelante con el recurso *pour excès de pouvoir* el punto de inflexión lo constituye la *Loi 24 mai 1872* que consagra, estatuye al *Conseil d'état* como un auténtico y verdadero orden jurisdiccional, lo que es decisivo para la existencia del recurso *pour excès de pouvoir* hasta nuestros días.

A partir de este momento, como dijo ALIBERT, el recurso pierde su carácter jerárquico y se convierte en el pivote del control jurisdiccional de la Administración.

Sus aspectos básicos son los siguientes:

1. La exigencia de un *droit lésé* (derecho lesionado) para interponer el recurso desaparece.
2. El recurso es un recurso *objectif*, ya que se solicita del juez que controle la *régularité* de una decisión sin que pueda pronunciarse sobre *droits subjectifs*.
3. Los motivos para solicitar la anulación de la decisión se amplían, apareciendo el control de la exactitud material y la calificación jurídica de los hechos.

## 2. RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR ET RECOURS DE PLEINE JURISDICTION

La doctrina francesa seguía interrogándose sobre la naturaleza del *recours pour excès de pouvoir* y su acercamiento al *recours de pleine jurisdiction* con una tendencia a desaparecer el primero, cosa que había observado ya HAURIUO en su *Precis* en nota sobre CE 29 nov. 1912, *arrêt Boussuge*, indicando que en su opinión esta actuación se produce desde 1889 con el *arrêt Cadot* (CE 13 dic. 1889).

La situación venía provocada porque desde estos *arrêts* el juez no podía dirigir *injonctions*, mandamientos a la Administración en el recurso por exceso de poder.

G. MICHEL BERNARD, presidente de sección del *Conseil d'état*, sostuvo: no existen modificaciones fundamentales de los poderes del juez por *excès de pouvoir* porque las medidas que dicho juez puede prescribir a la Administración son exclusivamente las medidas que son la consecuencia de la anulación y que la Administración tiene que tomar en un plazo razonable.

El *recours pour excès de pouvoir* es un contencioso de *régularité* destinado a que se respete *le droit objectif*; es suficiente un *simple intérêt* (en España sería interés legítimo) para interponerlo y la decisión de anulación tiene la fuerza de cosa juzgada *erga omnes*.

El recurso de plena jurisdicción asegura la protección de los derechos subjetivos, siendo necesario para interponerlo tener lesionado el derecho subjetivo y la decisión que se adopte solo tiene efecto entre las partes del proceso.

### 3. ESPAÑA: EL RECURSO DE ALZADA. LOS ORÍGENES

El Real Decreto de 21 de mayo de 1853 establece como regla general el principio de libre revocación (por legalidad y oportunidad) de todos los actos administrativos inferiores al grado de ministro.

Esta doctrina de la libre revocación de los acuerdos inferiores que nítidamente expresa el artículo 2 del citado Real Decreto lo vio ya el gran maestro COLMEIRO, quien subrayó que únicamente eran irrevocables los actos ministeriales declarativos de derechos.

En el año 1889, concretamente el 19 de octubre, se promulga nuestra Ley de Procedimiento Administrativo, prácticamente casi un año después de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888.

El artículo 2.12 de la Ley procedimental preceptuaba que se determinarían los casos en los que la resolución administrativa causaba estado y en los que había lugar al recurso de alzada. Posteriormente, se dictaron los reglamentos de procedimiento en los distintos ramos de la Administración. Un ejemplo: en el procedimiento administrativo en el Ministerio de la Guerra el artículo 34 permitía la interposición del recurso de alzada, señalando que habrían de exponerse los hechos y fundamentos de derecho contra la resolución impugnada. Era un recurso de anulación por lesión a un interés legítimo. Se preceptuaba igualmente que habrían de exponerse en el mismo los hechos y los fundamentos de derecho contra la resolución impugnada.

Como veremos la Ley de lo Contencioso de 1888 no concedía legitimación para accionar en dicha jurisdicción nada más que a los titulares de derechos subjetivos, sistema subjetivista, no a los de intereses legítimos.

