

CRITERIO CONCEPTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. El concepto de la Ciencia del Derecho. 2. Actos jurídico-públicos y actos jurídico-privados. 3. El acto-ley: su valor jurídico y fundamento del mismo. 4. La eficacia del acto-sentencia: su fundamento. 5. Los actos políticos: eficacia y fundamento. 6. La eficacia esencial del acto administrativo. 7. El acto administrativo, criterio conceptual del Derecho administrativo. 8. Consecuencias teóricas del criterio propuesto. 9. La apreciación de su trascendencia práctica. 10. Ciencia y pedagogía.

I.—INTRODUCCIÓN.

La diferencia esencial entre la actividad administrativa del Estado del Antiguo Régimen y la del Estado contemporáneo radica en que la primera no está señoreada por la Ley, y la segunda, sí.

Sin embargo, la mayor parte de los cultivadores del Derecho administrativo adoptan como perspectiva para definirlo, no el principio de legalidad, sino otro de los principios que triunfa con la Revolución de 1789: el de la separación de los Poderes estatales.

Con mayor o menor claridad, con unos u otros matices, el Derecho administrativo se define como el que regula la actividad del Poder ejecutivo o de la parte de éste denominada Administración pública. No advierten quienes tal hacen que la división de Poderes es un principio estructural, y, por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, secundario.

El Derecho administrativo construído sobre la idea orgánica de Administración tropieza con serias dificultades teóricas y prácticas. No podía suceder de otro modo. En primer lugar, porque se tomó lo se-

cundario por esencial, y, en segundo lugar, porque el principio de la separación de los Poderes del Estado, como fórmula ideológica, como esquema doctrinal, ha servido para la construcción de conceptos; pero, pese al tiempo transcurrido, no ha podido conformar la realidad. Esta se escapa siempre cuando se la quiere explicar desde la perspectiva orgánica que facilita la distinción entre Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial (1).

El Derecho público moderno ha aprovechado las categorías de Legislativo, Ejecutivo y Judicial para construir excelentes sistemas teóricos; pero la experiencia histórica y la actual prueban que las funciones de legislar, ejecutar y juzgar —definidas materialmente o por su eficacia jurídica— no se concentran en órganos diferentes del Estado.

Si en el Antiguo Régimen existía confusión orgánica de actividades estatales objetivamente diferentes (2), la Revolución no logró crear una organización independiente para cada una de las funciones estatales. La meta señalada por MONTESQUIEU no se ha alcanzado hasta ahora y no parece prudente esperar que se consiga en el futuro, cuando en la actualidad las tendencias constitucionales son más bien contrarias a la separación de los Poderes.

La perspectiva orgánica sólo puede ofrecernos, como Derecho administrativo, un conglomerado de normas, de varia naturaleza, aglutinado débilmente por la estructura estatal que ordena y que, por el peso de la tradición o por simple apreciación personal, se califica de administrativa.

Para evitar los inconvenientes de la concepción orgánica de la Administración pública se acudió a la configuración objetiva de la actividad administrativa.

Se afirmó que cada una de las actividades estatales reunía singulares características objetivas. La ley era general; la sentencia, acto singular e imparcial; el acto político, decisión importante, por afectar a toda la comunidad; la actividad administrativa, concreta, parcial y de grado inferior a la política. Concepciones objetivas con unas u otras notas, y con combinaciones diferentes de estas características, se exponen en los

(1) Véase SEIGNOBOS, *La séparation des pouvoirs*, en «Etudes de Politique et d'histoire», P. U. F., París, 1934, págs. 183 y sigs.

PEMÁN decía recientemente (*Lo común, poco común*, «A B C», 5 noviembre 1963), con ironía: la famosa «separación de poderes tiene poca más sustancia fáctica que la separación —«ustedes por aquí, ustedes por allá»— de los dos vecinos que se van a zurrar en *La verbena de la Paloma*».

(2) Cfr. TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, 1952, 3.^a edición, págs. 108 y 124.

primeros capítulos de muchos Tratados y Manuales de ilustres iusadministrativistas.

No es raro encontrar la concepción material de la actividad administrativa superpuesta a la idea orgánica de la Administración, si bien ésta vive en un segundo plano, quedando difuminada. El Derecho administrativo aparece como el conjunto normativo que regula la actividad administrativa, materialmente definida, del Poder ejecutivo.

La configuración material de lo administrativo ha cumplido con éxito la misión de orientar al legislador en cuestiones concretas, e incluso ha sido muy útil pedagógicamente. Pero cuando se ha empleado para analizar y explicar un sistema jurídico positivo, ha fracasado estrepitosamente. Nadie, por ejemplo, se ha atrevido a afirmar, fiel a la lógica, que todas las disposiciones generales eran leyes.

El concepto material de lo administrativo no sirve para sistematizar un Ordenamiento jurídico-positivo. Por eso, en algunos Tratados de Derecho administrativo se encuentran, después de la introducción, en que la Administración queda definida materialmente, capítulos, dedicados a instituciones singulares, en los que afloran perspectivas orgánicas y jurídico-formales.

En estos momentos, aprovechando la indudable experiencia que han proporcionado los esfuerzos para definir orgánica y materialmente lo administrativo, se siguen otros caminos, con el propósito de evitar los inconvenientes de aquéllos.

A continuación damos cuenta, de forma sucinta, del sendero que nosotros hemos seguido para fijar un criterio conceptual fecundo del Derecho administrativo.

II.—EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. *El concepto de la Ciencia del Derecho.*

A) Para la búsqueda del concepto de una Ciencia —del factor más sencillo de cuantos intervienen en el pensamiento y en la ciencia (3)— los investigadores suelen adoptar, esencialmente, dos actitudes: partir de los sujetos que actúan, contemplar la luz desde el foco de donde nace, o bien comenzar a estudiar la actividad con independencia de su autor, situarse de tal manera que la luz les dé en los ojos.

Podríamos decir que esto origina que unas ciencias adquieran una

(3) MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de Filosofía*, Rialp, Madrid, 1955, I, pág. 91.

estructura subjetiva y otras una configuración funcionalista. No debe entenderse, sin embargo, que estas últimas desprecien al sujeto de la actividad, sino que inicialmente dejan su análisis a otras ciencias; les importa más la actividad en sí que su autor.

La Ciencia del Derecho puede construirse desde la perspectiva de la actividad jurídica. El acto jurídico puede constituir su piedra miliar. Inicialmente así suele hacerse, pues el jurista califica a una actividad de jurídica con independencia del sujeto autor de la misma. Descubre la esencia de lo jurídico en los efectos de la actividad, y no en su autor, aunque las disciplinas singulares suelen construirse frecuentemente, quizá por comodidad, desde un punto de vista subjetivo. Pero realmente es el acto jurídico el que debe servir de concepto sobre el cual levantar todo el sistema científico del Derecho.

La calidad, el valor del concepto se apreciará en función de la altura, solidez y armonía del edificio que sea capaz de sostener.

B) La idea tradicional —civilista, la denomina EISENMANN (4)— del acto jurídico es la de que éste consiste en una manifestación de voluntad que produce obligaciones y derechos.

La teoría pura del Derecho objetó a la concepción tradicional del acto jurídico que descansaba en un elemento psicológico, subjetivo.

Efectivamente, al hablar de *voluntad* nos estamos refiriendo a una potencia anímica de un sujeto. Pero esto no obliga a adoptar una perspectiva subjetiva en la búsqueda del concepto de la Ciencia del Derecho. Lo que ocurre sencillamente es que al adoptar el punto de vista de la actividad, recibimos en nuestro observatorio manifestaciones psíquicas de las que dependen los efectos que llamamos jurídicos (derechos y obligaciones).

Si nos fijamos, por ejemplo, en la Ciencia de la Ética, la primera distinción que encontramos en ella es la de actos del hombre y actos humanos. Los primeros, involuntarios; los segundos, voluntarios. Es decir, el mismo elemento psíquico. Después, los moralistas operan sobre actos voluntarios del hombre, sin que ello signifique ocuparse del sujeto hombre, que dejan a la consideración de la Medicina, Psicología y otras Ciencias. Igual les ocurre a los juristas.

KELSEN, al definir el acto jurídico, para prescindir del elemento subjetivo, dice que aquél es la operación o procedimiento de creación de normas, y éstas todo lo que es reglamentación de la conducta de su-

(4) *Les actes juridiques du Droit administratif*, «Droit administratif approfondi» (Doctorat), Editions Cujas, París, años 1956-1957, 1957-1958, págs. 17 y sigs.

jetos; o sea, toda disposición que prescribe a seres humanos una conducta (obligación), o que les permite cierta conducta (derecho). Pero esto no es negar el elemento subjetivo, pues de algún sujeto nacerá la disposición; alguien llevará a cabo la operación. Se trata, simplemente, de no tomar en cuenta dicho elemento; de adoptar un punto de vista que, sin negar la existencia del sujeto del acto, le haga perder todo relieve.

En principio podemos, pues, afirmar que todo acto que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones es un acto jurídico. Sin perjuicio de que, al final de la investigación, nos preguntemos si la creación de derechos y obligaciones requiere siempre la participación de la potencia humana que conocemos con el nombre de voluntad.

Hechas estas precisiones y salvedades, creo que, para mayor claridad en la exposición, puede alguna vez emplearse el concepto tradicional o civilista del acto jurídico, que tan acostumbrados estamos a manejar.

2. *Actos jurídico-públicos y actos jurídico-privados.*

Los autores nos ofrecen distintas clasificaciones de los actos jurídicos. Pero su distinción en actos jurídico-públicos y actos jurídico-privados, que ahora fundamentalmente nos interesa, quizá sea la menos estudiada. En la mayoría de los casos, la calificación de los actos como públicos o como privados se hace depender de la naturaleza pública o privada de los sujetos autores de los mismos. Pero este criterio —que en definitiva sólo consigue trasladar el problema a la distinción entre personas públicas y privadas— es claramente subjetivo. Su adopción es la quiebra inicial, y muchas veces definitiva, de una construcción que comenzó apoyándose en la naturaleza de la actividad. No podemos, pues, aprovecharlo, porque perderíamos la perspectiva inicialmente adoptada, con evidente ruptura del orden lógico que debe guiar nuestro razonamiento.

El único modo lógicamente posible de distinguir el acto público del acto privado es acudir a la *manera* de producirse los derechos y las obligaciones.

Los actos jurídico-públicos crean situaciones jurídicas y las aplican a sus destinatarios sin su consentimiento. En otras palabras, los actos públicos crean e imputan unilateralmente obligaciones y derechos (5).

(5) Los actos jurídicos no sólo crean, producen o constituyen situaciones jurídicas, sino que las modifican, las extinguen (lo que en el fondo es crear otras situaciones jurídicas) y las «declaran». Los actos declarativos de derechos y obligaciones no son actos innovadores, pero sí creadores de consecuencias jurídicas, pues influyen sobre el compor-

Por el contrario, los efectos de un acto jurídico privado sólo se imponen a un sujeto si éste los acepta.

«La declaración de voluntad del Derecho privado sólo puede fundar obligaciones para los propios declarantes. Esto pertenece a su esencia —dice FORSTHOFF (6)—, pues es la derivación del principio fundamental y básico del Ordenamiento jurídico-privado, según el cual a nadie le es concedido un poder de voluntad sobre los restantes sujetos de Derecho.»

Refiriéndose exclusivamente al acto administrativo, el citado Profesor manifiesta (7): «La facultad de obligar a otros, de poner en juego un poder superior y coactivo, constituye la esencia del acto administrativo. Este es una emanación unilateral de poder soberano y no otra cosa.»

