

# NOTAS SOBRE EL ARTICULO 40, APARTADO d), DE LA LEY DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

(LA "RESERVA DISCRECIONAL MILITAR")

por Joaquín HERNANDEZ OROZCO

Capitán Auditor. Licenciado en Ciencias Políticas.  
Miembro de la «Société International de Droit  
Pénal Militaire et de Droit de la Guerre».

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIÓN JURÍDICO-MATERIAL (contenido material): 1. *Antecedentes legislativos:* A) Justificación de este epígrafe. B) Límites de nuestro análisis. C) Cita de los textos legales anteriores al vigente: a) Ley de 13 de septiembre de 1888 y Reglamento de 29 de diciembre de 1890. b) Ley de 22 de junio de 1894 y Reglamento. c) Real Decreto de 27 de febrero de 1926. d) Decreto de 18 de mayo de 1931. e) Ley de 27 de agosto de 1938 y Decreto de 2 de marzo de 1939. f) La Ley de 18 de marzo de 1944. g) Texto refundido de 8 de febrero de 1952. D) Conclusiones. 2. *La "exclusión" en la Ley vigente:* A) Innovaciones respecto al texto refundido de 1952. B) Ambito temporal de la nueva regulación: a) Entrada en vigor. b) Derecho transitorio. 3. *Resoluciones comprendidas en el apartado d) del artículo 40:* A) "Expedientes gubernativos." B) "Otros procedimientos" establecidos por el Código de Justicia Militar. C) Postergaciones.—III. CONSIDERACIÓN JURÍDICO-PROCESAL (tratamiento procesal): 1. *Antecedentes.* 2. *Régimen actual:* A) Líneas generales: a) Consideraciones previas. b) Referencia a la teoría de los "presupuestos procesales": a') Clasificación sistemática. b') Una clasificación práctica. c) El objeto del proceso contencioso-administrativo: a') El objeto del proceso. b') Requisitos de la pretensión procesal administrativa. c') Requisitos del acto administrativo. d') Clasificación de los supuestos recogidos en el art. 40. d) La jurisdicción como requisito procesal. B) Efectividad procesal: a) Momentos procesales en que deben ser examinadas las "exclusiones". b) Sentido de la exclusión.—IV. UN SUPUESTO PARTICULAR: LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LA FORMA (vicios procedimentales) DEL ACTO EXCLUIDO: 1. *Idea previa.* 2. *La forma como elemento del acto administrativo. El vicio de forma.* 3. *Los vicios de forma del expediente administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Supre-*

mo: A) Tesis jurisprudencial. B) Crítica: 1.º El argumento del "orden público" y el conocimiento "de oficio". 2.º La "cuestión de fondo" y la forma del acto. 3.º El orden de prelación en el examen jurisdiccional de la forma del acto. 4.º ¿Resulta consecuente un fallo que, tras reconocer la incompetencia de la jurisdicción o la inimputabilidad del acto recurrido, acuerda precisamente la anulación de éste por vicio de forma?: a) ¿Incongruencia del fallo? b) El principio de economía procesal. 4. *La cuestión respecto del art. 40, d): las sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 10 de mayo de 1960.*

## I

## INTRODUCCION

Desde que, en plena etapa revolucionaria francesa, la ley de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) estableciera que "se prohíbe terminantemente que los Tribunales conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie" (1), mucho o poco tiempo parece haber transcurrido. En la relatividad de todo conocimiento humano se explica la paradoja. Pues, si aquella fecha —habida cuenta del sistema actual de justicia administrativa en su forma más perfecta de tutela jurisdiccional— puede parecer tan remota como se nos suele representar toda etapa primitiva, no cabe duda, en cambio, que se nos acerca idealmente en el tiempo si consideramos el relativamente corto número de décadas que determinaron el cambio de mentalidad. Plazo corto en sí, pero largo por lo fatigoso. Como ha dicho R. ALESSI, el moderno sistema de fiscalización jurisdiccional del acto administrativo es conquista fatigosa y reciente a la

---

(1) Y la Constitución de 1791, art. 3.º, declaraba que "los Tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores, en razón de sus funciones". Declaraciones legales de las que FERNÁNDEZ DE VELASCO (*El acto administrativo*, Madrid, 1929, páginas 70 y siguientes) veía el germen de la jurisdicción administrativa, retenida, primero, y delegada, después; pero independiente en cualquier caso de los Tribunales ordinarios, en las que GARRIDO FALLA (*Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 99) advierte también el germen de la noción misma del acto administrativo, desde el momento en que resultaba "obligado formar el catálogo de aquellos actos que, de acuerdo con las prescripciones legales, quedaban excluidos del conocimiento de los Tribunales ordinarios".

que se ha llegado a través de una evolución gradual no exenta de luchas (2). El recurso contencioso-administrativo, de ser un recurso extraordinario, de carácter excepcional y limitado, pasa a convertirse en regla general. Una primera concepción —estrecha y limitada—, como sistema de fiscalización de la Administración pública por vía de excepción, fué el resultado de dos tendencias opuestas que entraron en pugna: el prejuicio individualista del Estado liberal, que quería una Administración sometida a las leyes, y las exigencias del inderogable contenido funcional de la Administración del Estado moderno (3). “En tal estado de aspiraciones y realidades, el recurso contencioso-administrativo, como instrumento eficaz de defensa de la legalidad de la acción administrativa y de tutela de los derechos e intereses de los administrados —en palabras de SERRANO GUTIÉRGO (4)—, hubo de vencer continuas dificultades al momento de establecerse y en las sucesivas etapas de su desarrollo; y, en nuestros tiempos, se ha visto sometido a la prueba de purificación, cuando del Estado que le vió nacer se han derrumbado algunos de los dogmas esenciales” (5).

El control jurisdiccional del acto administrativo en nuestro ordenamiento jurídico significa hoy la regla general; la inimpugnabilidad en la vía contencioso-administrativa, la excepción. Y no sólo en vista de una evaluación puramente cuantitativa

(2) *Diritto Amministrativo*, II, *La Giustizia amministrativa*, Milán, 1950, pág. 7.

(3) Cfr. GARRIDO FALLA: “La Administración y la Ley”, en *R. A. P.*, número 6, págs. 143 y sigs.

(4) “El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado”, en *R. A. P.*, núm. 10 (enero-abril, 1953), página 112.

(5) Cita, “para las consecuencias que para la existencia y eficacia del recurso contencioso-administrativo puedan derivarse de las situaciones de emergencia política y de la transformación de la estructura y contenido sociológico del Estado y la asignación de fines y extensas tareas a la Administración”, las obras de ROYO-VILLANOVA: “Lo contencioso-administrativo en el Estado totalitario”, en *R. G. I. J.*, Madrid, 1941, II, pág. 307; GARCÍA OVIEDO: “Consideraciones acerca del recurso contencioso-administrativo en el Estado totalitario”, en *Rev. de la Fac. de Derecho*, Madrid, 1942, pág. 72; y R. BONNARD: “El Derecho y el Estado en la doctrina nacional-socialista”, traducción española de PI Y SUÑER, Barcelona, 1950.

por el número de los actos comprendidos o exceptuados, sino también cualitativa, de principio, como pone de manifiesto la propia ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 al tratar (6) que “el presente texto legal, encaminado a establecer un eficaz sistema de garantía de la justicia, ha considerado aconsejable *reducir al mínimo los actos que, a pesar de tener naturaleza administrativa, están excluidos de impugnación jurisdiccional*”. Porque, claro es, la exclusión del control respecto de los actos *no administrativos* no supone excepción alguna, sino presupuesto general del sistema. La excepcionalidad está en la exclusión de ciertos actos, aun siendo “actos de la Administración pública (7) sujetos al Derecho administrativo”.

Lo que nos interesa en este momento es señalar la existencia de actos administrativos excluidos de toda posibilidad de impugnación, bien que el campo de dichos actos administrativos excluidos sea cada día más reducido, tendencia que “no es más que una manifestación del fenómeno, resaltado por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, de la ampliación del radio de acción del proceso en una triple dirección: a) En la de una batalla sin cuartel para reducir la autodefensa, no obstante las reparaciones de ésta. b) En la de someter a intervención jurisdiccional litigios y conflictos que hasta época reciente le estuvieron sustraídos; y c) En la de poner término a la subsistencia de poderes o magistrados irresponsables” (8).

Dando por supuesto un sistema múltiple de clasificación del acto administrativo, que entraña la sucesiva clasificación con arreglo a distintos puntos de vista (no sólo no excluyentes, sino complementarios), y atendiendo precisamente a la posibilidad de su fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa, ca-

---

(6) Exposición de motivos, IV, 3).

(7) Para la delimitación del concepto de Administración pública, vid. GARRIDO FALLA: “Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales”, en *R. A. P.*, núm. 7, págs. 11 y sigs.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ: “Derecho procesal administrativo”, II, Madrid, 1957, pág. 308, citando la opinión de ALCALÁ-ZAMORA: “Preocupaciones y directivas fundamentales del Derecho procesal contemporáneo”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, V, núm. 13 (1952), páginas 15 y sigs.

brá distinguir, según lo dicho, entre actos impugnables e inimpugnables.

“El concepto de acto administrativo —nos dice GARRIDO FALLA (9)— no coincide ciertamente con la extensión de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, generalmente condicionada por factores históricos y políticos. Resulta así que ciertas actuaciones imputables a órganos administrativos y que reúnen, por tanto, los requisitos exigidos por el concepto que de éste se ha dado, quedan, por razones técnicas o circunstanciales, excluidos de fiscalización” (10).

“Supuesto lo anterior, está claro que aquí no nos enfrentamos con una clasificación apriorística y de validez universal, sino que, antes bien, sólo tendría virtualidad en función del Derecho positivo vigente en un momento determinado. Esto quiere decir que interesa conocer cuáles son las excepciones que la vigente ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 establece en relación con la competencia genérica de tal jurisdicción.”

Nuestro Derecho positivo excluye de la posibilidad de ser impugnados mediante recurso contencioso-administrativo —y algo hemos dicho de ello— una serie de actos de la Administración a los que, en realidad, no reconoce carácter de auténticos actos administrativos (11), como ocurre con los actos políticos o de gobierno, los actos sometidos al régimen de Derecho privado y los actos en que la Administración actúa como jurisdicción es-

---

(9) *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (parte general), 2.ª edición, Madrid, 1961, pág. 382.

(10) En unos casos se tratará de razones políticas que pueden, incluso, convertir en políticos los actos excluidos, aunque no se diga expresamente; otras veces serán criterios de oportunidad, quizás de difícil justificación; en definitiva, siempre existirán razones, más o menos comprensibles.

(11) Sobre la noción de acto administrativo es bien sabido que existen grandes divergencias doctrinales. GARRIDO acepta —con las aclaraciones de rigor— la definición de ZANOBINI (*Corso di Diritto amministrativo*, I, 5.ª edición, 1947, pág. 388), para quien “es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio, realizados por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”.

pecial (*vid.*, por ejemplo, art. 2.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956).

Aparte de los actos políticos de Gobierno y de los sometidos al régimen jurídico privado, que GARRIDO considera *fuera* del concepto de acto administrativo, señala este autor, entre los actos administrativos inimpugnables, una serie de ellos que agrupa bajo el epígrafe de “la reserva discrecional militar”, explicando que, “por razones que resultan obvias, se ha querido que determinadas cuestiones de la competencia de la autoridad militar sean decididas soberanamente por ésta, sin posibilidad de ulterior fiscalización jurisdiccional. Esta reserva se establece en los apartados c) y d) del art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (12). El precepto en cuestión dice: “No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: ...c) Las Ordenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas. d) *Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de Tropa o Marinería con arreglo al art. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.*”

Si admitimos, desde luego, que las resoluciones comprendidas en el apartado d) del art. 40 —con las aclaraciones que haremos más adelante— constituyen propios y verdaderos actos administrativos (en el sentido del art. 1.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 de “actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo”), es claro que la exclusión expresa de que son objeto no tiene lugar en razón de su carácter político ni de gobierno, pues están bien lejos de poderse incluir en tal categoría. Pero tampoco —creemos— puede afirmarse que su exclusión tenga origen en una más o menos acusada naturaleza discrecional; como tendremos ocasión de ver, los elementos reglados en tales actos se encuentran en abrumadora y casi aplastante superioridad, hasta el punto de que resultará difícil encontrar en ellos atisbo de discrecionalidad (entendida ésta en

---

(12) GARRIDO FALLA: *Tratado...*, cit. I, pág. 383.

sentido estricto). De aquí, que sólo con ciertas precisiones podamos aceptar aquel encuadramiento común bajo la denominación de “reserva discrecional militar”: 1.ª Que aunque la analogía es evidente, en atención a razones orgánicas, sin embargo, los actos comprendidos en el apartado d) son distintos en sí de los demás abarcados en aquella rúbrica, puesto que los comprendidos en el c), por ejemplo, tienen un marcadísimo carácter discrecional. 2.ª Que si la denominación se emplea no en el sentido de aludir a la naturaleza de los actos comprendidos en ella, sino más bien apuntando a la existencia de una parcela a cuyas puertas queda detenido el control jurisdiccional; es decir, haciendo hincapié en el sustantivo “reserva” que se califica de “discrecional” en tanto en cuanto queda exenta de aquel control, entonces y sólo entonces puede admitirse la expresión (13). Así la entendemos aquí y así se empleará en lo sucesivo, entre varias razones, por la más sencilla de que no resulta fácil arbitrar otra que sirva a encuadrar aquellos actos. Ahora bien: si se hubiera de buscar un fundamento a la exclusión —y conste que nosotros no pretendemos hacerlo—, habría que apuntar, más bien que a la noción de discrecionalidad, hacia aquella otra que caracteriza ciertos actos administrativos como pertenecientes a la esfera en que la Administración actúa como jurisdicción especial. Y obsérvese que, en todo caso, hablaríamos aquí de fundamento a los solos efectos de su encuadramiento sistemático (14), no de fundamento, como *ratio essendi*. En esta vertiente, el fundamento de la exclusión viene dado —para nosotros— por su existencia misma, consagrada por la ley. El *porqué* y el *para qué* pueden presumirse, pero no afirmarse sin riesgo de error. Sin duda, responde

---

(13) El propio GARRIDO, en otro lugar —*Régimen de impugnación...*, citado, pág. 141—, al estudiar las exclusiones contenidas en el art. 4.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1952, viene a reconocerlo así, puesto que comienza advirtiendo: “Por otra parte, la propia ley de lo Contencioso excluye la posibilidad de recurso, *aparte de las que considera como propias de la potestad discrecional* o de carácter político las cuestiones siguientes:...” y se refiere a continuación, entre otros a los números 7.º y 8.º del citado art. 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952, que vendría a constituir entonces lo que ahora hemos llamado “reserva discrecional militar”.

(14) Trataríamos, en realidad, de la cuestión de su naturaleza.

la exclusión a la idea de que la *Administración militar es algo distinto*, que requiere, sobre todo en ciertas materias de personal —en que las relaciones jerárquicas van más allá de las meramente funcionales—, un tratamiento propio; lo que, en definitiva, y a efectos prácticos, se traduce en un reforzamiento de la autoridad y control del mando, no ya simplemente administrativo, sino *militar*. Y *algo* hay, en verdad, que puede individualizar tales relaciones; qué sea este *algo*: una especie de *plus* sobre las situaciones equivalentes en la esfera no militar: una necesidad derivada de la propia naturaleza de las cosas; una pura razón de conveniencia, o, en fin, de mera ocasionalidad... sería largo de explicar; desde luego, la especialidad deriva, en definitiva, del hecho cierto de que los conceptos de Administración (militar) y Ejército no son, ni mucho menos, coincidentes. Quizás se pudiera proponer que las especialidades no se pusieran de relieve sino cuando su efectividad se hiciera imprescindible. En la materia de la exclusión que consideramos podría traducirse esta idea en la distinción entre circunstancias de normalidad (en que Ejército y Administración militar casi se identifican), caso en que la necesidad de exclusión del control jurisdiccional sería mínima, y circunstancias de anormalidad (por ejemplo, de guerra) en que, efectivamente, el mando militar no parece pueda ser sometido en decisiones de esta especie a control alguno; tendríamos así constituida la exclusión tan sólo para los casos límite... (15).

No obstante lo dicho, aquí hemos de partir, necesariamente, de la existencia de la norma en cuestión, para determinar sencillamente cuál es o puede ser su alcance; es decir, su contenido y su consiguiente efectividad procesal. Precisamente por ello, el tratamiento del tema exigía de suyo un punto o línea de referencia doble: sustantivo y procesal. Entiéndase bien: con ello ni entramos ni salimos en la controversia, por demás interesante —pero muy por encima de nuestro modesto propósito—, que aparece hoy rigurosamente planteada en cuanto a la esencia, naturaleza, método y sistema de ciertas parcelas científicas tradicionalmente atribuidas al Derecho administrativo (16).

---

(15) Lo que no guarda relación con (ni interferiría a) la prevención del art. 105, 2), Ley de lo Contencioso-administrativo de 1956.

(16) Los términos en que la polémica está planteada pueden consi-



II

CONSIDERACION JURIDICO-MATERIAL  
(Contenido material)

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS (17)

A) *Justificación de este epígrafe*

A primera vista podría parecer innecesario —por lo simplista— e incluso inoportuno —por lo que tiene de retardatriz de esta exposición, que pretende, ante todo, la brevedad— el análisis histórico que trataremos de realizar en las líneas siguientes. Porque —se dirá—, ¿en qué puede afectar o cómo se ha de entender relacionado con el punto concreto objeto de este trabajo, tal y como fué propuesto al principio? ¿No nos hallamos ante un simple comentario de las normas positivas *vigentes*? o bien —y ello parecería apoyar la postura contraria a la existencia misma de la “exclusión” en cuestión—, si resulta que, como se ha de ver,

---

derarse sintetizados en dos textos de la máxima autoridad: GUASP: “Prólogo” a la obra de GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, I, págs. 21-36, y GARRIDO FALLA: “Prólogo” a su obra ya citada, *Régimen de impugnación...*, págs. V-XI.

Por otra parte, en estas páginas seguiremos empleando, sin excesivas preocupaciones de este tipo, expresiones y términos tales como “recurso” contencioso-administrativo, “recurrente”, “impugnación” del acto administrativo, jurisdicción “revisora”, y tantos otros, incluso cuando exponamos nuestras consideraciones desde el punto de vista procesal; creemos que sigue siendo obligado hacerlo así, en pro de la claridad y aun a costa de un rigor conceptual que —hoy por hoy— no resulta unánimemente empleado.

*Vid.* la crítica que hace GONZÁLEZ PÉREZ a lo que considera un confusiónismo terminológico, en *Derecho procesal administrativo*, I, Madrid, 1955, págs. 104 y sigs.; también págs. 126 y sigs., por ejemplo.

(17) Sobre la evolución general del sistema, *Vid.*: LÓPEZ RODÓ: “Evolución y estado actual del recurso contencioso-administrativo en España”, en *Rev. Int. de Dcho. Comparado*, 1955, pág. 61; GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo*, I, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1957, pág. 605.

tal causa de "exclusión" no tiene, históricamente, *excesivo* arraigo en nuestras leyes anteriores, ¿no significa tal análisis un argumento favorable a la desaparición de aquélla? ¿No puede entenderse que la mejor manera de resolver el problema planteado (si es que existe como "problema", que nosotros es esto precisamente lo que ponemos en duda) será entonces pura y simplemente suprimir del texto de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 el tan repetido apartado d) del art. 40?

Aunque, naturalmente, ambas cuestiones se plantearían en el terreno de lo simplemente opinable, digamos ya, en cuanto a la posible tacha de inoportunidad del análisis retrospectivo, que éste es no sólo conveniente, sino —nos atrevemos a afirmar— que incluso imprescindible: en primer lugar, es conveniente y resulta adecuado al caso, ya que supone una interpretación histórica del texto vigente; será bastante el mostrar que el precepto a que nos venimos refiriendo no ha surgido "de la nada", sino con base en precedentes, y, por cierto, de matiz histórico-político bien definido; en segundo término, es imprescindible, por cuanto ha de servir, sin duda, a deslindar el estado legislativo presente de la cuestión respecto del régimen jurídico —en parte contrapuesto— establecido por el texto legal inmediatamente anterior, con la consiguiente clarificación de las distintas posturas evidenciadas en la jurisprudencia reciente.

En cuanto a que del resultado del examen de esos antecedentes histórico-legislativos se puedan derivar argumentos contrarios a la existencia misma de la "exclusión", elementos que abonen *de lege ferenda*, incluso su desaparición, es asunto en el que —valga la expresión— nos abstenemos. Y lo hacemos así —pese a tener formada, claro es, opinión propia— por la sencilla razón de que, en definitiva, es tema ajeno al plan que nos hemos trazado; es decir, ya se razone en pro o en contra de la plasmación en la ley Contencioso-administrativa de la causa de "exclusión" dicha, ya se aleguen unos u otros argumentos, y sea cualquiera la postura que se pudiera sostener sobre ello, lo cierto es que el apartado d) del art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 *está ahí*, y, por consiguiente, *de lege data* no queda sino contar con él. En este sentido, nuestra postura es clara: excluimos los juicios de valoración, no entramos en disquisiciones sobre la

conveniencia o inconveniencia de la "exclusión"; lisa y llanamente afirmamos que, puesto que figura enclavada dentro de la topografía de la ley Contencioso-administrativa de 1956, en su artículo 40, serán admisibles así las alabanzas como las críticas, pero nunca se podrá dar entrada a su desconocimiento o negación, como norma de vigencia indiscutible que es. Hoy por hoy, todo cabe, menos su inaplicación. Todo, siempre que su eficacia, con las consecuencias que son de rigor, quede naturalmente incólume, cuando sea del caso.

### B) *Límites de nuestro análisis*

En un doble sentido nos hemos propuesto autolimitarnos en esta ojeada retrospectiva. Uno, en el cronológico, en la extensión temporal que se considera; otro, en el objetivo, o sea, en el material objeto de tal consideración. Así, no nos hemos de remontar más allá de la ley Contencioso-administrativa de 1888, porque, sinceramente, creemos que se desenfocaría en exceso este trabajo si nos hubiéramos de ocupar de las muchas leyes, alternadas con otros tantos proyectos, que, desde el primer tercio del siglo XIX, en nuestro ordenamiento jurídico han sido. Desde los proyectos de 1838 y 1839 hasta la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894, resultaría, eso sí, interesante el panorama de nuestra legislación de lo contencioso-administrativo para seguir el hilo de los altibajos producidos en la evolución del sistema, desde el de jurisdicción retenida al mixto o al propiamente jurisdiccional (18), pero no ofrece duda que tal punto queda al margen de nuestro estudio. Y si hacemos referencia incluso a la ley Contencioso-administrativa de 1888, en realidad es tan sólo por cuanto ésta tiene de precedente inmediato de la de 1894, de tan dilatada vigencia, que vino a reformarla. Por otra parte —decimos—, también limitamos estas notas históricas, en consonancia con el epígrafe bajo el que se escriben, única y exclusivamente a las normas legales que se han ido sucediendo dentro del marco cronológico citado, con exclusión, pues, tanto del examen de la jurisprudencia (por

---

(18) Vid. Gascón y Marín: *Tratado de Derecho administrativo*, I, 11 edición, Madrid, 1950, pág. 535 y sus notas.

cuanto en todo caso lo aduciremos cuando convenga y en su lugar oportuno, pero al margen de este extracto histórico), como incluso de la doctrina, que en cuanto al concreto motivo de excepción de la vía contencioso-administrativa que nos interesa, es bien escasa (en parte porque, como veremos, la ley no la reconoce en la forma actual, sino durante corto tiempo, y en parte también por esa postura, que nos atrevemos a calificar de tradicional, de nuestros administrativistas, que, por una u otra razón, vienen desconociendo o dejando inabordados cuantos problemas guardan relación con la llamada "Administración militar") (19).