Sin embargo, ninguna restricción se establecía en la Ley de Procedimiento de 1889 y los distintos reglamentos para que los titulares de intereses legítimos pudieran interponer el recurso de alzada (también se llamaba de apelación). Por ejemplo, en el reglamento de procedimiento del Ministerio de Guerra el artículo 34 al referirse al recurso de alzada hablaba de su interposición por los interesados.

El artículo 36 del citado Reglamento señalaba que contra las reales órdenes que contengan la resolución de un recurso de alzada no podía interponerse más recurso que el contencioso-administrativo cuando proceda, con arreglo a la Ley de 13 de septiembre de 1888, lo cual era imposible dado el sistema subjetivista y la configuración del contencioso en la Ley de 1888.

Creo que puede concluirse que hasta la Ley de lo Contencioso de 27 de diciembre de 1956 la única garantía de la que disponían los titulares de intereses legítimos frente a los actos de la Administración central era el recurso de alzada, que tenía carácter de un recurso de anulación, pero no de reconocimiento de derechos subjetivos ni en la vía administrativa ni en la vía jurisdiccional.

## 4. EL LLAMADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

### 4.1. *Los orígenes*

Se recibe en nuestro país un contencioso-administrativo heredado de Francia.

Los primeros intentos están contemplados en la Constitución de Bayona, pero la instauración del sistema cristaliza en las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, encomendando a los Consejos Provinciales y al Consejo de Estado, que se llamó Consejo Real en la primera época, los asuntos contenciosos. El Consejo de Estado proponía al Gobierno sin vincularle (justicia retenida) lo que se llamaron Reales Decretos sentencias. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se configuraba como un sistema de lista sometida a conocimiento del Gobierno sin ninguna cláusula general, articulándose como una segunda instancia respecto de la vía gubernativa o administrativa.

POSADA HERRERA, refiriéndose a las Diputaciones Provinciales, en relación con la organización y atribuciones de los tribunales administrativos, sostuvo que se ha creído que transfiriéndoles a ellas y a los Ayuntamientos las atribuciones de los tribunales administrativos no eran estos necesarios.

Nada más lejos de la realidad. Mantuvo POSADA HERRERA que las facultades que se les dieron a las Diputaciones no eran compatibles con la esencia y naturaleza de los tribunales administrativos: resuelven negocios contencioso-administrativos, están encargados del examen de las cuentas, muchas veces voluminosas que no pueden enterarse las Diputaciones y Ayuntamientos por falta de tiempo y, a la vez,

tienen que atender a las necesidades de la localidad que son el objeto de estas instituciones.

Es imposible que puedan estar exentas de las pasiones políticas de la sociedad, que están necesariamente en su esencia, y forman la atmósfera en que viven al día. ¿puede haber seguridad de que resolverán con imparcialidad y justicia el negocio contencioso?<sup>3</sup>.

#### 4.2. *La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888*

Meritada Ley fue completada con el Real Decreto de 13 de septiembre de 1888 sobre el planteamiento de la Ley para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa; el Real Decreto de 29 de septiembre de 1990, aprobando el Reglamento general del procedimiento al que deberán ajustarse la sustanciación de los asuntos contencioso-administrativos y sus incidentes, y el Real Decreto de 22 de junio, reformando varios artículos de la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 y del Reglamento general para su ejecución de 29 de diciembre de 1990.

La doctrina ha escrito bastante sobre esta Ley que, lejos de ampliar los recursos para defensa de los derechos de los ciudadanos, configuró un limitado y pacato recurso cuando las garantías de los ciudadanos, a través de los recursos de plena jurisdicción y anulación habían sido aceptadas hacía tiempo en las legislaciones francesa e italiana.

La Ley y disposiciones complementarias regulan, no por primera vez, la posibilidad de que el recurso contencioso-administrativo pudiera interponerse por la Administración, pero es necesario decir que el proceso de lesividad que analizaremos con posterioridad ya había tomado carta de naturaleza en el ramo de Hacienda<sup>4</sup>.