Por su parte, VEDEL, refiriéndose también a los actos administrativos, y no a todos los actos públicos, escribe (8): «Entre las prerrogativas de poder público de que dispone la Administración, la más característica es, sin duda, la de poder tomar decisiones ejecutivas —nótese la expresión de VEDEL: decisiones ejecutivas—, es decir, de hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente derechos en provecho o en perjuicio de terceros sin el consentimiento de éstos.

Si en el Derecho privado existen actos unilaterales —continúa el Profesor VEDEL—, éstos no pueden imponer obligaciones o conferir derechos a terceros sin su consentimiento: un legado, con o sin cargas, por ejemplo, debe ser aceptado para tener efecto. En el caso de que un particular reciba autoridad con respecto a un tercero no incapaz (el empresario sobre su personal, por ejemplo), es en virtud y en los límites del contrato que los vincula» (9).

FORSTHOFF y VEDEL diferencian los actos privados de los actos administrativos acudiendo a lo que estos últimos tienen de públicos; a lo genérico de los actos públicos: la posibilidad de crear e imponer unilateralmente obligaciones y derechos (10). Dicha posibilidad o poder es

tamiento de los sujetos de derecho. Los actos declarativos reconocen o desconocen situaciones jurídicas y, con ello, benefician o perjudican a sus titulares. Cuando nos refiramos a los efectos de los actos jurídicos, emplearemos el verbo crear, sin distinguir efectos constitutivos y declarativos, pues advertido el significado que queremos darle a la expresión, no es ya necesario matizarla en cada caso.

(6) *Tratado de Derecho Administrativo*, I. E. P., Madrid, 1958, pág. 291.

(7) *Ob. cit.*, pág. 290.

(8) *Droit Administratif*, P. U. F., París, 1958, I, pág. 110.

(9) En el mismo sentido, RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1960, pág. 77.

(10) En el campo de las relaciones privadas se dan actos que unilateralmente crean derechos y obligaciones, pero ni los unos ni las otras se imponen a sus destinatarios (el

característica común —como todos sabemos— de las leyes, sentencias, actos políticos y actos administrativos (11).

testamento es el ejemplo clásico). Los actos públicos no sólo crean, sino que imponen efectos jurídicos a terceros. Su característica no es sólo la de crear efectos, sino de imputarlos a un sujeto sin contar con su voluntad.

Lo que acabamos de decir quizá traiga a la memoria el artículo 1.330 de nuestro Código civil, el cual declara que en las donaciones por razón de matrimonio «no es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones». Pero en este caso no es imprescindible la aceptación, porque existe ya una relación jurídica, compromiso matrimonial, contrato prenupcial, nacido por acuerdo de las dos partes, que patentiza la voluntad de aceptar la donación y de la cual ésta toma su causa.

En el Derecho civil, la figura jurídica que se estudia como posible fuente de derechos sin aceptación de sus destinatarios es el contrato a favor de terceros. Sabido es, sin embargo, que entre nosotros el tercero debe aceptar los derechos para que el contrato tenga eficacia. Vide NART, *Los contratos a favor de tercero*, y BONER RAMÓN, *Los contratos a favor de tercero*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, páginas 449 y sigs., y tomo XII, págs. 211 y sigs., respectivamente.

(11) El criterio empleado permite distinguir, con independencia del sujeto actuante, la actividad pública de la privada, por lo que una misma persona puede tener capacidad para dar nacimiento a actos públicos y a actos privados; en otras palabras, capacidad pública y capacidad privada. Distinción mucho más conveniente que la de personas públicas y personas privadas. En nuestro estudio sobre los *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, publicado en el número 18, págs. 127 y sigs. de esta REVISTA, después de analizar los criterios de distinción entre personas públicas y privadas, concluíamos (pág. 146, nota 51) que «quizá fuera conveniente sustituir las expresiones de persona pública y persona privada por las de capacidad pública y capacidad privada.

Algunos autores hacen notar que la personalidad es única y hablan de capacidad pública y capacidad privada. Pero un estudio y una sustitución sistemática no se ha hecho.

FERRARA (*Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, págs. 684 y 685) nos dice que las personas públicas tienen una doble capacidad, pública y privada, pero una sola personalidad, que se mueve en ámbitos distintos. Así, el Estado que obra *iure imperii*, no es el sosias del Estado que obra *iure gestionis*. En igual sentido se manifiesta VITTA (*Corso di Diritto amministrativo*, t. I, pág. 127), y SANTI ROMANO (*Corso de Diritto amministrativo*, 3.ª ed., 1937, pág. 82) también afirma que el Estado es una persona única.

«La personalidad jurídica del Estado —dice ZANOBINI (*Corso de Diritto amministrativo*, vol. I, pág. 107)— comprende la capacidad de Derecho público y la de Derecho privado: la primera se manifiesta especialmente en el ejercicio del poder público; la segunda, en el ejercicio de derechos privados patrimoniales, en la estipulación de contratos y en la formación de otras figuras de negocios propios del Derecho privado.» Los primeros son llamados actos de imperio; los segundos, actos de gestión.

Quizá hablar de doble personalidad, pública y privada, sea una reminiscencia histórica. En el antiguo Derecho, mientras los actos de imperio los realizaba el soberano, los actos de gestión eran atribuidos a una persona privada, el Fisco. Estas dos personas continuaron la una junto a la otra en el Estado de policía. Pero el Estado moderno ha absorbido las dos personalidades en una sola. El Estado actual es a la vez sujeto de las relaciones públicas y de las privadas.

Con la sustitución propuesta se comprendería mejor la actuación de las personas llamadas públicas en el campo del Derecho privado. No diríamos que actúan en unas relaciones como personas privadas y en otras como personas públicas, sino con capacidad privada y con capacidad pública. El concepto de persona es un concepto muy sólido y es difícil explicarse los rápidos cambios de personalidad.»

Lo que realmente distingue a las distintas categorías de actos públicos es la diferente *calidad de sus efectos jurídicos*. Para individualizarlos resulta preciso, pues, averiguar el *grado de la fortaleza de los derechos y obligaciones* creados por cada uno de ellos.

Grado de eficacia o fuerza que, como veremos, depende del fundamento de dicho poder de creación e imposición de efectos jurídicos. Fundamento que, pese a la muy autorizada opinión de FORSTHOFF, sólo en las leyes es la soberanía.

3. *El acto-ley: su valor jurídico y fundamento del mismo.*

DE CASTRO Y BRAVO define la ley diciendo (12) que es «la norma emanada directamente del poder soberano, reveladora de su mandato respecto a la organización jurídica de la nación» (13).

«La ley —son también palabras de DE CASTRO (14)— es la expresión más directa del Poder soberano y, por ello, la de máxima autoridad en la organización del Estado. De aquí que no se admita excusa alguna para su cumplimiento, que no pueda ser derogada por normas o por autoridad inferior y que origine un deber de conciencia.»

De las anteriores palabras del Profesor DE CASTRO se desprende: 1.º La Ley es el acto jurídico de máxima autoridad. 2.º El cumplimiento de la Ley es inexcusable. 3.º No puede ser derogada por otro acto jurídico (15).

La ley tiene, pues, la fuerza jurídica máxima. Y la tiene porque es

(12) *Derecho civil de España*, I. E. P., Madrid, 1955, I, pág. 388.

(13) El Código civil de Chile (Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, estudio preliminar de P. LIRA URCIETA), en su artículo 1.º declara: «La Ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.»

(14) Ob. cit., I, pág. 397.

(15) No retenemos el último punto de su explicación, que la Ley origina un deber de conciencia, pues el ilustre civilista cree, como expresa en la página 389 de su obra, que «el valor de la Ley (*vis obligandi*) se deriva de la finalidad justa del precepto y de la voluntad política del Poder que la dicta; la falta de uno de estos elementos impide el nacimiento de la Ley; no habrá entonces más que un acto de fuerza, una aspiración o programa».

Esta consideración iusnaturalista de la Ley no la reflejan los Ordenamientos jurídicos positivos. Los actos con forma legal obligan a su cumplimiento, no en conciencia, pero sí jurídicamente, cualquiera que sea su contenido. El súbdito no puede oponerse a la Ley, o excusarse de su cumplimiento, alegando que es errónea o injusta.

«En el Estado liberal de Derecho la legitimidad de su ordenamiento —explica LEGAZ LACAMBRA, *Legalidad y legitimidad*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 101, 1958, páginas 8-9— no ha consistido tanto en su conformidad con una Ley superior de justicia, como en el hecho de que ha impuesto la primacía de la Ley positiva en todos los ámbitos

la soberanía el fundamento de su valor. Su eficacia es tal porque «emana directamente del Poder soberano».

La soberanía, «puissance absolue et perpétuelle d'une République», se manifiesta a través de un Poder legislativo inicial e incondicionado, como dice RIVERO (16). De ahí que los efectos legales no tengan límites, sean indiscutibles (17) y solamente destructibles o modificables por otro acto legislativo posterior (18).

El acto-ley recibe, pues, su fuerza, o eficacia peculiar, de un poder social o, si se quiere, nacional (de la soberanía), y no del Ordena-

vitales, y ha exigido el estricto ajuste a la misma de todas las acciones estatales, incluidas las de los órganos rectores de la Administración y el Gobierno.» Inicialmente, la Ley positiva —como dice el autor últimamente citado— se consideraba autolegitimada en cuanto expresión de la voluntad general; pero aun cuando no se haga descansar el valor de la Ley en la voluntad general, como en muchos Estados modernos ocurre, la Ley positiva conserva su primacía indiscutible por una razón de orden y de necesidad social.

Esto no significa, ni mucho menos, despreciar las consideraciones morales e iusnaturalistas, sino únicamente situarlas en su lugar. Servirán para orientar al legislador e inspirar a la doctrina. Se tendrán siempre en cuenta en la valoración superior, justa, de la Ley, pero sin que el resultado de esta valoración tenga ninguna repercusión en cuanto a su cumplimiento; sin afectar a la eficacia de la legalidad vigente.

«Leyes erróneas, nocivas y tiránicas son las que no respetan esa personalidad (la de las entidades locales) —decía MAURA, *Ideario de don Antonio Maura sobre la vida local*, L. E. A. L., Madrid, 1954, pág. 6—; pero la potencia de la Ley, la inmanencia de la Ley, la posibilidad y la soberanía para dictarla, son intangibles y perpetuas.»

(16) *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1960, pág. 49.

Sobre este punto puede verse PÉREZ SERRANO, N., *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual*, Madrid, 1933.

(17) Los efectos de la Ley se imponen a todos, y nadie puede, a instancia de los interesados, discutir y destruir las situaciones jurídicas creadas por la Ley. La existencia, en algunos países, de Tribunales que fiscalizan la constitucionalidad de las Leyes, no es objeción al carácter de indiscutibilidad que se predica de la Ley. Lo que ocurre en dichos países es que únicamente la Constitución, o las Leyes constitucionales, tienen la consideración de manifestación de la soberanía, y las disposiciones conocidas con el nombre de Leyes ordinarias son actos jurídicos con fuerza jurídica diferente; no tienen eficacia soberana en sentido estricto. Pero no es ahora necesario, ni conveniente, teniendo en cuenta a este respecto la realidad de nuestro Derecho público vigente, entrar en la diferenciación que, en cuanto a eficacia jurídica, pueda existir entre las Leyes constitucionales y las Leyes ordinarias. La Ley fundamental de 17 de mayo de 1958, que proclama los principios del Movimiento Nacional, dispone, en su artículo 3.º, que «serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados». Pero no existe ningún órgano estatal con competencia para confrontar las Leyes con dichos Principios, y los Jueces deben limitarse, pues ésta es su misión (Ley de 15 de septiembre de 1870, art. 2.º), a aplicar las Leyes en los juicios, civiles y criminales, sin entrar a valorar su contenido en relación con las Leyes fundamentales.

