

DECLARACION DE LESIVIDAD Y CONTRATACION DE SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES

(Comentario a la sentencia de 16 de febrero de 1979, Sala 4.ª del Tribunal Supremo. Ponente: excelentísimo señor don José Luis Ponce de León y Belloso)

SUMARIO: Introducción.—A) *Sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios técnicos profesionales para redacción de un proyecto:* Doble línea doctrinal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza sustancial del contrato. El «contrato de asistencia»: legislación, objeto. El problema de fondo: No existe una actitud sistemática en la calificación casuística.—B) *Sobre el «acto administrativo», objeto del recurso de lesividad:* El «acto de ejecución» como objeto de impugnación autónoma. Desarrollo jurisprudencial del concepto de «acto trámite».—C) *Sobre los vicios de procedimiento y de incompetencia en cuanto a la anulación del acto objeto del proceso de lesividad:* Incompetencia y funcionario «de hecho». Criterios de la sentencia de 16 de febrero de 1979.

En esta sentencia se plantean y resuelven, dentro de los límites de lo discutido, una serie de problemas realmente vivos en nuestra práctica municipal, vista la cotidiana utilización de técnicos por las Corporaciones Locales, en campos tan propios de sus competencias como las obras públicas y el urbanismo.

El punto de inflexión del sistema contractual local confiere una gran actualidad a esta cuestión que, sin duda, habrá de recibir el impacto e influencia de la legislación sobre contratos del Estado, cuyas directrices generales y sustrato doctrinal van teniendo una clara intervención en la conformación de los conceptos y peculiaridades de nuestro sistema contractual.

Esta sentencia nos sugiere una serie de consideraciones en torno desde aquellas cuestiones que hemos creído que podían ser de interés general.

A) SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS TÉCNICOS PROFESIONALES PARA REDACCIÓN DE UN PROYECTO

En el juego dialéctico de las dos jurisdicciones, la contencioso-administrativa y la civil, encontramos, como en tantas otras materias, una doble línea doctrinal.

Por una parte, existe la sentencia de 11 de diciembre de 1947 (R. 1396), donde el Tribunal Supremo revocó, en apelación, sentencia del Tribu-

nal Provincial Contencioso-Administrativo aceptatoria de recurso de lesividad de un Ayuntamiento. La base de la sentencia en la que se dio lugar al recurso fue la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios, cuestión que se resuelve limpiamente por adscripción a la materia civil (1).

Con posterioridad a la Ley de la Jurisdicción, aun perviviendo el dualismo de jurisdicciones, paralelo a la doble naturaleza sustancial del contrato, hemos anotado diversas sentencias en las que las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocen de modo completamente usual en cuestiones sobre reclamación de honorarios a la Administración— en definitiva sobre cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios técnicos profesionales. Así en las sentencias de 25 de abril de 1975, 14 de abril de 1975 (Sala 3.^ª), 14 de abril de 1975 (Sala 4.^ª), 25 de octubre de 1975, 25 de abril de 1967, 11 de noviembre de 1971 (2).

(1) Considerando 2.º: «Queda reducido el problema que se plantea a dilucidar la naturaleza y carácter de los actos de que se trata y que de modo directo son afectados por la declaración de lesividad acordada por el Ayuntamiento de B. en 24 de agosto de 1943, porque con arreglo al artículo 5.º de la Ley de 22 de junio de 1894, para que los contratos celebrados por la Administración queden atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos, es indispensable que sean de naturaleza administrativa para obras y servicios públicos de toda especie, según la exacta expresión del referido texto legal.»

(2) *Sentencia de 21 de abril de 1975* (Sala 3.^ª), R. 1845: Reclamación de honorarios de arquitecto ante el Ministerio de Educación Nacional.

Sentencia de 14 de abril de 1975 (Sala 3.^ª), 1740: Recoge el supuesto de encargo, por el Ministerio de Educación y Ciencia, de un Centro destinado a Enseñanza Media y Profesional. La negativa del Ministerio a pagar tales honorarios conllevó el recurso de los técnicos a la vía civil, que se declaró incompetente. La sentencia reconoce la condición no administrativa del contrato, sin profundizar en el resbaladizo terreno de la naturaleza sustancial: «aunque el contrato o convenio... no sea por razón de la forma un contrato administrativo, pero sí le son aplicables las normas relativas a la competencia correspondiente a dichos contratos por estar atribuida a esta Jurisdicción por expresa disposición de la Ley..., por lo que está claro que el recurso es admisible por tener como finalidad el referido contrato la redacción de un proyecto necesario para construir un edificio del Estado para ser destinado a Centro de enseñanza oficial, aunque para todo lo demás el referido convenio se rija por las normas básicas generales de la contratación civil; pero la peculiaridad de la competencia asignada a esta jurisdicción y la índole de la pretensión de los recurrentes, que es reclamar en cumplimiento de aquel contrato al abono de la cantidad por pago de honorarios devengados, hace que tenga que desestimarse la causa de inadmisibilidad opuesta por el abogado del Estado con apoyo en no existir acto reclamable por entender no producido un acto administrativo presunto porque el escrito elevado al Ministerio en fecha 15 de octubre de 1970 sólo fue para cumplir el trámite formal de la reclamación previa al ejercicio de una acción civil.»