Los rasgos fundamentales de la Ley de 1888 y normas complementarias a la vista de sus artículos son el establecimiento de una cláusula general para definir la competencia en sustitución del sistema de lista, casuístico. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA indicó que en la práctica ello pudo significar una restricción a las garantías hasta entonces disponibles<sup>5</sup>.

3. POSADA HERRERA, J. 1978: *Lecciones de Administración*, tomo I, Madrid, INAP, 186-202.

4. Sobre el proceso de lesividad: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1954: «La configuración del recurso de lesividad». *Revista de Administración Pública*, 15, 109-154 y GUAITA, A. 1953: *El proceso administrativo de lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración*, Barcelona, Bosch.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La configuración...», *Op. cit.*, 111, nota 2.

Pero a mi juicio lo que es grave es que sigamos sin recurso de anulación en sede jurisdiccional, impidiéndose así a los ciudadanos el acceso a la jurisdicción para la defensa de los intereses legítimos. Volveremos sobre este tema.

La ley impide el control de los actos discrecionales (artículo 4.1) cuando ya la doctrina francesa más autorizada y el *Conseil d'état* lo había aceptado.

El responsable de la exclusión de los actos discrecionales en la Ley fue SANTAMARÍA DE PAREDES, que, aceptando la tesis de VIVIEN, se aparta de la tradición francesa, de toda la evolución que, partiendo del recurso jerárquico, llevó al *Conseil d'état* y a la doctrina francesa a no excluir, a priori, del control jurisdiccional de los actos discrecionales.

Adolfo POSADA criticó enérgicamente la tesis de SANTAMARÍA DE PAREDES en su *Derecho administrativo* subrayando que el legislador no había encontrado la característica de lo discrecional, señalando que «sin duda influye en todo esto el concepto legal, estrecho y mezquino de lo contencioso». La gloriosa revolución de 1868 introdujo radicales reformas en el Consejo de Estado, suprimiendo la sección de lo contencioso para pasar sus asuntos a conocimiento del Tribunal Supremo y reduciendo a cuatro las secciones restantes (DD 13 de octubre de 1968 y 12 de octubre de 1870).

Merece la pena la lectura del Decreto de 26 de noviembre de 1868 que da la nueva organización al Tribunal Supremo de Justicia por el concono con que se manifiesta este decreto (ministro de Justicia Antonio Romero Ortiz).

Posteriormente, viene la Ley de 30 de diciembre de 1876 declarando leyes del reino las disposiciones que se expresan, que organizaron, restituyendo al Consejo de Estado y encomendando a las Comisiones provinciales la jurisdicción contencioso-administrativa (que no tenían nada que ver con las Diputaciones).

La Ley de 30 de diciembre de 1876 restituye el Consejo de Estado y encomienda a las Comisiones provinciales la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, el Real Decreto de 22 de junio de 1894 reforma varios artículos de la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1868, Reglamento para su ejecución de 29 de diciembre de 1890, que no afectan al carácter subjetivista del sistema. Conclusión: seguimos sin recurso de anulación en nuestro sistema jurisdiccional.

La ausencia del recurso de anulación se mantiene, salvo supuestos muy puntuales, hasta lo que ha llamado BASSOLS COMA (q. e. p. d. querido y admirado compañero) en un importante trabajo «una regresión en materia de legitimación para la anulación de los actos administrativos: una regresión del simple interés al interés directo<sup>6</sup>».