(18) «Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores; y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario» (art. 5.º del Código civil).

miento jurídico estatal (19). Lo que ocurre es que en la época contemporánea, y como consecuencia de los postulados políticos de la Revolución de 1789, la forma jurídica de la sociedad nacional, que llamamos el Estado, organiza dentro de sí el ejercicio de la soberanía. De ahí que la ley aparezca como acto estatal. La representación de la soberanía y su organización tienen por consecuencia la creación de órganos estatales para definir la ley. Pero los elementos orgánicos, de procedimiento y formas especiales.

Estos elementos orgánicos y formales han servido a muchos juristas para definir la Ley. Pero los elementos orgánicos, de procedimiento y de forma, adheridos al efecto legal, son algo secundario, superficial. Lo esencial es el valor jurídico, la potencia, del acto público que denominamos ley.

4. *La eficacia del acto-sentencia: su fundamento.*

La sentencia, como los restantes actos jurídico-públicos, crea e impone de manera unilateral obligaciones y derechos (20).

(19) No modifica lo que en el texto se manifiesta el que se reconozca como titular de la soberanía a un solo hombre o a la nación. La Revolución se limita a traspasar los poderes soberanos desde una corona real a un gorro frigio —escribe PÉREZ SERRANO, obra citada, pág. 12—, sin que, al cambiarse el titular *Rey en Pueblo* o Nación, sufra alteración de contenido o atribuciones la potestad de que se trata».

(20) Las denominadas sentencias de condena pueden considerarse una importante modalidad de las sentencias constitutivas. No se diferencian unas y otras por su eficacia jurídica, que es el criterio que ahora nos importa. Las primeras crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones. Las segundas imponen una obligación de dar, hacer o no hacer.

Aparentemente existen sentencias que no crean ni declaran situaciones jurídicas, sino que se abstienen de crear o declarar derechos u obligaciones: las sentencias absolutorias o desestimatorias de la pretensión del demandante o querellante. Pero, en realidad, las sentencias de esta naturaleza declaran situaciones jurídicas favorables al procesado o demandado.

Por otra parte, las sentencias que se limitan a manifestar la inadmisión de una demanda o recurso, o recaen sobre un incidente, no son auténticas sentencias. «La distinción entre sentencias que deciden del fondo de un proceso, o *sentencias definitivas*, y sentencias que deciden cuestiones no de fondo, o *sentencias interlocutorias*, es, dogmáticamente, inaceptable; las sentencias interlocutorias no son realmente tales, sino resoluciones judiciales de otra clase, a las que, por las razones que sean, se las quiere revestir de las modalidades solemnes de una sentencia» (GUASP, *Derecho procesal civil*, I. E. P., Madrid, 2.ª ed., 1962, pág. 530).

En contra puede verse DURAND, C., *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, Librairie Général, París, 1956, pág. 20.

A la unilateralidad, tal como ha quedado definida, de las sentencias no se opone el que la decisión jurisdiccional sea siempre provocada por la pretensión de un súbdito o de un órgano no judicial del Estado. Sin que olvidemos la diferencia entre petición y pretensión procesal, las Leyes también responden normalmente a una petición del Gobierno:

La voluntad del Juez, que, según los procesalistas, ha de considerarse voluntad del Estado (21), crea situaciones jurídicas y las impone unilateralmente, a las partes litigantes, o al procesado (22).

Las situaciones jurídicas nacidas de las sentencias tienen un particular grado de eficacia, que suele denominarse «valor o eficacia de cosa juzgada».

«La cosa juzgada es, en general —dice el Profesor GUASP (23)—, el efecto que produce una decisión procesal, al ser indiscutible e inatacable después de ser emitida; la fuerza que el Derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.»

La ley concede a la sentencia el valor de la cosa juzgada por medio del mecanismo de la presunción *iuris et de iure* de que su contenido es verídico. La ley hace descansar en esta presunción los efectos de la sentencia, y de ahí que éstos sean indiscutibles e inatacables.

Los efectos jurídicos de las leyes son también indiscutibles e inatacables, pero se diferencian de los efectos de las sentencias en que estos últimos, por recibir su cualidad de la ley, están subordinados a ella, mientras que los primeros son de grado máximo y nadie puede destruirlos sino otra ley. Los efectos jurisdiccionales son de menor calidad que los legales, pues aquéllos pueden ser destruidos por éstos. La presunción legal de veracidad pone a la sentencia al abrigo de los efectos de cualquier acto jurídico que no sea ley (24). Este valor específico de

(21) Sobre el problema de la procedencia de la voluntad que la sentencia expresa, puede consultarse GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 529.

(22) Cuando no se ha querido ver en la función jurisdiccional un poder creador de situaciones jurídicas, ha resultado difícil concebirla como función autónoma, independiente de la legislativa, y, sobre todo, de la administrativa (véanse DUGUIT, *La fonction juridictionnelle*, «Revue du Droit Public», 1922, págs. 165 y sigs., y BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Delagrave, París, 1934), y ha habido que definirla por sus resultados prácticos, diciendo que «consiste en suprimir definitivamente las situaciones contenciosas que han podido surgir durante la formación y ejecución del derecho» (BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, Sirey, París, 1935, pág. 50).

La frecuente afirmación de que las sentencias no crean derechos y obligaciones, sino que se limitan a ejecutar o a aplicar los efectos de las Leyes, es consecuencia de una estrecha interpretación de la noción tradicional del acto jurídico, y no es exacta porque el Juez debe decidir (art. 6.º del Código civil), y decide, aun en defecto de Ley.

(23) Ob. cit., págs. 571 y 566.

(24) La sentencia firme no puede impugnarse ni siquiera alegando que es contraria a la Ley. Nadie admitirá ni resolverá una pretensión de esta naturaleza. Esto prueba que el acto jurisdiccional no recibe su poder del hecho de aplicar leyes o principios generales del Derecho, en los que se apoya su razonamiento, sino que tiene un valor propio, aunque otorgado por la Ley, el llamado valor de cosa juzgada, que sólo una Ley promulgada al efecto puede destruir.

A lo que acabamos de decir puede oponerse la existencia del llamado recurso extraor-

la sentencia, que sólo de manera inmediata, a través de la Ley, podríamos decir que tiene su causa en la soberanía, la caracteriza dentro del género de los actos públicos. Como podremos comprobar al terminar el examen de todas las categorías de actos públicos, la potencia de la sentencia sólo es menor que la de la ley.

¿Por qué razón la ley concede a la sentencia firme la presunción indestructible de la veracidad? Según la mayoría de los autores, por un motivo de seguridad, para evitar que los juicios se eternicen. La ordenada convivencia humana exige el específico valor de la sentencia (25).

Al considerar la voluntad del Juez como voluntad del Estado, la ordenación jurídica de éste ha establecido, también, para que aquélla se manifieste, una organización específica, procedimientos y formas adecuados. Requisitos orgánicos y formales que, al reunirlos un acto jurídico, lo hacen aparecer, de manera clara y rotunda, como sentencia firme. El órgano sentenciador, el procedimiento seguido para la formación de la voluntad y la forma de manifestación de ésta, permiten apreciar fácilmente cuándo la sentencia es firme. Pero los requisitos orgánico-formales de las sentencias no pueden caracterizar a estos actos, pues son también elementos accesorios; lo fundamental es el peculiar grado de efi-

dinario de revisión, que procede, precisamente, de acuerdo con los artículos 1.251 del Código civil y 1.795 de la Ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias firmes. A los procesalistas les ha preocupado la justificación de este recurso. Diversas explicaciones han dado a una institución que altera la lógica del sistema. El Profesor GUASP (obra citada, pág. 567) estima la más defendible aquella que entiende que los recursos de revisión son no ya extraordinarios, sino excepcionales; que por razones diversas se admiten en contra de una sentencia firme, pero que, por su mismo carácter excepcional, no dicen nada en contra del concepto normal de la firmeza. El recurso de revisión aparece, pues, como una creación legal sin posible justificación científica. Una excepción al orden lógico del Derecho procesal.

(25) GUASP (*Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 572 y sigs.) critica nuestro Código civil (arts. 1.251, 1.252), porque éste entiende que la cosa juzgada material descansa sobre una presunción de verdad. Estima que dicho efecto es una creación del Ordenamiento jurídico, que, como tal, tiene sólo validez y vigencia dentro del ámbito de éste y es una consecuencia fundamental e inevitable de la seguridad jurídica que el proceso busca.

Pero la opinión del ilustre tratadista, a nuestro entender, sólo en apariencia se separa de la tesis que critica. Decir que una declaración es verdad en razón de una presunción *iuris et de iure* (de esta naturaleza es la que el párrafo segundo del artículo 1.251 del Código civil reconoce a la sentencia) equivale a manifestar que es verdad porque sí; porque el Ordenamiento jurídico, la Ley, así lo quiere; y lo quiere, no porque le preocupe la verdad, sino que el litigio termine y no se remueva; en definitiva, es una presunción en interés de la seguridad y tranquilidad jurídica.

«La présomption —dice DURAND, *Les rapports*, cit., pág. 24, con cita de DECORTIGNES— joue simplement comme un procédé technique d'élaboration de la règle de droit. La présomption d'exactitude s'absorbe ainsi purement et simplement dans la volonté du législateur; c'est la seule intervention de celui-ci qui est déterminante.»

encia de las situaciones jurídicas creadas, su inatacabilidad, que pone de manifiesto la esencia jurídica de esta clase de actos jurídico-públicos.

Prueba lo dicho la existencia de sentencias llamadas interlocutorias, emanadas del mismo órgano, previos los mismos trámites y revestidas de la misma forma que las sentencias definitivas y que, sin embargo, como dice GUASP, y ya antes lo hemos recordado, no son realmente sentencias, «sino resoluciones judiciales de otra clase, a las que, por las razones que sea, se las quiere revestir de las modalidades solemnes de una sentencia».

5. *Los actos políticos: eficacia y fundamento.*

Está bastante extendida la opinión de que los denominados actos políticos viven al margen del Derecho. Pero en un Estado de Derecho ninguna actividad estatal puede vivir sin estar sometida a la ley.

A la anterior afirmación no se opone el que los efectos de determinados actos públicos no se puedan destruir por medios jurídicos.

Los actos políticos crean, de manera unilateral, situaciones jurídicas —esto es indiscutible—, pero los sujetos pacientes de las mismas no pueden lograr, por prohibirlo las leyes, que los Jueces conozcan de su regularidad jurídica y, en caso de irregularidad, las destruyan.

¿Por qué la legalidad confiere esta singular fortaleza a los efectos nacidos de los actos políticos? Por un motivo de seguridad; de orden social.

En algunos casos, el interés de la comunidad, el interés nacional, exige que sus miembros se sometan a las medidas que en defensa de aquél se adopten.

La ley prohíbe al Juez que fiscalice los actos políticos por un motivo de interés nacional, de seguridad colectiva. Podemos afirmar que los efectos del acto político, indiscutibles e inatacables, descansan en la presunción legal de que esta clase de actos están dictados para atender y resolver cuestiones decisivas para la vida de toda la nación.