Sentencia de 14 de abril de 1975 (Sala 4.^ª), R. 2438: Se resuelve la fijación de honorarios facultativos de arquitecto director de las obras del Palacio de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria.

Sentencia de 25 de octubre de 1975 (Sala 3.^ª), R. 4172: Se determinan los honorarios de arquitecto por redacción de un proyecto de construcción de cuarenta y cuatro viviendas protegidas.

Sentencia de 25 de abril de 1967 (Sala 4.^ª), R. 2.204: Se conoce sobre honorarios de arquitectos y aparejadores, en materia de Poblados Dirigidos: «la alegación de inadmisibilidad... con base en los artículos 2.º y 82, a), de la LJ por suponer que se trata de ventilar una materia civil, propia de la competencia de la jurisdicción de dicho carácter, no puede prosperar por cuanto ahora se impugnan resoluciones—tácitas del Ministerio de la Vivienda— producidas como consecuencia de un expediente administrativo en el que se aplicó una legislación que

DECLARACION DE LESIVIDAD Y CONTRATACION DE SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES

En toda la casuística estudiada existe un hecho básico y fundamental: la Administración, en varias de sus ramas, decide sobre honorarios técnicos, calculados del modo legalmente procedente, y de sus actos, expresos o tácitos, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente alguna sentencia—25 de abril de 1967—de las citadas intenta razonar este conocimiento por circunstancias externas al propio contrato de servicios, como su contenido sustancial, la personalidad jurídico-pública de la Administración, la legislación material. En definitiva, nos hallamos ante la dualidad de jurisdicciones, llevada esta vez a un punto sorprendente: unos profesionales, que trabajan para la Administración, con un sistema institucionalizado de honorarios, se hallan ante la disyuntiva tradicional, como justiciables, aquí agudizada y desprovista de razón sistemática por el carácter repetitivo del contrato, su cumplimiento y las pretensiones paralelas que todo ello exigirá.

Especial interés—en la línea de la concepción administrativa del contrato de arrendamiento de servicios técnicos profesionales—tiene la sentencia de 25 de marzo de 1961 (R. 1520), donde se califica a la dirección técnica de las obras de construcción de Casa Consistorial en los siguientes y contundentes términos:

«Al versar el contrato que aquí se alega sobre la dirección técnica de las obras de construcción de la nueva Casa Consistorial de Zaragoza, que constituye un bien de servicio público municipal, así calificado expresamente por el artículo 185 de la Ley de Régimen Local, resulta evidente el carácter administrativo de la relación contractual por imprimirselo, en primer término, el objeto específico de la misma, que domina cualquier otro aspecto circunstancial de tipo privado, y en segundo lugar, porque la actividad técnica contratada incide de modo principal e inmediato sobre la realización de la obra; siendo por ello inadmisibles el criterio que sustenta el Tribunal a quo al estimar que se trata simplemente del cumplimiento de un encargo recibido en el ejercicio de profesión liberal que no tiene por objeto inmediato y directo la obra pública, sino que agota su

es de mera naturaleza administrativa; la que regula la tarificación profesional de arquitectos y aparejadores, en relación con la acción oficial en materia de promoción, tutela y ayuda de las construcciones destinadas a la vivienda, ya estén efectuadas por organismos públicos, ya procedan de personalidades colectivas de carácter privado que se acogen al régimen de fomento y auxilio oficial; todo ello en el ámbito que a la Jurisdicción asigna el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1958, y fuera del que por el contrario señala el artículo 51 de la Ley Rituaria Civil, a la Jurisdicción de dicho carácter».

Sentencia de 11 de noviembre de 1971 (Sala 3.ª), R. 4495: Se decide petición de pago de honorarios, sustentada por ingeniero de Caminos, por proyecto de abastecimiento de aguas, al Consejo de Administración de las Minas de Almadén.

contenido de arrendamiento de servicios al prestar éstos, abstracción hecha del destino que haya de darse al edificio construido.»