### C) *Cita de los textos legales anteriores al vigente*

Con las advertencias de que queda hecha mención, abordamos la exposición concreta de los precedentes legislativos, que, las más de las veces, sólo servirán a poner de manifiesto, conforme indicábamos, factores negativos en cuanto al posible elemento de arraigo jurídico-positivo de la "exclusión". Señalemos separadamente los que podríamos denominar *momentos críticos* de la evolución legislativa:

a) La *Ley de 13 de septiembre de 1888* recogía ya en su ar-

---

(19) Pues, efectivamente, el hecho que señalamos en el texto se advierte claramente en nuestra doctrina: una cierta prevención frente a los temas "militares". Tan pronto surge la cuestión, se elude o se "despacha" en pocas líneas. Parece como si esa "Administración militar" fuese algo marginal, una especie de ente ungido de "fueros" especiales, con un régimen jurídico más "castrense" que jurídico —admitásenos la incongruencia—, frente a la cual sólo cupiera el respeto reverencial y desmedido o el desdén y frialdad en lo científico, posturas ambas tan ramponas como injustificadas. Naturalmente, no quiere ello decir que no existan obras doctrinales importantes en la materia (bastaría citar, junto a monografías como la tan conocida de AURELIO GUAITA, los pasajes que dedican al tema los Tratados generales en uso), pero tal consideración no contradice tampoco nuestra afirmación: existe en torno a la "Administración militar" un halo que funciona a modo de "tabú"; la ruptura de este impalpable obstáculo va siendo hora de que se produzca, y a la doctrina, precisamente, corresponde la "hazaña". Y perdónesenos la digresión.

título 4.º (20), como exceptuados de revisión en la vía contencioso-administrativa, una serie de actos de las autoridades militares, estableciendo, pues, en favor de éstas una esfera reservada a su discrecionalidad. El mencionado art. 4.º sentaba, con rotunda expresión, que “no corresponde al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo... 6.º Las Reales Ordenes que se refieran... a *postergaciones* impuestas reglamentariamente [a Jefes y Oficiales del Ejército y Armada]” (21).

Nada se decía, en cambio, de los otros dos grupos de actos hoy excluidos. En cuanto a las resoluciones que tuvieran su origen en procedimientos establecidos en el Código castrense (22), vendrían amparadas en cuanto fuesen propiamente jurisdiccionales, por la exclusión del núm. 2.º del art. 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1888 (23); y en cuanto a los acuerdos recaídos en expedientes gubernativos, en tanto fuesen de separación del servicio, quedaban plenamente sujetos a la fiscalización contencioso-administrativa no sólo porque no se recogiera la excepción, sino porque terminantemente marcaba el *Reglamento general* aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1890 (24), que “no son materia del recurso contencioso-administrativo: ...las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, *excepto* las que impliquen separación del cargo de empleados inamovibles según ley”.

---

(20) Idéntico al art. 4.º de la Ley de 8 de diciembre de 1888 que regía para Ultramar.

(21) Excluyéndose también (apartados 5.º y 6.º del propio art. 4.º) aquellas resoluciones que se hubiesen dictado consultadas por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, como Asamblea de las Ordenes Militares de San Hermenegildo, San Fernando y Mérito Militar, y aquellas otras que se refiriesen a ascensos y recompensas por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.

(22) La legislación penal, orgánica y de procedimiento venía constituida, a la sazón, por el *Código penal del Ejército* de 17 de noviembre de 1884, la *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales militares* de 10 de marzo de 1884, y la *Ley de Enjuiciamiento militar* de 29 de noviembre de 1886; y para la Marina, el *Código penal de la Marina de Guerra* de 24 de agosto de 1888.

(23) Que excluía las “cuestiones de índole civil y criminal, pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o a otras jurisdicciones especiales”.

(24) Apartado 2.º del art. 5.º

b) La *Ley de 22 de junio de 1894*, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (conforme quedó redactada por *Ley de 5 de abril de 1904*), establecía también en su artículo 4.º, con fórmula análoga a la empleada por la de 1888, un régimen idéntico para los actos a que nos venimos refiriendo, exceptuando de esta vía aquellos relativos a “postergaciones impuestas reglamentariamente” (apartado 6.º) a Jefes y Oficiales del Ejército y Armada (25), añadiendo su Reglamento (de la misma fecha) que “no son materia del recurso contencioso-administrativo: ...2.º Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, *excepto* las que impliquen separación del cargo de empleados inamovibles según la ley” (artículo 6.º). Formalmente, pues, quedaba establecido un régimen idéntico al ya citado de la ley Contencioso-administrativa de 1888: se excluyen explícitamente las resoluciones referentes a postergaciones, se silencia toda referencia expresa a los procedimientos establecidos en el Código castrense (26) y se especifican como revisables en vía contenciosa los acuerdos de separación de los funcionarios militares. Sin embargo, la redacción del núm. 2.º del artículo 4.º (que se corresponde con el mismo número y artículo de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1888) podía permitir otro criterio. En efecto, allí se establece que no corresponde al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo “las cuestiones de índole civil y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, *ni* las que *por su naturaleza* sean de la competencia de otras jurisdicciones”; y mientras la redacción de 1888 (*vide* nota 23) se refería a “otras jurisdicciones especiales” condicionándolas a los adjetivos “civil” y “criminal” (como índole de las cuestiones), en cambio, en el nuevo texto, la conjunción

---

(25) Así como también los referentes a los acuerdos consultados por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, como Asamblea de las Ordenes ya citadas, y los ascensos y recompensas por méritos en campaña o hechos de armas (apartados 5.º y 6.º).

(26) Vigente a la sazón el *Código de Justicia Militar* de 27 de septiembre de 1890, comprensivo de las normas orgánicas judiciales, penales y procesales, la *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina* y la *Ley de Enjuiciamiento militar de Marina* (cuyo capítulo II del título XXIII, regulaba los “procedimientos gubernativos”), llevan fecha de 10 de noviembre de 1894.

copulativa *ni* rompe la dependencia de tales calificativos, y, si como algunos pretendieron entonces, la "jurisdicción militar" (entendida en bloque) conocía con facultades propiamente jurisdiccionales en materia criminal principalmente, pero también civil e, incluso, administrativa, tal excepción comprendería igualmente la de los procedimientos gubernativos regulados en el Código de Justicia Militar. Nosotros, claro es, no estamos conformes con tal criterio, pues, si bien es evidente que por el número 2.º del art. 4.º de la ley Contencioso-administrativa de 1894 quedaban, desde luego, al margen de la jurisdicción contenciosa los actos derivados del ejercicio de la función jurisdiccional militar en sentido propio (materia civil y penal), no ocurría lo mismo en cuanto a los expedientes gubernativos, que, tanto por su naturaleza, como por la autoridad que en definitiva los resolvía, no implicaban ejercicio de facultades judiciales; máxime si se tiene en cuenta la prevención expresada del núm. 2.º del art. 6.º del Reglamento citado, respecto de la separación de funcionarios públicos.

c) El *Real Decreto de 27 de febrero de 1926* (relativo a Ejército, y luego hecho extensivo a Marina por otro de 3 de marzo del mismo año).—Dispuso, en su artículo único, que "se consideran comprendidos en el núm. 2.º del art. 4.º de la Ley, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 22 de junio de 1894, y, por tanto, *no corresponderán* al conocimiento de los Tribunales de este orden, las resoluciones dictadas y que en lo sucesivo se dicten como consecuencia de *expedientes gubernativos* instruidos a los Generales, Jefes y Oficiales con arreglo a los artículos 705 y siguientes del Código de Justicia Militar (27) y las demás resoluciones que tengan su origen *en otros procedimientos* de los establecidos por el mismo Código, y que por ello ha de entenderse que son *privativos de la jurisdicción de Guerra*".

A partir de este Real Decreto, pues, la reserva discrecional militar adquiere una amplitud máxima: sobre el reconocimiento de la exclusión respecto de las postergaciones (que expresamente estatúa ya —como vimos— la ley de lo Contencioso-administra-

---

(27) Los arts. 705 y sigs. (capítulo II del título XXV del tratado tercero) del Código de Justicia Militar de 1890 se corresponden con los 1.011 y siguientes del hoy vigente.

tivo de 1894), vienen a sumarse, de una parte, las resoluciones dictadas en expedientes gubernativos, y de otra, las resoluciones que tengan su origen "en otros procedimientos de los establecidos" en el Código castrense; ambas adiciones, al ser establecidas a través de su inclusión en el núm. 2.º del art. 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894, significan notoriamente una innovación importante. Totalmente nueva resulta, en efecto, la exclusión de los expedientes gubernativos del control contencioso; el segundo grupo de resoluciones (las recaídas "en otros procedimientos...") parece, incluso haberse ampliado, pues, que si antes las derivadas del ejercicio de la jurisdicción militar (civil y penal) ya apuntábamos cómo estaban comprendidas en la exclusión general del art. 4.º, núm. 2.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894, ahora, la expresión empleada parece abarcar *todos* los procedimientos comprendidos en el Código castrense, y no sólo los de carácter propiamente judicial (por ejemplo, las invalidaciones de notas desfavorables estampadas en las Hojas de servicios de los militares, arts. 728 y siguientes del Código de Justicia Militar de 1890), criterio que viene a confirmar la redacción del último inciso del artículo único del propio Decreto de 1926, al terminar estableciendo, refiriéndose a tales "otros procedimientos", que "por ello (es decir, por venir establecidos en el Código castrense) ha de entenderse que son privativos de la jurisdicción de Guerra". Vemos cómo la expresión "jurisdicción de Guerra" se entiende, más que como esfera propiamente jurisdiccional, como coto cerrado equivalente al actuar de las normas (de todo orden) contenidas en el Código de Justicia Militar (o en los correspondientes textos legales de Marina). A esta idea responde, en definitiva, el preámbulo del Real Decreto de 1926, que, al justificar la reforma, la basa en "la índole delicada de este género de resoluciones (expedientes gubernativos) y el hecho de que son *dictadas por virtud del ejercicio de una jurisdicción especialmente regulada por la ley*", debiéndose declarar, "en forma que no deje lugar a duda alguna, que... son de la competencia de la *jurisdicción especial de Guerra*..." Supone, en realidad, una ampliación del término "jurisdicción" desde el terreno propio de lo judicial (procesal) al de las competencias o esferas de acción administrativas.

d) Por Decreto de 18 de mayo de 1931, a los pocos días de iniciar sus tareas legislativas, la República se apresura a dero-



gar las disposiciones que hemos recogido en el apartado anterior. Esta "urgencia" y la misma redacción del preámbulo del Decreto de 1931 ("examinamos los decretos leyes publicados *durante el tiempo de las dictaduras civiles...*"), sirven para mostrar tanto la nueva postura política como a evidenciar el estado de opinión —de signo contrario— del legislador de la etapa anterior. Sería interesante examinar el porqué de la diferencia establecida en el Decreto de 1931 en cuanto a terminología (y sus posibles consecuencias jurídicas), pues, mientras en su art. 1.º dice "se considerarán *derogados*", los textos que cita, en cambio, en el 2.º literalmente establece: "se declaran *anulados...* los Reales Decretos de 27 de febrero y 3 de marzo de 1926..." Pero la cuestión nos apartaría del tema propuesto. Baste señalar que la declaración del art. 2.º es más tajante y debió tener trascendencia en cuanto a la retroactividad de su aplicación.

El hecho es que se entiende en 1931 que los Reales Decretos de 1926, que venían "restringiendo la jurisdicción contencioso-administrativa, en Guerra y Marina" de forma excesiva, carecían de fundamento sólido, resultando aconsejable nada menos que su anulación, producida la cual, la reserva discrecional militar quedó automáticamente reducida a los términos previstos con anterioridad (y que nosotros hemos sintetizado en el apartado b) de este epígrafe, lo que nos releva de insistir sobre ello).

e) La *Ley de 27 de agosto de 1938*, reorganizando el Tribunal Supremo, estimó que la jurisdicción de la Sala tercera de dicho Alto Tribunal debía limitarse a los recursos promovidos contra las resoluciones de los Tribunales provinciales, suspendiendo el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a los recursos contra las resoluciones de la Administración central (28), que quedaban expresamente excluidos (artículo 8.º). Dicho está con ello, que carece entonces de sentido el

---

(28) Para tal limitación de competencia, dos razones principales se podían aducir: el tratarse de materia que, al entrar en la órbita constitucional, prejuzgaría la organización futura del Estado, y la excepcionalidad de aquel período en la vida de la Nación, totalmente inadecuado para organizar una jurisdicción que, en ciertos casos, podía enervar la fortaleza y agilidad de acción del poder público, asentado en los principios de mando único y rápido (*vid.* preámbulo del Decreto de 2 de marzo de 1939, citado luego en el texto).

examen de las "exclusiones", desde el momento en que todas las resoluciones de la Administración central (y las que aquí contemplamos, lo son) devienen inimpugnables en vía contenciosa. Es de observar, no obstante, que el *Decreto de 2 de marzo de 1939*, respondiendo a la paulatina marcha del país hacia la normalidad, abría un cauce más amplio a la jurisdicción contenciosa, admitiendo la posibilidad de recurso contra acuerdos de la Administración central, siempre que éstos fueran "de fecha anterior al 18 de julio de 1936", y en cuanto a ellos quedaba restablecido el régimen anterior.

f) La *Ley de 18 de marzo de 1944*, entendiéndose que (29) "las circunstancias excepcionales en que se hallaba el Poder público durante nuestra Guerra de Liberación y la necesidad imperiosa de mantener bajo un mismo fuero la plenitud de poderes" habían cesado, restablece el recurso contencioso-administrativo (30) contra las resoluciones que dicte *en lo sucesivo* la Administración central, en las que concurren los requisitos (31) exigidos por el art. 1.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894, que se declara nuevamente en vigor, con las *modificaciones* que en la presente se establecen (art. 1.º).

Tales "modificaciones", en cuanto aquí nos interesa, son esencialmente:

1.º La exclusión, "como pertenecientes al orden político o de gobierno, de las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas" (32), y otras que se citan (art. 2.º).

---

(29) En palabras de su exposición de motivos.

(30) *Vid.* GASCÓN Y MARÍN: "Restablecimiento del recurso contencioso-administrativo", en *Rev. de Estudios de la Vida Local*, núm. 14 (1944), páginas 271-274.

(31) Son los clásicos de: "1.º, que causen estado; 2.º, que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas, y 3.º, que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo."

(32) Que se entendieron también excluidas de la vía de agravios (*vide infra* nota 39), aunque ello no supusiera que no tuvieran abiertas otras posibilidades (así, la revisión que admitía el art. 11 de la Ley de 10 de febrero de 1939).

2.ª La exclusión también de la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones de la Administración central, referentes a personal (33), no comprendiéndose, sin embargo, en esta excepción "las que impliquen separación del Cuerpo o del servicio, siempre que estén dictadas como sanción que no sea por depuración ni responsabilidades políticas, que exija expediente administrativo seguido contra funcionarios o empleados inamovibles (34), según ley" (art. 3.º).

3.ª Creación del llamado "recurso de agravios" (35), tanto en función de razones de orden práctico como de carácter político (36), incluyéndose como materia propia del mismo (37) "las

---

(33) La Orden del Ministerio de Justicia de 31 de octubre de 1947 se dictó para aclarar el art. 3.º en torno al concepto de "personal". Sobre algunos casos dudosos que pudo ofrecer el citado art. 3.º sobre la vía procedente; vid. GARRIDO: *Régimen...*, cit. páginas 371 y 372 y nota 187.

(34) Si falta el dato de la inamovilidad, la vía de agravios sería la pertinente; no obstante, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 3 de junio de 1950 aclaró que no estaban comprendidas en agravios las reclamaciones contra las expulsiones de los Cuerpos de los individuos y clases de tropa. Naturalmente, en cuanto éstos tuviesen reconocida la propiedad de su empleo por las disposiciones administrativas correspondientes, para la separación se exigiría previo expediente gubernativo (artículo 1.023 del Código de Justicia Militar de 1945), y, por tanto, cabría el recurso contencioso-administrativo.

La jurisprudencia de agravios declaró que la inamovilidad en sentido propio, o sea, la inamovilidad en el cargo, "quiere decir tanto como nombramiento *sine die* de un funcionario cuyos servicios se prevén continuados sin interrupción hasta que llegue la edad de la jubilación o del retiro, salvo que una imprevista contingencia venga a impedirlos y siempre que no se incurra en faltas de las que, previo expediente, llevan reglamentariamente aparejada la sanción de separación" (acuerdo de 18 de marzo de 1949).

(35) El Proyecto de ley, enviado a las Cortes por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1943, le denominaba "recurso de súplica" (art. 7.º).

(36) Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, página 13.

(37) Vid. PÉREZ HERNÁNDEZ: ob. cit., págs. 46 y sigs.; ZARZALEJOS ALTARES: "El recurso de agravios. Ambito de aplicación", en *Rev. Gen. de Derecho*, V, núms. 49 y 50 (1948), págs. 561 a 564 y 614 a 619; del mismo: *El recurso de agravios*, Madrid, 1949; VILLAR Y ROMERO: "Los recursos de agravios en el Derecho español", en *R. G. L. J.*, Madrid, febrero 1948, págs. 131-166; ALVARO ALVARADO: *El recurso de agravios*, Madrid,

resoluciones de la Administración central en materia de personal, que quedan excluidas del recurso contencioso-administrativo" (art. 4.º).

Sintetizando en lo posible el régimen establecido en cuanto a las "exclusiones" (38) que aquí venimos considerando, cabe decir:

1.º Los acuerdos relativos a postergaciones reglamentarias

---

1950; LÓPEZ RODÓ: "Agravios", en *voz de la N. E. J. Seix*, Barcelona; SERRANO GUIRADO: "El concepto de personal en el recurso de agravios", en *R. E. P.*, núm. 49 (1949), páginas 137-153; MARTÍNEZ USEROS: "Revisibilidad de las resoluciones sobre personal", en *Rev. de Estudios de la Vida Local*, mayo-junio 1950, págs. 347-368; PUJOL GERMA: "Recurso de agravios y recurso contencioso-administrativo", en *Administración Práctica*, noviembre 1949, págs. 271-272.

(38) Por lo que hace referencia a las demás "exclusiones" que venía comprendiendo la reserva discrecional militar, señalaremos brevemente el régimen legal establecido. A pesar de constituir "materia de personal" no se consideraron susceptibles de recursos de agravios (y no porque cayeran dentro de la competencia de otra jurisdicción, sino porque estaban excluidas de todo recurso) una serie de resoluciones, unas veces, por razón de la materia, y otras, por razones de oportunidad. Sin extendernos en consideraciones, que serían aquí superfluas (*vid. PÉREZ HERNÁNDEZ: ob. cit., págs. 86 y sigs.*), digamos que, aparte de que por razones de oportunidad, quedaron excluidas de todo recurso las resoluciones anteriores a la vigencia de la Ley de 18 de marzo de 1944, y las que fueran mera reproducción o reiteración de otra anterior (*vid. VILLAR PALASÍ: "La doctrina del acto confirmatorio", en R. A. P., núm. 8, páginas 11 y sigs.*), por razón de la materia el régimen de exclusiones quedó configurado, según la interpretación de la jurisprudencia de agravios, del siguiente modo: 1.º Después de publicado el Código de Justicia Militar de 1945 (art. 1.039: contra la disposición que acuerde la separación del servicio del sometido a Tribunal de Honor "no se dará recurso alguno"), contra las resoluciones dictadas en ejecución de los fallos de los Tribunales de Honor de los tres Ejércitos no cabe recurso contencioso ni de agravios, ni por vicio de forma ni por infracción legal. 2.º Contra los acuerdos de las Asambleas de las Reales y Militares Ordenes de San Fernando y San Hermenegildo que resuelvan sobre la pertenencia a la Orden, sólo procede el recurso de agravios, fundado en vicio de forma; contra los relativos a la aplicación de los beneficios económicos y administrativos inherentes a la Orden, cabe también el recurso de agravios que se funde en infracción legal. 3.º Contra las resoluciones derivadas de la aplicación de la Ley de 12 de julio de 1940 (llamada de "selección de Ejércitos"), en cuanto decidiesen sobre el paso a las

excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, por la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894 (art. 4.º, núm. 6.º), pasan a ser materia, por tratarse de resoluciones relativas a "personal", del recurso de agravios, salvo que fueren dictados como sanción por depuración o responsabilidades políticas, caso en que no cabe ninguno de los dos recursos (39).

2.º Las resoluciones derivadas de los procedimientos judiciales castrenses (de orden criminal y civil) seguían naturalmente exceptuados, conforme a lo dispuesto en la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894 (núm. 2.º del art. 4.º), tanto del recurso jurisdiccional como del de agravios.

3.º Las resoluciones recaídas en expedientes gubernativos, en cuanto acordaran la separación del servicio (40) del funcionario militar, a pesar de constituir resoluciones "en materia de personal", quedaban fuera de la vía del recurso de agravios y sometidas en todo a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre y cuando concurriesen los tres requisitos de: a), separación del servicio; b), sin ser motivada por depuración o responsabilidades políticas (caso en que no cabe recurso alguno), y c). que se haya seguido previo y preceptivo expediente administrativo (en caso de faltar éste, entendemos que procedería la vía de agravios).

g) El *texto refundido* de la ley de lo Contencioso-administrativo, *aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952* (41), que se li-

---

escalas complementarias y similares o a la situación de retirado o de reserva, y sobre el reingreso de los militares retirados antes de 18 de julio de 1936, sólo podía admitirse el recurso de agravios por vicio de forma; en cuanto decidiesen sobre el puesto que debía ocupar el reingresado, el empleo con que debiera ingresar o los haberes pasivos que pudieran corresponderle, cabía también el recurso de agravios fundado en infracción legal.

(39) Así lo entendió la jurisprudencia de agravios al interpretar el artículo 2.º de la Ley de 1944, sosteniendo que la exclusión que en el mismo se contempla afectaba también a este recurso y no sólo al contencioso-administrativo (así, Ordenes de 15 de marzo de 1947 y 21 de enero de 1948, *Boletín Oficial*, números 98 y 209, respectivamente, de cada uno de dichos años).

(40) No cuando se tratase solamente de separación del cargo o destino (Consejo de Estado, dictamen núm. 2.805).

(41) Publicado en virtud de la autorización que concedía el art. 14 de la Ley de 18 de marzo de 1944.

mita a "refundir sin rectificar su esencia las variadas y numerosas disposiciones legislativas vigentes en la materia", recoge en el artículo 4.º las exclusiones que aquí nos interesan, en sus apartados 2.º, 4.º y 8.º, viniendo a confirmar, en líneas generales, el régimen anterior derivado de la Ley de 18 de marzo de 1944. De esta forma, los tres puntos a que haremos referencia (42), son:

1.º Las Ordenes ministeriales referentes a *postergaciones* impuestas reglamentariamente a Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, "no corresponderán al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa" (apartado 8.º del art. 4.º). Es de observar, con relación a la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894, la inclusión en la nueva redacción del precepto, de los pertenecientes al Cuerpo de Suboficiales, además, claro es, de poner al día la terminología al referirse ya a los tres Ejércitos.