El acto político es, por consiguiente, una categoría jurídica, caracterizada por la calidad o grado de fuerza de las obligaciones y derechos que crea e impone. Si bien una razón objetiva, material, es la causa de su especial virtualidad jurídica.

Esto, que algunos estiman no sólo sorprendente, sino rechazable, intolerable en el mundo del Derecho, es exactamente lo mismo que ocurre con las sentencias. El valor de cosa juzgada del acto-sentencia tiene por causa un motivo extrajurídico: la seguridad; la estabilidad de las

relaciones sociales; la necesidad de poner fin a los litigios. «La cosa juzgada es una de tantas concesiones —dice GUASP (26)— como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común.»

El acto político es, también, una concesión de la justicia a la seguridad en favor del bien común.

Lo que ocurre, y de ahí las dificultades de caracterización y las polémicas alrededor del acto político, es que la sentencia nos aparece firme por el simple hecho de reunir ciertos requisitos orgánicos y formales, mientras que el acto político, orgánica y formalmente, no se distingue del acto administrativo. Los elementos orgánicos y formales de la sentencia permiten al Juez, ante el que se actúa una pretensión de revisión de la misma, abstenerse, negarse a admitir tal pretensión, sin entrar a examinar la entraña misma del acto. Se declara firme la sentencia, e inadmisibles la pretensión de anulación, sin necesidad de averiguar si realmente existe el motivo determinante de su valor de cosa juzgada, la necesidad de poner fin al litigio.

En cambio, cuando, impugnada una declaración de voluntad, se alega por su autor, o su representante, que se trata de un acto político, el Juez, antes de declararse incompetente para conocer de su legalidad, tiene necesariamente que llegar al mismo substrato material de la resolución que se impugna, para poder, después, abstenerse de decidir. En este caso, realmente, el Juez no se abstiene de conocer, sino de manifestar el conocimiento obtenido.

En la sentencia, la presunción *iuris et de iure* de veracidad, por apoyarse en elementos superficiales, formales, juega inmediatamente y frente a todos. En el acto político, aquella presunción descansa en un elemento material, el interés nacional, y sólo tiene eficacia frente a los particulares, pues el Juez debe quedar convencido de la existencia de la causa del valor jurídico del acto político.

El acto político se distingue así de la sentencia. La calidad de sus efectos es distinta y deriva de la diferente causa de uno y otra (27).

(26) Ob. cit., pág. 574. «El valor justicia —añade el autor citado— permanece indiferente a esta figura (la cosa juzgada), e incluso muchas veces le es hostil, porque a este valor repugna, sin duda, que una declaración judicial permanezca inmutable, aunque se patentice su discrepancia con el orden jurídico sustancial; en cambio, el valor seguridad postula la existencia de la cosa juzgada, por cuanto sin ella las situaciones jurídicas materiales nunca quedarían aclaradas y sí en trance de perpetua revisión.»

(27) Por esto, quienes no quieren llegar hasta el fundamento mismo de la peculiar eficacia de los actos jurídicos, y se quedan en la consideración del sujeto o de los requisitos subjetivos y formales que reúne su producción (sujeto, procedimiento y forma en sentido estricto), niegan la existencia de los actos políticos y no encuentran en ellos más que actos administrativos injustificadamente exentos de fiscalización jurisdiccional.

La calificación de un acto como político corresponderá, en cada caso, al Juez. «Incumbirá siempre esencialmente al juicio de los Tribunales —dice FORSTHOFF (28)— reconocer dónde empieza lo político, a lo que no puede exponerse la justicia.» Si el interés común, superior a los derechos e intereses individuales, exige en algunas ocasiones el mudo sacrificio de éstos; si el interés nacional debe en algunos casos sobreponerse a las mismas consideraciones jurídicas, alguien en la comunidad deberá tener el encargo de decidir cuándo tal sacrificio será justificado y de evitar que sin motivo suficiente algunos actos tengan la fuerza de los políticos. Nadie mejor que el Poder judicial, desde la perspectiva de los intereses individuales, para tener a su cargo tan alto menester.

Nuestro Derecho positivo confiere al Juez la difícil e importante misión de declarar en cada caso la existencia o no de actos políticos; de descubrir la razón extrajurídica que determina esta categoría de actos públicos. Para ello la Ley solamente le ha ofrecido un criterio subjetivo y unos vagos ejemplos orientadores. La naturaleza de las necesidades políticas no permite mayores precisiones.

El artículo 2.º, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se limita a manifestar que el Gobierno adopta decisiones políticas y que son ejemplo de ellas las que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar (29).

La jurisdicción contencioso-administrativa decidirá sobre la natura-

(28) *Tratado*, cit., pág. 685.

(29) No sólo el Gobierno, como podría desprenderse del artículo 2.º, b), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, es titular del poder de emanar actos políticos. En la Exposición de Motivos de la Ley citada se dice que la función política está «confiada únicamente» a los supremos «órganos estatales». El órgano supremo de nuestro Estado —no cabe duda— es el Jefe del Estado. Este tiene poder político o de gobierno, no sólo por razones lógicas, sino por expresa atribución del artículo 7.º de la Ley de 8 de agosto de 1939. Así lo entiende también (véase su Exposición de Motivos) la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. El citado artículo 2.º, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se refiere únicamente a los actos políticos del Gobierno, y no a los del Jefe del Estado, porque su finalidad esencial es declarar simultáneamente la incompetencia de dicha jurisdicción para conocer del fondo de los actos políticos y su competencia para conocer de las demandas de indemnización que como consecuencia de los mismos se interpongan. Y como los actos políticos del Jefe del Estado no originan, en ningún caso, responsabilidad patrimonial, por esto se dejaron fuera del citado precepto.

Sobre la significación del elemento subjetivo del acto político en nuestro Derecho, véase nuestro trabajo *La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», I. E. P., Madrid, 1961, III, vol. 1.º, especialmente págs. 209 y sigs.

leza política de un acto del Gobierno, en razón de su importancia y repercusión para la vida de la comunidad nacional. Si lo estima político, se abstendrá de contrastarlo con la legalidad, de decidir sobre su fondo. La ley ha establecido que cuando el Juez entiende que un acto es político, el interés nacional le impide cualquier consideración jurídica sobre su contenido. Las obligaciones y derechos que el acto habrá originado aperecerán, desde entonces, con una fuerza y firmeza extraordinaria, in-convencible (30).

A la vista del artículo 2.º, b), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, no puede menos de reconocerse que el legislador español ha concedido al Juez una gran libertad para apreciar la existencia o no de actos políticos. Ha puesto en sus manos un arma muy poderosa para luchar contra las extralimitaciones del Poder, pero también sobre sus hombros una gran responsabilidad. De su buen o mal uso depende mucho el equilibrio y la coordinación entre el interés común y los intereses individuales.

La doctrina no puede limitarse a afirmar que el acto político no existe (con lo cual dejará desamparado al Juez ante tan grave responsabilidad), sino que debe analizar, profundizar y sistematizar todos los datos legislativos y jurisprudenciales que permitan construir una rica teoría del acto político, con la cual, al mismo tiempo, formará la conciencia social e ilustrará al Juez en su actuación (31).

6. *La eficacia esencial del acto administrativo.*

A) Por último, la eficacia jurídica del acto administrativo le diferencia nítidamente de las otras categorías de los actos públicos.

Las situaciones jurídicas que unilateralmente crea el acto administrativo son las más débiles. Porque su poder de creación e imposición de derechos y obligaciones está condicionado por la exigencia de que con él se persiga un fin público de acuerdo con la legalidad (32). Si se demuestra que el acto administrativo no trata de alcanzar el fin público que lo justifica, o si se separa para ello de la legalidad, sus efectos jurídicos podrán ser anulados.

(30) «No puede ser la función del Poder judicial —escribe FORSTHOFF, *Tratado*, cit., pág. 685— tomar resoluciones que ponen en peligro el orden total del Estado. Al fin y al cabo, se expondría el mismo, ya que forma parte de este orden.»

(31) Debe tenerse en cuenta que a lo que la doctrina dominante se opone, o más bien de lo que reniega, es de la existencia de actos administrativos exentos de fiscalización jurisdiccional. Actitud a la cual me sumo gustosamente.

(32) En realidad, el fin público viene señalado por la Ley; es un elemento de la legalidad. «La persecución de un fin de interés público —dice VEDEL, ob. cit., I, pág. 175—

Lo que acabamos de decir suele sintetizarse diciendo que la eficacia del acto administrativo descansa en la presunción *iuris tantum* de legalidad (33).

La ley es, pues, el fundamento del poder de dictar actos administrativos. La ley otorga el poder de crear e imponer unilateralmente situaciones jurídicas, con la condición de que tiendan a la satisfacción de la necesidad que ella les ha señalado como fin, de acuerdo con las normas legales establecidas. Ahora bien, la propia ley favorece la eficacia especial del acto administrativo, con la presunción destructible de que éste cumple siempre tales condiciones.

El legislador ha buscado la colaboración de los destinatarios de los actos administrativos para lograr que éstos satisfagan efectivamente el fin público que se les ha impuesto sin infringir la legalidad (34). Para ello ha puesto a disposición de los titulares de los derechos y obligaciones administrativos los medios oportunos para que puedan probar que los actos, de los que se presumen legales, son, en realidad, ilegales.

Por presumirse legales, inicialmente los actos administrativos despliegan todos sus efectos. Las obligaciones y los derechos que crean viven, y cumplen su misión, mientras que no se demuestre y declare que es falsa la presunción de legalidad en que descansan. Cuando la presunción que sirve de fundamento a su poder de creación e imputación de efectos jurídicos se destruye, sus efectos desaparecen.

El referido condicionamiento de la eficacia jurídica del acto administrativo lo distingue de la ley, de la sentencia y del acto político.

No olvidamos que los actos administrativos alcanzan también la consideración de resoluciones firmes. La ley señala un momento a partir del cual no pueden los interesados intentar destruir la presunción de legalidad.

Pero el transcurso del tiempo, con la cooperación de la ley, no ha

es la condición positiva de la legalidad de la acción administrativa.» Sin embargo, en la exposición lo independizamos para destacar su significación.

La decisión administrativa que no tiende a la satisfacción del fin público que le sirve de causa es ilegal. Esto explica la conceptualización de la desviación de poder como infracción de la legalidad administrativa y no como infracción de la moralidad (Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Exposición de Motivos, IV, 5. y art. 83).

(33) Cons. RIVERO, *Droit Administratif*, cit., pág. 80; ROUSSEY, *L'idée de puissance publique en Droit administratif*, Dalloz, París, 1960, págs. 86 y sigs. En sentido crítico, GIANNINI, *Atto amministrativo*, Enciclopedia del Diritto, IV, pág. 187.

(34) Esto en los Estados originariamente individualistas. En otros, el Estado también ha empleado otros medios. En los Estados socialistas, la colaboración de los particulares en esta función de fiscalización es muy secundaria, y ésta queda encomendada principalmente a una institución especializada. De este tema nos ocuparemos en un trabajo de próxima publicación.

convertido la inicial presunción *iuris tantum* de legalidad en presunción *iuris et de iure*. «La firmeza, origen de la inimpugnabilidad, no aumenta —como escribe CANNADA-BARTOLI (35)— la eficacia del acto.» Lo que ha hecho es, por motivos de seguridad jurídica, inutilizar o, mejor, impedir el ejercicio de los medios de garantía que el particular podía emplear contra el singular acto administrativo (36). La expiración del plazo para recurrir contra un acto administrativo tiene, en expresión de VEDEL, un efecto puramente procesal y no un efecto de fondo (37).