En definitiva, por tanto, la nota fundamental de las sentencias positivas—en relación a la naturaleza administrativa del contrato que estudiamos—es la consideración de la teleología del mismo, yendo más allá de su abstracción ideal.

¿Qué postura sigue la sentencia de 16 de febrero de 1979, de la Sala 4.^a, que motiva este artículo?

Adelantemos una expresión sintética del Considerando 1.º:

«Aquí no se trata de impugnar contratos, sino los actos que realizó el entonces alcalde con los demandados y con independencia de su calificación jurídica, y además, en todo caso, dada su naturaleza, serían administrativos y no civiles.»

Creemos que la postura conceptual de la sentencia de 16 de febrero es totalmente distinta a la de 11 de diciembre de 1974, en la que se resolvía también un recurso de lesividad. Ciertamente no podemos olvidar que la Ley procesal que amparó la sentencia de 11 de diciembre de 1947 fue la de 22 de junio de 1894, pero también es cierto que esta sentencia ha sido utilizada por Tribunales civiles en la más estricta actualidad.

Basta cotejar las siguientes afirmaciones, de la sentencia de 1947, con la de 1979, en su texto:

«En el caso debatido en el presente texto el Ayuntamiento de B. no contrató acerca de ninguna obra ni servicio público, sino que realizó un concierto directo con el señor M. para la confección y pago de los proyectos de abastecimiento de aguas y alcantarillado, limitándose por tanto a actos previos que implicaban arrendamiento de servicios con el repetido señor M., regulado en el Código Civil y no confundible con el contrato administrativo de obras y servicios públicos que se pensaba realizar en manera debida.»

En la sentencia de 1979 se afirma la naturaleza administrativa del contrato, aunque sea *obituro dicta*, ya que el mecanismo de la lesividad no se considera de aplicación en cuanto a los contratos, sino en lo que se refiere al acto del alcalde que suscribió los impresos, del modo establecido con carácter general. La calificación de la relación queda al margen del contencioso de lesividad (3).

(3) En el primer Considerando de la sentencia apelada se dice, concretamente: «Es lo cierto que en el presente caso no se impugna contrato alguno, sino el acto realizado por el señor G. M. como alcalde del Ayuntamiento de T. encar-

Lo importante, entendemos, es la decidida y franca calificación sobre la naturaleza administrativa del contrato de servicios profesionales, que puede tener trascendencia para una clarificación del tema.

En un rápido examen del Reglamento General de Contratación del Estado—para intentar reseguir nuestro Derecho positivo, en relación a la naturaleza jurídica del contrato que estudiamos—podemos comprobar que en su artículo 72 se da la tipología denominada «contrato de asistencia», dentro de la clase «contrato administrativo especial».

Dicho contrato se establece con empresas consultoras o de servicios y está regulado, concretamente, por el Decreto número 1005/1974, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 23 de abril de 1974, número 97.

En este decreto hallamos interesantes afirmaciones sobre el «contrato de asistencia», que, desde el ángulo de nuestro tema, se caracteriza por las siguientes notas:

a) *Legislación aplicable*: Se considera tal al propio decreto y «supletoriamente, por las disposiciones que la legislación de contratos del Estado dedica a los de naturaleza administrativa, en especial los referentes al contrato de obra» (art. 1).

b) *Objeto*: «a) Elaboración de estudios, planes, proyectos, memorias e informes de carácter económico y social», entre otros (artículo 3.a).

c) *Jurisdicción*: La contencioso-administrativa (arts. 4.1 y 11).

Es claro que, mediante la vía del Decreto 1005/1974, se tiende a asegurar una naturaleza administrativa al llamado «contrato de auxilios», en el cual, como una prestación más de su contenido, tiene su engarce sistemático la redacción o elaboración de «estudios, planes,

gando unos proyectos de obra y su dirección, por ello resulta inoperante, en relación con el tema de que se trata—lesividad del acto realizado por el alcalde de T.—, la calificación del negocio jurídico a que tal acto, en caso de validez, pueda dar lugar...» Recordemos, asimismo, la *sentencia de 5 de noviembre de 1956* (R. 3580), donde en el Considerando cuarto se dice: «Por lo que respecta a la otra excepción alegada, la incompetencia de jurisdicción por entender que la cuestión debatida es de índole civil, aparece claro que para poder aducir tal obstáculo procesal al enjuiciamiento de fondo, la Sociedad demandada sienta la afirmación de "que la finalidad del recurrente en este procedimiento no es otra que sustraerse a las legítimas consecuencias del contrato entre el Ayuntamiento de P. y la entidad Industrial C. y U., S. A."; con lo que se desvía o adentra en apreciaciones de finalidad o derivaciones que no pueden funcionar procesalmente como excepciones de incompetencia, ya que para alegar ésta en un pleito de lesividad es menester fijarse en la naturaleza del acto señalado lesivo, el cual es, en esta litis, una resolución emitida por el Ayuntamiento unilateralmente aprobando las cuentas de la gestión de una comisión municipal constituida para una finalidad de carácter público; por lo que no puede afirmarse a priori que falten en la resolución impugnada los requisitos enumerados en el artículo 1.º de la Ley de lo Contencioso, y debe desestimarse también la alegada excepción de incompetencia de jurisdicción.» Obviamente, la sentencia se remite a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1952.