2.º Tampoco corresponderán al conocimiento de la jurisdicción contenciosa "las cuestiones de índole civil y criminal pte-

---

(42) Otras exclusiones integrantes de la reserva discrecional militar, que se reconocen en el texto refundido son: 1. La relativa a resoluciones que se dicten consultadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de las Ordenes de San Hermenegildo y San Fernando (apartado 7.º del art. 4.º). 2. La relativa a las Ordenes ministeriales sobre ascensos y recompensas por méritos de campaña y hechos de armas de Jefes, Oficiales y Suboficiales (apartado 8.º del art. 4.º). 3. Las referentes al pase a la situación de retirado con arreglo a las leyes de selección de Escalas, consultadas con el Consejo Superior del Ejército, de la Armada o del Aire (apartado 8.º del art. 4.º) [*vid.* en especial las Leyes de 5 de septiembre de 1939, 12 de julio de 1940 y 13 de diciembre de 1943].

Las demás exclusiones que pueden afectar a las resoluciones de las autoridades militares y que se mantienen, son: 1. Las referentes a personal, salvo las que se indican en el texto, e incluso las que recaigan sobre clasificaciones y señalamientos de haberes pasivos de los funcionarios y de sus familias, que continúan atribuidas a la jurisdicción de agravios (número 2.º del art. 4.º). 2. Las que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional (apartado 3.º del art. 4.º). 3. Los actos confirmatorios (apartado 5.º, art. 4.º). 4. Las resoluciones dictadas con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa (apartado 6.º, art. 4.º). 5. Resoluciones dictadas en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración y responsabilidades políticas (apartado 1.º, artículo 4.º).

necientes a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, por su naturaleza, sean de la competencia de otras jurisdicciones” (apartado 4.º del art. 4.º), de donde se desprende, por tanto, la exclusión de las *resoluciones dictadas por la jurisdicción militar* (de los tres Ejércitos) en el conocimiento de los procedimientos de su competencia, conforme vienen regulados en el Código de Justicia Militar (43).

3.º En cambio, mientras que, en general, las resoluciones de la Administración central referentes a personal (44) quedan excluidas de la vía contenciosa, “sin embargo, no se comprenderán en esta excepción las que impliquen separación del Cuerpo o servicio... siempre que estén dictadas como sanción que no sea por depuración ni responsabilidades políticas, que exija expediente administrativo contra funcionarios o empleados inamovibles según ley” (apartado 2.º del art. 4.º). Por tanto, en cuanto concurren tales requisitos, los acuerdos resolutorios de los *expedientes gubernativos* regulados en los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar (45), caen plenamente en la órbita de la fiscalización contenciosa. Se mantiene, pues, idénticamente el régimen anterior.

#### D) Conclusiones

En líneas generales, podríamos sentar las siguientes:

a) La exclusión de las resoluciones administrativas relativas a *postergaciones* impuestas reglamentariamente al personal militar susceptible de serlo, ha venido siendo tradicional e ininterrumpidamente reconocida desde la ley de lo Contencioso-administrativo de 1888, sin perjuicio, naturalmente, de que tuvieran abierta la puerta, en el período correspondiente, del recurso de agravios.

b) Las “demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el Código castrense”, en cuanto pro-

---

(43) Aprobado por Ley de 17 de julio de 1945, y que, con ciertas modificaciones, sigue vigente en la actualidad.

(44) “Incluso las que recaigan sobre clasificaciones y señalamientos de haberes pasivos de los funcionarios y de sus familias” (apartado 2.º del art. 4.º).

(45) Capítulo II del tít. XXV del *Tratado tercero*.

piamente jurisdiccionales, también se han venido reconociendo como excluidas de la jurisdicción contenciosa, si bien, generalmente, no por disposición específica (salvo en el Real Decreto de 1926, que tenía, como vimos, sentido más amplio), sino al amparo de la excepción de incompetencia genérica relativa a las materias civiles o criminales propias de la jurisdicción ordinaria o "de otras jurisdicciones especiales". Con lo que dicho está que, en cuanto no fueren propiamente jurisdiccionales aquellas resoluciones, no quedaban excluidas del control contencioso-administrativo.

c) La exclusión de las resoluciones derivadas de expedientes gubernativos para la separación del servicio del personal militar, tan sólo ha tenido un reconocimiento esporádico, marcado por el paréntesis que inicia el Real Decreto de 1926, sin que después, y hasta el texto refundido en 1952 inclusive, haya vuelto a tener sanción legal. Desde la Ley de 1944 han constituido una excepción a la excepción relativa a la materia de personal.

## 2. LA "EXCLUSIÓN" EN LA LEY VIGENTE

### A) *Innovaciones respecto del texto refundido de 1952 (46)*

La vigente ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en su art. 40, establece (47) que "no se admitirá el recurso contencioso-administrati-

---

(46) Sobre el sentido, en general, de la nueva ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, pueden verse: JORDANA DE POZAS: "Administración y Derecho", en *La Administración pública y el Estado Contemporáneo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, página 225; GASCÓN Y MARÍN: "La nueva ley de lo Contencioso-administrativo", en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, t. II, Madrid, 1959; ROYO VILLANOVA: "Principales innovaciones de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956", en el mismo lugar; PERA VERDAGUER: *La nueva ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, y *Comentarios a la ley de lo Contencioso-administrativo*, Barcelona, 1962; ALVAREZ GENDÍN: *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, etc. etc.

(47) La nueva ley conserva, por otra parte, la exclusión, ya consagrada en los textos anteriores, en favor de "las Ordenes ministeriales que



vo respecto de: ...d) Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de tropa o marinería, con arreglo a los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.”

Aparte de la primera y bien visible diferencia constituida por el empleo de la expresión “no se admitirá el recurso...” (sobre cuyo sentido tendremos ocasión de volver), conviene destacar aquí los puntos en que el nuevo texto difiere del anterior que deroga. En realidad, el contenido de resoluciones que declara excluidas del control jurisdiccional contencioso-administrativo, salvo en lo relativo a aquellas referentes a postergaciones, que ya lo estaban, es *radicalmente* distinto. En efecto, si antes (bajo la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952) las resoluciones que implicasen separación del servicio de un funcionario (civil o militar), inamovible según ley, y acordada previo el oportuno expediente administrativo (no siendo la sanción por depuración ni responsabilidades políticas), quedaban, por declaración expresa de la ley (y como excepción a la excepción sobre materia de personal), sometidas directamente a la jurisdicción contenciosa, precisamente por entenderse —a nuestro juicio— que la gravedad y trascendencia de tales acuerdos hacían especialmente aconsejable el control jurisdiccional de la Administración (incluso presuponiendo, por tanto, como insuficiente garantía para el funcionario la que otorgaba la vía de agravios, a la que la materia quedaba sustraída), ahora, a partir de la vigencia de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, se adopta el sistema opuesto, o sea,

---

se refieran a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas” —apartado c), art. 40—; pero no recoge, en cambio, aquella otra relativa a “las resoluciones que se dicten consultadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de las Ordenes Militares de San Fernando y San Hermenegildo” (núm. 7.º del artículo 4.º ley de lo Contencioso-administrativo de 1952), desaparición debida, quizás, al sentido revisor instaurado para ciertos casos en cuanto a tales resoluciones por la jurisprudencia de agravios en el período correspondiente, conforme dejamos apuntado antes (*vid.* nota 38).

el de exclusión expresa y terminante de toda fiscalización (48) de los acuerdos de separación del servicio derivados del expediente gubernativo regulado en los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar, con la particularidad, digna de ser destacada, de que no ocurre igual respecto de los expedientes administrativos análogos para funcionarios y empleados civiles, con lo que la exclusión actual tiene un matiz aún mayor de excepcionalidad (49). Insistiremos sobre esta cuestión.

La sustracción al control jurisdiccional de "las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos" por el Código de Justicia Militar (expresión no exenta de problemas, como luego hemos de ver), constituye también, recogida así, expresamente, notable novedad del texto vigente, pues, si —como quedó dicho en lugar oportuno— en el texto refundido de 1952 se podían perfectamente incluir en la excepción del núm. 4.º del artículo 4.º ("...las cuestiones de índole civil y criminal... y aquellas otras que por su naturaleza sean de la competencia de otras jurisdicciones"), las resoluciones derivadas del ejercicio de la jurisdicción militar (en sentido propio, judicial: civil y penal), la excepción, conforme ahora se redacta, dándole especialidad y propia sustantividad, no se recogía en aquel texto. También insistiremos más adelante en este punto al tratar de delimitar la cláusula legal que establece esta exclusión.

El hecho es que ambas novedades —que no se encontraban en el proyecto originario del Gobierno, ya que fueron introducidas, como el conjunto de los apartados c) y d) del art. 40, como consecuencia de una enmienda (50) presentada al mismo— tienen su

---

(48) Puesto que ahora no se trata ya de que, al excluirse de la vía contenciosa, quedara la materia sujeta a la revisión de agravios, toda vez que ésta ha desaparecido. Salvo los recursos que, en su caso, quepan en la vía administrativa, fuera de ella no se da ya ninguno.

(49) Quedando, una vez más, patente que, en contra de lo que creían quienes hicieron "airadamente" cuestión del llamado "fuero militar" en todos los órdenes, por entenderlo como "privilegio" (en sentido vulgar) intolerable, es lo cierto que, por lo que respecta al menos al *status* personal y funcional, el militar queda en este punto en situación de inferioridad respecto de los correspondientes funcionarios civiles.

(50) Y cuya eventual fundamentación y subsiguiente discusión sentimos que no nos haya sido posible consultar.

inmediato precedente en el citado Real Decreto de 27 de febrero de 1926 (*vid.*, antes, II, 1, C. c., de este trabajo), habiéndose recogido —con poco acierto a nuestro juicio— incluso la terminología que aquél empleaba.

### B) *Ambito temporal de la nueva regulación*

No tanto en función de nuestra exposición, muy limitada por su objetivo y deliberadamente reducida a pequeño número de problemas, sino más bien para la mejor inteligencia de la doctrina jurisprudencial que habremos de examinar después, nos detenemos ahora en algunas consideraciones, a título de mero recordatorio, sobre el ámbito temporal de la nueva ley Contencioso-administrativa de 1956.

a) *Entrada en vigor.*—A tenor de la *disposición final primera*, “la presente ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”, por lo que, publicada como lo fué en el *Boletín* del día 28 de diciembre de 1956, y debiendo computarse los meses de treinta días (art. 7.º del Código civil), los seis meses (ciento ochenta días) cumplieron el 27 de junio de 1957, fecha en que la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 entró en vigor (51).

b) *Derecho transitorio.*—a) Regla general: irretroactividad. La *disposición transitoria tercera*, literalmente transcrita, reza así: “3.º 1) Los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, cualquiera que sea su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas que regían a la fecha de su iniciación. 2) Los recursos contencioso-administrativos que se interpusieren después de la vigencia de esta ley se ajustarán a lo en ella dispuesto...” (52). La ley se refiere únicamente a la “sus-

---

(51) Conforme determinó la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en acuerdo de 18 de octubre de 1957, en atención a una comunicación que le fué dirigida al respecto por la Presidencia del Gobierno. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de enero de 1960, entre otras.

(52) “...pero el plazo para la interposición de los que se refieren a actos dictados con anterioridad será el regulado en la legislación que se

tanciación" de los recursos, esto es, a las normas procesales sobre tramitación; en cuanto a aquellas otras normas que contenga, que excedan de aquella indicada materia, habrán de regirse por la legislación existente en el momento de que se trate (53).

b') Consecuencias particulares de la irretroactividad: "los recursos de agravios interpuestos contra los actos de Administración central a que se refiere el art. 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944 (personal), dictados con anterioridad a la vigencia de esta ley, se sustanciarán y decidirán con arreglo a lo dispuesto en aquélla" (*disposición transitoria cuarta*). Prevención que afectaría, por ejemplo, a las resoluciones de postergación.

"No podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en relación con los actos dictados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley que no fueren susceptibles de impugnación (54) a tenor de los arts. 2.º —orden político o de gobierno, depuración (55), responsabilidades políticas...— y 3.º —personal— de la Ley de 18 de marzo de 1944, ni con los que fueren reproducción, revisión o reforma de ellos" (*disposición transitoria quinta*). En este punto, tiene declarado el Tribunal Supremo (56) que las resoluciones que impliquen separación del Cuerpo o servicio, no motivadas por causas de depuración o de responsabilidades políticas, tratándose de funcionarios inamovibles, caen de lleno dentro de la jurisdicción contenciosa, porque no les alcanza esta excepción. Es decir, en la materia de expedientes gubernativos resultaba admisible el recurso contencioso tanto cuando fué interpuesto antes de la vigencia de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, como respecto de actos anteriores a tal fecha. Hay que

---

deroga." Es decir, cuando el acto impugnado es anterior a 27 de junio de 1957 y el recurso posterior a esta fecha, rige la nueva Ley en todo, salvo en el plazo de interposición.

(53) *Vid.* sentencia de 23 de septiembre de 1960. Cfr. PERA VERDADER: *Comentarios...*, cit., pág. 408.

(54) Cuando alude a actos dictados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, "que no fuesen susceptibles de impugnación" en vía contenciosa, no se refiere a los que no lo fueran por razón de su rango gubernativo, sino a los excluidos por la índole de la materia (sentencia 9 mayo 1960).

(55) Así, no es impugnabile el acuerdo sobre destitución o postergación a causa de depuración (sentencia 12 abril 1960).

(56) Sentencia 5 abril 1960.

tener en cuenta que para que deje de operar la prohibición de esta disposición transitoria 5.ª (que respecto de los expedientes gubernativos constituye, en cambio, una norma permisiva) el acto administrativo inicial y resolutorio del fondo del asunto es el que ha de producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, pero no basta que lo sea el que en su caso resuelva el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto inicial (sentencia de 22 de marzo de 1958).

### 3. RESOLUCIONES COMPRENDIDAS EN EL APARTADO d) DEL ART. 40

Los procedimientos administrativos origen de los actos y resoluciones del apartado d) del art. 40 podrían ser calificados de *independientes y con finalidad propia* —si se acepta la clasificación de VILLAR Y ROMERO (57)—, y de *especiales* (58) —respecto de la ley de Procedimiento administrativo.

---

(57) VILLAR Y ROMERO: *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1948, pág. 83, en atención a la relación entre proceso administrativo y proceso judicial, clasifica los primeros del siguiente modo:

a) Independiente y con finalidad propia, cuando la decisión administrativa pone fin a la controversia, de tal modo que ni por la Administración ni por el particular cabe recurrir ante los Tribunales de Justicia; o sea, que no se admite el recurso contencioso-administrativo contra la resolución recaída.

b) Como trámite previo a la vía contencioso-administrativa, cuando cabe, una vez apurada la vía administrativa, recurso contencioso, como sucede, por ejemplo, en las resoluciones de la Administración central que no están excluidas expresamente.

c) Como trámite previo a la vía judicial civil.

No es éste momento ni lugar oportuno para discutir el criterio clasificatorio apuntado, que no aceptamos plenamente, pero que es singularmente expresivo de una postura doctrinalmente muy acusada hoy.

(58) La ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, en su art. 1.º, 2), dispone que "las normas contenidas en los títulos IV (procedimiento) y VI (procedimientos especiales), salvo el capítulo I de éste (procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general), y en el capítulo II (Organos colegiados) del título I, sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final primera, número dos", y en la *disposición final primera, número tres*, se preceptúa: "A efectos de lo establecido en el núm. 2.º del art. 1.º, el Gobierno señalará, en el

El apartado d) comprende: "Las resoluciones dictadas como consecuencia de *expedientes gubernativos* seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al artículo 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en *otros procedimientos establecidos por el mismo Código*, y las que se refieran a *postergaciones impuestas reglamentariamente*." De modo que examinaremos separadamente los actos incluidos en cada uno de estos tres grupos:

#### A) *Expedientes gubernativos*

Suele distinguirse (59), al estudiar las diversas clases de procedimientos administrativos (60), entre los llamados técnicos o de gestión y los propiamente jurídico-administrativos, una de cuyas especies es el procedimiento sancionador. Este, a su vez, puede ser *correctivo* o *disciplinario* (61). No vamos a entrar en el consabido tema de si se trata o no de ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración, de si existe o no una "potestad" jurisdiccional ejercida por la Administración (62).

---

plazo de tres meses, a partir de la publicación de la presente ley, cuáles son los procedimientos especiales, que por razón de su materia, continuarán vigentes..."

Para dar cumplimiento a este imperativo de la ley, se dictó el *Decreto de 10 de octubre de 1958*, que establecía, en su art. 1.º, qué procedimientos administrativos se consideraban especiales a los efectos dichos, señalando concretamente en el núm. 24 *los procedimientos que den lugar a los actos enunciados en el art. 40, apartado d), de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa...*

(59) Vid. VILLAR Y ROMERO: ob. cit., págs. 82 y sigs., y GASCÓN Y MARTÍN: *Tratado de Derecho administrativo*, I, 11 ed., Madrid, 1950, páginas 503 y sigs., y bibliografía allí citada.

(60) Entendido el término en sentido tradicional de "expediente o procedimiento administrativo", por oposición al "contencioso-administrativo".

(61) Procedimiento disciplinario "es el que incoa la Administración contra sus propios funcionarios cuando éstos infringen algunos de los deberes que, como tales funcionarios, les corresponden"; es decir, cuando vulneran un derecho de la Administración que se deriva de la relación jurídica entre el funcionario y aquélla (VILLAR Y ROMERO: ob. cit.).

(62) Aunque ello tiene consecuencias prácticas de primer orden, toda

El hecho es que el procedimiento que regula el Código de Justicia Militar, en su capítulo II, del título XXV, del tratado tercero, bajo el epígrafe "Procedimientos gubernativos" (arts. 1.011 a 1.024) puede ser considerado a estos efectos como procedimiento administrativo sancionador disciplinario (63).

Participa, por tanto, el procedimiento en cuestión de las características que se señalan como propias de todo procedimiento sancionador (64), entre las cuales están:

a) Sus semejanzas con el proceso judicial criminal, aunque la distinción es terminante (*vid.* art. 1.009 del Código de Justicia Militar) (65).

---

vez que el Tribunal Supremo tiene declarado "que no procede el recurso contra actos de los órganos administrativos que obran en ejercicio de la función jurisdiccional" (sentencia 23 febrero 1954), habiendo declarado reiterada jurisprudencia que, cuando un órgano administrativo realiza actividad jurisdiccional, su régimen no es el propio de los actos administrativos (sentencias 20 febrero 1947 y 28 febrero 1949). Confróntese BALLBÉ: "Actos administrativos", en *N. E. J.*, II, pág. 303.

Cuando se aplica el régimen propio de los actos administrativos —dice GONZÁLEZ PÉREZ (*Derecho procesal administrativo*, II, pág. 49, nota 25, *in fine*)— a supuesta actividad jurisdiccional de la Administración pública, es porque no estamos en presencia de actividad propia de este tipo, y sí sólo de actividad administrativa. Cfr., sobre el problema en general, GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación...*, cit. págs. 51 y sigs.

(63) Empleamos el término "disciplinario" en el sentido dicho. En evitación de confusiones derivadas de la multivocidad de la palabra "disciplina", particularmente en la esfera castrense, *vid.* RODRÍGUEZ DEVEGA: "La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar español", en *R. E. D. M.*, núm. 7 (enero-junio 1959), págs. 73-106, especialmente página 74.

(64) *Vid.* VILLAR Y ROMERO: ob. cit., págs. 116-117.

(65) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit., II, págs. 83 y sigs., especialmente página 84, nota 71, donde, con cita de abundante bibliografía, se ocupa de la delimitación en relación con el llamado Derecho penal administrativo.

La jurisprudencia tiene declarado que son independientes el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, por lo que, independientemente de si un hecho constituye o no delito, puede constituir falta administrativa, sancionable por la Administración, y dar lugar, en su caso, al recurso contencioso-administrativo (sentencias 1 diciembre 1954, 1 junio 1952, 3 julio y 11 octubre 1950, 11 marzo y 20 abril 1949, 9 junio y 22 noviembre 1948 y 24 septiembre 1947); siendo compatibles e independientes, incluso en sus resoluciones, los procedimientos penal y disciplinario (sentencias 30 octubre 1945, 6 noviembre 1947, 16 junio 1954,

b) Exigencia de una orden formal de proceder (art. 1.013 del Código de Justicia Militar).

c) Diversidad entre los órganos de instrucción y los de decisión (arts. 1.014 y 1.020 del Código de Justicia Militar).

d) Amplitud de las facultades inquisitivas de la Administración (cfr. art. 1.015 del Código de Justicia Militar).

e) Audiencia del inculpado con práctica de la prueba por él propuesta (art. 1.017 del Código de Justicia Militar).

A tenor de lo dispuesto en el art. 1.011, se instruirá el expediente gubernativo "cuando se considere perjudicial la continuación en el servicio" del personal de los Institutos Armados que luego especificaremos, siendo su finalidad la de obtener la separación del servicio del expedientado, en su caso. Para llegar a tal decisión de separación habrá de concurrir cualquiera de las causas siguientes: 1.ª Notas desfavorables acumuladas. 2.ª Mala conducta habitual e incorregible. 3.ª Toda falta de hurto o estafa, bien se aprecie con esta naturaleza común o con carácter militar y ante cualquier jurisdicción. 4.ª Deudas injustificadas. 5.ª Cualquier otro acto contra el honor militar (66) que no constituya

---

13 marzo y 14 mayo 1958); que la jurisdicción criminal y la contenciosa son compatibles para el examen de un asunto porque son distintas sus finalidades, restaurar el orden jurídico perturbado, la paz social, o velar por la moralidad de los servidores de la Administración (sentencia 1 febrero 1958); que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la ordinaria (o a la especial, en su caso, añadimos nosotros) el enjuiciamiento de la responsabilidad criminal de sus funcionarios (sentencia 28 marzo 1950).

(66) El Tribunal Supremo tiene declarado que, como en el concepto de honor militar "se conjugan elementos éticos y jurídicos, sólo cabe interpretarlo con garantía de acierto, valorando los primeros conforme a la alta estimación que alcanzan en los institutos armados, manifestada en el criterio de sus jerarquías superiores, depurado por un perfecto conocimiento de los imperativos morales, que han de modelar, en cada caso, la conducta de la Oficialidad" (sentencia 31 mayo 1958).

"Es un concepto difícil de expresar lo que sea el honor militar, porque el honor, más que una idea o concepto, es un sentimiento, y del honor puede hablarse en dos sentidos: en sentido subjetivo, como la propia estimación, y en sentido objetivo, como la buena reputación, la estimación social o de un grupo; por eso se puede hablar del honor civil y del honor militar, del honor profesional o del político, y cuando ese sentimiento se refiere a una corporación, como el Ejército, entonces los



delito ni haya sido enjuiciado por Tribunal de Honor" (art. 1.011).  
6.º El haber sido postergado para el ascenso por tres años consecutivos, con las particularidades que exige el art. 1.012, causa esta última aplicable sólo a Oficiales.