Martín BASSOLS pone de relieve que la ponencia, sin explicitar motivo alguno inspiración en alguna enmienda, acordaría en el artículo 28.1.a) exigir la legitimación para demandar la declaratoria de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de los

6. «La tramitación parlamentaria de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: modificaciones e innovaciones incorporadas». *Revista de Administración Pública*, 203: 309-341. Mi cita hace referencia a las páginas 330 y 331.

actos y disposiciones de la Administración a «los que tuvieran interés directo en ello». Es a «los que tuvieran interés directo en ello». Es decir, se volvía a la fórmula anterior del artículo 386. 3 del Texto articulado de la Ley de Régimen Local (Decreto de 16 de diciembre de 1950) que exige «tener un interés directo en el asunto». Se daba un paso atrás respecto al Proyecto del Gobierno por cuanto en su redacción inicial simplemente se requería invocar tener «interés en ello», máxime además cuando en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana aprobada seis meses antes (de 12 de mayo de 1956) en su artículo 223 declaraba que «será pública a la acción para exigir de los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la presente Ley y planes de ordenación urbana».

En una sorprendente intervención en defensa del Dictamen en la comisión ante el Pleno, ROYO VILLANOVA daba por primera vez una justificación de esta restricción. Voy a reproducir las justificaciones dadas por ROYO VILLANOVA, recogidas en el trabajo citado de Martín BASSOLS COMA (p. 330), que ponen de relieve el carácter que se proclama de una jurisdicción donde lo importante es configurar un recurso de anulación como existía ya en Francia con el *excès de pouvoir*, ampliándose la legitimación de forma total de los ciudadanos para interponer el contencioso contra actos que lesionaran sus intereses legítimos de forma directa e inmediata; la jurisdicción contenciosa sigue siendo una jurisdicción de la defensa de la propiedad, el contrato.

En definitiva, insisto, que contra la restante actividad de la Administración que genera lesión a intereses legítimos de los particulares solo cabía el recurso de alzada.

ROYO VILLANOVA ante el Pleno de la Comisión: en esta parte el Dictamen de la Comisión, porque el texto del proyecto porque este solo hablaba de los que tuvieran interés en la declaración de que el acto es conforme a Derecho en su anulación.

El dictamen, en cambio, exige que se tenga un «interés directo». Decía ROYO VILLANOVA que la modificación era muy importante porque con el anterior planeamiento, el de la Comisión, lo que ocurría es que se daba al recurso contencioso-administrativo *el carácter de una acción popular abierta a todo el mundo lo que suponía una amenaza para la buena marcha de la Administración que podía ser injustificable de continuo (sic) con recursos sin fundamento* (el subrayado es mío).

*Pero si exigiera un interés directo solo podrían poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional aquellas personas a quienes el acto tachado de ilegalidad amenace perjudicarles o ya les haya lesionado. Este interés es una garantía de la seriedad del recurso* (el subrayado es mío)<sup>7</sup>. Sorprendente.

Posteriormente, ROYO VILLANOVA intentó justificar lo, a mi juicio, injustificable al sistema, que el contencioso no perdía su carácter objetivo siempre que tendiera a la preocupación de la ilegalidad del acto reclamado más que a las consecuencias del interés que se reclama, afirmando como conclusión que «el interés del particular no es protegido directamente por la Ley: recibe una protección indirecta, ocasional, refleja. En esto se diferencian tales intereses legítimos de los derechos subjetivos: estos son protegidos de manera inmediata y directa».

7. Citado por BASSOLS COMA en *op. cit.*, 331.

Martín BASSOLS COMA afirma acertada que esta modificación restricción de la legitimación ha jugado un papel clave en la evolución posterior del contencioso-administrativo e incluso en la legislación de procedimiento administrativo, así como en la jurisdicción a partir de 1956.

## 5. EL LLAMADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LA APERTURA PARCIAL AL RECURSO DE ANULACIÓN. SUPUESTOS

### 5.1. *El llamado proceso de lesividad*

Aurelio GUAITA en el año 1953 escribe un importante trabajo cuando era profesor adjunto de la Universidad de Santiago de Compostela<sup>8</sup>.

A partir del Reglamento de 1 de octubre de 1845 la Administración gozaba del privilegio de declarar lesivas sus propias resoluciones declaratorias de derechos, pero con la mutación esencial que introdujo la Ley de 13 de septiembre de 1888, que transformó el antiguo recurso en un verdadero proceso<sup>9</sup>.