proyectos», gama que cubre el detalle documental usual que los técnicos realizan para las Corporaciones Locales.

Todo ello nos aboca a la turbadora conclusión práctica de que un proyecto redactado a través de una empresa consultora encierra, en su base, un contrato administrativo especial, con las pertinentes secuelas jurisdiccionales, y que, por el contrario, un proyecto redactado por un arquitecto o un ingeniero al servicio de un Ayuntamiento es el contenido de un contrato civil de arrendamiento de servicios profesionales, con todas las consecuencias inherentes.

La dificultad sistemática de nuestro régimen contractual es notoria, en muchos puntos concretos, sin que ello, obviamente, facilite la claridad y el rigor jurisprudencial, tan necesario en un campo de un tráfico jurídico intenso y repetido, como es el que nos ocupa.

Es definitiva, al profundizar en estos puntos de inflexión de dos regímenes jurídicos, el administrativo y el civil, nos apercibimos de las sutilezas de la praxis, muchas veces no justificada en razones sustanciales.

Existen unas líneas erráticas de evolución conceptual que están sometidas al azar de unos litigios que se han dado en el tiempo. La reacción intelectual, como siempre, es un deseo de unidad y de rigor metodológico en aquellas materias que—como la contractual y la responsabilidad civil—son de contenido vital intenso y, por tanto, con un alto índice de conflictividad entre la Administración y los justiciables.

B) SOBRE EL «ACTO ADMINISTRATIVO» OBJETO DEL RECURSO DE LESIVIDAD

El problema de la impugnación por lesividad, en nuestro caso, nos reconduce a una interesante cuestión: La firma de los impresos—acto objeto del recurso—, ¿hasta qué punto es un acto administrativo?

En el Considerando primero de la sentencia apelada se utiliza repetidamente la expresión «acto administrativo» (4) sin vacilaciones.

En el quinto Considerando se concluye:

«... el acto por el que... a la sazón alcalde de T., en cuya representación decía obrar, encargó a los arquitectos... el proyecto y dirección de 180 viviendas... *es nulo por vulnerar las formas exigidas con carácter esencial para tal clase de actos...*»

(4) «... no se impugna contrato alguno, sino el acto realizado por el señor ... como alcalde del Ayuntamiento de T., encargando unos proyectos de obra y su dirección.»

Parece claro que nos hallamos lejos del concepto clásico de don Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO (5), ya que, cuanto más, la firma del documento podría entenderse como el acto material de ejecución de un contrato previamente convenido, por acuerdo corporativo, donde se facultara a la Alcaldía para la formalización de tal documento.

Ahora bien, no nos cabe duda de que los impresos en cuestión —a nivel privado—, debidamente firmados, engendran un contrato de arrendamiento de servicios profesionales que tiene mucho de contrato de adhesión, en cuanto todas las posibilidades de actuación quedan estereotipadas y normalizadas, dentro de una mecánica repetitiva y rutinaria, sin que, usualmente, exista otra formalización.

La Corporación utilizó la especial vía de la lesividad que le ofrece nuestro sistema contencioso-administrativo contra tal acto, logrando el reconocimiento de su postura y la anulación del mismo.

Pero volvamos al acto en sí. Sin duda que podría incluirse en la categoría que propugna el profesor GUAITA (6), concepto amplio que comprende, también, los actos de ejecución. Ciertamente, aquí no existía el acto anterior, la declaración de voluntad contractual de la Corporación, que había de perfeccionarse en el mecanismo administrativo del impreso.

Es evidente que el presupuesto esencial de la Jurisdicción es, precisamente, que el objeto de su control sea un «acto administrativo», ya que, en caso contrario, nos hallamos ante una inadmisibilidad de principio.

El «acto de ejecución» sí es recurrible, aunque sea en vía excepcional, como ha reconocido la jurisprudencia al exigir que «adolezca de algún vicio *per se* del ordenamiento jurídico» (sentencias de 4 de octubre de 1966 y 2 de julio de 1976) (7) y, por tanto, la impugnación

(5) «Toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas.» (*El acto administrativo*, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1929, p. 15.)