Pueden ser sometidos a expediente:

— Los Oficiales (67) y Suboficiales profesionales, en todo caso (arts. 1.011 y 1.012).

— Las clases de tropa o marinería que tengan reconocida la propiedad de su empleo (art. 1.023 (68)).

— En cambio, no es éste el procedimiento adecuado respecto de Oficiales y Suboficiales no profesionales (de complemento, provisionales, honoríficos, etc.), quienes, en su caso, serán sometidos a los expedientes que determinen las disposiciones particulares que para ellos se hayan dictado o se dicten (art. 1.024); para la Escala de Complemento, por ejemplo, puede verse la Ley de 12 de diciembre de 1942.

Resumiremos brevemente las reglas de tramitación de estos expedientes:

— *Iniciación*: se instruirán en virtud de orden expresa en la que se habrán de fijar los puntos que deban ser esclarecidos (art. 1.013), dictada por:

— El Ministro respectivo.

— acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar,

---

puntos de vista de esa corporación son los que primero hay que considerar" (sentencia 1 febrero 1958).

(67) En el término "Oficial" —conforme declaró el Tribunal Supremo— se comprenden los Generales, Jefes y Oficiales de los Ejércitos e Institutos Armados.

(68) Si no tienen reconocida la propiedad del empleo, no les es aplicable el procedimiento de los arts. 1.011 y 1.023 (sentencia 18 mayo 1960). Ahora bien, acordada por los trámites procedentes su expulsión o baja en filas, estas resoluciones quedan también expresamente excluidas de la vía contencioso-administrativa, por virtud de lo dispuesto en el artículo único de la Ley de 30 de julio de 1959, exclusión que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de declarar (sentencias 18 mayo, 30 junio y 10 octubre 1960).

- los Capitanes o Comandantes Generales,
- el Director general de la Guardia Civil.

Estas autoridades podrán disponer la incoación, ya por propia iniciativa, ya por consecuencia de informes o a petición de los Jefes correspondientes.

— *Nombramiento de Instructor y Secretario*, que se hará por la propia autoridad que ordene la formación del expediente o por la que reciba la orden de proceder; las reglas para el nombramiento son las señaladas en el Tratado primero del Código para los procedimientos judiciales; debiendo procurarse que aquellos nombramientos no recaigan en quienes pertenezcan al mismo Cuerpo del acusado (artículo 1.014).

— *Instrucción.—Documentación*:

— Se habrá de reclamar con urgencia la documentación militar del interesado,

— así como las conceptuaciones de los tres últimos años,

— y cuantos datos puedan servir de antecedente, aunque sean de carácter reservado;

— en ciertos casos, estos antecedentes pueden ser sustituidos por informes de los últimos Jefes a cuyas órdenes hubiese estado el expedientado (art. 1.015).

— *Declaraciones*:

— Se recibirá declaración al Jefe del Cuerpo, buque, unidad o dependencia en que sirviere el residenciado, sobre la conducta del mismo;

— y a los compañeros y superiores del propio Cuerpo,

— y a cuantas otras personas se crea conveniente, versando tales declaraciones sobre los extremos comprendidos en la orden de inicio (art. 1.016, en el que también se dictan reglas especiales para el caso de que el acusado no tuviese destino).

— *Audiencia del interesado*: tendrá lugar mediante declaración no jurada, en la que, a la vista de los cargos que se le imputen (69), expondrá lo que juzgue necesario a su

---

(69) El trámite de audiencia que establece en términos generales la legislación sobre procedimiento administrativo "tiene modalidades propias en los procedimientos especiales, siendo una de las más características

defensa, debiéndose a continuación evacuar las citas que haga y sean pertinentes (art. 1.017).

— *Informe del Instructor*: deberá evacuarlo tan pronto como quedaren practicadas las diligencias de descargo peditas por el acusado; en dicho informe, el Instructor hará la propuesta oportuna sobre la resolución que crea debe adoptarse en su día (art. 1.018).

— *Remisión del expediente* a la autoridad que ordenó su incoación (art. 1.018).

— Si ésta fuera el Capitán o Comandante General, lo pasará a informe (70) de su Auditor (art. 1.019), y, una vez emitido el dictamen de éste, la autoridad citada elevará el procedimiento, con su parecer, al Ministerio de que dependa (artículo 1.020).

— Si se hubiere incoado de orden del Director general de la Guardia Civil o del General Jefe de Región Aérea, lo pasarán a informe del Asesor jurídico-militar y, con el suyo propio, lo elevarán igualmente al Ministerio respectivo (artículo 1.020).

— En todo caso, el Ministro lo remite a informe del Consejo Supremo de Justicia militar (art. 1.020) y, emitido, queda concluso para resolución, en su caso (art. 1.020).

— *Resolución*:

— Se resolverá el expediente por Orden ministerial (artículo 1.021) (71), salvo en el caso especial de que el expe-

---

la del gubernativo militar, que, por su carácter sumario, limita dicho trámite esencial a la lectura de los cargos y a la transcripción de las manifestaciones de descargo, en declaración no jurada" (sentencia 31 mayo 1958).

"El no haberse dado en el expediente cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.017 [porque no se dieron a conocer al encartado los cargos que contra él resultaban]... constituye, sin duda alguna, un motivo de nulidad que invalida la resolución ministerial adoptada" (sentencia 28 abril 1958).

(70) Los informes de los órganos consultivos de la Administración no vinculan u obligan a ésta, y, en consecuencia, cualquiera que sea el sentido en que estos informes hayan sido emitidos, no puede derivarse de ellos lesión de derecho ni indefensión para los interesados" (sentencia 31 octubre 1959).

(71) La resolución del expediente no carece de la debida fundamen-

dientado sea individuo de las clases de tropa perteneciente a la Guardia Civil, supuesto en el que la resolución corresponde al Director general del Benemérito Instituto (artículo 1.023), previo dictamen de su Asesor e informe del Consejo Supremo de Justicia Militar, si lo estima conveniente:

— la resolución podrá ser de separación del servicio (72), quedando entonces el interesado fuera de los Ejércitos, sin poder volver a ellos, en situación de retirado o licencia absoluta, según corresponda, por sus años de servicio, perdiendo el derecho al uso de uniforme, fuero y demás prerrogativas inherentes a la condición militar (art. 1.021), o

— que no acuerde la separación, caso en que se dejarán íntegras las facultades de la autoridad que hubiese dado la orden de proceder, para castigar, si lo creyese justo, el hecho o hechos origen del expediente (art. 1.022).

— *Notificación* del acuerdo recaído que habrá de tener lugar —aunque no se diga en el texto— conforme a los artículos 496 y 504 del propio Código (73).

tación cuando es con la fórmula “conforme con el Consejo Supremo”, “pues sabido es, por elemental principio de economía procesal en toda la práctica administrativa, que, cuando algún expediente es resuelto por la autoridad competente después de una propuesta o informe reglamentario, y éstos son suficientemente razonados, basta que aquélla exprese su categórica conformidad con los mismos para que haya de tenerse igualmente la resolución por fundada, al haber hecho de ese modo suyas el que decide cuantas alegaciones consignó antes quien formuló la propuesta o informe, no pudiendo exigirse que el contenido de éstos se repita en la decisión para que tenga validez” (sentencia 19 diciembre 1953).

(72) Debe entenderse que las resoluciones contra las que no cabe recurso contencioso-administrativo son las dictadas en virtud de expediente en cuanto éste acuerda o no la separación del servicio; pero no a aquellas que, en cumplimiento de lo resuelto, señalan el haber pasivo que corresponde al separado (sentencia 25 marzo 1958).

(73) “El cómputo del plazo legal en que se puede acudir a la vía contencioso-administrativa ha de partir del día cierto de una *notificación válida*, y para que lo sea, a tenor de los arts. 496 y 504 del Código de Justicia Militar, debe hacerse saber al notificado ante quién y en qué plazo puede recurrir cuando la resolución, dictada con arreglo a dicho Código, sea recurrible” (sentencia 19 diciembre 1953).

B) "Otros procedimientos" establecidos por el Código de Justicia Militar

La expresión que emplea el art. 40, apartado d), "las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código", no puede tener otro sentido —aunque no veamos la necesidad ni la conveniencia de configurar así la exclusión— que el de abarcar expresamente todas aquellas resoluciones dictadas con arreglo al Código de Justicia Militar; por lo menos así ha de entenderse a efectos prácticos. Teóricamente, en cambio, debía haber añadido alguna especificación, puesto que, en realidad, bastaba que se refiriese a los procedimientos no jurisdiccionales del Código castrense (74), dado que éstos, aun sin la declaración del apartado d), quedaban ya excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto con arreglo al art. 1.º, 1) (por no tratarse de "actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo"), como con sujeción a lo dispuesto en el art. 2.º, a), ambos preceptos de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (como cuestiones de índole civil o penal atribuidas a una jurisdicción especial, en sentido propio). En definitiva, en la actual redacción se han seguido las ideas —y las palabras— del legislador de 1926 (*vid. supra* II, 1, Código civil).

Sea como fuere, el hecho es que quedan excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa:

1.º Los actos (acuerdos, resoluciones, fallos, etc.) recaídos o dictados en los procedimientos propiamente judiciales de que co-

---

(74) En efecto, el Decreto de 10 de octubre de 1958, que señaló los procedimientos que se reputaban especiales frente a la ley de Procedimiento administrativo, considera *procedimientos administrativos especiales* (art. 1.º, núm. 24) "los procedimientos que den lugar a los actos enunciados en el art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956" con lo que, como quiera que tanto los expedientes gubernativos como los de postergación son evidentemente administrativos, hay que concluir que "los otros procedimientos" del apartado d) tienen (han de serlo) el propio carácter de administrativos. Y así, los procedimientos judiciales en sentido propio vendrían ya excluidos antes y fuera de este apartado d), conforme indicamos en el texto.

uozcan las autoridades y Tribunales que ejercen la jurisdicción militar de los tres Ejércitos: ya se trate de causa criminal por delito, de expediente judicial por falta grave o de diligencias previas, así como en todos los casos en que se sancione en vía gubernativa o disciplinaria por autoridad judicial; igualmente y por la misma razón, en cuanto a los procedimientos de carácter civil comprendidos en el título XXVII del tratado tercero (de los cuales, el de reclamaciones por deudas —capítulo III— tiene auténtica condición de proceso, mientras los demás son medidas complementarias del proceso penal o una prolongación del mismo: efectividad de responsabilidades civiles declaradas y prevención de abintestatos —capítulos I y II, respectivamente). Y, naturalmente, todas sus incidencias, al igual que los posibles efectos administrativos de todas las disposiciones penales, responsabilidades en vía disciplinaria (título VIII del tratado tercero), indultos, etc., etc.

2.º Por mandato de la específica norma del apartado d), y sin ánimo de hacer una relación exhaustiva, se excluyen también, además de los dictados por Tribunales de Honor, todos los relativos a notas desfavorables estampadas en las documentaciones personales militares e invalidación de las mismas (título XXVI, artículos 1.047 a 1.060), y los derivados de la aplicación de la legislación complementaria y de desarrollo de tales normas (75).

### C) *Postergaciones*

La postergación, para el personal de las Fuerzas Armadas, significa la pérdida de tiempo de antigüedad en el empleo, con pérdida en el escalafón respectivo del número de puestos que, con sujeción a las normas establecidas, se determine, teniendo todo ello lugar cuando concurren las causas que igualmente se fijan taxativamente.

Una primera aclaración conviene hacer: que esta pérdida de antigüedad puede también producirse como consecuencia de la

---

(75) Orden de 6 de junio de 1949, Orden de 3 de agosto de 1951. Orden de 21 de marzo de 1953 y Orden de 4 de noviembre de 1954, en cuanto al Ejército de Tierra se refiere.

imposición al interesado (en causa criminal por delito) de la pena accesoria de suspensión de empleo; pero en tal supuesto, estamos ante un específico efecto administrativo de una pena (76), de producción automática una vez impuesta ésta por sentencia firme, caso distinto —aunque de análogas consecuencias— al de la postergación reglamentaria, propiamente dicha. Respecto de ésta, a fin de no hacer excesivamente prolijas estas páginas, nos limitaremos a señalar sucintamente las normas en vigor para el Ejército de Tierra (77).

La legislación básica sobre postergaciones viene constituida por el *Decreto de 28 de septiembre de 1951*, ulteriormente desarrollado y precisado por la serie de disposiciones que hemos de citar. La postergación se produce para los Jefes, Oficiales y Suboficiales del Ejército y sus asimilados por haber sido calificados con nota de concepto desfavorable —excepto en salud—, en su Hoja anual, por lo que han de tenerse en cuenta las instrucciones que para la redacción de las Hojas de servicios fueron aprobadas por *Orden de 21 de marzo de 1953* (78), en la parte que a conceptuaciones se refiere. Producida la calificación con nota desfavorable y estampada en la Hoja anual de la de servicios, se

---

(76) Artículo 226 del Código de Justicia Militar: "La pena accesoria de suspensión de empleo privará de todas las funciones propias del mismo y producirá el efecto de que el condenado a ella pierda el número de puestos que proceda dentro de su categoría, con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables." Cfr. Ley 10 marzo 1939.

Conviene señalar, que esta pérdida de puestos se produce tan sólo en el caso indicado, y no respecto de la pérdida de tiempo para el servicio que señala el art. 428, párrafo segundo, del Código de Justicia Militar, pues, los correctivos por falta grave o leve sólo podrían producir la pérdida de puestos por vía indirecta, es decir, como consecuencia de la conceptualización de "deficiente" en conducta en la Hoja anual del interesado, acordada, en su caso, la postergación en sentido propio.

(77) Cfr. SEBASTIÁN BAZ GOVEA: *Hojas de servicios*, Madrid, 1959, páginas 41 y sigs.; E. DE N.: "Postergaciones", en *R. E. D. M.*, núm. 3 (enero-junio, 1957), pág. 176.

(78) Particularmente sus arts. 30 y 31 (modificado por Orden de 18 de mayo de 1955), que determinan las conceptualizaciones que deben figurar en las Hojas de servicios y las materias objeto de conceptualización; unas, generales, para todas las Armas y Cuerpos, y otras, específicas, de cada uno de ellos; las generales son: valor, espíritu militar, dotes de mando, carácter, conducta, aptitud física y salud.

formula propuesta de postergación en las circunstancias y por las autoridades que, en consonancia con el destino y situación del interesado, se especifican en el Decreto de referencia. En estas propuestas se habrá de consignar si los interesados han mostrado su conformidad con las notas de concepto estampadas, pues si no constare esta conformidad o hubiese motivo de reparo o duda, se ordenará por las expresadas autoridades una breve información en la que se oiga al interesado, quedando sin efecto la propuesta si el resultado de la información fuese favorable al conceptuado, rectificándose las notas estampadas. En otro caso, se cursará la propuesta al Ministerio del Ejército en los plazos que se señalan.

Recibidas las propuestas en la Secretaría del Consejo Superior del Ejército, se remitirán a la Asesoría Jurídica del Ministerio para que dictamine acerca de si se han cumplido todos los requisitos legales establecidos, devolviendo el expediente a dicha Secretaría, para que por ésta se formule la propuesta concreta de postergación, que ha de elevarse a informe del Consejo Superior, previo a la resolución por el Ministro, "contra la que no se admitirán recursos" (art. 4.º del Decreto y art. 3.º de la *Orden de 5 de noviembre de 1953*). La determinación que se adopte se trasladará a la autoridad militar competente (79) para notificación al interesado y cumplimiento, y a la Dirección General de Reclutamiento y Personal, para que surta sus efectos en el expediente personal del postergado.

Sus efectos viene determinados, con carácter de generalidad, en los arts. 5.º, 6.º y 13 del Decreto, señalándose otros especiales en los arts. 7.º a 12. Aquéllos han sido aclarados y precisados por *Orden de 13 de mayo de 1955*, que determina el número de puestos que debe perder en la escala el postergado y que, al par que regula otra serie de supuestos, armoniza y subordina las normas en vigor a los preceptos del Código de Justicia Militar, evitando una duplicidad en la pérdida de puestos cuando concurren la postergación y la pena de suspensión de empleo (80). La forma en

---

(79) Que será la que remitió la propuesta, y a la autoridad de que dependiere el postergado, en su caso. Este traslado o notificación tendrá lugar "reservadamente".

(80) Como sería el caso de que la postergación se produjera por la conceptuación de "deficiente" en conducta, derivada esta nota de con-



que ha de llevarse a cabo esta pérdida de puestos se encuentra establecida en la *Orden de 4 de agosto de 1956*. En cuanto a la situación administrativa de "postergado", deben verse el *Decreto de situaciones de 12 de marzo de 1954* (art. 10) y la *Orden para su aplicación de 27 de marzo de 1954* (art. 10).

### III

## CONSIDERACION JURIDICO-PROCESAL

### (Tratamiento procesal)

#### 1. ANTECEDENTES

En el ordenamiento jurídico positivo anterior al vigente, el texto refundido de 1952, dentro de su título III, atinente al procedimiento, en una de las secciones del capítulo I, bajo la rúbrica "De las excepciones" (81), establecía cuáles fueran éstas en

---

dena en que se imponga la pena de suspensión de empleo. En este caso, la postergación acordada no causará pérdida de puestos en el escalafón, por sufrirla ya el interesado con arreglo al art. 226 del Código de Justicia Militar (siempre que la condena no sea inferior a seis meses de duración, que es el plazo normal computado para la pérdida de puestos por postergación).

(81) Las llamadas en esa ley "excepciones", no respondían al correspondiente concepto procesal, entendido en sentido estricto, pues por "excepción", según la doctrina procesalista, como concepto técnico, ha de entenderse aquel tipo de oposición procesal que, frente a la pretensión deducida por el actor, consiste en una afirmación contraria, que, reconociendo o no las circunstancias invocadas por éste, afirma otras que son incompatibles con aquélla, introduciendo en el procedimiento datos nuevos que el Juez ha de tener en cuenta; en realidad, aquellas llamadas "excepciones" en el texto legal citado no son más que un conjunto de "defensas previas" que se admiten (en ciertos casos) cuando falta alguno de los requisitos procesales que deberían concurrir para poder entrar a examinar el fondo del asunto, "previas" en cuanto que la ley permite formularlas en un momento procedimental anterior al normal de oposición o contestación.

De aquí la censura de que el término fué objeto por obra de la doctrina, porque ni todas las defensas podían ser consideradas excepcio-

su art. 44 (46 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894): incompetencia de jurisdicción, falta de personalidad en el actor o en su representante y en el demandado, defecto legal en el modo de proponer la demanda y prescripción de la acción (¿caducidad?). Estas "excepciones" (en la terminología legal) recogen, en general, la falta de los requisitos exigidos para que el Tribunal pueda entrar a examinar el fondo del asunto, constituyendo, por tanto, defensas procesales (fundadas en razones jurídico-procesales) y que afectan a *la admisibilidad* (82) de la pretensión, no al fondo. Su fundamento puede verse en la idea de evitar la prosecución de un proceso inútil, pues inútil sería un proceso que se resolviera por una sentencia que, estimando un defecto procesal, no entrara en el fondo, dejando insatisfecha la pretensión deducida en el mismo; cuando así ocurre, se debe al hecho de no haberse alegado la "excepción" en el trámite incidental oportuno, sino al contestar a la demanda (83).

La primera de las "excepciones" reconocida en el art. 44 citado es la llamada de "incompetencia de jurisdicción", sentando en párrafo aparte que "se entenderá incompetente el Tribu-

---

nes, ni las defensas enumeradas en el art. 44 citado agotarían los posibles supuestos de excepción.

Vid. el completo estudio de GONZÁLEZ PÉREZ: "Las excepciones en la ley de lo Contencioso-administrativo", en *R. A. P.*, núm. 11 (mayo-agosto, 1953), págs. 69-163, y en especial págs. 77 y sigs.

(82) Se pueden considerar en todo proceso dos momentos diferenciados: uno, en el que se examina si la pretensión puede ser entablada según lo hace el actor, para lo que habrá de determinarse si concurren los requisitos procesales pertinentes, manejando al efecto normas procesales: los problemas que al respecto se planteen serán *cuestiones de admisibilidad*; otro, cuando se examina si la pretensión es o no fundada, para lo que habrá de verse si se encuentra o no acuerdo con las normas del Derecho objetivo (material), integrando los problemas que se planteen la *cuestión de fondo*. Es lógico que la solución de las cuestiones de admisibilidad precedan a las de fondo, y que éstas tan sólo se acometan cuando se ha comprobado que no existe obstáculo procesal previo.

(83) La creación de un trámite especial de admisión, en el cual el Tribunal hubiera de examinar si existía algún defecto procesal, en evitación de estos procesos inútiles (trámite establecido ya en la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956) fué defendida por GONZÁLEZ PÉREZ: "La justicia administrativa en España", en *R. A. P.*, núm. 6, pág. 172, y en el artículo citado "Las excepciones...", páginas 82 y 93.

nal cuando, *por la índole de la resolución reclamada*, no se comprenda, a tenor del título I de esta ley, dentro de la naturaleza y condiciones del recurso contencioso-administrativo”, y aun cuando el nombre (impropio) con que se designaba esta excepción parecía aludir únicamente a la falta de los dos requisitos procesales de jurisdicción y competencia, la verdad es que se incluían en ella, dada la redacción del párrafo transcrito, supuestos muy distintos (84), entre ellos la falta de los requisitos procesales que debe reunir un acto para ser impugnabile (requisitos objetivos: existencia de acto previo que impugnar, que el acto sea administrativo y que reúna las notas previstas en el art. 1.º de la ley); pero de entre esta variedad, la falta de aquellos requisitos subjetivos referentes al propio órgano jurisdiccional, es decir, la falta de jurisdicción en sentido estricto, es, desde luego, el caso más típico. Dentro de ella, es indudable que procederá la “excepción” por tal concepto cuando concurren los casos previstos en el artículo 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952 (que está encuadrada en ese título I, a tenor del cual ha de determinarse si la resolución reclamada se comprende o no dentro de la naturaleza y condiciones del recurso), por cuanto hace a sus números 4.º y 6.º, en el primero de los cuales se comprenderían —conforme ya hemos dicho— las resoluciones derivadas de procedimientos militares propiamente tales (dictados por las autoridades

---

(84) La crítica llamó por ello a esta “excepción” “verdadero cajón de sastre”, en el que habría que incluir, además de los de jurisdicción y competencia, la falta de cualquier otro requisito procesal, ya que al deducirse una pretensión faltando alguno de éstos, los Tribunales deben abstenerse de examinar aquélla, proponiéndose, en cambio, que se debía reducir a los supuestos típicos: cuando el Tribunal ante quien se deduce la pretensión carece de jurisdicción (por corresponder su conocimiento a otra jurisdicción) o carece de competencia (por corresponder su conocimiento a otro órgano de la jurisdicción contenciosa). Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Las excepciones...*, cit., págs. 101 y 102. En favor del tenor literal del precepto —conforme a la tesis jurisprudencial— se ha dicho que como la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo está limitado a conocer de las pretensiones que se dirijan a impugnar los actos administrativos que reúnan los requisitos exigidos en el título I de la ley, cuando los actos que se impugnen no los reúnan, *tales órganos carecen de jurisdicción* para conocer de aquellas pretensiones.

judiciales, conforme al Código de Justicia Militar, en el ejercicio de una jurisdicción especial, propia, privativa y excluyente). Pero también se entiende que falta el requisito subjetivo de la jurisdicción, según la jurisprudencia, en el supuesto de que la materia *esté reservada exclusivamente a la Administración*, que sería el caso de los núms. 7.º y 8.º del art. 4.º de texto refundido (85). Quedan así centradas procesalmente las tres exclusiones que vemos considerando en este trabajo, en el ordenamiento anterior (*vide*, antes, II, 1, C. g.); tanto si la impugnación afectase a un acuerdo de postergación reglamentaria, como cuando atacase una resolución recaída en procedimiento judicial (civil o penal) castrense, ambos serían casos de "incompetencia de jurisdicción" ("excepción" 1.ª del art. 44 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952), precisamente por faltar el presupuesto procesal de jurisdicción.