Analiza en primer lugar GUAITA las partes en el proceso. El demandante es en el proceso de lesividad la Administración y respecto de las causas de legitimación del demandante es necesario examinar por su trascendencia en aquellos momentos si la Administración podría ser demandante por el derecho vulnerado subjetivo u objetivo.

Nos recuerda que si bien inicialmente en el Derecho procesal administrativo solo existió el proceso subjetivo, en 1924, si bien limitado a la Administración, se introdujo el proceso de anulación.

A la vista de la Ley Procesal Administrativa de 1894 se preguntaba GUAITA si, aparte de que los conceptos «derecho subjetivo» e «interés legítimo» no son antitéticos, ¿se le exige a la Administración en el proceso de lesividad un derecho subjetivo para accionar o basta con que ostente un interés protegido de manera indirecta?

Contesta GUAITA que el Tribunal Supremo había conseguido crear un proceso de lesividad auténticamente «*objetivo*» *no en el sentido de que cualquiera pudiera impugnar determinado acto administrativo* (el subrayado es mío), puesto que solo está legitimado para ser demandante la Administración que dictó el acto impugnado; pero lo que es esencial subrayar es que a la Administración no se le exige para ser demandante el

8. *El proceso administrativo de lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración*. Barcelona: Bosch, 1953, *op. cit.* Tengo el ejemplar que el profesor GUAITA dedicó al maestro de los administrativistas andaluces, don Carlos GARCÍA OVIEDO. Posteriormente Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, siendo profesor adjunto de la Universidad de Madrid escribe «La configuración del recurso de lesividad», *op. cit.* y ESCUÍN PALOP, V. 2004: *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*. Madrid: Thomson-Civitas.

9. GUAITA, *op. cit.* p. 29.

que alegue la lesión de un derecho subjetivo, siendo suficiente la vulneración o infracción de la norma de derecho objetivo<sup>10</sup>.

## 5.2. El recurso de alzada contra acuerdos municipales y provinciales (recurso de anulación y previo al contencioso-administrativo)

Brevemente señalar que como señaló SUÑER en mi trabajo en homenaje al creador de la Escuela Andaluza de Derecho Administrativo, don Carlos GARCÍA OVIEDO, los asuntos referentes a recursos contra resoluciones de las Diputaciones daban poco que hacer; la materia iba referida a las resoluciones de los Ayuntamientos combatidos por los particulares. Todos al amparo de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1977 que más años de vigencia había tenido en España.

Mayor interés tiene una nota importante sobre el Estatuto Municipal de CALVO SOTELLO de 8 de marzo de 1924.

La idea del Estatuto fue la de apartar a los gobernadores civiles y a los ministros del conocimiento de los recursos contra los acuerdos municipales y entregar esta materia a los Tribunales Provinciales de lo contencioso-administrativo, previo un recurso que se estimó necesario para intentar resolver las desavenencias antes de entrar en la litis, que fue el de reposición.

Estos recursos son de excepción. La casi totalidad son dirigidos contra los restantes acuerdos, y respecto del particular, dice también el Estatuto que tales acuerdos de los Ayuntamientos, Comisiones municipales permanentes y Alcaldes, no comprendidos

10. En la nota 112 a la página 46 pone de manifiesto como mi maestro CLAVERO ARÉVALO defendió este planteamiento. GONZÁLEZ PÉREZ censuró esta innovación. ALCALÁ ZAMORA en su trabajo sobre el recurso contra el abuso de poder de la Administración cita la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 22 de noviembre de 1900 *en la que el órgano declara su competencia para conocer de las resoluciones administrativas dictadas con incompetencia pues una cosa es, dice el Tribunal Supremo, que la Administración no sea competente para dictar determinado acuerdo, y otra muy distinta el que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda revisar la legalidad del mismo, ya que es la única institución encargada de fiscalizar la actividad administrativa. Está claro que estamos en presencia de un proceso ordinario objetivo* (lúcida sentencia, recurso *pour excès de pouvoir*).