(6) *El concepto de acto administrativo*. «Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo» núm. 7, p. 529, con especial referencia a las conclusiones.

(7) *Sentencia de 4 de octubre de 1966* (Sala 5.ª), R. 4420: «La doctrina y la jurisprudencia han declarado que el recurso contencioso-administrativo no es admisible en general, respecto a los actos llamados de ejecución, puesto que su validez está ligada a la del acto definitivo del que son consecuencia... No obstante, cabe entender que el acto de ejecución (a pesar de la validez del acto principal) adolezca de algún vicio por infracción *per se* del ordenamiento jurídico y, en estos casos, se admite la impugnación del mismo en vía procesal por razones obvias de justicia estricta y de seguridad jurídica.»

Sentencia de 2 de julio de 1976 (R. 4487): «La solución ordinaria de la inadmisibilidad fundada, en lo que ahora tratamos, en la inimpugnabilidad autónoma de los actos que precisan para culminar el procedimiento administrativo de un curso ulterior, tal como acontece en los que tienen el carácter propio de actos de trámite o de los que, como en el caso del recurso, necesitan de una fiscalización aprobatoria ulterior que complete aquel curso, tiene que ceder excepcionalmente cuando tales actos se tachen de nulos, en su grado extremo de la nulidad absoluta, pasando éste de enjuiciamiento prioritario, previo y excluyente de la causa de inadmisión, pues si con asidero en técnicas instrumentales dirigidas a evitar perturbadores ataques a actos que no han culminado todo su proceso, aplazando para un momento ulterior la denuncia de defectos que pudieran tener los actos integrados en el procedimiento que necesita de decisiones defi-

tiene su base en poderosas razones de justicia estricta y seguridad jurídica.

La regla general de la inimpugnabilidad autónoma de los actos de ejecución tiene, por tanto, la excepción en los supuestos de nulidad absoluta, hasta llegar el acto con prioridad al conocimiento de las causas de inadmisibilidad, primer grado de actuación jurisdiccional en la doctrina tradicional sobre el orden de enjuiciar los motivos de impugnación.

En nuestro caso, precisamente, la ilegalidad del acto anulado derivaba de que no existía el previo acto definitivo que había de desarrollarse.

La doctrina jurisprudencial española no es demasiado abierta a una postura generosa frente al acto de ejecución en sí, forzada, como es obvio, por el concepto de «acto trámite» y su desarrollo jurisprudencial, muy tupido y repetitivo.

Puede anotarse, en esta corriente negativa, la denegación formal de la condición de acto administrativo, apto para ser recurrido, a una conversación telefónica y un telegrama, en relación a la toma de posesión de un secretario de Administración Local (sentencia de 23 de noviembre de 1962) (8); el acto material de colocar unas estacas, por el Instituto Nacional de Colonización, para la delimitación de terrenos pantanosos (sentencia de 5 de febrero de 1963) (9), la resolución sobre delimitación de zona portuaria y el señalamiento de terrenos afectados por ampliación de carretera, de propiedad privada (sentencia de 19 de diciembre de 1967) (10); la cédula de notificación, requiriendo a un administrado su presentación ante la Alcaldía (sentencia de 21 de diciembre de 1957) (11); la apertura de un expediente

nitivas, eludiéramos hasta entonces, todo enjuiciamiento basado en una nulidad de pleno derecho, afectante de tal modo al acto que toda actuación posterior sería absolutamente ineficaz, caeríamos en actividades inútiles, remediadas mediante el enjuiciamiento prioritario que hemos dicho, aunque ello comporte una alteración en la técnica procesal ordinaria que propugna el tratamiento primero de los supuestos de inadmisibilidad, y que si alteramos es por el carácter de la nulidad absoluta.»

(8) Sala 5.ª, R. 4665: «... no consta la existencia de ningún acuerdo o resolución por cuya virtud se le denegare la posesión a que se alude, ya que la conversación telefónica y el telegrama de que antes se hace mención no pueden merecer ese carácter por ser meramente informativos y estar relacionados con funcionarios que son ajenos por la propia naturaleza de sus atribuciones a toda posible decisión del problema de la posesión discutida.»

(9) Sala 4.ª, R. 1164: «... como la Administración no se ha pronunciado aún sobre la naturaleza de los terrenos propiedad de los recurrentes, falta, por tanto, el acto administrativo previo y revisable indispensable para acudir a esta vía; puesto que de lo que hubiera resuelto sobre la índole de los referidos terrenos, dependía de que estuviera o no—según la petición que denegó en razón a la provisionalidad de su conducta—obligada a quitar las estaquillas.»