Al configurar esta "excepción", reiterada jurisprudencia afirmó que "la incompetencia de jurisdicción" (por ausencia del presupuesto de jurisdicción) podía ser estimada de oficio por el órgano jurisdiccional (86), y, como consecuencia de ello, se daba la

---

(85) Es decir, respecto a las resoluciones que se refiriesen a las Ordenes militares y a los ascensos y recompensas por méritos de guerra (sentencias 25 octubre 1901, 21 noviembre 1908, 27 diciembre 1911, 14 febrero 1936 y 10 junio 1947), así como a postergaciones, y, en general, respecto de aquellas excluidas expresamente de la vía contencioso-administrativa (sentencias 9 enero 1931, 18 octubre 1932, 5 julio 1945 y 24 noviembre 1952). También se consideran reservables exclusivamente a la Administración las resoluciones sobre correcciones disciplinarias (salvo las de separación, claro es), excluidas en el art. 6.º, núm. 2.º del Reglamento de 1894 (sentencias de 13 enero 1922, 8 abril 1941, 15 junio 1944, 24 abril 1946, 24 enero 1948, 25 mayo 1950 y 19 octubre 1950).

(86) Sentencias 17 junio 1940, 8 febrero 1944, 12 noviembre 1948, 11 febrero 1949, 13 abril 1950, 17 abril 1952 y 7 abril 1953, entre otras muchas.

GONZÁLEZ PÉREZ (*Las excepciones...*, cit., pág. 84), siguiendo en esto a ENCISO ("Acción y personalidad: contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del art. 533 de la L. e. c.", en *Revista de Derecho Privado*, XXIII, 1936, págs. 126 y sigs.), afirma que el problema del tratamiento de los presupuestos procesales ofrece cuatro aspectos: a) Si habrán de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte. b) En qué momento habrán de darse; c) En qué momento habrán de ser examinados y decidir sobre ellos; y d) Cuál será el orden de

posibilidad de que la parte demandada pudiera alegarla en cualquier momento del proceso, incluso en el acto de la vista (87), en su caso. El momento en que ha de darse el requisito procesal de la jurisdicción es, en principio, el determinado por la deducción de la pretensión, sin que con respecto a la falta de jurisdicción quepa, como es lógico, la posibilidad de subsanación, admitida (en ciertos casos y para ciertas excepciones) por el artículo 46 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952. Como ya adelantábamos, el momento en que ha de examinarse la existencia de los requisitos procesales y, por tanto, el de la jurisdicción, ha de preceder al del fondo del asunto (de oficio o a instancia de parte), discutiéndose en la doctrina anterior sobre si este exámen previo habría de hacerse en alguna fase diferenciada del procedimiento —en trámite incidental, o en todo caso al comienzo del proceso (*vid.* nota 83)— o en la misma sentencia. Lo cierto es que en la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952 el examen de los requisitos procesales podía tener lugar en tres momentos distintos: en el de presentar el llamado “escrito de interposición del recurso” (art. 33), en un trámite especial diferenciado, a instancia de la parte demandada, anterior al normal de oposición (trámite incidental, arts. 46 a 48) y al dictarse sentencia.

Dentro del orden de preferencia que debe regir para el examen de las “excepciones”, la “incompetencia de jurisdicción” debe examinarse en primer lugar (88), y estimada, el Tribunal no tie-

---

preferencia entre los mismos. Y en cuanto al primer aspecto, tras recordar que no puede resolverse con carácter de generalidad, sino atendiendo al requisito procesal de que se trate, afirma que correspondería al órgano jurisprudencial examinar (de oficio) la existencia de jurisdicción (así como la competencia objetiva y funcional, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la representación), por considerarse como *requisitos o presupuestos irrenunciables*, porque si recayese sentencia faltando alguno de ellos sería nula. Señalando cómo “en el proceso administrativo se ha ampliado la posibilidad de que el órgano jurisdiccional aprecie de oficio la falta de los requisitos procesales, tendencia elogiada, aunque no lo sea tanto la fórmula jurisprudencialmente empleada de *por tratarse de una excepción de orden público*”.

(87) Sentencias 12 noviembre 1948, 11 febrero 1949 y 22 noviembre 1952, entre otras.

(88) Sentencias 6 marzo 1947 y 25 octubre 1952, entre las más recientes.

ne necesidad de pasar a ninguna de las otras. Se debe ello, sin duda, a que dicha excepción resulta la más trascendental para el Derecho positivo, así como también a la consideración de que, para que un órgano jurisdiccional pueda hacer *declaración alguna* en un proceso determinado, es imprescindible que tenga competencia para ello y, previamente, jurisdicción.

## 2. RÉGIMEN ACTUAL

### A) Líneas generales

a) *Consideraciones previas.*—El triple contenido del apartado d) del art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1950 no implica, pese a la referencia conjunta de las tres “exclusiones”, que éstas tengan las misma naturaleza. *Formalmente*, la norma es idéntica en los tres casos, e integra un mandato legal con doble perspectiva: 1.º, para el ciudadano (“administrado”) significa un mandato prohibitivo dirigido a impedir que contra esos actos de la Administración se interponga el recurso en vía contenciosa, puesto que, en último término, puede tener el precepto una especie de *eficacia preventiva*, que induzca a todo posible recurrente a desistir de tal propósito (89); 2.º, para el órgano jurisdiccional, el preceptivo mandato de acordar la inadmisión de un recurso en que se impugnen aquellos actos administrativos. Ahora bien, aunque, debido a este encuadramiento conjunto, la efectividad procesal del mandato haya de producirse por el mismo curso, ello no impide el señalar los distintos matices que se desprenden de su real diferenciación. Así, en atención a su *naturaleza*, mientras que las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos y las relativas a postergaciones, suponen unas exclusiones excepcionales (es decir, no derivadas del régimen general del sistema de lo contencioso-administrativo) de carácter objetivo y que no afectan al requisito procesal de jurisdicción (en sentido estricto), sino en segundo tér-

---

(89) Mandato prohibitivo que lleva aparejada su correspondiente sanción: inadmisión del recurso intentado.

mino, en cambio, la exclusión de las resoluciones que tengan origen "en otros procedimientos establecidos por el mismo Código" castrense (en cuanto de procedimientos judiciales en sentido propio se trate) deriva del planteamiento mismo de la esfera contencioso-administrativa, significando ni más ni menos que una aplicación del principio contenido en el art. 2.º, a) de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, como materia cuyo conocimiento viene atribuido a otra jurisdicción (también especial, como lo es la misma jurisdicción contenciosa frente a la ordinaria), derivando así directamente del hecho de no integrar aquellas resoluciones "actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo" (conforme exige el art. 1.º de la ley de lo Contencioso administrativo de 1956, al señalar la naturaleza de la jurisdicción). Por tanto, esta segunda categoría hace relación en primer término a la ausencia del requisito procesal de jurisdicción. Es decir, mientras que las resoluciones del primer grupo, para quedar excluidas, requieren la expresa declaración legal, las segundas hacen superflua tal declaración expresa (90); mientras aquellas hacen referencia al elemento objetivo del proceso y tan sólo secundariamente determinan la falta de jurisdicción (en sentido lato) del Tribunal, éstas determinan de modo directo esta falta de jurisdicción (en sentido estricto y propio).

De aquí que nuestro análisis se haya de desarrollar en una doble dirección: respecto del órgano jurisdiccional y sus facultades de conocimiento, y respecto del objeto del proceso, procurando encuadrar las exclusiones en cuestión en los sectores correspondientes de la teoría de los presupuestos procesales.

b) *Referencia a la teoría de los "presupuestos procesales"*.— Con la expresión "presupuestos (o requisitos) procesales" no nos referimos aquí ni a los requisitos de un proceso determinado, ni a los requisitos de cada uno de los actos que integran el proceso, sino a los requisitos del proceso considerado como un todo (91), en la inteligencia de que son requisitos no de la existencia del proceso mismo (puesto que para que éste exista basta la interposi-

---

(90) Siempre que, insistimos, no se adopte la posición amplia.

(91) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1957, pág. 458; III, 1958, págs. 31 y sigs., y artículo citado "Las excepciones...", págs. 83-84.

ción de la pretensión), sino de la admisibilidad de la pretensión —y buena prueba de ello es que se examinan dentro del proceso (92)—; es decir, que su concurrencia o ausencia permitirá o no al órgano jurisdiccional entrar a examinar la cuestión de fondo. No se trata de presupuestos de la demanda ni de presupuestos de la sentencia, sino —repetimos— de presupuestos de admisibilidad del proceso sobre el fondo, requisitos procesales para que el juzgador pueda entrar en el examen de la pretensión deducida en un proceso (93). Tampoco han de considerarse presupuestos de la validez del proceso, pues la valoración que supone la validez o invalidez no se aplica normalmente sino a actos aislados, y, además, porque la parte del proceso en que sobre ellos se discute es perfectamente válida aunque se demuestre que no concurrían aquellos requisitos.

a') *Clasificación sistemática.*—Como quiera que, de los actos administrativos a que se contrae nuestro estudio, unos exigirían (94) el proceso ordinario y otros el especial en materia de personal (95), bastará aquí la relación de los requisitos procesales del proceso ordinario, sin más que hacer mención de las particularidades correspondientes al especial mencionado. Pueden ser: 1.º *Referentes al órgano jurisdiccional*: jurisdicción, competencia y régimen del personal judicial. 2.º *Referentes a las partes*: capacidad para ser parte y capacidad procesal, legitimación

---

(92) Cfr. GUASP: *Comentarios a la L. e. c.*, Madrid, 1945, I, pág. 684.

(93) *Vid. supra* nota 82.

(94) Puesto que, incluso la inadmisión, habría de acordarse en el proceso correspondiente, determinado por la materia, en el momento de su iniciación.

(95) El procedimiento especial en materia de personal será el indicado cuando los actos impugnados sean de esta naturaleza, siempre que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles (cual sería el caso de los expedientes gubernativos), conforme dispone el art. 113 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, y que, en síntesis, podemos decir que se trata de un proceso especial por razones jurídico-materiales, al que se aplicarán las normas del proceso ordinario en lo que no se oponga a las disposiciones especiales aplicables al mismo, constituidas en esencia por una mayor sencillez en la tramitación (la asistencia de letrado a la parte actora no es preceptiva), acortamiento de los plazos y gratuidad. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, III, 1958, págs. 105 y sigs.



activa y pasiva, postulación, salvo en el proceso especial. 3.º *Requisitos objetivos*: existencia de un acto administrativo de los susceptibles de impugnación, que la pretensión procesal deducida sea de las que pueden interponerse en el proceso correspondiente (ordinario o especial en materia de personal, respectivamente). 4.º *Requisitos de la actividad*: lugar, tiempo y forma (de la producción de los actos y de la recepción de los mismos, recurso de reposición previo en los casos no exceptuados).

b) *Una clasificación práctica*.—La ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, a fin de que no quede sin examinar una pretensión por supuestos defectos procesales, establece con carácter general la posibilidad de subsanación (art. 129), cuando ello sea materialmente factible. De aquí, la distinción entre aquellos requisitos procesales cuya infracción da lugar a un defecto subsanable y aquellos otros cuya infracción produce un defecto insubsanable (96). Entendemos que, tanto el de jurisdicción como el requisito objetivo de que se trate de acto impugnado de los no excluidos expresamente, han de catalogarse entre los *segundos*.

c) *El objeto del proceso contencioso-administrativo*.—a) *El objeto del proceso*, en general, no es el fundamento a que debe su existencia, ni la función o fin que está llamado a realizar, como tampoco la relación jurídico-material deducida en juicio, ni el bien de la vida concreto a que el proceso afecta. El objeto del proceso es "aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican: pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan, o sea, como materia en que se perfila el contenido del proceso todo, prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece" (97). El elemento objetivo básico del proceso es la pretensión procesal (cfr. art. 43, párrafo 1, de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956), que no significa otra cosa que una declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdic-

(96) *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit. en nota anterior, pág. 32.

(97) GUASP: *La pretensión procesal*, Madrid, 1952, págs. 33 y sigs.; *vide* GONZÁLEZ PÉREZ: "La pretensión procesal administrativa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 12, págs. 77-128, y *Derecho procesal administrativo*, II, págs. 295 y sigs.

cional una actuación frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.

b') *Requisitos de la pretensión procesal administrativa.*—Si para que la pretensión inicie un proceso basta con su mera existencia, y para que sea actuada se exige, además, su conformidad con el Derecho objetivo, para que sea examinada en cuanto al fondo hace falta que concurren una serie de circunstancias de índole procesal: los presupuestos procesales de la pretensión serán los ya señalados en el esquema general precedente. Señalemos aquí (98), de entre los *requisitos subjetivos*, el de la jurisdicción, que hace necesario que la pretensión se deduzca ante un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, e, inversamente, que sea ésta la llamada a conocer del asunto; en cuanto a los *requisitos objetivos*, puesto que el objeto de la pretensión será aquello que se pretende, será necesario que tal objeto esté determinado, es decir, será necesario fijar qué puede ser objeto de aquélla, pues si lo que se solicita del órgano jurisdiccional está excluido por las leyes de las facultades del mismo, no se podrá examinar en cuanto al fondo la pretensión. Requisito objetivo, según esto, tanto de las pretensiones de plena jurisdicción como de las de anulación, es la existencia previa de un acto administrativo y precisamente de los susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa (99). De aquí se desprenden dos conclusiones: 1.ª, que el estudio de los requisitos objetivos de la pretensión nos ha de conducir al examen de los requisitos que debe reunir el acto administrativo para ser susceptible de impugnación contenciosa, y 2.ª, que tales requisitos se convierten, por ende, en verdaderos requisitos procesales en cuanto a la pretensión misma.

c' *Requisitos del acto administrativo.*—De lo que llevamos dicho se concluye que el acto administrativo (entendido en sentido genérico) viene a constituirse en presupuesto objetivo del proceso contencioso-administrativo, pues para que sea admisible una pretensión ante esta jurisdicción será necesaria la existencia previa del acto (expreso o presunto, cuestión que no abordamos), y que la pretensión se deduzca precisamente en relación con él, ya para pedir la declaración de no ser conforme a Derecho, y, en su caso,

---

(98) Y no hacemos mención de los requisitos de la actividad.

(99) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho...*, cit. II, págs. 232-233.

la anulación (art. 41 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956), ya para solicitar, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma (art. 42 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (100). Además, serán preciso que se trate de acto "sujeto al Derecho administrativo" (art. 1.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956), que reúna los requisitos que para ser susceptible de impugnación señala el art. 37 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, y que no se trate de ninguna de las materias excluidas por el art. 40. Dejando aparte los requisitos de: carácter definitivo del acto y el de no ser susceptible de recurso en vía administrativa (art. 37 citado), y refiriéndonos al "acto administrativo" en sentido limitado (con exclusión de los Reglamentos), veamos los actos excluidos.

Materias "excluidas" son aquellas respecto de las cuales *no es posible* deducir recurso contencioso. De la enumeración del artículo 40, que no tiene carácter exhaustivo (101), los supuestos en que cabe hablar de "materias excluidas", o sea, de actos administrativos que, aun reuniendo los requisitos generales, están excluidos por su contenido, son los de los apartados b), c) y d) —al decir de GONZÁLEZ PÉREZ (102)—, pues el que se contempla en el apartado a) excluye el recurso por otras razones, y el del apartado e) no se trata propiamente de un acto administrativo, por lo que, quizás, hubiera sido más correcta su inclusión en el art. 2.º: por nuestra parte, no desarrollamos estas conclusiones, pero nos parece que, en cuanto al apartado d), la afirmación de que los actos a que se refiere pueden considerarse excluidos por su contenido, como actos administrativos que reúnen los requisitos generales, debe entenderse corregida en cuanto a "las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código", puesto que éstos (pese a su localización en tal apartado d) del art. 40), conforme ya tuvimos ocasión de ver, responden, para ser exceptuados del control contencioso-administra-

---

(100) *Vid.* ob. cit. en nota anterior, págs. 355 y siguientes.

(101) Toda vez que en su apartado f) consagra la fórmula "los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa".

(102) *Derecho...*, II, cit., pág. 404.

tivo, en cuanto actos derivados del ejercicio de una jurisdicción especial, a razones puras de inexistencia de jurisdicción.

Al constituir estos requisitos del acto administrativo un presupuesto procesal, si no concurre alguno de ellos, el Tribunal declarará "la inadmisión del recurso contencioso-administrativo" (artículo 81, 1, a, de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956); si éste "tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo I del título III" (art. 82, c, de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956), y no se pierda de vista que el artículo 40 está comprendido en dicho capítulo.

En general, puede decirse que estos requisitos objetivos podrán (y en ciertos casos "deberán") ser apreciados de oficio por el Tribunal, si bien con la garantía de la audiencia previa de las partes (art. 43, 2). Señalemos también (en relación con el antes citado art. 129) que el defecto procesal derivado de la inexistencia de estos requisitos (o lo que es lo mismo, en lo que aquí nos interesa, la concurrencia de los supuestos de exclusión) no es, por regla general, subsanable, y no lo es, desde luego, en cuanto al apartado d) del art. 40. Conviene resaltar un dato particular en cuanto a las "exclusiones": mientras que el defecto procesal derivado de la inexistencia de los requisitos generales del acto administrativo puede ser apreciado por el Tribunal, si es alegado por el demandado en trámite de defensas previas, al resolver por auto este incidente (arts. 71-73) y en todo caso al dictar sentencia (art. 82, c), la inimpugnabilidad de los actos excluidos por el art. 40 puede ser apreciada, además, en trámite de admisión (artículo 62, 1, h).

d') *Clasificación de los supuestos recogidos en el art. 40.*—Reflejamos aquí la que hace GONZÁLEZ PÉREZ (103). Para este autor es posible clasificar los supuestos referidos en la forma siguiente:

- 1.º Acto confirmatorio: apartado a).
- 2.º Materias excluidas:
  - a) Por la propia ley de lo Contencioso-administrativo de 1956: apartados b), c), d) y e).
  - b) Por otras leyes: apartado f).

---

(103) Ob. cit. en nota anterior, pág. 404.

Añadiremos únicamente que, en cuanto a los apartados c) y d), que se unifican por dicho autor (104) bajo la rúbrica de "Actos referentes al personal militar", es de observar que en el apartado d) pueden comprenderse actos no relativos ni referentes a "personal militar", bien que la posibilidad sea remota. Preferimos la denominación genérica que hemos venido empleando de "reserva discrecional militar".

d) *La jurisdicción como requisito procesal.*—Conforme sosteníamos al principio de este epígrafe (III, 2, A, a), aunque el tratamiento *formal* conjunto de las tres "exclusiones" que comprende el apartado d) del art. 40 se ha de traducir en un análogo tratamiento procesal concreto (derivado de su consideración común de requisito negativo del acto impugnado), ello no nos releva de hacer ciertas referencias al elemento subjetivo "jurisdicción", dado que, *por su naturaleza*, la exclusión de las resoluciones derivadas de los procedimientos judiciales militares afecta primariamente a tal elemento, y, además, porque incluso las otras exclusiones, aun cuando elementos negativos del acto (requisitos objetivos en sentido propio), significan, secundariamente y en definitiva, la exclusión de la jurisdicción misma.

La consideración de la jurisdicción, a estos efectos, como requisito procesal, quiere decir, por lo pronto, que para que pueda ser examinada en cuanto al fondo una pretensión procesal administrativa, debe ser deducida, precisamente, ante esta jurisdicción: la contencioso-administrativa; y esto significa tanto que una pretensión de este tipo no puede ser deducida ante jurisdicción distinta, como que una pretensión con fundamento distinto (no fundada en preceptos de Derecho administrativo) no podrá ser examinada ante la jurisdicción contenciosa.

Que la falta de jurisdicción puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional ya lo había proclamado la jurisprudencia refiriéndose a la llamada "excepción de incompetencia de jurisdicción" (105). Y así lo admite expresamente la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (art. 5.º, apartado 2), si bien exigen-

(104) Pág. 411.

(105) *Vid. supra*, III, 1, de este trabajo y sentencias allí citadas.

do para ello ciertos requisitos que garantizan la posición de las partes (106).

La jurisdicción debe darse en el momento de iniciarse el proceso, y no resulta subsanable, en principio, su defecto.

La falta de jurisdicción puede apreciarse tanto en el trámite de admisión previsto en el art. 61, como en el de defensas previas (artículo 71) y al dictarse sentencia (art. 82, a).

B) *Efectividad procesal de las "exclusiones" del art. 40, apartado d)*

a) *Momentos procesales en que deben ser examinadas.*—Como quiera que el procedimiento especial señalado en materia de personal (arts. 113-117), que será el oportuno (fuera del caso del expediente gubernativo para separación del servicio), no significa sino ciertas especialidades (107), debiéndose aplicar las normas generales del proceso ordinario (108) en lo que no se oponga a aquéllas, el breve estudio sobre las fases procesales en que las "exclusiones" han de ser examinadas se referirá a los trámites comunes del procedimiento ordinario, como proceso tipo.

Excluiremos toda referencia al recurso de reposición previo, que viene a ser en los casos normales una condición de procedibilidad o requisito procesal propiamente dicho, por dos razones: en general, porque entendemos que no forma parte del proceso; en particular, porque tratándose aquí de materias "excluidas", carece de sentido el examen de un requisito previo al procedimiento, cuando éste, como hemos de ver, por la índole del acto administrativo impugnado ha de terminar en inadmisión del recurso.

Dentro del esquema del procedimiento ordinario iremos destacando los momentos que nos interesan.

a') *Fase de alegaciones: a')* *Interposición del recurso.*—El

---

(106) Estos requisitos son: 1.º Previa audiencia de las partes [artículo 62, apartados 1, a) y 2]; 2.º Que la declaración debe ser fundada (art. 5.º, apartado 3).

(107) *Vid.* nota 95.