La jurisprudencia posterior sigue el mismo criterio (S. TS 3 de julio de 1948, 28 de septiembre de 1907, 29 de febrero de 1908, 26 de marzo de 1932, 15 de febrero de 1942, 25 de enero y 10 de mayo de 1951 entre otras muchas).

La doctrina también se había pronunciado en este sentido (LEIRA COBEÑA) y antes que todos COLMEIRO.

En materias relativas a impugnación de bases de convocatorias de concursos y oposiciones en materias de propiedad industrial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mueve en esa dirección.

especialmente en otros artículos de la Ley, causarán estado en la vía gubernativa y contra ellos solo cabe el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Provincial.

Podía interponerse este recurso:

1. Por lesión de derechos subjetivos del reclamante.
2. Por infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación aunque no hayan sido agraviados en sus derechos (acción popular)

## 6. LA ACCIÓN POPULAR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO<sup>11</sup>

Acción popular o acción pública significa acción ejercitada por una persona indeterminada; al agregar en el Derecho administrativo puede entenderse que es una acción indeterminada contra la actuación que el Estado imprime a los servicios públicos.

En la acción pública tenemos como básico norma pública e interés general, obligación incumplida o lesión realizada por la actividad administrativa. La acción es pública en cuanto el interés no concreta en uno solo aunque basta uno solo para ejercitarla, para defender los intereses generales, para impedir su violación y si se ha consumado para pedir su satisfacción.

IHERING la definió diciendo que las acciones populares ofrecen la expresión amplia de la protección concedida a los intereses por la acción. Los intereses que definen estas acciones tienen en realidad carácter general e indeterminado: son intereses de la colectividad, del público y se hacen valer contra actos que constituyen un peligro público. Pero los intereses de este género no siempre conceden esta acción; no es general, se limita a los casos en los que el derecho positivo la tiene concedida y se determina tan precisamente en cuanto a sus condiciones y efectos, que su aplicación práctica no puede ofrecer duda alguna.

En relación con el actor popular, el fin de la acción pública es corregir un acto de la Administración. Es directa del que la ejercita, pero la resolución adoptada se impone a todos para pedir la rectificación del proceder administrativo distinto o contrapuesto al querido por la Ley (creo que puede considerarse un recurso de anulación). El actor popular se apoya en la Ley quebrantada para que se rehabilite el mandato contenido en ella (SANTI ROMANO), concreta, personaliza en si el interés propio que se incluye en el general.

Un ejemplo en derecho comparado: en Alemania aunque la competencia de los tribunales contenciosos se determinaba por enumeración y salvo excepción no había recurso contra los *freie ermessens*, a veces puede extenderse hasta apreciar la equidad,

11. Sigo en este tema a FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1920: *La acción popular en el Derecho administrativo*. Madrid: Reus.

conveniencia y oportunidad de las resoluciones dictadas contrastando el acto con el principio jurídico, produciéndose por tanto una verdadera acción popular.

FERNANDEZ DE VELASCO era de la opinión de que debieran modificarse los recursos administrativos concediendo una mayor amplitud para su interposición.

Si la acción de la Administración no ha de mantenerse extraña a los ciudadanos se impone que nuestra legislación se modifique y reconozca esta acción popular.

## 7. LOS CONFLICTOS EN EL PROCEDIMIENTO DE LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN<sup>12</sup>

La Instrucción de 18 de marzo de 1852, en su artículo 8.º, ya antes del acto en el que se procediera a la apertura de los pliegos, permitía a los licitadores manifestar sus dudas o pedir las explicaciones necesarias. En idéntico sentido, el artículo 9.º de la Real Orden de 11 de septiembre de 1886 y la Regla Tercera del artículo 17 de la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales, Real Decreto de 29 de enero de 1905.