(10) Sala 3.ª, R. 4595: Es acto trámite la resolución de la Administración Central sobre delimitación de la zona de servicio del puerto de Almería solicitando de la Dirección General de Carreteras qué terrenos necesitaba para rectificación y ampliación de la carretera Málaga-Almería, con el fin de adscribir los mismos a la citada Dirección General y entregar el resto a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

(11) R. 3621: No es acto administrativo una cédula de notificación indicando al interesado que debe personarse en la Alcaldía a las horas de oficina, «con lo

de deslinde (sentencias de 19 de diciembre de 1931, 14 de mayo y 19 de diciembre de 1978, R. 4618), y los edictos de notificaciones a los interesados en actas previas de expropiación de urgencia (sentencia de 3 de marzo de 1978, R. 750).

Por el contrario, se acepta la impugnación de aquellos actos que aunque tengan su origen en otros que ejecutan, constituyen, en sí, una resolución autónoma e independiente, como un requerimiento de cesión de superficies en la ejecución de un proyecto de urbanización (sentencia de 13 de diciembre de 1977) (12), que son «determinaciones accidentales» (sentencia de 9 de diciembre de 1977) (13).

Estudio especial merece la sentencia de 30 de abril de 1977 (14), donde se plantea un insólito supuesto. Se estableció un convenio entre el Estado y una Comunidad religiosa, sobre cesión de una obra de El Greco a cambio de obras en el monasterio. Se impugnó, en fin, la Orden ministerial de Educación y Ciencia declarando la obra de El Greco incluida en el Inventario del Tesoro Artístico Nacional. El contrato—atípico— se define como civil «por no ser contrato con una finalidad de una obra o servicio público».

En el enjuiciamiento de las causas de inadmisibilidad se sienta la existencia de la misma por la naturaleza civil del contrato de base que «escapa al alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa» y por «ser un acto meramente ejecutivo del primero, que no fue atacado oportunamente si se creía carácter o condición de acto administrativo impugnables en esta vía contencioso-administrativa» (15).

que es patente que la autoridad municipal nada resuelve sobre el asunto y, mientras no lo haga, el pleito contencioso-administrativo es prematuro».

(12) Sala 4.ª, R. 4928: «... el citado Ayuntamiento... opone un primer motivo de inadmisibilidad... por entender que el acto originario, acuerdo plenario de 25 de octubre de 1972, constituye simple ejecución de los acuerdos aprobatorios del proyecto de urbanización de "Unión de la calle El Fuerte con la avenida de Antonio Belón", antecedente inmediato del referido acuerdo del Pleno objeto de directa impugnación jurisdiccional; mas es claro que la exigencia contenida en el acuerdo de 25 de octubre de 1972 y en el ratificatorio de éste por vía de reposición, de 22 de febrero de 1973, de ceder concretas superficies de terrenos, a los diversos propietarios afectados por la obra urbanizadora, con destino a viales, constituye acto administrativo autónomo a efectos de su impugnación, siquiera derive o traiga causa del proyecto de urbanización que dispone la ejecución del planeamiento..., pues frente a tal acto cabe alegar motivos invalidatorios con independencia de los que pudieron ser aducidos, en contra del proyecto de referencia...».

(13) Sala 4.ª, R. 5028: «... pese a que de modo general no cabe impugnar los actos de ejecución con fundamento en los vicios del acto ejecutivo consentido, no sería ello obstáculo para el examen de un eventual vicio de nulidad radical de aquéllos, puesto que, de una parte, éste precede al de las causas de inadmisibilidad, según doctrina reiterada de este Tribunal, y de otra y sobre todo, porque un acto radicalmente nulo tampoco podría ser ejecutado en cuanto ningún efecto puede producir y menos éste, y en el caso cabe además subrayar que en definitiva se trata de la ejecución de cierta parte del contenido de aquellas resoluciones, que no refiriéndose al suyo propio, se introdujeron como determinaciones accidentales».

(14) Sala 3.ª R. 1993: «la segunda alegación de inadmisibilidad planteada también por el abogado del Estado, la funda en el art. 82, c), en relación con el 40, a), de la Orden impugnada de 2 de enero de 1974, puesto que siendo esta Orden consecuencia del contrato original de 18 de noviembre de 1973...

(15) «La Orden de 2 de enero de 1974 se limita a declarar incluida a todos los efectos en el Inventario del Tesoro Artístico Nacional la obra de El Greco tantas

En nuestro caso parece clara la doctrina jurisprudencial sentada, en la sentencia que comentamos, en cuanto se halla en la necesidad de anular un aparente acto de ejecución, por inexistencia de actos anteriores, que pudieran haber sido su fundamento cronológico y causal. Entronca, por tanto, esta resolución con la línea espiritualista que hemos expuesto, admisorio de la impugnación del «acto de ejecución», bajo determinadas coordenadas conceptuales de nulidad o autonomía sustancial.