(108) Para el que rige, además, como supletoria la L. e. c. (disposición adicional 6.ª, ley de lo Contencioso-administrativo de 1956).

procedimiento se inicia con un escrito reducido a citar al acto por razón del cual se formula y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso (art. 57, 1). Se trata de una demanda en sentido técnico (109). El primero y principal requisito objetivo de este "escrito de interposición" será el de que se deduzca en relación a un acto susceptible de recurso, según los arts. 37 a 40. La simplicidad de su contenido, con la obligada cita del acto que se pretende impugnar, hace que éste quede inmediatamente individualizado (110), máxime si se añade que entre los documentos que deben acompañarse (art. 57, 2) está "la copia o traslado del acto o disposición, o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial en que se haya publicado" (artículo 57, 2, c), obligación que, si el demandante no cumple supone que se le señale un plazo breve para subsanar la omisión, ordenándose el archivo de las actuaciones de no hacerlo así (artículo 57, 3). Consecuencia de ello es que el acto impugnado queda (o debe quedar) *ab initio* claramente prefijado, de forma que, tratándose particularmente de los actos excluidos en el apartado d) del art. 40 —de fácil reconocimiento generalmente— se pondrá en evidencia bien pronto su naturaleza de actos inimpug-

---

(109) Entendiendo por tal (demanda "pura" o "simple") "aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación" (GUASP: *Comentarios...*, cit. t. II, vol. I, parte 1.ª, Madrid, 1945, pág. 232, y *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 321; *vid.* también GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, 1957, págs. 495 y sigs., y III, 1958, págs. 48 y siguientes). Según esta definición, lo que la ley denomina "escrito de interposición" es la verdadera demanda, y lo que aquélla conoce por el nombre de "demanda", constituye el acto de alegaciones en el que se formula la pretensión (sería una demanda mixta o "compleja", en la terminología de GUASP).

(110) La sentencia de 31 diciembre 1957 sostiene que "es en el escrito de interposición donde debe fijarse y precisarse el acto administrativo objeto de la impugnación, y que tal determinación no puede alterarse después en la demanda, según declaran, entre otras, las sentencias de 13 diciembre 1944, 11 abril, 21 mayo, 17 junio y 7 julio 1947, 1 febrero 1950, 5 marzo 1951, 25 mayo 1956 y 2 abril 1957".

La fórmula concreta empleada será del siguiente o parecido tenor: "Que el día ..... le ha sido notificado a mí poderdante (o "me ha sido notificado" o "se ha publicado en el *Boletín Oficial de...*") la Orden del Ministerio de ....., cuyo traslado se acompaña..."

nables. No obstante, en el actual momento procesal, en tanto en cuanto el "escrito de interposición" reúna los requisitos formales previstos en el art. 57, procederá su admisión, produciéndose la litispendencia.

b") *Anuncio en los periódicos oficiales y remisión del expediente administrativo* (arts. 60 y 61).—Digamos tan sólo que la recepción del expediente administrativo será otro dato que venga a confirmar, con el más somero examen, la naturaleza del acto impugnado, poniéndola aún más de relieve. [Para el proceso especial en materia de personal, acortamiento de plazos.]

c") *Trámite de admisión* (del recurso).—Para evitar procesos inútiles, la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 ha creado un trámite de admisión, que permitirá declarar la inadmisión de aquellos recursos que adolezcan de defecto procesal insubsanable. Es lógico que así ocurra cuando la subsanación no es posible (o no se lleva a cabo) para evitar una tramitación que habría de abocar normalmente a una sentencia de inadmisión.

El Tribunal *declarará* no haber lugar a la admisión del recurso cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado 1 del art. 62, entre los cuales están "la falta de jurisdicción... del Tribunal, con arreglo a los capítulos I y II del título I" (art. 62, 1, a), y "deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el art. 40..." (art. 62, 1, b). Cuando el acto impugnado sea, pues, de los comprendidos en el art. 40, d), entendemos que lo procedente (previo el trámite de audiencia que diremos) es pura y simplemente la inadmisión de plano. Así se deduce tanto de la declaración del art. 62, 1 ("*declarará* no haber lugar a la admisión"), como de la que encabeza el propio art. 40 ("*no se admitirá* recurso contencioso-administrativo..."), tan taxativas y claras que no ofrecen duda alguna; e inadmisión de plano *precisamente* en este trámite, del que sólo se podrá pasar cuando se ofrezcan fundadas dudas acerca de la naturaleza del acto impugnado (caso que, en principio, debe considerarse raro en cuanto a las resoluciones del art. 40, apartado d), que, por su propia índole y elemental delimitación, deben ser de fácil *identificación*).

Ahora bien: para que el Tribunal pueda declarar la inadmisión se exige que se haga saber a las partes el motivo en que pudiere fundarse, para que aleguen lo que estimen procedente al res-



pecto (art. 62, 2). Contra el auto que acuerde la inadmisión caben los recursos que señala el art. 62, 3).

d") *Emplazamiento y personación de los demandados*.—Se regulan en la sección 3.ª del capítulo I del título IV (arts. 63 y siguientes), y ninguna particularidad ofrecen al objeto de nuestro estudio.

e") *Demanda*.—Lo que la ley denomina "demanda" ya indicábamos que implica el acto de alegaciones en el que se formula la pretensión. Y que los presupuestos objetivos de ésta vienen constituidos por los requisitos que debe reunir el acto administrativo para ser impugnabile, entre los que cuenta su no inclusión en el artículo 40. En otro caso se produce un defecto de admisibilidad y el órgano jurisdiccional no podrá entrar en la cuestión de fondo.

Por lo que respecta al contenido de la demanda, nos referiremos tan sólo a la determinación cualitativa de la pretensión. Supone que haya de precisarse en el "suplico" del escrito, en que la misma se formula, cuál es el acto objeto de la pretensión (111). Vuelve así a ponerse en evidencia la naturaleza del acto excluido (en su caso), reforzándose lógicamente esta identificación por las manifestaciones que sobre los fundamentos de hecho y de derecho (artículo 69, 1) haga el actor en la "demanda". [Para el procedimiento especial, normas particulares sobre plazos y cómputo de los mismos.]

f") *Defensas previas*.—Se trata de un trámite de oposición previo ("alegaciones previas" lo llama la ley) en el que los demandados y coadyuvantes pueden alegar algún defecto procesal que pudiera determinar la inadmisibilidad del recurso (art. 71 en relación con el 82), sin perjuicio de que tales motivos puedan, asimismo, ser alegados en la contestación a la demanda. Características de este trámite son las de su diferenciación respecto del normal de oposición y el referirse a los requisitos procesales.

Tan sólo podrán alegarse como defensas previas "los motivos que, con arreglo al art. 82, pudieran determinar la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal o la inadmisibilidad del

---

(111) Recordemos que la determinación del acto que se impugna quedó hecha en el "escrito de interposición del recurso", sin que ahora sea posible formalizar la pretensión impugnando acto distinto (*vid.* nota anterior).

recurso", entre los que están (apartados *a* y *c* del art. 52) los de que "se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción... por corresponder el asunto a otra jurisdicción" y "queuviere por objeto [el recurso] actos no susceptibles de impugnación a tenor del capítulo I del título III" (que comprende, como sabemos, al art. 40).

Si el auto que decida el incidente (art. 72, 2) estima las alegaciones previas, "se declarará sin curso la demanda y se ordenará la devolución del expediente administrativo a la oficina de donde procediere" (art. 73, 1); si fuesen desestimadas las alegaciones previas, "se dispondrá que la parte que las hubiere propuesto conteste la demanda..." (art. 73, 2). Las posibilidades de recurso contra el auto que decide el incidente se determinan en el art. 72, 4). [El trámite de defensas previas queda suprimido para los procesos especiales en materia de personal, art. 116.]

g") *Contestación de la demanda*.—Sobre los trámites y sentido de la contestación, bastará remitirse al art. 68. En el escrito de contestación, el demandado formula las peticiones y alegaciones que crea oportuno frente a la pretensión del actor; se recoge, de este modo, la oposición a la pretensión. *Por el tipo de discusión*, la oposición podrá consistir en una mera negativa de todos o algunos de los elementos de la pretensión, o en una afirmación contraria que, reconociendo o no las circunstancias invocadas por el actor, afirma otras que son incompatibles con aquélla (excepción, en sentido propio); *por el contenido de la discusión*, la oposición puede referirse al fundamento jurídico-material de la pretensión (a los hechos que constituyen el fundamento o a la norma jurídica en que se consideran subsumibles aquéllos), y entonces el examen de este tipo de oposición constituye problema de fondo, o puede referirse a los requisitos procesales de la pretensión, atacando, por lo tanto, la admisibilidad de la misma. Como se deduce de los segundos términos de esta doble clasificación, es visto que en este momento procesal el demandado podrá aducir la inclusión del acto impugnado entre los excluidos por el art. 40, sin que a ello sea obstáculo el que ya hubiera sido alegado en el trámite incidental de defensas previas. Los únicos requisitos, en cuanto al objeto, de la oposición a la pretensión serán los de que sea posible y lícita.

Efecto de la oposición es el que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta los datos en que se concreta, y si bien no fija el objeto del proceso, sí, en cambio, los límites de su examen, de modo que, conforme al sentir jurisprudencial (112), en cuanto pueden hacerse peticiones por el demandado que es necesario sean resueltas por el órgano jurisdiccional, es preciso que éste las resuelva para que la sentencia sea congruente; si el demandado alega una defensa procesal y la sentencia, sin desestimarla, entra a examinar el fondo del asunto, se producirá la incongruencia del fallo (113). [Para el proceso especial, normas particulares en cuanto a los plazos.]

b) *Fase de prueba: vid. arts. 74 y 75.* No nos interesa aquí su especial consideración.

c) *Fase de conclusiones:* a") *Conclusiones o vista oral.*— Terminada la fase de prueba o, cuando ésta no hubiere existido, la de alegaciones, se da un trámite de conclusión, en el que las partes pueden resumir sus respectivas posiciones (art. 79), trámite escrito, salvo los supuestos que señala el art. 76, en que habrá lugar a celebración de vista oral. Tanto en uno como en otro caso no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación; pero cuando el Tribunal lo juzgue oportuno (art. 79, 2), se podrán tratar cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de las partes, sin más que ponerlo previamente en conocimiento de éstas por medio de la oportuna providencia.

Se trata, pues, de otro momento en que el demandado podrá insistir, en su caso, o el Tribunal disponer que se examine la naturaleza de excluido que pueda tener el acto impugnado conforme al art. 40, sin más efecto, concluido el trámite, que el de quedar señalado día para la votación y fallo.

[La inexistencia de vista y de escrito de conclusiones es la regla especial en el procedimiento en materia de personal, artículo 117.]

(112) Es necesario que la sentencia resuelva las peticiones formuladas por las partes "en las súplicas de sus escritos respectivos" (sentencias de 13 marzo 1907, 31 marzo 1922, 5 diciembre 1946, 13 enero 1947, 28 noviembre y 16 diciembre 1952), examinando todas las cuestiones "planteadas en la *litis*" (sentencia de 13 mayo 1935).

(113) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho...*, cit., II págs. 415 y sigs.

b") *Sentencia*.—Como acto de terminación del proceso, y a tenor de las normas que la regulan en la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (art. 80 y sigs.), pueden ser clasificadas en: 1.º, sentencias que entran en el fondo que, a su vez, pueden ser arts. 81, 1, b y 83, 1, 2) *estimatorias*, si actúan la pretensión, o *desestimatorias*, en el caso contrario; y 2.º, sentencias que no entran en el fondo, que son aquellas que estiman la falta de algún requisito procesal, declarando la *inadmisibilidad* (arts. 81, 1, a y 82). La sentencia “declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo” en los casos recogidos en el art. 82, y entre ellos están: “que se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción... por corresponder el asunto a otra jurisdicción” (apartado a), y “que tuviere por objeto [el recurso] actos no susceptibles de impugnación a tenor del capítulo I del título III” (apartado c), en cuyo capítulo está enclavado el art. 40.

De los efectos, aclaración, ejecución, recursos, etc., de o contra la sentencia, hacemos caso omiso por exceder de nuestro propósito. Únicamente señalaremos que “la sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso... sólo producirá efecto entre las partes” (art. 86, 1), y que los requisitos objetivos de la sentencia pueden, en definitiva, reducirse a uno: la congruencia, a la que tendremos ocasión de aludir.

b) *Sentido de la exclusión*.—A modo de resumen, y conforme se desprende de los apartados anteriores, podemos sintetizar como conclusiones las siguientes:

1.º Por la propia naturaleza de los actos excluidos en el apartado d) del art. 40, claramente definidos, su “identificación” —permítasenos el término— a lo largo del proceso será normalmente *fácil*.

2.º Una vez determinado, sin lugar a dudas, que se trata de un acto inimpugnable a tenor del art. 40, d), y siendo el defecto insubsanable, no cabe otra solución que la inadmisión del recurso.

3.º La inadmisión ha de ser acordada de plano, sin distinción alguna; si el fallo contiene algún otro pronunciamiento que afecte a la resolución impugnada, desvirtúa su propia razón de ser.

## IV

**UN SUPUESTO PARTICULAR: LA FISCALIZACION  
JURISDICCIONAL DE LA FORMA (vicios procedimentales)  
DEL ACTO EXCLUIDO**

I. IDEA PREVIA

En relación con las afirmaciones que, a modo de conclusiones, acabamos de hacer, no podemos eludir la cuestión, íntimamente ligada al problema, de la fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa del cumplimiento o incumplimiento, por parte de la Administración, de los trámites o requisitos formales del acto administrativo. Admitida por nosotros, sin reserva alguna, la posibilidad de tal fiscalización como regla general, consideramos, en cambio, que ya no resulta tan clara si el acto impugnado es de los excluidos expresamente, y, concretamente, la reputamos inconveniente y técnicamente difícil si se trata de los actos y resoluciones comprendidos en el apartado d) del art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956. Precisamente en este punto concreto, en cuanto a dicho apartado d), ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse, como lo ha hecho recientemente en sentencias de 10 de mayo de 1960 y 11 de noviembre de 1958, que sientan doctrinas, en gran parte contradictorias. Nuestro propósito será, sencillamente, el extraer de su examen aquellas consideraciones que abonen la postura que entendemos más correcta.

Previamente y a tal fin, aludiremos a la *forma* del acto administrativo como elemento del mismo, para luego resumir algunos puntos de vista jurisprudenciales sobre la fiscalización de ese elemento formal, en general, y, finalmente, en particular y respecto de los actos inimpugnables que aquí nos interesan (114).

---

(114) En relación con los motivos de impugnación de un acto administrativo, entendiéndolo por tales, en general, "aquéllas razones suficientes en Derecho para que un superior jerárquico del organismo que dictó el acto impugnado o una jurisdicción revisora declaren la nulidad de dicho acto a instancia de parte autorizada" (GARRIDO FALLA), nos limita-

## 2. LA FORMA COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL VICIO DE FORMA

“Sobre la base de las conquistas realizadas por el Derecho privado y por la doctrina general del Derecho en el estudio de los elementos de los actos jurídicos —dice GARRIDO FALLA (115)—, la literatura jurídico-administrativa se ha planteado también la cuestión de determinar los elementos del acto administrativo. Tampoco en esta materia puede decirse que exista acuerdo doctrinal, si bien, muchas de las discrepancias son sólo aparentes por entrafñar una mera cuestión de terminología... Por nuestra parte, admitimos los siguientes elementos del acto administrativo: sujeto, objeto o contenido, causa, fin y forma.”

El propio GARRIDO FALLA (116), al ocuparse del último de los elementos citados, formula su punto de vista diciendo que “en su acepción estricta, la expresión *forma* se entiende referida al modo de declaración de una voluntad ya formada, actuando como

---

remos a señalar aquí que en el Derecho vigente en nuestra Patria se han unificado las esferas central (el recurso de plena jurisdicción comportaba como motivo de impugnación la vulneración de un derecho subjetivo individualizado) y local (en que se admitían tres de los clásicos motivos elaborados por la jurisprudencia francesa: incompetencia, vicio de forma e infracción de ley), pudiendo hoy considerarse como motivo único “cualquier infracción del ordenamiento jurídico” [vid. arts. 48, 1), y 115 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958].

El examen de los motivos de impugnación ha de hacerse a partir de la teoría de los “vicios” del acto administrativo, para lo cual, a su vez, se hace preciso antes examinar los elementos del acto. Así lo haremos en cuanto el elemento forma, que aquí interesa.

(115) GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, I. E. P., Madrid, 1956, págs. 213-216; allí puede verse, notas 20 y 21. una síntesis de las diversas posturas doctrinales y consideraciones críticas al respecto.

(116) A cuya exposición nos vamos a atender esencialmente: GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, I (parte general), 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1961, págs. 450 y sigs.; *Régimen...*, citado, págs. 254 y siguientes, y “Los motivos de impugnación del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 17, págs. 11 y sigs.

Vid. VILLAR Y ROMERO: “Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1954, págs. 317 y siguientes.

medio de transporte de dicha voluntad del campo psíquico al campo jurídico, a los fines de asegurar su prueba y de permitir el exacto cumplimiento de su contenido. En este sentido, el elemento forma se opone a los elementos materiales del acto administrativo. Pero no hay duda de que, con relación a los actos administrativos, la expresión forma abarca también el conjunto de formalidades y trámites a través de los que la voluntad administrativa se configura; esto es, el procedimiento de formación de dicha voluntad.”

Aceptado, desde luego, este sentido amplio de la expresión *forma* (117), se haría preciso estudiar separadamente dos grupos de cuestiones: 1.ª La forma de integración de la voluntad administrativa o procedimiento administrativo. 2.ª La forma de la declaración de la voluntad administrativa, dentro del cual se comprenderían cuestiones tales como: la motivación del acto administrativo, la intervención de funcionario fedatario, la publicación y la notificación del acto administrativo y el silencio administrativo. No obstante, aquí tan sólo interesa una referencia —y breve— a las cuestiones comprendidas en el grupo primero de los indicados, o lo que es lo mismo, el examen del procedimiento administrativo como forma.

Señala GARRIDO que el hecho de que la declaración en que consiste el acto administrativo se forme a través de un procedimiento, es efecto de una doble causa: primera, deriva del hecho de que, siendo la Administración una persona moral, su voluntad se forma mediante la actuación de una serie de voluntades correspondientes a titulares físicos de sus órganos; segunda, del hecho de que, por consecuencia de recientes preocupaciones políticas, se ha tendido cada vez más a una juridización del actuar administrativo. De aquí que el procedimiento administrativo aparezca como un conjunto de formalidades arbitrarias, casi generalmente, en garantía del particular (118), aunque no se pueda olvidar la segunda de las finalidades perseguidas con este mis-

---

(117) Sobre los requisitos de forma del acto administrativo, *vid.* también GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo*, I, 6.ª ed., Madrid, 1957, páginas 228 y sigs. y bibliografía allí citada.

(118) *Vid.* ROYO-VILLANOVA: “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, en *R. E. P.*, núm. 48 (1949), págs. 55 y sigs.

mo procedimiento: lograr el mayor acierto y eficacia en las resoluciones administrativas. "Todo formalismo —se ha dicho (119)— es siempre un instrumento para la eficacia que pasa por la antecámara de la desconfianza."

Quedan así, pues, situados los actos de tramitación procedimental como elementos formales del acto administrativo resolutorio del expediente, configuración plenamente válida para nuestro sistema positivo. Ello comporta, trasladándonos al campo de la revisión jurisdiccional del acto, dos corolarios: a), la imposibilidad de impugnación directa de los actos-trámite (120), consecuencia negativa de la concepción unitaria del acto administrativo; y b), posibilidad de impugnación del acto administrativo final en consideración a los vicios de forma que se hayan cometido durante la tramitación del expediente que lo originó (consecuencia positiva derivada de la consideración de la forma, en sentido amplio, como elemento del acto final).

---

(119) MARTÍNEZ USEROS: "Los requisitos de forma en los actos administrativos", en *Anales de la Universidad de Murcia*, curso 1949-1950, 4.º trimestre.

(120) La denominación de "actos-trámite" a uno de los términos de la clasificación de los actos administrativos atendiendo a su importancia: actos de tramitación, actos principales o definitivos (término que no hace referencia a los actos que "causan estado") y actos de ejecución. Cada resolución administrada viene a finalizar un expediente o procedimiento, constituido, a su vez, por una serie de actos que, por no ser resolutivos, se denominan actos de tramitación. La distinción se centra, pues, en la diferencia entre acto principal y acto-trámite, en razón al papel que desempeñen en el procedimiento o expediente. Al no ser los actos-trámite sino elementos formales del acto administrativo principal, es obvio que no son susceptibles de impugnación directa ante una jurisdicción revisora. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo (sentencias de 12 y 28 noviembre 1889, 2 junio 1913 y 26 enero 1949, con la interesante aclaración de GARRIDO en nota 45, pág. 191 de su obra *Régimen...*, cit.) y la jurisprudencia de agravios (Orden de 5 de julio 1952, B. O. de 9 diciembre 1954).

Obsérvese que esta clasificación no puede ser identificada ni asimilada a la que distingue entre actos *simples* y *complejos*, que deriva del número de voluntades que intervienen en la formación del acto administrativo; y que los actos que integran un expediente, destinados a preparar una decisión final, deben quedar **excluidos** de la categoría de los actos complejos. Cfr. GARRIDO: *Régimen de impugnación...*, cit. páginas 171-173.



Se ha definido el "vicio de forma" como "la omisión o el cumplimiento incompleto o irregular de las formalidades a las que un acto administrativo está sujeto por las leyes y Reglamentos" (121). Todo requisito de forma exige un texto legal (en sentido amplio) que lo imponga o, al menos, que tal requisito esté reconocido como principio general del Derecho (por ejemplo, así ocurre con el llamado "trámite de audiencia", exigencia del procedimiento que, independientemente de su exigencia legal, ha afirmado la jurisprudencia que ha de ser inexcusablemente respetada por la Administración, por tratarse de "un principio general del Derecho": sentencias de 4 y 9 de junio de 1943, 31 de diciembre de 1931 y 30 de abril de 1928, entre otras). Quiere ello decir que para enumerar las formalidades de procedimiento consagradas por el Derecho positivo, se requeriría el completo examen de todos los textos legales pertinentes. GARRIDO resume, en términos amplios, las principales entre aquellas formalidades, limitándonos nosotros a reproducir el esquema de su exposición; se distinguen las siguientes clases de formalidades:

1.ª Actos emanados de los propios órganos internos de la Administración, con especial estudio de los dictámenes o consultas y las propuestas.

2.ª Actos de los particulares de intervención en el expediente administrativo, especialmente la llamada "audiencia del interesado".

3.ª Requisitos de forma para la integración de la voluntad de los órganos administrativos colegiados: convocatoria, orden del día, *quorum*, etc.

Pero la cuestión más interesante a resolver no está en relación con cuáles puedan ser esas formalidades, sino más bien la de determinación de los efectos de su falta o irregularidad.

Ya hemos dicho que esa falta o irregularidad significa un vicio de forma del acto administrativo principal. Y entendemos que, partiendo de la distinción entre nulidad y anulabilidad, no parece arriesgado afirmar que la regla es la anulabilidad (122),

---

(121) ALIBERT: *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, págs. 218, cit. por GARRIDO.

(122) GARRIDO FALLA (*Régimen...*, cit., págs. 208 y sigs.), al estudiar las peculiaridades de la teoría de la invalidez del acto administrativo,

no siendo aplicable con carácter general el art. 4.º del Código civil. Observemos que:

1.º Desde un punto de vista —digamos— “procesal”, la ac-

a los dos casos de invalidez que admite (nulidad absoluta y anulabilidad) añade la hipótesis de los “actos irregulares, pero válidos”, como un matiz más, que resulta de la no aplicabilidad del art. 4.º del Código civil, “puesto que supone la existencia de actos viciados (por consiguiente, que infringen la ley en mayor o menor cuantía) y que, no obstante, no deben considerarse anulables. Esta posibilidad está expresamente reconocida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo —añade—, pudiendo servir de ejemplo la declaración de la sentencia de 29 de enero de 1915: “... cuando las leyes y los reglamentos administrativos no declaren nulos [se refiere indiferenciadamente a la nulidad absoluta y a la anulabilidad] los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente, y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas”. Actos irregulares, pero válidos, son, por ejemplo, aquellos en que se han omitido u olvidado exigencias procedimentales de las denominaciones no sustanciales.”