En el artículo 17, Regla Decimotercera, y en relación con la adjudicación provisional, se explicita que, en el Acta de la subasta, habría de expresarse

qué licitadores se han conformado con la declaración, recogiendo sus *proposiciones* y resguardos, las protestas o reclamaciones que, sólo en cuanto a infracción de las reglas y preceptos establecidos por esta Instrucción, a partir de la fecha del anuncio de la subasta en los periódicos oficiales y en cuanto al acto mismo de la subasta se hubiesen hecho durante ella, y la declaración del Presidente respecto a la adjudicación provisional (énfasis añadido).

De conformidad con el artículo 19 de la citada Instrucción, dentro de los cinco días siguientes al de la celebración de cualquier subasta, podrán acudir por escrito a la Corporación interesada todos los licitadores cuyas proposiciones hayan sido admitidas o que no se hayan conformado con tenerlas por desechadas, exponiendo lo que tengan por conveniente sobre el acto de la subasta, sobre la capacidad jurídica de los demás licitadores y sobre lo que crean que deba resolverse respecto de la adjudicación definitiva.

Y conectado con lo anterior, el artículo 20 indicaba que expirado el plazo de cinco días, la Corporación interesada resolvería sobre la validez o nulidad del acto de la subasta, adjudicando definitivamente si era conforme a derecho. Pero la importancia de ese precepto no cabe desconocerse (y lo que a continuación se expone no estaba

12. Véase en este sentido RIVERO YSERN, E. 2006: «El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las Administraciones públicas» en J. C. CASSAGNE y E. RIVERO YSERN: *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammurabi. 629-635.

previsto en el Pliego de Condiciones generales para la contratación de las obras públicas de 13 de marzo de 1903), ya que cualquier licitador que se creyese perjudicado con el acuerdo de adjudicación definitiva podía apelar dicho acuerdo, de conformidad con el artículo 32 de la Instrucción de 24 de enero de 1905 que examinamos.

Es evidente que este recurso lo era por infracción de la Instrucción, por vulneración de sus preceptos; es decir, un recurso de anulación.

El artículo 32 de la Instrucción, textualmente señalaba:

Incumbe al Tribunal correspondiente de la jurisdicción administrativa, después de apurada la vía gubernativa, el conocimiento de las cuestiones que se susciten acerca del cumplimiento o incumplimiento de los preceptos de esta Instrucción, exceptuando los taxativamente expresados en la misma.

Pues bien, lo regulado en el artículo 20 no se exceptúa de control jurisdiccional. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1908 indica que lo que plantea el licitador alegando el incumplimiento de la Instrucción de 24 de enero de 1905, debe ser tratado y resuelto, porque «dicha Instrucción, en el artículo 20 permite que cualquier licitador pueda apelar del acuerdo de adjudicación definitiva, y en el 3 expresa que incumbe a la jurisdicción contencioso-administrativa, después de apurada la vía gubernativa, el conocimiento de las cuestiones que se susciten acerca del cumplimiento o incumplimiento de los preceptos de la misma Instrucción. Los licitadores ni podían recurrir la declaración de nulidad de las subastas, ni la adjudicación a un tercero, ni la negativa de la Administración a celebrar un contrato.

En el ámbito que hemos descrito, nos encontramos con un recurso de anulación por infracción de las normas contenidas en la Instrucción, vicio de forma.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- BERTHÉLEMY, H. 1920: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 9.ª ed. París.
- ESCUÍN PALOP, V. 2004: *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*. Madrid: Thomson-Civitas.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO 1920: *La acción popular en el Derecho administrativo*. Madrid: Reus.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, L. 1981: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed. Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, L. 1954: «La configuración del recurso de lesividad», *Revista de Administración Pública*, 15. 109-154.
- GUAITA, A. 1953: *El proceso administrativo de lesividad. El recurso contencioso interpuesto por la Administración*. Barcelona: Bosch.
- POSADA HERRERA, J. 1978: *Lecciones de Administración*, tomo I. Madrid: INAP.
- RIVERO YSERN, E.: «El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las Administraciones públicas». En J. C. CASSAGNE y E. RIVERO YSERN 2006: *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammurabi. 629-635.
- VEDEL G. 1980: *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6.ª edición francesa. Madrid. 44.