B) La eficacia esencial del acto administrativo recibe en nuestro Derecho positivo la misma denominación que le da el Profesor VEDEL: ejecutoriedad, es decir, posibilidad de creación e imposición unilateral de derechos y obligaciones (38).

Nuestras Leyes declaran que los actos de las autoridades públicas son *inmediatamente ejecutivos* (39). Fijan de esta manera el momento en que el acto comienza a producir efectos; pero éstos no son efectos cualesquiera, sino especiales, ejecutivos (40).

(35) *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, Riv. trimestrale di Diritto pubblico, gennaio-marzo 1962, pág. 30.

(36) CANNADA-BARTOLI (ob. cit., pág. 30) sostiene que «la nozione di inoppugnabilità deve essere intesa...: decorrenza dei termini, cui consegua la decadenza del soggetto interessato e, di riflesso della, e soltanto sotto questo puramente negativo, la consolidazione dell'atto».

(37) El acto administrativo firme no se equipara con la sentencia. Durante un cierto período de tiempo todos los actos administrativos son impugnables, mientras que muchas sentencias nacen ya firmes y nunca pueden ser impugnadas.

El Profesor VEDEL (*Droit administratif*, cit., I, pág. 128), para calificar la diferente eficacia del acto administrativo con respecto a la sentencia, emplea las expresiones «autoridad de cosa decidida», propia del acto administrativo, y «autoridad de cosa juzgada», de la sentencia.

VEDEL entiende que la autoridad de cosa juzgada impide al propio Juez, aun cuando se arrepienta de su juicio, anular la sentencia. Por el contrario, el acto administrativo firme puede anularse o modificarse en determinadas condiciones. En esto descubre una diferencia entre la sentencia y el acto administrativo firme.

(38) Véase pág. 126 de este estudio.

(39) Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 33; Ley de Régimen Local, art. 361.

(40) El Diccionario de la Lengua Española dice que «ejecutivo» (de ejecutar, adj.) significa «que no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución». Si se entiende en este sentido el término «*ejecutivo*» —de ejecutar, poner por obra una cosa—, la expresión «actos inmediatamente ejecutivos» resulta una redundancia.

La expresión «el acto será inmediatamente ejecutivo» sólo puede significar que el acto, desde el momento en que es válido, produce derechos y obligaciones (así lo expresa el artículo 45, 1, de la Ley de Procedimiento administrativo), y que éstos son de una calidad singular.

Algunos intérpretes entienden que la declaración de que los actos son inmediatamente ejecutivos expresa la posibilidad de su ejecución forzosa. De ahí la distinción entre eje-

Una declaración de voluntad sólo puede ser *inmediatamente eficaz* si sus efectos (obligaciones y derechos) nacen de ella sola, sin necesidad de contar con la voluntad del sujeto paciente de la obligación o agente del derecho que ha creado. Cuando la eficacia jurídica depende de la aceptación de otro sujeto, no podemos decir que la eficacia es inmediata a la validez de una sola declaración de voluntad.

En definitiva, pues, un acto de la Administración es inmediatamente ejecutivo porque unilateralmente crea e impone obligaciones y derechos. Esto es lo que dicen nuestras leyes (41).

7. *El acto administrativo, criterio conceptual del Derecho administrativo.*

«Todo artificio o sistema científico —dice el Profesor MILLÁN PUELLES (42)— es, en último término, una ordenación o compleción de conceptos.»

cutividad y ejecutoriedad (potencia y acto). (Sobre esta distinción, véase RODRÍGUEZ MORO, N., *La ejecutividad del acto administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949, págs. 32 y 33.) Pero esto es una interpretación que fuerza mucho lo que literalmente manifiestan los preceptos de nuestras Leyes y contradice la significación del adjetivo *inmediato*.

La Ley de Procedimiento administrativo apoya nuestra interpretación al decir, en el primer artículo de una sección que titula «Eficacia», que «los actos de la Administración sujetos al Derecho público serán ejecutivos...». Prueba de que la ejecutoriedad es una eficacia jurídica y no una posibilidad de ejecución forzosa, nos la ofrece también el mecanismo de suspensión de acuerdos municipales, regulado en el artículo 362 y siguientes de la Ley de Régimen Local.

El artículo 401 de la Ley de Régimen Local establece que «las providencias de trámite que afecten directamente al interesado y las que pongan término en cualquier instante a un expediente, se notificarán dentro del plazo de diez días». No obstante, el artículo 362 obliga al Presidente de la Corporación a decretar la suspensión de la ejecución de los acuerdos municipales dentro de los tres días siguientes a aquel en que se hubiera tomado el acuerdo. Antes, pues, de cumplirse el plazo para llevar a efecto el primer requisito indispensable de la ejecución material del acto, su notificación, deberá decretarse la suspensión, que no puede ser otra cosa que suspensión de su eficacia jurídica.

Muy expresivas también son las palabras que emplea el artículo 363 de la citada Ley. El Presidente pondrá en conocimiento del Gobernador civil la suspensión, «a fin de que la confirme o revoque en el plazo de ocho días, transcurridos los cuales sin que recaiga decisión, el acuerdo recobrará su fuerza ejecutiva». El transcurso del tiempo sin confirmar la suspensión permite al acto recuperar su fuerza ejecutiva. Esto, evidentemente, sólo puede ocurrir si se trata de fuerza jurídica.

(41) El Diccionario de la Lengua Española contiene el verbo «ejecutoriar», que significa «dar firmeza de cosa juzgada a un fallo o pronunciamiento judicial». Ejecutoriar podría ser también dar firmeza de cosa decidida (expresión de VEDEL) a una declaración administrativa. De ahí que a la eficacia del acto administrativo, tal como ha quedado caracterizada, convenga el término «ejecutoriedad».

(42) *Fundamentos de Filosofía*, cit., I, pág. 91.

Nosotros situamos, en la base de la ordenación de los conceptos que constituyen el sistema del Derecho administrativo, al acto ejecutorio. Ello, a nuestro parecer, tiene indudables ventajas, pues a partir de este concepto fundamental se puede construir, con perfecta trabazón y armonía, todo el sistema jurídico-administrativo. En él quedan articuladas la legalidad administrativa, la prerrogativa administrativa y las garantías de los administrados.

Ley administrativa es aquella que otorga y regula el poder de creación unilateral de derechos y obligaciones.

La prerrogativa o poder administrativo es la facultad de hacer o emanar actos ejecutorios. Un potencial de actos administrativos.

La garantía de los administrados estriba en poder destruir la presunción de legalidad que la ley ha colocado como fundamento de la prerrogativa administrativa.

Ley, prerrogativa y garantía aparecen de este modo con la singularidad necesaria para justificar una disciplina jurídica.

8. *Consecuencias teórico-sistemáticas del criterio propuesto.*

Nuestro criterio conceptual, al evidenciar lo administrativo en los efectos jurídicos de los actos e independizarlo de los sujetos calificados, por simple herencia histórica, de Administración pública, resuelve o ilumina muchos puntos oscuros del contenido sistemático del Derecho administrativo.

Por ejemplo, ¿qué sentido tiene calificar a los Decretos-leyes y a los Decretos legislativos de actos de la Administración pública con fuerza de ley? (43). La fuerza de la ley es tan diferente de la del acto adminis-

(43) En nuestro Derecho actual no parece necesario tal calificación, pues, sobre todo los Decretos-leyes, no aparecen como actos del Gobierno, sino del Jefe del Estado, y en su preparación colabora también un órgano legislativo. El cambio que en este punto ha establecido la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es importante.

La Ley de Cortes, en su artículo 13, según redacción dada al mismo por la Ley de 9 de marzo de 1946, establece que «en caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno (el Jefe del Estado, reunido en Consejo con los Ministros) podrá regular mediante Decreto-ley las materias enunciadas en los artículos 10 y 12 de la Ley de 17 de julio de 1942; acto continuo de la promulgación del Decreto-ley se dará cuenta del mismo a las Cortes».

La Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 10, 1, dispone que «es de competencia del Consejo de Ministros proponer al Jefe del Estado la sanción de Decretos-leyes en caso de guerra o por razones de urgencia. Esta será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que hace referencia el artículo 12 de la Ley de Cortes».

Es decir, después de entrar en vigor la Ley de 26 de julio de 1957, el Consejo de

trativo, que no habrá posibilidad de aplicar nunca a dichos actos los principios del Derecho administrativo; en el sistema jurídico-administrativo no se encontrará jamás un lugar adecuado para los Decretos-

Ministros propone y el Jefe del Estado sanciona el Decreto-ley. Este último es quien aprecia la urgencia, oída la Comisión de competencia legislativa de las Cortes.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado resultaba claro que la promulgación de Decretos-leyes era competencia del Gobierno. La persona que ocupaba la Jefatura del Estado lo sancionaba como Presidente del mismo (cfr. GÓMEZ-ACEBO, *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-leyes*, en el número 6 de esta REVISTA, pág. 121). Pero esta Ley, con mejor técnica y dando un paso hacia la mejor institucionalización del Poder, ha separado esta facultad del Poder ejecutivo. El Consejo de Ministros, órgano del Ejecutivo, sólo propone. El Jefe del Estado, como tal, y no como Presidente del Gobierno, después de oír a una Comisión del órgano que colabora con él en el ejercicio de la potestad legislativa, sanciona, y con esta decisión da existencia al Decreto-ley.

La intervención de la Comisión de competencia legislativa de las Cortes demuestra que, incluso orgánicamente, el Decreto-ley es manifestación de la potestad legislativa del Jefe del Estado. Los Decretos-leyes únicamente se diferencian de las Leyes formales en que se sigue un procedimiento más sencillo para su elaboración, que exigen las circunstancias excepcionales a cuya atención tienden (opinión contraria en GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I. E. P., Madrid, págs. 223 y sigs.).

Distinto es el problema de si la Ley de 26 de julio de 1957, que se tramitó como ordinaria, puede modificar una Ley fundamental, pues tal rango tiene la creadora de las Cortes, según la de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947. Han apuntado la dificultad: GARRIDO FALLA, *Tratado*, cit., pág. 230, nota 36, y ENTREÑA CUESTA, *El texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957*, en el número 24 de esta REVISTA, págs. 255 y sigs.

La configuración de los Decretos-leyes como manifestación de la potestad legislativa del Jefe del Estado ha sido un tanto enturbiada por la Ley de 30 de julio de 1959, de Orden Público, pues en ella se dice (arts. 25, 26 y 36) que el Gobierno por Decreto-ley declarará los estados de excepción y de guerra, así como la suspensión de las garantías jurídicas reconocidas por el Fuero de los Españoles. Estos Decretos-leyes, y los que restablecen la normalidad, podrán sancionarse sin que sea necesario el trámite previsto en el artículo 10, número 3, de la Ley de 26 de julio de 1957.

Pero esta Ley, que no ha cuidado excesivamente el riguroso empleo de los términos jurídicos, siempre deberá considerarse como norma especial incapaz de desvirtuar aquella que contiene, de acuerdo con su propia finalidad, la regulación de la facultad de dictar Decretos-leyes.

En cuanto a las Leyes delegadas, la Ley de 26 de julio de 1957 dispone, en su artículo 10, 4, que «el Gobierno, cuando cuente para ello en cada caso con expresa delegación por Ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, podrá someter al Jefe del Estado *proyectos de disposiciones con fuerza de Ley*».