[*Vid.* arts. 48, 2) y 49 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.]

Y la sentencia de 22 noviembre 1954 dice: “Que no basta cualquier omisión de un trámite reglamentario en el expediente gubernativo para motivar siempre, y desde luego, la nulidad de la resolución ministerial que en él recalga, sino que es preciso ponderar en cada caso concreto las consecuencias producidas por tal omisión y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido.”

Por otra parte, cabe admitir *ciertos casos de nulidad de pleno derecho* por ausencia de formas: el vicio, que consiste en “un olvido total” del procedimiento a seguir (la llamada “vía de hecho”); tal sería, en determinados casos, la separación de un funcionario inamovible sin el oportuno expediente previo.

En todo caso, recordemos lo dispuesto en los arts. 47 y 48 de la ley de Procedimiento administrativo de 1958:

“Art. 47. 1. Los actos de la Administración son *nulos de pleno derecho* en los casos siguientes:

- ”a) Los dictados por órgano manifestamente incompetente.
- ”b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.
- ”c) Los dictados prescindiendo ~~total~~ y absolutamente del pro

ción para hacer valer la invalidez no será imprescindible ni podrá ser ejercitada por cualquiera, sino únicamente por personas determinadas, dentro de los plazos previstos por el Derecho (transcurridos los cuales, el vicio habrá quedado subsanado) (123), pero que podrá ser declarada de oficio por el Tribunal, en su caso.

2.º Para que la anulabilidad se produzca, la omisión o irregularidad formal ha de recaer en trámites que tengan carácter esencial (*vid.*, antes, nota 122).

3.º Los efectos de una declaración de nulidad efectuada jurisdiccionalmente se contraen a que se considere como no concluso el expediente y se ordene sea retrotraído al momento en que se cometió el vicio.

---

*cedimiento legal establecido para ello* o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

"2. También serán nulas de pleno derecho *las disposiciones administrativas* en los casos previstos en el art. 28 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado." (Texto refundido de 26 de julio de 1957).

"Art. 48. 1. Son *anulables*, utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta ley, los actos de la Administración que incurran *en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*, incluso la desviación de poder.

"2. No obstante, *el defecto de forma* sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados."

(123) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, página 473.

### 3. LOS VICIOS DE FORMA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### A) *Tesis jurisprudencial*

La jurisprudencia (124) de nuestro Tribunal Supremo (125) ha venido, como no podía por menos de hacer, afirmando reiteradamente su competencia para el examen y fiscalización del elemento forma del acto administrativo sometido a la jurisdicción contenciosa. Trataremos de hacer una breve relación de los pronunciamientos jurisprudenciales tan sólo en cuanto a la revisión de la legalidad del procedimiento o expediente administrativo (como vicio del acto principal), concretamente en los puntos siguientes:

1.º A modo de *principio general y básico* se sostiene la competencia (entendido el término en sentido amplio y, por tanto, impropio) de los Tribunales de la jurisdicción para enjuiciar la regularidad del procedimiento administrativo seguido por la Administración al dictar sus resoluciones. Podemos citar, entre las más recientes, la sentencia de 4 de marzo de 1953, a cuyo tenor,

“...la Sala tiene repetidamente declarado que la función revisora que a los Tribunales de nuestra jurisdicción les

---

(124) Sabido es que, aun cuando no sea fuente del Derecho, la jurisprudencia constituye, sin duda, el más importante instrumento para conocer el Derecho positivo, pues se dirige, como ha dicho el propio Tribunal Supremo, a lograr la inteligencia y aplicación de las leyes (sentencia de 25 febrero 1926), a suplir omisiones involuntarias (sentencia de 19 abril 1925) y a fijar el alcance y aplicar los principios generales del Derecho (sentencia de 12 junio de 1926).

(125) Sobre la evolución de la jurisprudencia, en orden al reconocimiento de las facultades de fiscalización de la regularidad del procedimiento, pueden consultarse (además de las obras citadas de GARRIDO FALLA): SERRANO GUIRADO: “El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado”, en *R. A. P.*, núm. 10 (enero-abril 1953), que incidentalmente se ocupa del asunto en la pág. 119; el mismo: “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo”, en *R. A. P.*, núm. 4 (enero-abril 1951), págs. 129 y sigs.

está encomendada, no sólo alcanza a los actos administrativos que son objeto de recursos, sino que se extiende también, sin limitaciones ni cortapisas de clase alguna, a todas las actuaciones gubernativas que las determinaron, en las que es necesario examinar cuidadosamente si se tuvieron en cuenta las normas y disposiciones de todo orden que regulen la materia de que se trata; y esto sentado, resulta evidente que para que aquella misión revisora pueda llevarse a efecto con el rigor y acierto deseable, es absolutamente preciso poder estudiar los expedientes originales en cuantos trámites, diligencias y documentos en ellos figuren, única forma de que el Tribunal tenga los elementos de juicio necesarios e indispensables para cumplir con las garantías debidas el delicado deber que se le confía, apreciando en todo su valor el trámite seguido en vía gubernativa, como igualmente las circunstancias de hecho y las motivaciones jurídicas que fueron tenidas en consideración en el caso que a su decisión se somete." (Sentencia 4 marzo 1953; en análogo sentido, sentencias 30 abril, 17 y 31 mayo 1952.)

Incluso refiriéndose a los Tribunales de Honor, entendiendo la jurisprudencia que constituye una jurisdicción especial la que a ellos se encomienda, sobre todo por lo que se refiere a la cuestión de fondo por ellos juzgada (sentencias 9 noviembre 1906, 24 febrero 1926, autos 1 marzo 1905 y 15 abril 1909), se ha podido afirmar que, en cuanto a los posibles vicios de procedimiento, la jurisdicción contencioso-administrativa conserva su competencia fiscalizadora (sentencias 7 octubre 1924 y 11 noviembre 1950, doctrina aceptada por la jurisdicción de agravios: Orden de 6 febrero 1952, *B. O.* del 11 de febrero).

Aplicada de este modo la facultad revisora en cuanto a los vicios de procedimiento, el expediente administrativo mismo se convierte en dato procesal; de aquí que el expediente en que fué dictado el acto que da lugar a la pretensión procesal ha de incorporarse al proceso contencioso-administrativo por exigencia de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (arts. 61 y 67, siendo obligación de la Administración demandada el remitirlo. De tal modo que, sin la existencia del expediente, no puede concebir-

se el proceso, dando lugar la desaparición de aquél a la extinción de éste. Así se ha afirmado por la jurisprudencia, al decir que,

“...al no reconstruirse el expediente original, al menos en sus elementos sustanciales, necesarios para enjuiciar con acierto la cuestión planteada, no existe verdadero pleito y, por ello, el juzgar resulta ya imposible.” (Sentencia de 12 marzo 1947.)

2.º Que el procedimiento es *de orden público* y que, por consiguiente, los vicios procedimentales deben acusarse *de oficio*, lo tiene declarado la jurisprudencia con tal reiteración, que nos permite citar sólo alguno de sus fallos, a título de ejemplo:

“Es doctrina reiterada la de que cuanto afecta al procedimiento es de orden público...” (Sentencia de 15 abril 1953.)

“...este Tribunal, en múltiples sentencias (entre otras, las de 22 octubre 1947 y 23 febrero 1949), sentó la doctrina de que la nulidad de actuaciones procesales por omisión de trámites esenciales es cuestión que, por afectar al orden público, puede ser apreciada de oficio, en todo caso, por el propio Tribunal...” (Sentencias de 17 diciembre 1954, 2 julio, 28 octubre y 28 noviembre 1952.)

“Repetidamente se tiene declarado que esta jurisdicción tiene siempre competencia para examinar y, en su caso, declarar si, al dictar sus acuerdos la Administración, se observaron o no en las actuaciones practicadas en vía gubernativa los requisitos y trámites esenciales que debieron ser cumplidos..., incluso de oficio.” (Sentencia de 23 octubre 1959.)

Ahora bien: la razón de “afectar al orden público” no viene fundamentando el conocimiento de oficio tan sólo en cuanto a los vicios procedimentales, desde el momento en que la jurisprudencia también tiene declarado que,

“...todo lo relacionado con la nulidad y la *competencia* se reputa siempre de orden público, por lo que la Sala puede y debe pronunciarse de *oficio*, sin intervención alguna

de las partes.” (Sentencia de 26 de noviembre de 1952) y que, “...las exigencias procesales, como garantía de orden público, son estimables de oficio.” (Sentencias de 26 enero y 5 febrero 1951 y 7 julio 1952.)

Y es de observar que también constituye una “exigencia procesal” el requisito procesal de que el acto sea impugnabile; por tanto, esta exigencia procesal también es estimable de oficio, por ser también de orden público. De forma terminante lo ha reconocido la sentencia de 28 junio 1960:

“No cabe la sumisión a los Tribunales de lo contencioso, si en realidad es una *materia ajena* a su competencia, por tratarse ello de una cuestión de orden público, sustraída a la disponibilidad de las partes interesadas.”

Tendremos ocasión de volver sobre este punto. Por el momento, digamos tan sólo que en materia de “excepciones” la jurisprudencia anterior al texto legal hoy vigente ya venía admitiendo, sin reservas, que toda esa materia resultaba apreciable de oficio. Así, la sentencia de 8 mayo 1953:

“...aunque las partes litigantes no hayan propuesto excepción alguna, desde el momento en que concurra *cualquiera* de las que especifica la ley de esta jurisdicción, es atribución de la Sala correspondiente el recogerla de oficio, velando así por la pureza del procedimiento en cuestión, que es de orden público.”

Sentado, pues, que tanto los vicios de forma como las cuestiones de jurisdicción, y entre ellas, las de inimpugnabilidad del acto principal (126), *por ser de orden público*, pueden ser examinadas de oficio, veamos ahora el orden de prelación que, según la jurisprudencia misma, debía observarse en aquel examen.

---

(126) “La excepción de incompetencia no se determina por el carácter de la persona que recurre, sino por la naturaleza de la resolución recurrida” (A. de 22 abril 1913).

3.º La doctrina —podemos decir— más extremada es reiterada: así, se ha podido declarar que,

“...aun en el caso de que esta jurisdicción carezca de competencia para conocer del fondo del asunto, la tiene siempre para revisar las actuaciones administrativas y decidir si al practicarlas se han cumplido todos los trámites procesales en garantía del interesado, materia que, por su naturaleza pública, tiene preferencia sobre cualquier otra de las discutidas en el pleito.” (Sentencias de 30 abril 1908, 7 febrero 1913, 2 octubre 1931, 20 mayo 1932, 14 mayo 1940, 28 noviembre 1940, 12 febrero 1941, 14 octubre 1942, 4 junio 1943, 21 diciembre 1945, 28 abril 1947, 28 mayo y 14 octubre 1948 y 27 septiembre 1950.)

Igualmente, en el sentido de que, incluso con carácter previo a las excepciones de incompetencia de jurisdicción que hayan podido ser alegadas, procede se acusen los vicios de forma, pueden ser citadas, por ejemplo, las sentencias de 23 abril 1948 y 3 octubre 1950, la segunda de las cuales sienta que

“...procede examinar si por la Administración se cumplieron todos los ritualismos exigidos por la legislación vigente antes de resolver el expediente... o si se ha omitido en aquél alguno de los requisitos esenciales para que tenga validez, ya que sólo en el primer caso... es cuando cabe estudiar la competencia de esta Sala para entender del asunto.”

Y bien recientemente, la sentencia de 17 noviembre 1959 afirma que la promulgación y aplicabilidad de la nueva ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 no ha privado al Tribunal de la facultad de enjuiciar, como cuestión preferente a cualquier otra de las suscitadas en los recursos de que conocen, la de la nulidad sustancial e insubsanada de las actuaciones gubernativas que sirven de antecedente a las resoluciones que revisen.

Sentimos no poder estar conformes, en cuanto a la técnica empleada, con esta dirección jurisprudencial. Porque si parece plausible el que, por ejemplo, se desestime la excepción de “defecto legal en el modo de proponer la demanda” y se examine



preferentemente la cuestión de nulidad de las actuaciones en vía gubernativa (como hacen las sentencias de 17 diciembre 1954, 2 julio, 28 octubre y 28 noviembre 1952), no creemos correcto llevar esta preferencia hasta el límite que supone el que juegue frente a toda otra cuestión, y, concretamente, frente a la inimpugnabilidad del acto recurrido. Sobre todo, porque en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha reconocido la necesidad de examinar antes la cuestión de su propia competencia para conocer: se pueden citar algunas sentencias (VILLAR PALASÍ: "La doctrina del acto confirmatorio", en *R. A. P.*, núm. 8, mayo-agosto 1952, pág. 49, se refiere a varias) en que se ha aceptado la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que el acto administrativo impugnado era reproducción de otro anterior consentido, *negándose a examinar si los vicios de este último eran determinantes de la nulidad absoluta o de la mera anulabilidad:*

*"...fueran cualesquiera los defectos de tramitación del expediente gubernativo y hasta sus vicios de nulidad, que en todo caso, en tiempo hábil y ante el Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera sido necesario esclarecer y declarar si así procediera hacerlo..."* (Sentencia de 2 junio 1944.)

Como también se ha afirmado que,

*"...la excepción de incompetencia de jurisdicción (alegada con fundamento en no haber causado estado la resolución recurrida) ha de examinarse en primer término, no obstante haberse denunciado por el recurrente la existencia de vicio de procedimiento para pedir la nulidad de lo actuado, porque, si bien es cierto que el procedimiento es de orden público, y la Sala, a instancia de parte o de oficio, tiene facultad y competencia para encauzarlo, no lo es menos que para que ello ocurra ha de partirse del supuesto de que la Administración ha dicho la última palabra por haberse agotado la vía administrativa..., pues la misión de la jurisdicción es revisar lo que, ya dentro de la esfera administrativa, no tiene remedio legalmente posible."* (Sentencia de 26 abril 1943.)

Creemos que, al igual que se ha reconocido en los fallos citados la preferencia para declarar la "incompetencia de jurisdicción" basada en la doctrina del acto confirmatorio o en no haber causado estado la resolución recurrida, con mayor razón debe admitirse cuando el acto administrativo resulta objetivamente inimpugnable por estar expresamente excluido del ámbito jurisdiccional (127), pues tan injusto puede ser el que éste quede sin fiscalización en cuanto a la forma, con el posible riesgo de indefensión y merma de garantías para el particular, como el que lo queden aquéllos, por ejemplo, por entenderse firmes y consentidos por el propio particular perjudicado. Estamos, por el contrario, plenamente de acuerdo con la declaración, por ejemplo, de la sentencia de 10 febrero 1958, a cuyo tenor,

"...siendo de orden público las cuestiones que afectan a la competencia de la jurisdicción..., el examen de oficio de la propia potestad para conocer o no de tales litigios, ha de efectuarse preferentemente al enjuiciamiento de las pretensiones contenidas en las demandas", pretensiones entre las que puede estar, claro es, la petición de anulación basada en vicio del procedimiento gubernativo.

4.º La omisión o irregularidad cometida en el expediente gubernativo para dar lugar a la anulabilidad del acto principal han

---

(127) Enfrentándose con otro problema, el de la carencia de jurisdicción "en materia de personal", estando en vigor la Ley de 18 de marzo de 1944, falta de jurisdicción que existe no sólo en el caso de que el perjudicado por el acto en cuestión sea un particular, sino también cuando lo sea la Administración (proceso de lesividad), el Tribunal Supremo declaraba incidentalmente que se "hace necesario *negar* a la Administración la acción para acudir a esta vía cuando... estuvieren excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa ciertas resoluciones, y, estándolo... las referentes a personal..., es obligado declarar la incompetencia de esta jurisdicción, de igual manera que se hubiera pronunciado caso de haber acudido el particular agraviado, puesto que, según queda dicho, la Administración no goza de privilegio al efecto" [sentencia de 21 noviembre 1950, citada por AURELIO GUAITA en "Revocación de actos declaratorios de derechos en materia de personal", en *R. G. L. J.*, t. XXIII (marzo 1952), págs. 283-284].

de tener carácter de *esenciales* (128), suponiendo merma de *garantías para el particular* (*vid.*, antes, nota 122). La jurisprudencia emplea las expresiones:

“...omisión de *trámites esenciales*” (sentencia de 17 diciembre de 1954), “*infracciones de entidad suficiente* para determinar una posible nulidad de actuaciones, por ser *esenciales las normas de procedimiento infringidas*” (sentencia de 19 enero de 1960), “*vicio sustancial* que determina la nulidad de lo actuado por incumplimiento en el expediente administrativo de alguno de sus *trámites esenciales*” (sentencia de 15 abril 1953), “si se observaron o no en las actuaciones practicadas en vía gubernativa los *requisitos y trámites esenciales* que debieron ser cumplidos” (sentencia de 23 octubre 1959), etc.

Las formalidades de procedimiento se entienden, generalmente, como garantía del particular. Así se desprende de fallos como los siguientes:

“Es doctrina reiterada la de que, cuanto afecta al procedimiento es de orden público, por cuanto su observancia es *la más sólida y eficaz garantía de los derechos que a los particulares se reconocen*” (sentencia de 15 abril 1953); “las normas reguladoras del procedimiento gubernativo representan *la más sólida garantía de los derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración*, la que no puede eludir el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias sin que se produzca la nulidad de lo actuado desde el instante en que la trasgresión procesal se cometió” (sentencias de 4 marzo 1960 y 3 noviembre 1959):

siendo singularmente resaltado el vicio que suponga indefensión del particular:

“...al no existir la indispensable personalización del hecho o hechos determinantes de la sancionada falta, se colo-

---

(128) *Vid.* arts. 47, 1, c); 48, 2), y 49 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.

ca al inspeccionado en *notoria indefensión*, y se incide en vicio esencial del procedimiento, que, por afectar al orden público en *garantía de los administrados*, origina la nulidad del acta con las diligencias y resoluciones sucesivas" (sentencia de 11 noviembre 1959). "Si las normas de procedimiento, como establecidas en *garantía del derecho de defensa* que se ha de reconocer ha cualquier inculpado, se han de observar escrupulosamente, sabido es que, cuando su inobservancia en nada afecta a lo sustancial del procedimiento mismo, por cuanto que de ello no se sigue indefensión alguna, no puede prosperar la alegación de invalidez, según jurisprudencia del Tribunal en reiteradas sentencias, cuya profusión hace innecesaria su cita." (Sentencia de 3 mayo 1960.)

Es decir, que hay irregularidades procedimentales que no vician el acto administrativo final (*vid.*, antes, nota 122). Así, puede decirse de la observancia de los plazos de tramitación (129). Que las normas procesales (procedimentales) se establecen en defensa del particular en la mayoría de los casos, queda fuera de Guda; pero no es menos cierto que también se dictan para defensa de la propia Administración y, en definitiva, del interés público, en cuanto la observancia del procedimiento establecido por las disposiciones legales es garantía, precisamente, de una buena administración. SERRANO GUERRA (130), al señalar la evolución de la jurisprudencia en orden al reconocimiento de las facultades de fiscalización de la regularidad del procedimiento administrativo, pone de relieve cómo la doble finalidad del procedimiento o expediente administrativo (garantía de los derechos individuales y garantía de orden en la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones) ha sido debidamente subraya-

---

(129) En tales casos, si se ha derivado perjuicio para el particular, a éste no le queda más camino que dirigirse contra el funcionario responsable de la demora, ejercitando la oportuna acción (sentencias de 21 marzo, 26 abril y 23 junio 1930).

(130) "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", en *R. A. P.*, núm. 4 (enero-abril 1951), págs. 129 y sigs.

da por la jurisprudencia. Por nuestra parte, citaremos la sentencia de 23 octubre 1959, suficientemente expresiva al respecto:

“La Administración, al ejercitar las facultades de que está investida para cumplir los fines que se le encomiendan, tiene que atenerse a las disposiciones de carácter procesal que regulan su normal desenvolvimiento, sin que pueda omitir ni alterar ninguna de las formalidades establecidas al efecto en los preceptos que sean aplicables al acto administrativo de que se trate, quedando de esta manera *garantizados y asegurados tanto los derechos de los particulares como los altos intereses que a los poderes públicos están confiados*, razones que justifican cumplidamente el obligado rigor con que ha de exigirse la observancia de las normas rituarias.”

### B) *C r í t i c a*

La postura jurisprudencial que hemos tratado de recoger en los apartados anteriores (con las vacilaciones que también hemos señalado) ha sido objeto, en general, de crítica favorable, por cuanto supone una brecha abierta en el valladar de la discrecionalidad de la Administración, y, en definitiva, porque viene a configurar nuevos motivos de apertura del recurso contencioso. SERRANO GUIRADO (131) afirma que existe una marcada tendencia, en orden al reconocimiento de las facultades de fiscalización jurisdiccional del procedimiento administrativo, que tal y como se manifiesta en las decisiones más recientes, “hace presumir una preocupación en nuestros Tribunales por configurar en los límites de los preceptos legales en vigor *nuevos motivos de apertura del recurso contencioso*: la competencia y la forma, motivos clásicos consagrados por vía jurisprudencial como anejos a la propia esencia de la institución de lo contencioso”. Y GARRIDO FALLA (132) considera progresiva toda postura que **signifique** la búsqueda de elementos de forma fiscalizables, incluso en mate-

(131) *El recurso contencioso-administrativo y el requisito...*, cit., página 119.

(132) *Régimen de impugnación...*, cit. págs. 117 y 141-144.

rias que, en cuanto al fondo, están excluidas de la revisión jurisdiccional (133), y concretamente en cuanto a las cuestiones excluidas de la posibilidad de recurso por la propia ley (134) (aparte de las que ésta considera como pertenecientes a la potestad discrecional o de carácter político) (135).

Por nuestra parte, fiados, en proporción no despreciable, en el principio de autoridad en cuanto a los autores citados, concluimos también en admitir que la postura jurisprudencial es progresiva. Partiendo de la base de que la apertura de nuevos motivos de impugnación y la extensión de la fiscalización jurisdiccional es, por regla general, apetecible, consideramos que es efectivamente progresiva aquella línea de doctrina. Pero también creemos

---

(133) Refiriéndose, particularmente, al acto político o de gobierno, área en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado más tímida, dice: "Hay que reconocer, no obstante, que la jurisdicción de agravios ha realizado en esta materia *un inestimable progreso*, que nunca intentó el Tribunal Supremo, cual es el de buscar elementos de forma fiscalizables incluso en materias que, en cuanto al fondo, están excluidas de la revisión jurisdiccional, precisamente por tratarse de actos de gobierno. Así es que, sin olvidar en ningún momento que las materias relativas a depuraciones de funcionarios públicos por responsabilidades políticas pertenecen al orden político o de gobierno, se ha podido sentar la progresiva doctrina de "que la exclusión de estas materias (responsabilidades políticas) del recurso no puede extenderse a más que a impedir que impugne la sanción...; pero no podrá impedir que se fuerce a la Administración por medio del recurso de agravios a cumplir las formalidades establecidas y a actuar de conformidad con lo que disponen las leyes, sin quebrantarlas en aspectos en que ya no puede moverse discrecionalmente, cual sucede con las normas procesales que han de aplicarse o con los requisitos que es preciso se cumplan" (Orden de 23 mayo 1950, B. O. del 28)."