Precisamente, la falta de actos anteriores que ejecutar, la falta de contrato anterior, es lo que exigió tal anulación, como veremos. Es obvio que si hubiera existido una habilitación de voluntad anterior, el acuerdo plenario pertinente, tales motivos de nulidad carecerían de base.

La desestimación de la lesividad del acto anulado habría comportado un perjuicio evidente para la Corporación municipal y la virtualidad jurídica de un acto negocial, de ejecución, carente de los requisitos esenciales mínimos.

En la sentencia del Tribunal Supremo se confirma la naturaleza indiscutible de «acto administrativo» en su Considerando séptimo, al decir:

«... el tema a dilucidar en esta apelación se circunscribe a decidir si *el acto* realizado por el entonces alcalde... es válido y en su consecuencia llegó a perfeccionarse el mismo con fuerza de obligar en cuanto a lo que en dicho *acto* se acordó...»

Si los conceptos formales están en función y al servicio de la justicia material, creemos que esta postura debe aceptarse de modo habitual, para ofrecer, al sujeto de derecho, las reales posibilidades de amparo que la raíz del sistema tiene *in nuce* y que la casuística puede desvelar pacientemente, en una labor evolutiva y constante, de la que tenemos un clásico ejemplo en el continuo desbroce del Consejo de Estado francés, recordándonos que se hace camino al andar.

Ciertamente, estas pequeñas cuestiones doctrinales pueden parecer victorias pírricas, ante una visión panorámica de la materia contencioso-administrativa. Pero es lo cierto que en la vida real del Derecho estos mínimos y milimétricos avances comportan una progresión constante en la que creemos más, personalmente, que en las revolucionarias reformas sustanciales, que sólo llegan en los artículos de la doctrina.

Sirva como ejemplo la resolución del Consejo de Estado de 30 de

veces aludida, lo que significa ser sólo un acuerdo de carácter ejecutivo, de un acto anterior o fundamental, no recurrido o consentido, cual fue el contrato original, el que si se estima, como da a entender el actor, ser materia contencioso-administrativa, hubiera adquirido firmeza...»

junio de 1978, «*Syndicat national de l'enseignement supérieur*» (16), donde continúa el proceso de erosión del concepto formal de «acto administrativo», para su control jurisdiccional.

C) SOBRE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO Y DE INCOMPETENCIA, EN CUANTO A LA ANULACIÓN DEL ACTO OBJETO DEL PROCESO DE LESIVIDAD

En el segundo Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, donde se delimita el objeto del recurso de apelación, se dice:

«El tema a dilucidar en esta apelación se circunscribe a decidir si el acto realizado por el entonces alcalde del Ayuntamiento recurrente y que motivó la reclamación de honorarios por los arquitectos demandados es válido y, en su consecuencia, llegó a perfeccionarse el mismo con fuerza de obligar en cuanto a lo que en dicho acto se acordó, y a este respecto *es preciso reconocer su nulidad de pleno derecho por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente y prescindiendo total y absolutamente de las formalidades legalmente establecidas en estos casos*, y por tanto constituyen infracción manifiesta de la ley y es gravemente lesivo a los intereses municipales, por lo cual resulta procedente la declaración previa de lesividad que se acordó por la Corporación municipal en salvaguarda de los intereses públicos.»

Tradicionalmente se ha exigido por la doctrina (17), para la viabilidad de la declaración de lesividad, que los actos afectados por la misma fuesen susceptibles de impugnación contenciosa, excluyéndose, en consecuencia, las operaciones materiales.

En este caso concreto destaca, con total claridad, la postura positiva que hemos anotado en la sentencia de primera instancia en relación a la impugnabilidad del acto que nos ocupa, en cuanto, formalmente, se nos presenta como acto de ejecución, pero en realidad dicho título sirve para encubrir, tan sólo, los defectos básicos y fundamentales de falta total de procedimiento y de incompetencia.

(16) Se acepta la condición de acto administrativo en relación a un télex. «Considerando que el télex... mediante el cual el secretario de Estado para Universidades hizo conocer a los directores de los institutos universitarios de tecnología que los créditos de horas complementarias que les habían sido delegados bajo el título de personalidades exteriores, no podía, por razón de sus términos, ser considerado como una simple invitación a actuar, en el sentido indicado, en cuanto tiene el carácter de una decisión frente a la cual el Sindicato demandante tiene cualidad e interés y, por tanto, es estimable la impugnación». «RDP» 1979, página 557.