La Ley votada en Cortes, y naturalmente sancionada por el Jefe del Estado, pues sin esta sanción no hay Ley, delega en el Gobierno la facultad de preparar un proyecto de disposición. El Gobierno no tiene delegada potestad legislativa. Remitido el *proyecto* al Consejo de Estado en pleno, si éste dictamina que el Gobierno lo ha ajustado a la Ley de delegación, se podrá someter dicho proyecto al Jefe del Estado. Cuando éste lo sancione, adquirirá fuerza de Ley.

El Jefe del Estado ha sancionado la Ley de delegación y ha adoptado la disposición que ha desarrollado esta delegación, convirtiendo en Ley el proyecto del Gobierno.

Podrá decirse que en su segunda intervención actúa como Jefe de Gobierno, pues

leyes y los Decretos legislativos. Unos y otros, por tener el mismo valor que las Leyes, los veremos en todas las disciplinas jurídicas junto a ellas.

Igualmente las Ordenes resolutorias de recursos de agravios, que el Consejo de Estado (44) califica de *actos administrativos con efecto de cosa juzgada*, no pueden ser objeto de ninguna consideración jurídico-administrativa, aunque emanen del Consejo de Ministros. Este acto, orgánicamente administrativo —o político—, pero con eficacia jurisdiccional, será siempre un cuerpo extraño en nuestra disciplina (45).

También existen actos que orgánicamente pueden ser calificados de judiciales, pero que tienen efectos jurídico-administrativos. Por ejem-

aprueba (es precisamente la fórmula que emplea el Decreto de 26 de julio de 1957 con respecto al texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y promulga —precisamente por Decreto— lo que éste ha hecho. De tal manera, que un acto del Ejecutivo tiene valor de Ley. Pero ¿de dónde deriva toda la eficacia de Ley que tiene esta disposición aprobada por el Jefe del Estado como Jefe de Gobierno? De la Ley de delegación votada en Cortes y sancionada por aquél como titular del Poder legislativo. Luego no puede hablarse de acto del Ejecutivo con valor de Ley. Tal acto no es más que una ejecución de la auténtica Ley.

La Administración española, orgánicamente considerada, no tiene potestad legislativa.

(44) Dictamen de 14 de junio de 1950, Recopilación de Doctrina Legal, 1949-1950, número marg. 12.

(45) También la llamada función jurisdiccional del Ministerio de Trabajo sólo puede recibir este nombre si se la califica con un criterio material —órgano decisor independiente, supraordenado a las partes— que nosotros no admitimos.

La sentencia de 10 de febrero de 1958 dice: «Ha sido reiterada doctrina de este Tribunal la de distinguir los casos en que el Ministerio de Trabajo obra en virtud de atribuciones de índole jurisdiccional, doctrinalmente anómalas, pero legalmente incuestionables (actuaba y decidía dentro del ámbito propiamente laboral); y los supuestos en los que, aun al obrar y decidir sobre problemas sociales, lo hacía como órgano puramente administrativo que ejercitaba funciones de esta naturaleza, tales como las de declarar o imponer cargas o deberes contributivos o recaudatorios, e incluso señalar clasificaciones laborales u otros pronunciamientos semejantes relacionados con la aplicación de una reglamentación laboral, siempre que no se tratara de cuestiones de sus discrepancias, sobre extremos recogidos en las normas de desarrollo de los contratos y accidentes del trabajo, en cuanto a los límites de los derechos y deberes asignados a cada parte en los correspondientes nexos jurídicos.»

La resolución de los conflictos entre sus trabajadores y una empresa puede corresponder a la Magistratura del Trabajo y al *mismo Ministerio o sus órganos* cuando éste, en plano superior al de las partes en litigio, tiene atribuida por la Ley (como ejemplo, véase la Ley de 10 de noviembre de 1942, art. 11) competencia para resolver el conflicto (sentencias de 9 de junio y 30 de septiembre de 1942, 11 de octubre de 1951, 7 de febrero de 1956, 3 de enero de 1958, entre otras).

Las decisiones del Ministerio de Trabajo resolviendo dificultades surgidas en las relaciones laborales no tienen valor de cosa juzgada, sino eficacia de actos administrativos.

...El Tribunal Supremo ha comenzado en fecha reciente a sustituir la expresión *actos jurisdiccionales del Ministerio de Trabajo*, por la de *actos laborales*. Véase sentencia de 17 de noviembre de 1961, Sala 4.ª.

pló, las sanciones que imponen los Jueces o Presidentes de los Tribunales a los perturbadores del orden en la Sala de Justicia.

Esta sanción no es, por su eficacia, una sentencia, ni procede de un órgano supraordenado al destinatario, pues éste puede no ser parte en el litigio. Se trata, sencillamente, de un acto administrativo, pues el Juez o el Presidente del Tribunal ha creado e impuesto unilateralmente a un particular una obligación de pago. Ninguna razón teórica se opone a que se le aplique el Derecho administrativo y que, por consiguiente, pueda impugnarse en vía contencioso-administrativa (46). Por otra par-

(46) En Alemania, según BACHOF (*La jurisdicción administrativa en la República Federal alemana*, en esta REVISTA, núm. 25, pág. 303), los actos de la Administración judicial están sometidos al control de los Tribunales administrativos (por ejemplo, separación de un Juez, negativa a una petición de inscripción para el ejercicio de la abogacía); pero, sin embargo, no lo están las medidas adoptadas por los Tribunales y las autoridades de los Colegios de Abogados.

El Consejo de Estado francés (*arrêtes Ecole Technique Saint-Joseph* y «Association des Instituts Spécialisés de l'Ouest», 3 de noviembre de 1961) ha declarado que cuando una jurisdicción administrativa decide al margen de todo litigio, mediante una disposición general y permanente, su acto debe ser considerado como separable de la competencia judicial de la jurisdicción y tratado como una decisión administrativa. Sobre este tema véase GOUR, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1960.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 1961, reconoce que la sanción impuesta a un Magistrado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, constituida en Sala de Justicia, es un acto administrativo.

El Decreto de 11 de octubre de 1962 ha modificado el orgánico de Fiscales Municipales, Comarcales y de Paz. El artículo 15 de este Estatuto faculta a los Tribunales y al Fiscal territorial para suspender preventivamente a los Fiscales Municipales y Comarcales. El acuerdo de suspensión, ¿es un acto judicial o administrativo? Para nosotros no es judicial.

El artículo 726, párrafo 3, de la Ley de Régimen Local declara que «los fallos que por las Delegaciones de Hacienda o por los Tribunales Provinciales de lo Contencioso-administrativo se dicten en materia de Ordenanzas fiscales, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados».

CLAVERO ARÉVALO, en *El recurso contencioso administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1951, págs. 38 y 39 de la Separata, dice a propósito del precepto que acabamos de transcribir: «Se desprende del precepto transcrito que el Tribunal Provincial de lo Contencioso puede modificar las Ordenanzas fiscales hasta el punto que, de no confirmar el acuerdo del Delegado, no ha de limitarse tan sólo a anular los preceptos impugnados, sino que tendrá que redactar en forma definitiva (son inapelables dichas sentencias) los preceptos impugnados. Doctrina realmente extraña y que implica una flagrante contradicción con la esencia del recurso de anulación, a la par que una violación del principio de la separación de poderes, en cuanto que un Tribunal, en el ejercicio de su función jurisdiccional, se convierte en administrador precisamente en la materia en que el administrador se encuentra más cerca del legislador: en la potestad reglamentaria.

No hay que olvidar que el fallo del Tribunal Provincial de lo Contencioso redactando los preceptos impugnados es una sentencia, a la que se une la santidad de la cosa juz-

te, en algunos países, concretamente en Francia, tampoco son impugnables según jurisprudencia constante, las medidas de orden interior de las autoridades administrativas, aunque reúnan todas las características de los actos administrativos (47).

Sobre muchas decisiones de «órganos legislativos» podrían hacerse idénticas consideraciones a las que acabamos de hacer con respecto a la actividad no jurisdiccional de los órganos judiciales (48).

Pero el criterio que defendemos no sólo explica y sitúa convenientemente en el Derecho administrativo cuestiones e instituciones que con concepciones subjetivas o materiales no quedan suficiente y adecuadamente configuradas, sino que tiene positivas ventajas sistemáticas que ahora no es momento de probar cumplidamente (49).

El poder de creación e imputación unilateral de derechos y obligaciones sirve de base o fundamento a todas las restantes prerrogativas administrativas, y con ella quedan perfectamente engarzadas (50).

La unilateralidad o ejecutoriedad explica también de manera con-

gada, siendo imposible su modificación. Estimamos absurdo pensar que los preceptos cuya forma definitiva redactó el Tribunal no pueden ya ser jamás modificados, por haber sido establecidos por una sentencia firme. Conviene hacer observar en esta materia los absurdos a que puede conducir la referida doctrina legal.»

La sorpresa nace de contemplar una disposición administrativa emanada de un órgano judicial.

(47) Esta jurisprudencia —dice VEDEL, *Droit Administratif*, cit., I, pág. 11— tiene un fundamento eminentemente práctico: librar al Juez de los recursos contra decisiones de escasa importancia.

Sostener que una razón práctica es la que determina la imposibilidad de impugnar la sanción impuesta por el Juez para mantener el orden de la Sala de Justicia, sería, es, más lógico que apoyar la exención de su fiscalización en el carácter de órgano judicial de quien la emana.

(48) P. DUEZ (*La responsabilité de la «puissance publique»*, Dalloz, París, 1938, páginas 192 y sigs.) opina que «la exclusión de todos los actos parlamentarios de la fiscalización jurisdiccional, derivada de una concepción contingente del equilibrio constitucional, no tiene nada de jurídicamente necesaria. Si el Juez es el guardián de la legalidad, debería lógicamente poder cumplir su misión tanto con respecto a los actos parlamentarios como con respecto a otros actos».

(49) Los denominados contratos administrativos, como algo esencialmente distinto de los privados, desaparecen en nuestra concepción. Se puede emplear tal denominación con la única finalidad de destacar cómo en algunos casos las prerrogativas administrativas inciden sobre relaciones jurídico-privadas y las consecuencias que esto tiene. La importancia del tema nos obliga a dejarlo para otra ocasión.

(50) HAURIQU (*Note sous c. d'E.*, 21 de noviembre de 1913, *Larose*, «Jurisprudence Administrative», t. II, pág. 69) decía que la actuación mediante decisiones ejecutivas es «fundamental». RIVERO (ob. cit., pág. 77) sostiene que es «le procédé-type de l'action administrative... le plus caractéristique du point de vue doctrinal».

De la relación entre el poder de decisión unilateral y otras prerrogativas administrativas nos ocuparemos en un próximo trabajo.

vincente algunas de las limitaciones que el legislador ha impuesto a los actos administrativos. Así, por ejemplo, la irrevocabilidad de las decisiones que crean o declaran derechos, que no es más que el necesario contrapeso, en bien de la seguridad jurídica, de la posibilidad de crearlos unilateralmente. El recurso de lesividad aparece como perfectamente lógico en el sistema del Derecho administrativo. En cambio, algunas de las actuales excepciones al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos muestran todos sus inconvenientes.

La presunción *iuris tantum* de legalidad, asiento de la especial eficacia del acto administrativo, permite articular perfectamente las prerrogativas administrativas y las garantías que el Derecho concede a los administrados.