(17) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, núm. 2 de esta REVISTA, página 59. En relación a los actos de ejecución, en nota (29) cita una sentencia de 28 de septiembre de 1935 en la cual se sienta que no pueden impugnarse los

Nos encontramos, sin duda, ante un punto de conexión con el acto emanado de un funcionario «de hecho» (18) en cuanto la apariencia de competencia que presupone la suscripción de los impresos queda claramente desvirtuado por la argumentación que desarrolla la sentencia, en la que se niega tal apariencia, en su integridad.

El fundamento que podemos denominar psicológico de este supuesto de incompetencia entronca de modo claro con el propio del conocido bajo la denominación de «funcionario de hecho», en cuanto se intenta dar una apariencia externa de legalidad al acto de que se trata. En el caso es obvio que esta incompetencia radical de la autoridad que suscribió el contrato no puede ser convalidada por ninguna consideración de tipo pragmático y extrajurídico, claramente perceptible en toda la construcción dogmática de la administración «de hecho».

Existen sentencias en las que se han aceptado, para la declaración de lesividad, idénticos motivos de nulidad, como la de 26 de mayo de 1961 (19), donde se llega a afirmar la innecesariedad de la declaración de lesividad en los supuestos de que tal nulidad sea absoluta, tema que desborda los estrechos marcos de este artículo, pero que tiene real interés, vistas las dificultades prácticas que la lesividad conlleva y que puede explicitar la relativa rareza de la figura en nuestra práctica contencioso-administrativa.

En la sentencia que comentamos se llega a unas conclusiones esenciales que parecen fundadas:

1.ª La nulidad absoluta del acto—concebido en toda su amplitud—se aplica por incompetencia manifiesta y haberse incurrido en una carencia total de forma, es decir, en el doble título que tipifican los apartados a) y c) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

pagos hechos por un Ayuntamiento sin haber dirigido la impugnación contra los acuerdos de los que eran aplicación tales pagos.

(18) «La doctrina *de facto* no subsana en ningún caso el vicio de incompetencia, como no cubre ningún otro fuera de los que afectan a la validez del título. Pero no cabe duda de que también el funcionario incompetente puede externamente presentarse como titular legítimo, o más exactamente presentarse con una *apariencia de competencia suficiente para el caso*, dados estos términos el margen de distinción con el funcionario de hecho desaparece prácticamente. Sólo que la competencia es uno de los requisitos de la validez del acto definida *ex lege*, y de la que en particular no queda dispensado, puesto que tiene obligación de conocer la ley. En consecuencia, el acto es nulo, tanto si el autor es funcionario *de jure* como si es funcionario de hecho.» J. FUEYO ALVAREZ: *La doctrina de la Administración «de facto»*, núm. 2 de esta REVISTA, p. 35.

(19) Sala 4.ª, R. 2418: Se declaró nula la concesión administrativa de unos terrenos comunales por actuar, en el correspondiente documento, dos vocales de la Junta vecinal en lugar de la citada Junta—defecto de forma—, «siendo también manifiesta la incompetencia del mismo porque la Junta vecinal no podía enajenar, que es lo que en realidad hace, adjudicando al señor G. J. en pago de unos servicios unos bienes comunes» ... «*lo anteriormente expuesto presupone un caso más que de acto inexistente, de inexistencia de acto administrativo, sólo hay una apariencia de acto administrativo, radicalmente nulo por falta de competencia del órgano e ilegalidad en la constitución del mismo, y en esos casos no es necesaria la previa declaración de lesividad.*»

DECLARACION DE LESIVIDAD Y CONTRATACION DE SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES

2.^a Se hace una referencia muy escueta a la lesión dentro del proceso de ampliación y espiritualización observable en la Jurisprudencia (20), para entender que existe de modo «indudable».

3.^a Se confirma la sentencia inferior. aceptatoria de la declaración de lesividad.

En definitiva, la sentencia que comentamos desarrolló una línea que la actual legislación de contratos del Estado ha consagrado específicamente, de modo sustancial, en el artículo 41, apartado a), del Reglamento general aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Jaime SÁNCHEZ ISAC
Doctor en Derecho
Secretario de Primera Categoría
de Administración Local

(20) En este sentido puede citarse, por todas, la *sentencia de 24 de diciembre de 1975*, Sala 4.^a, R. 470/76, 4.º Considerando sentencia apelada: «...concepto de lesión que sufrido modificación más modernamente, puesto que si antes estaba referido sólo a los intereses económicos, hoy se ha hecho extensivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza».