9. *La apreciación de su trascendencia práctica.*

La contemplación de lo administrativo desde la perspectiva de los efectos jurídicos de determinadas declaraciones de voluntad, y no desde el punto de vista de los sujetos, atiende exigencias del momento histórico en que vivimos. Nuestro criterio responde no sólo a preocupaciones teóricas, sino también a incitaciones de la realidad.

El Estado contemporáneo, al nacer, se reservó el poder de supremacía social, que jurídicamente se manifiesta en la posibilidad de crear unilateralmente obligaciones y derechos. Con la concentración en manos estatales de esta prerrogativa, los hombres de 1789 pretenden lograr la libertad y la igualdad (51). «Les prerrogatives, comme les privilèges —escribió HAURIUO (52)— ont été bannis des relations sociales par la Revolution, mais elles ne l'ont pas été des relations politiques; au contraire, elles ont été concentrées aux mains du Gouvernement et de l'Administration... et c'est même cette concentration des prerrogatives dans les organismes administratifs qui laisse le champ libre à l'égalité dans les relations civiles. En ce sens l'existence d'un Droit administratif de puissance publique est par une sorte de loi de compensation, la condition de l'existence d'un Droit civil purgé de toute inégalité sociale.»

Pero en el momento presente ese poder de supremacía social se desparra cada día y se confiere a entidades que nadie se atreve a calificar, por la simple fuerza de los usos del lenguaje, de administrativas. El Estado lo confiere a ciertos entes, unas veces para fines concretos y

(51) El principio de igualdad jurídica —ha dicho nuestro Consejo de Estado, Dictamen de 13 de julio de 1949, Recopilación 1949-1950, número marg. 118— implica que toda supremacía social queda reservada al Estado.

(52) *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Sirey, París, 1930, 12.^a ed., Préface.

otras con cierta amplitud en los objetivos, para conseguir colaboradores en las muchas y arduas tareas que ha echado sobre sí.

Hace ya algún tiempo se advirtió entre nosotros que el hecho de que la actividad de la Organización Sindical quedara exenta de fiscalización contencioso-administrativa significaba una grave quiebra de nuestro régimen jurídico. ¿Por qué tal estado de cosas era una deficiencia de nuestro Derecho público? Sencillamente, porque dicha Organización puede crear e imponer unilateralmente situaciones jurídicas a los particulares, y éstos no pueden intentar probar ante el Poder judicial que la presunción de legalidad en que dicho poder de creación se apoya es, en algunos casos, falsa.

Hoy, cuando la jurisdicción contencioso-administrativa recibe una demanda de anulación contra decisiones sindicales, se preguntan los Jueces, en primer lugar, cuál es la naturaleza de la entidad autora del acto. Al comprobar que la Organización Sindical depende del Movimiento y que los textos constitutivos de éste lo sitúan entre la Sociedad y el Estado, aquéllos se declaran incompetentes, por entender que las entidades sindicales, por su dependencia, no pueden considerarse administraciones públicas (53).

Nuestro Tribunal Supremo no se pregunta si los actos impugnados han impuesto unilateralmente a los recurrentes obligaciones —lo que realmente pueden hacer dichas entidades (54)—, sino que acumula datos para probar la exactitud de su impresión de que el Movimiento y los Sindicatos no son administraciones públicas (55).

(53) Véanse autos de 13 de junio de 1956 y sentencias de 24 de abril de 1957, 30 de mayo de 1959, 8 de julio de 1960 y 19 de junio de 1962.

(54) No creemos exacto el parecer de la sentencia de 6 de diciembre de 1961, que declara que «se ha cuidado de no encuadrar la Organización Sindical en el concepto de Administración, sino como un Movimiento en virtud del cual «el pueblo asciende al Estado», e «instrumento por el que el Estado infunde al pueblo las virtudes de servicio, hermandad y jerarquía», y en este sentido sus órganos no están revestidos de atributos de soberanía, ni pueden ser considerados como Administración, ni sus actos como administrativos propiamente dichos, ni generan ni producen situaciones de esta índole, que pongan en actividad la jurisdicción económico-administrativa, ni la contencioso-administrativa».

Se mezclan criterios orgánicos y formales, pero sólo los primeros nos parecen concordes con la realidad.

(55) «Tanto el Estatuto de Falange Española, Tradicionalista y de las JONS, de 31 de julio de 1939, que organiza los servicios dependientes del Jefe Nacional, y que los enumera en el artículo 23, comprendiendo entre ellos los Sindicatos, Excombatientes, Excantivos, etc., como la Ley de 26 de enero de 1940, referida ya a dichos Sindicatos, configuran éstos, especialmente en el artículo 1.º, como Organismos con personalidad para «hacer llegar al Estado» las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de los productores, de donde se infiere que no son órganos genéricos de la Administración, no

Sin embargo, no cabe duda de que lo realmente importante de estos casos —y en cualesquiera otros— no es que unas entidades se denominen o no Administración pública, sino que por su propia voluntad puedan modificar las situaciones jurídicas de los particulares. Lo importante para el Derecho no son los nombres de las personas, sino las consecuencias jurídicas de sus actos.

Además, podemos decir que un sujeto es o no administrativo según tenga o no capacidad para dictar actos administrativos; declaraciones de voluntad ejecutorias.

La actitud jurisprudencial con respecto al Movimiento y a los Sindicatos, y puede suponerse que con respecto a cualquier otra persona no integrada en un conjunto orgánico calificado de Administración, ha tenido por consecuencia que un importante sector de relaciones jurídicas impuestas a un grupo amplio de españoles se mantengan al margen de la fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa, garantía máxima de los particulares en un Estado de Derecho.

Si se compara la inhibición que significan las citadas declaraciones jurisprudenciales y las escasas vías que nuestra doctrina ha abierto para un cambio jurisprudencial, con la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés desde el *arrêt* MONPEURT (56), pasando por el *arrêt* MAGNIER (57), hasta los *arrêtes* de 6 de octubre de 1961, «Grou-

están integrados en ella, ni con ella se confunden —declara la sentencia de 8 de julio de 1960—, espíritu que pervive en su Ley de Bases de 6 de diciembre de 1940, y más claramente en el Decreto de 12 de febrero de 1944, que crea en el seno de la Delegación Nacional el Consejo Económico Sindical, y en el apartado C) del artículo 2.º establece que le corresponde resolver los recursos formulados en alzada por quien con derecho y personalidad reclame contra decisiones de las Jerarquías Sindicales, en cuanto sean lesivos de intereses económicos de particulares; que se ejercitarán, según el artículo 6.º, ante el Tribunal de Amparo que se establece; pero por si existiere alguna duda respecto a si los Sindicatos y Organismos que los constituyen no se pueden ni deben confundir con la Administración, la Ley de 26 de noviembre de 1958, sobre Organismos autónomos, dispuso aquélla al consignar en su Preámbulo que «deja fuera de su órbita a los Organismos del Movimiento, así como a la Organización Sindical y Entidades que la integran, toda vez que unos y otras, por su peculiar naturaleza, fines y Leyes constitutivas, no pueden en modo alguno considerarse Entidades estatales nacidas de la descentralización de servicios propios de la Administración pública».

(56) El *arrêt* MONPEURT admitió y resolvió recurso contra la decisión de los Comités de Organización creados por la Ley de 16 de agosto de 1940 (sobre los mismos puede verse MERIGOT, *Essai sur les Comités d'organisation professionnelle*, Dalmas, Bourdeaux, 1943, y N. GEORGE, *Le régime juridique des Comités d'organisation*, París, 1942), que guardan cierta similitud con nuestros Sindicatos. El *arrêt* MONPEURT ha sido excelentemente analizado por EISENMANN, *L'arrêt Monpeurt: Légende et réalité, en L'évolution du Droit Public*, Sirey, París, 1956, págs. 221 y sigs.

(57) El texto del *arrêt* Sieur MAGNIER, Conseil d'Etat, 13 janvier 1961, y las conclusiones para el mismo del Comisario FOURNIER, pueden verse en «*Revue de Droit Public*»,

pement national d'achat des produits oléagineux» y «Fédération nationale des huileries métropolitaines moyennes et artisanales», que reconocen naturaleza administrativa a decisiones de personas jurídicas calificadas de privadas, se comprenderá fácilmente lo grave, y lo equivocado, de no abandonar el elemento subjetivo en la definición de las decisiones susceptibles de recurso contencioso-administrativo (58).

Los actos administrativos caracterizados por sus efectos, aun cuando por el peso de la tradición el nombre lo tomen de los sujetos, son jurídicamente algo tan singular, que determina la existencia de una disciplina jurídica que denominamos Derecho administrativo. Los principios de éste se aplicarán a aquellos actos, cualquiera que sea su autor.

10. Ciencia y pedagogía.

La concepción del Derecho administratitivo que brevemente hemos expuesto suscitará, no lo dudamos, objeciones.

Algunos entenderán que con ella quedarán fuera de dicha disciplina materias importantes, de difícil encuadramiento en otras ramas de la Ciencia del Derecho.

Debemos subrayar, en primer lugar, que, como se habrá advertido, no hemos buscado una definición expresiva del contenido de una asignatura académica, sino el criterio individualizador de lo administrativo. Al decir que este criterio es el acto administrativo, caracterizado por su peculiar eficacia, señalamos únicamente el concepto fundamental y el contraste que permitirá delimitar y sistematizar la disciplina jurídica denominada Derecho administrativo.

El Derecho administrativo —como disciplina científica— no se ocupará únicamente del acto administrativo, sino que reunirá toda la problemática que gira alrededor de este concepto. Estudiará las actuaciones que preparan y ejecutan las decisiones administrativas y también los

1961, núm. 1, pág. 155. En «Droit Social», 1961, núm. 5, pág. 335, se publica una nota de P. H. TEITGEN a la citada decisión jurisprudencial.

(58) En los *arrêtes* «Groupement national des produits oleagineaux» y «Fédération Nationale des Huileries métropolitaines moyennes et artisanales», de 6 de octubre de 1961 (notas de P. H. TEITGEN, «Droit Social», 1962, núm. 2, pág. 72, y de WALINE, *La notion d'acte administratif*, en «Revue de Droit Public», 1962, núm. 4, págs. 721 y sigs.), el Consejo de Estado declara la naturaleza administrativa de las decisiones adoptadas por estas personas privadas, que para participar en la ordenación económica han recibido un poder de decisión que es una auténtica prerrogativa de poder público. ¿Y qué es una prerrogativa, un *poder*, sino un potencial de actos, la *facultad de hacer* determinados actos? El poder administrativo es un potencial de actos administrativos.

Consúltese la nota de WALINE sobre *Le caractère privé des Centres régionaux de lutte contre le cancer*, en «Revue de Droit Public», 1962, núm. 5, págs. 964 y sigs.

órganos de las personas jurídicas que, por atribución de la Ley, adoptan decisiones de esta naturaleza.

A) Las actuaciones que preparan la declaración de voluntad con efectos ejecutorios, y las que ejecutan materialmente su contenido, pueden, y deben, estudiarse en la asignatura «Derecho administrativo». Unas preceden y otras siguen al acto administrativo, y en relación con él se sistematizarán. Pero estas *operaciones* (59) no tienen ninguna singularidad jurídico-administrativa (60). «Tal serie o sucesión de actos se muestra con la misma estructura ontológica —decía BALLBÉ (61)—, tanto si se los utiliza para el ejercicio de la función jurisdiccional, como para cualquiera de las demás especies de la *función pública*.»

Preceden a la Ley estudios, informes, discusiones, etc. Existe un procedimiento legislativo integrado por una serie de actos de la misma naturaleza técnica que los que preceden al acto administrativo, al acto

(59) Este término lo ha empleado algunas veces nuestra jurisprudencia. «La comunicación es una simple *operación administrativa* que, al expresar necesariamente un pensamiento de la Administración, no puede reputarse acto administrativo, ya que no define situaciones jurídicas individuales o determinadas mediante la aplicación de normas, no nació, pues, con las condiciones de viabilidad como acto administrativo, y debe reputarse como meramente interna» (Sentencia de 6 de diciembre de 1959, Sala 5.ª).

(60) Desde campos ajenos a nuestra disciplina alguna vez se ha calificado a estas operaciones de administrativas. GUASP, ob. cit., pág. 1.568, dice: «Evidentemente, los órganos de la jurisdicción intervienen en muchos campos que nadie ha pretendido considerar como procesales, sino más bien como administrativos, a pesar de la procedencia subjetiva de antes cuya función principal es la jurisprudencial. Debe recordarse que los órganos jurisdiccionales desempeñan una amplia gama de cometidos reconocidos indiscutiblemente como no procesales; así, toda la materia genéricamente concebida como lo *gubernativo de los Tribunales* e innumerables funciones específicas en las que el órgano de la jurisdicción actúa como sujeto administrativo, sin que nadie pretenda atribuirle otro carácter; verbigracia, los servicios estadísticos de la jurisdicción, el servicio penitenciario, el servicio de administración de la jurisdicción, como pueden ser los informes, posesiones, concesiones, y así sucesivamente». Suponemos que el Profesor GUASP emplea el término *administrativo*, en el párrafo citado, en su sentido vulgar, y no en su sentido jurídico.

(61) *La esencia del proceso*, «Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.», julio-agosto 1947, página 22 de la separata.

MAYER (*Le Droit administratif allemand*, Giard et Bière, París, 1904, pág. 13), al ocuparse del poder de policía de la Administración, se refiere a la *actividad auxiliar* que prepara y ayuda al objeto principal de aquel poder, que es hacer cumplir al súbdito el deber general de respetar el orden público. «Esta actividad auxiliar —explica— no tiene carácter jurídico, no entrando en relación directa con los súbditos: vigilancia, recogida y clasificación de datos, publicación de advertencias. Por otra parte, esta actividad auxiliar entra en relación jurídica con los particulares, y se sirve de toda clase de formas de Derecho civil y administrativo; se designan funcionarios; se les prepara todo lo que necesitan; se arriendan oficinas; se compra material.»

político o a la sentencia (62). Las actuaciones técnicas son comunes, porque no tienen ninguna singularidad jurídica, a todas las funciones públicas.

La actuación de ejecución también sigue, en mayor o menor medida, a todos los actos jurídico-públicos. En las Leyes casi queda reducida a su debida publicación. Los Jueces y Tribunales no sólo deben juzgar, sino hacer ejecutar lo juzgado (63). Igualmente ocurre con los actos políticos y administrativos.

Ninguna diferencia jurídica existe, por ejemplo, entre los actos de ejecución de las sentencias y los de ejecución de los actos administrativos (64).

El afirmar que el acto administrativo es el núcleo conceptual del

(62) Ninguno de los elementos de los procedimientos preparatorios de las decisiones públicas crea unilateralmente derechos y obligaciones. Esto no quiere decir que todo acto que sirva a otro sea de tramitación. Algunas veces un acto decisor coadyuva a la producción de otra declaración de voluntad.

A las actuaciones técnicas el Derecho les atribuye, algunas veces, consecuencias jurídicas, de la misma manera como en determinados casos se las atribuye a hechos naturales.

(63) Artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870.

(64) «En un proceso de ejecución —dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Ejecución forzosa en Derecho administrativo*, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VIII, págs. 91 y sigs., y en esta REVISTA, núm. 1, pág. 327—, como en todo proceso, es necesario que exista un órgano supracordenado a las partes y una parte que pida del mismo, frente a otra, no una declaración de voluntad —una sentencia—, sino un hacer, una conducta física. Una parte, asistida de razón indudable, quiere tomar una cosa que otra no quiere darle, y acude al órgano jurisdiccional para que se la quite a ésta para dársela a ella.

»Por el contrario, existe un procedimiento administrativo de ejecución cuando una entidad administrativa realiza forzosamente lo dispuesto en un acto administrativo. Se debe esto a un privilegio de la Administración, que la doctrina ha señalado como uno de los caracteres fundamentales del acto administrativo: la ejecutoriedad.»

En los dos casos expuestos por GONZÁLEZ PÉREZ, la actividad de ejecución es de la misma naturaleza; sin embargo, por la posición del órgano ejecutante respecto a los interesados, afirma este autor que en un caso es judicial y en el otro administrativa.

Los llamados procesos de ejecución no son instituciones jurídicas diferentes a los procedimientos administrativos. La diferencia terminológica responde únicamente a la clase de los actos que se ejecuten. Muchas sentencias son ejecutadas por órganos no jurisdiccionales. La ejecución de las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo «corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso (art. 103 de la Ley de 27 de diciembre de 1956), o sea, a un órgano que calificamos, por la función que de manera primordial realiza, de administrativo. Con el criterio de GONZÁLEZ PÉREZ esta ejecución sería un procedimiento administrativo. Los procesos de ejecución no son jurisdiccionales; ni administrativos los procedimientos de ejecución, ambos son actuaciones materiales.

Véase sobre este punto la Sentencia de 12 de mayo de 1959.

Derecho administrativo no significa, pues, excluir de esta disciplina todas las actuaciones que no sean actos administrativos definidos por su eficacia, sino situarlas debidamente en relación con éstos (65).

B) Tampoco tiene por consecuencia dejar fuera de la consideración científica la denominada organización administrativa.

Resulta evidente que la legalidad administrativa, tal como antes ha quedado caracterizada, concede generosamente la posibilidad de creación e imposición unilateral de derechos y obligaciones a la voluntad de determinadas personas jurídicas, mientras que a otras puede (e incluso suele) hacerlo en muy contadas ocasiones.

Cualquier observador descubre que el poder administrativo, derivado de una presunción *iuris tantum* de legalidad, se concentra, fundamentalmente, en nuestro país, en el Estado, las Provincias, los Municipios y en las Entidades institucionales, y que en algunas de ellas —en el Estado, concretamente— dicho poder está atribuido a un sector de su estructura u organización. La organización de estas personas jurídicas la denominamos *organización administrativa en razón de la naturaleza de la actividad que ordinariamente despliegan*. Si sólo una parte de los órganos de una persona desarrollan actividad administrativa, ellos reciben el nombre de órganos administrativos, y su conjunto, el de organización administrativa. Organización que puede y debe estudiarse en el Derecho administrativo. Pero sin que ello nos conduzca a negar la posibilidad de que otras personas distintas a las enumeradas puedan dictar actos ejecutorios y, por tanto, sometidos al sistema jurídico-administrativo.

Las organizaciones tampoco tienen nada de peculiar que nos permita afirmar que unos son jurídico-administrativas y otras no (66).

(65) VEDEL (ob. cit., págs. 110 y sigs.) —cuyas ideas nos han servido grandemente en nuestro razonamiento— y otros autores entienden que los actos que, apoyados en una presunción de legalidad, crean e imponen unilateralmente derechos y obligaciones —«*décisions exécutoires*», en terminología francesa—, no son los únicos actos administrativos. Esta actitud se debe a que estos autores no abandonan la perspectiva orgánica, y todo lo que hace la Administración, orgánicamente considerada, los califican de actividad administrativa. Pero estos autores admitirán, seguramente, que la *decisión ejecutiva* es el único acto entre los que dicta la Administración pública, orgánicamente definida, con eficacia específica.

(66) La organización administrativa se dibuja, antes de existir en la realidad —dice EISENMANN (ob. cit., pág. 111)—, por las disposiciones legales y reglamentarias; existe «en el papel», con existencia ideal, teórica, antes de existir de hecho; el hecho refleja, porque lo realiza, el «modelo», el «dibujo», el «plan», que le preexiste. En los Estados modernos se encuentra, pues, una regulación de la organización o constitución de la Ad-

En los programas de Derecho administrativo que se estudian en las Facultades de Jurisprudencia norteamericanas comprobamos que toda la materia «de la organización del Poder ejecutivo del Estado y de las Administraciones locales, la cual ocupa una parte bastante considerable en los Tratados de Derecho administrativo, sobre todo en Francia —escribe CLARKE ADAMS (67)—, está reservada en Norteamérica a la Facultad de Ciencias Políticas, siendo omitida u olvidada por la Facultad de Jurisprudencia».

C) Con el concepto propuesto se da una sólida base al Derecho administrativo y se delimita claramente, a su alrededor, el campo jurídico-administrativo.

Lo anterior no significa que el contenido pedagógico de la disciplina científica «Derecho administrativo» no varíe según circunstancias accidentales. Este será mayor o menor según el progreso de la investigación, las corrientes metodológicas, las innovaciones legislativas. Variará según los países. Pero siempre habrá un núcleo central incommovible: el acto administrativo, definido por sus efectos y no por sus sujetos.

Podemos analizar brevemente un ejemplo. El 23 de febrero de 1961, una parte de los funcionarios alemanes ha celebrado un convenio colectivo con el Estado. El Profesor PÉREZ BOTIJA (68), al ocuparse de este convenio, hace unas atinadas consideraciones sobre si el Derecho de los funcionarios debe desgajarse del Derecho administrativo y llevarse al Derecho laboral, tema del que se ha ocupado detenidamente el Profesor RODRÍGUEZ PIÑERO (69).

Parece evidente que unas situaciones jurídicas que nacen mediante un convenio colectivo entre el Estado y personas que le prestan servicios no tienen ninguna peculiaridad jurídico-administrativa (70). Podrá

ministración (de los órganos que primordialmente llevan a efecto actos administrativos). Estas disposiciones forman el Derecho de la organización.

A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pág. 26, estima que «el conjunto de la organización no es propiamente Derecho».

(67) *Il diritto amministrativo americano*, Zanichelli, Bologna, 1959. Puede verse también MACKENZIE, *The Study of Public Administration in the United States*, Public Administration, XXIX, págs. 131 y sigs.; LANGROD, G., *La science et l'enseignement de l'Administration Publique aux Etats-Unis*, A. Colin, París, 1954.

(68) *Los funcionarios alemanes celebran un convenio colectivo de trabajo con el Estado*, Documentación Administrativa, núm. 43, págs. 19 y sigs.

(69) *El personal de la Administración*, que publicará el Instituto de Estudios Políticos.

(70) Sobre el valor del sujeto público-administrativo para calificar a una relación jurídica, véase EISENMANN, *Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable, en Droit administratif français*, «Melanges Maury», II, págs. 379 y sigs. Una

discutirse, con razones pedagógicas, si las mismas deben estudiarse en las cátedras de Derecho administrativo o en las de Derecho del trabajo, pero las razones pedagógicas son distintas de las científico-jurídicas.

Podemos incluso afirmar que el Derecho administrativo, científicamente definido, no es preciso que coincida siempre con el Derecho administrativo pedagógicamente determinado. Lo que sí resulta necesario es que en la exposición pedagógica de la disciplina se conozca y se emplee con precisión y claridad el criterio científico de definición.

apreciación crítica de la postura de EISENMANN, en WALINE, *A propos du rapport entre le règle de Droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent*, «Revue du Droit public», 1961, núm. 1, págs. 8 y sigs.