(134) Se está refiriendo al texto refundido de 1952.

(135) Refiriéndose, por ejemplo, a la interpretación por la jurisdicción de agravios de la prohibición del núm. 7.º del art. 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952 (resoluciones que se dicten consultadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de las Ordenes de San Fernando y San Hermenegildo), hace elogiosa referencia a la "hábil interpretación" de que se valió el Consejo de Estado para imponer su criterio de que las resoluciones de la Asamblea no debían quedar totalmente al margen del recurso, admitiendo en primer lugar fundado en vicio de forma. (Cfr. GARRIDO: *Régimen...*, cit. págs. 142-143, y PÉREZ HERNÁNDEZ: ob. cit. págs. 87 y sigs)

que en un sistema en que el primado de la ley es absoluto, el deseo, más o menos profundamente sentido, de que esta ley abra más y más el marco de la jurisdicción contenciosa, no puede autorizar el que por la sola vía de la interpretación se dé entrada a posibilidades de revisión que, *prima facie*, no parecen admitidas en base a la legalidad vigente. Todo ello será válido cuando se trate de aquellos actos administrativos que se excluyen de la revisión como actos discrecionales. Entonces sí que cabrá fiscalizar sus elementos reglados por la vía del vicio de procedimiento. La ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, que ya no menciona expresamente los actos discrecionales entre los excluidos, reconoce que "la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prinus* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos... y, en fin, ésta [la discrecionalidad] surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público" (136).

En cambio, cuando no se trata de actos discrecionales (ni de gobierno), la exclusión por la ley de una materia (exclusión legal de motivación política u ocasional, sí, pero actos excluidos que no son políticos ni discrecionales), entonces *el argumento utilitario* que se aduce en favor de aquella tendencia jurisprudencial, puede —en verdad— tambalearse. Ya no podrá decirse que con ella se abre un camino de fiscalización de una serie, difusa, desvaneciente, de actos que antes escapaban a todo control; se trata ya de actos concretos, diferenciados —y reglados—, que, no obstante, por especial voluntad de la ley, se excluyen de *todo* control jurisdiccional. Una cosa será el discutir la razón de ser y el fundamento de tal exclusión legal y otra muy distinta el negarle la eficacia prevista por la propia ley. No se diga aquello de que las normas especiales o excepcionales son de interpretación res-

---

(136) Exposición de motivos, IV, 3).

trictiva (137), porque también es cierto que son de aplicación preferente, y, además, está la afirmación repetida por la jurisprudencia de que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece duda”, lo que quiere decir que no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición (138). Y son éstas, consideraciones aplicables al supuesto concreto del apartado d) del art. 40 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, pues los actos en el mismo comprendidos ni son de carácter político ni discrecionales, como ha reconocido la jurisprudencia en el caso de la separación del servicio acordada a través de expediente gubernativo de los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar, al sentar que,

“...en cuanto al pretendido carácter discrecional de la resolución sancionadora, basta para rechazarlo tener presente que la tramitación y efectos del citado procedimiento vienen reglados en el capítulo II, título XXV, tratado tercero del Código de Justicia Militar...” (Sentencia de 31 mayo 1958.)

Mas, por el momento, nos seguiremos refiriendo —sin otras digresiones— a la postura jurisprudencial que, en general, venimos examinando. Dentro de tal examen general, reiterando nuestro aplauso a la finalidad y a los resultados de aquella línea jurisprudencial, creemos, no obstante, que, desde un punto de vista técnico-jurídico, también se le pueden hacer algunos reparos:

1.º El argumento, tradicionalmente invocado, de ser materia *de orden público*, bastante a fundamentar el examen del expediente administrativo *de oficio*, no es, en cambio, suficiente base para predicar que tal examen deba ser preferente frente a la falta de jurisdicción, en general, y las materias excluidas (inimpugnables), en particular. En este extremo, ya dejamos constancia de ciertas de-

---

(137) Reconozcamos, no obstante, que la jurisprudencia tiene declarado que han de interpretarse restrictivamente las disposiciones que suponen un obstáculo al acceso a la vía contenciosa, refiriéndose a la contenida en el art. 6.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1952 (sentencia de 1 julio 1954).

(138) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 522.



rogaciones de la regla general, que se pueden advertir en la misma jurisprudencia.

2.º En realidad, puede advertirse un malentendido. Cuando la jurisprudencia examina la cuestión de forma del expediente administrativo, entiende que lo hace previamente a la cuestión de fondo; cuando anula por vicio de forma el acto recurrido y desestima, por ejemplo, la excepción de incompetencia de jurisdicción, lo hace pretendiendo no haber entrado en el fondo del asunto. Pues bien: tanto en uno como en otro caso, como siempre que se estime la concurrencia de un vicio de forma del expediente administrativo, lo cierto es que, consciente o inconscientemente, *se ha entrado en el fondo*. Trataremos de explicar este aserto y sus consecuencias ulteriores.

La expresión forense “fondo del asunto” hace, naturalmente, referencia al proceso (ante el órgano jurisdiccional) y a las cuestiones en él suscitadas. Por “fondo” entendemos precisamente el objeto de ese proceso: en definitiva, la pretensión procesal deducida. Y, ¿cuál es el objeto de ésta? Su objeto no es otro que el propio acto administrativo (*vid., supra*, III, 2, A, c), y dado que —como veíamos— la forma del acto no significa sino uno de sus propios elementos constitutivos, hay que concluir que *todo análisis de la forma supone examen de fondo*. Lo que ocurre es que se confunden los términos de una distinción bien clara: cabe distinguir, en efecto, entre *forma* y *contenido* del acto (son dos de sus elementos), pero no cabe, entendiendo que sólo es cuestión de fondo la relativa al contenido del acto, establecer la diferencia entre forma y fondo. No cabe, porque se trata de términos dispares (lógicamente no homogéneos), pertenecientes cada uno de ellos a diferentes pares de contraposiciones: *forma* y *contenido*, *cuestión de fondo* y *cuestión de admisibilidad*. Por consiguiente, antes de iniciarse el proceso (y esto sería aplicable a la impugnación en vía gubernativa) se puede distinguir entre forma y contenido del acto; una vez iniciado el proceso, tanto el contenido como la forma del acto pasan a constituir el “fondo del asunto”. Decir otra cosa supone una imprecisión que lleva al equívoco.

Consecuencia de esta aclaración terminológica —de ser aceptada— es que el examinar la forma del acto administrativo previamente a su genérica inimpugnabilidad es práctica reñida con

la lógica. Si, como ya afirmábamos (*vid., supra*, III, 2, A, b), la concurrencia o ausencia de los presupuestos procesales será la que permita al órgano jurisdiccional entrar a examinar la cuestión de fondo, no cabe eludir uno de estos presupuestos (como puede ser el requisito objetivo de que el acto impugnado no sea de los excluidos) para anular el acto impugnado por vicio de forma. Los presupuestos procesales son requisitos irrenunciables. Las cuestiones de admisibilidad han de ser *siempre* previas a las de fondo (139). Este principio lo recoge la propia jurisprudencia cuando dice que,

“...el Tribunal se encuentra en la obligación de examinar *previamente* la concurrencia de los requisitos procesales que exige la ley” (sentencia de 16 junio 1951, 15 mayo 1949, 16 febrero 1946, 21 diciembre 1935, 9 julio 1932 y 22 noviembre 1930), supuesto en que le está vedado entrar en el fondo del asunto, debiendo declarar su incompetencia, ya de oficio, ya a instancia de parte (como cuando la resolución impugnada no ha causado estado: sentencias de 2 marzo y 20 octubre 1950, 11 mayo 1949, 15 marzo 1948, 14 marzo 1947, 8 octubre 1910, 11 febrero, 15 mayo y 12 diciembre 1949, 21 enero 1948, 22 diciembre 1944, 11 diciembre 1943, 17 diciembre 1941 y 26 mayo 1936);

o que

“...el Tribunal venía obligado a tomar la excepción propuesta, para examinarla y resolver, y sólo en el caso de que no la estimase pertinente, podía razonar y decidir sobre la cuestión de fondo.” (Sentencia de 19 enero 1934.)

**Más claramente:**

“...la sentencia que, sin hacer explícita declaración respecto de las excepciones, entra en el fondo, implícitamente las niega eficacia, puesto que si del examen de las cuestio-

---

(139) *Vid.* antes, nota 82.

nes que lo excepcionado entraña resultare su justificación, ello haría innecesario entrar en el fondo." (Sentencia de 14 octubre 1934) (140).

La posición criticada por nosotros se evidencia, por ejemplo, en la siguiente declaración, bien reciente por cierto:

"Es reiterada la doctrina jurisprudencial según la que, en el supuesto de carecer de competencia para enjuiciar el fondo, la tiene siempre la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir acerca de las cuestiones que afectan a la validez del procedimiento, por ser normas de orden público como establecidas en garantía de que la Administración acomodará su actividad al ordenamiento jurídico." (Sentencias de 3 octubre 1958 y 19 noviembre 1958.)

Como si la validez del procedimiento administrativo (expediente administrativo) no fuese cuestión de fondo en el proceso contencioso (máxime cuando puede constituir, quizás, incluso el único motivo de la impugnación del acto).

La jurisprudencia de agravios ha hecho también declaraciones análogas. Sirva de ejemplo la dictada respecto del núm. 5.º del artículo 4.º de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1894:

"...la única posibilidad de examinar el fondo del asunto en esta jurisdicción estribaría en la dilucidación y corrección, en su caso, de las infracciones procedimentales y errores de hecho que provocasen indefensión en el administrado recurrente." (Orden de 22 diciembre 1951, B. O. de 7 enero 1952.)

3.º Nos mostramos conformes con que el examen de los vicios de forma del acto sean *de orden público*; asimismo, aceptamos que sea posible su examen *de oficio*. Pero negamos que ello sea fundamento bastante para justificar su examen *como previo*

---

(140) Sobre las relaciones de este punto con el requisito de que la sentencia sea congruente, *vid.*, más adelante, IV, 3, B, 4.º, a), de nuestro trabajo.

a las cuestiones de jurisdicción o de inimpugnabilidad del acto. La posibilidad de examen de oficio no supone otra cosa que reconocer la mayor importancia que el principio inquisitivo va teniendo en el procedimiento contencioso-administrativo, como lo demuestra la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, en especial el art. 43, 2), con la posibilidad para el juzgador de incorporar al proceso aquellos datos que no hayan sido aportados por las partes. Aquí termina la consecuencia del principio inquisitivo. De él no puede derivarse la consecuencia de una determinada prelación en el estudio o resolución de los asuntos debatidos. Juega simplemente por oposición al principio dispositivo, pero no prejuzga ni determina preferencia alguna ni prioridad en el examen de las cuestiones que puedan plantearse.

Aparte de las procedimentales, que vienen fijadas por las distintas fases del proceso, la única preferencia genérica viene establecida —como hemos dicho— por la distinción básica “cuestiones de admisibilidad” *antes* que “fondo del asunto”.

4.º ¿Resulta entonces consecuente un fallo que, tras reconocer la incompetencia de la jurisdicción o la inimpugnabilidad del acto recurrido, acuerda precisamente la anulación de éste por vicio de forma?

a) ¿*Cabría hablar de incongruencia?*—Vaya por delante nuestra opinión negativa. No creemos que el fallo pueda ser tachado de incongruente (salvo en algún supuesto particular), por la sencilla razón de que el principio de congruencia implica la conformidad o correlación entre dos elementos del proceso: la sentencia misma y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso (141); pero no hace referencia al orden de pre-

---

(141) Observemos, sin pretender mayor desarrollo del tema, que los elementos de la comparación han sido determinados por la jurisprudencia así:

1. La sentencia: se dice que lo que hay que tener en cuenta es “la parte dispositiva” (sentencias 18 noviembre 1933 y 27 abril 1953) o “fallo” (sentencias 4 enero 1935, 8 julio 1942, 17 diciembre 1954 y 31 mayo 1955).

2. Las pretensiones: en ocasiones se refiere a “la demanda” (sentencia de 18 octubre 1901 y A. de 5 noviembre 1906) o a “la súplica de las demandas” (sentencias de 7 diciembre 1906 y 13 octubre 1932), a “las cuestiones planteadas por la litis” (sentencias de 20 abril 1906 y 13 mayo

lación entre los requisitos procesales y el fondo del asunto, orden lógico que es, en definitiva, el que padece en un fallo como el que queda dicho. En todo caso, nuestra opinión negativa vendría corroborada por la conjugación de los principios de congruencia e inquisitivo, conforme resulta de los arts. 80 y 43 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (142).

Sin embargo, la posibilidad de que el principio de congruencia pueda resultar afectado se ha reconocido en algún fallo:

“La promulgación y la subsiguiente aplicabilidad del ordenamiento jurídico-procesal de esta jurisdicción, que se contiene en la Ley de 27 de diciembre de 1956, no ha privado a sus Tribunales de la facultad de enjuiciar, como cuestión preferente a cualquier otra de las suscitadas en los recursos de que conocen, la de la nulidad sustancial e insubsanada de las actuaciones gubernativas que sirven de antecedente a las resoluciones que revisan, así como la de estas mismas, *sin perjuicio de guardar el respeto debido al principio de congruencia*, que enuncia el art. 43 de aquella ley” (sentencia de 17 noviembre 1959),

habiéndose admitido la incongruencia en algún supuesto particular, precisamente en cuanto a la incompetencia o falta de jurisdicción (143):

“...existe incongruencia y contradicción palmarias cuando la sentencia en que se uoce la excepción de incompe-

---

1935), a “peticiones de las partes en las súplicas de sus respectivos escritos” (sentencias de 31 mayo 1955, 17 diciembre 1954, 3 enero 1931, 16 diciembre 1952, 13 enero 1947 y 31 marzo 1922), etc.

(142) Pues la posibilidad de conocimiento de oficio tiene, en la esfera procesal, una consecuencia obvia: si el órgano jurisdiccional decide acerca de cuestiones que no hubiesen sido planteadas por las partes, pero que estén dentro de sus facultades de oficio, no existirá incongruencia.

(143) Claro que —como dice GONZÁLEZ PÉREZ (*Derecho procesal administrativo*, II, pág. 649, nota 32)— “es evidente que si en la sentencia se aprecia la existencia de un defecto procesal de los que impiden entrar a examinar el fondo del asunto, no puede hacer declaraciones sobre la pretensión deducida en el proceso”.

*tencia*, formula declaraciones, a más de redundantes, incompatibles con aquélla" (sentencia de 27 enero 1925); "adolece de defecto legal la sentencia que no recoge en su fallo pronunciamiento expreso sobre las excepciones de prescripción de la acción y de incompetencia" (sentencia de 8 julio de 1942); "se incurre en notoria incongruencia absolviendo a la Administración de la demanda y, al propio tiempo, declarándose incompetente" (sentencias de 14 marzo 1930 y 21 noviembre 1931); "en el fallo debe expresarse si se acepta o no la excepción alegada por alguna de las partes, y estudiada en los fundamentos de la sentencia" (sentencia de 2 junio 1930).

Ahora bien: si creemos efectivamente que una sentencia del tenor de las que venimos considerando no podría ser considerada incongruente, en sentido propio, no por eso habremos de considerarla también consecuenta. Pues es evidente una cierta inconsecuencia (casi se podría hablar de contradicción) en sus propios términos. Es una nueva consecuencia de la adopción de una vía técnicamente deficiente para el logro de un fin totalmente digno de elogio, como es el de extender el control jurisdiccional a través de la fiscalización de la forma del acto administrativo.

GARRIDO (144) —analizando una resolución de agravios (Orden de 10 junio 1955, B. O. de 5 septiembre) que acordaba: 1.º, desestimar el recurso; 2.º, anular de oficio la Orden impugnada—, incidentalmente y refiriéndose a otro problema, dice: "Aparte de que resulta extraña esa primera declaración de desestimación del recurso, que luego realmente no lo es, ya que la anulación que se pronuncia (siquiera sea de oficio) coincide exactamente con la pretensión del recurrente..." Y más adelante (145) añade: "El carácter gubernativo del recurso de agravios ha determinado que esta jurisdicción disponga, a la hora de resolver, de unos poderes que nunca ha intentado recabar para sí la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto ha hecho posible lo que a primera vista parecía un absurdo: que en muchos casos... acuerde desestimar el recurso o declarar su incompetencia, pero declarando a reglón se-

(144) *Régimen...*, cit. pág. 304, nota 46.

(145) Págs. 373 y 374 de la misma obra.

guido y de oficio la nulidad del acto impugnado (con lo que prácticamente se viene a dar satisfacción a la pretensión del recurrente). La solución podrá ser, *desde el punto de vista técnico, más o menos criticable*, pero es lo cierto que supone un paso gigantesco hacia la configuración de un recurso objetivo de legalidad (abstracción hecha de los intereses particulares lesionados) que, hoy por hoy..., es ajeno a nuestro Derecho." Y no cabe duda —diremos por nuestra parte— que, en tanto ese recurso objetivo de legalidad siga siendo ajeno a nuestro Derecho, la solución seguirá siendo "más o menos criticable", desde el punto de vista técnico, pero criticable al fin.

b) *El principio de economía procesal.*—La jurisprudencia lo ha admitido en ciertos casos, como corrector del principio de orden público y prioridad del análisis de la forma del procedimiento gubernativo. Implica simplemente la conveniencia de evitar un proceso inútil, cuando se puede prever que, subsanado el vicio de forma que se aprecia en las actuaciones gubernativas, el acto administrativo final impugnado volvería a reproducirse idéntico, con lo que los demás problemas planteados inicialmente seguirían en pie. Tal ocurriría, por ejemplo, si anulado un acto administrativo, objetivamente inimpugnabile, por defecto de forma, se subsanase luego el vicio observado, reproduciéndose el acto final: se estaría en el caso de acordar la inadmisión del recurso en el segundo proceso, como es de rigor. Y entonces, ¿por qué no acordarla desde un principio? La anulación en tal caso del acto primero, por vicio de forma, *cuenta a su favor con un argumento*: la posibilidad de que la Administración, al retrotraer la tramitación del expediente al momento en que el defecto formal se produjo, subsanándolo, pueda llegar a resultado distinto en cuanto al acto resolutorio. Claro está, se parte de la idea de que, si así ocurre, el acto final pueda ser más favorable al particular recurrente. Pero no se puede perder de vista que lo contrario no es imposible, que puede, incluso el nuevo acto final, ahora inatacable también en cuanto a la forma, suponer decisión más gravosa para el particular. *Argumento en disfavor* será, en todo caso, el del posible efecto psicológico sobre el recurrente: obtiene éste un fallo (en definitiva a su favor) de anulación por vicio de forma; se reproduce el expediente, subsanando el vicio; se llega a un

acto final idéntico, y, *entonces*, el órgano jurisdiccional acuerda la inadmisión de plano del recurso: el recurrente, es obvio, se sentirá, tras larga espera, defraudado.

Estos matices han quedado, desde luego, recogidos por la jurisprudencia. Podemos citar, por vía de ejemplo, resoluciones como las siguientes:

“Un principio de economía procesal impide acordar la nulidad cuando lógicamente es de prever que después se producirá una resolución igual a la impugnada, según doctrina de la sentencia de 3 de marzo de 1955 y las por ella citadas.” (Sentencia de 26 febrero 1960.)

“...Un elemental principio de economía procesal, tendente a evitar posible duplicidad innecesaria del pleito, impide que se anule la resolución y parcialmente las actuaciones [gubernativas], retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula.” (Sentencia de 22 noviembre 1954, y en el mismo sentido las de 12 diciembre 1950 y 21 diciembre 1951.)

“Si bien, estimada como nula la notificación de la Orden, parecía como consecuencia lógica la de retrotraer el expediente para que tal notificación se sustituyera por otra correcta, como quiera que ésta habría de indicar el recurso contencioso-administrativo y abocaría a una situación idéntica a la actual, pero más retardada, una ostensible razón de economía procesal y el principio de que las normas de procedimiento deben interpretarse para servir la justicia, evitando una exégesis formalista que haga de ellas obstáculos que dificulten o retarden el pronunciamiento de la sentencia, lleva a la conclusión de que lo acertado y procedente es la desestimación de la alegación de caducidad y el enjuiciamiento y decisión del fondo del asunto.” (Sentencia de 19 diciembre 1959.)

Citaremos, finalmente, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, en la que se sopesan debidamente el tradicional princi-



pio de orden público, el de economía procesal y el de respecto a las formalidades del acto, como garantía del particular:

*“Aun cuando la vigente ley reguladora de esta jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956 —en contradicción con la ley de Enjuiciamiento civil, que queda relegada a norma supletoria suya, según la disposición adicional 5.ª de aquella—, tenga un carácter esencialmente espiritualista, en que se prescinde de los rigorismos formalistas y rituarios, procurando la subsanación de los defectos procesales, con objeto de llegar directamente, si es posible, a que tenga lugar el pronunciamiento que proceda en cuanto al fondo del asunto, ya que, como anuncia su preámbulo, «los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las declaraciones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia, no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma»; no obstante ello, es preciso examinar si las infracciones cometidas tienen la entidad suficiente para determinar una posible nulidad de actuaciones, por ser esenciales las normas de procedimiento infringidas, o si, por el contrario, debe prevalecer, frente al principio de orden público, el de economía procesal y el deseo legal de que se procuren salvar los obstáculos rituarios con tal de llegarse a resolver la cuestión controvertida.”* (Sentencia de 19 enero 1960.)

4. LA CUESTIÓN, RESPECTO DEL ART. 40 D): LAS SENTENCIAS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1958 Y 10 DE MAYO DE 1960

Los motivos que pudieron inducir al legislador a establecer la norma del art. 40, d), es claro que no son susceptibles ahora de definitiva determinación; sobre los motivos y fundamentos de la norma cabrán conjeturas y tomas de posición críticas. Pero —y lo venimos repitiendo con insistencia, quizás excesiva— una cosa, al menos, es cierta: lo que el art. 40, d), “quiere” (146) es senci-

---

(146) En la inteligencia de que “si metafóricamente se ha hablado de la *mens legis* o pensamiento de la ley, la ficción resulta excesiva

liamente la exclusión de las materias que, sin lugar a dudas, es específica, y que, por tanto, han de quedar al margen de la jurisdicción contencioso-administrativa, y al margen "en bloque". Su redacción, sus antecedentes históricos y su juego procesal, permiten afirmar que no hay lugar a distingo alguno (147), ni tan siquiera en relación con el control de la forma.

Según se detalla en el preámbulo (V, 2,a) de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, "se ha creído prudente crear un trámite de admisión con carácter radicalmente distinto a la facultad concedida al Tribunal en la legislación anterior de no admitir el escrito de interposición cuando al mismo no se acompañaban los documentos en ella exigidos. El Tribunal, con arreglo a las nuevas normas, podrá declarar la inadmisión... si observare la falta de alguno de los requisitos procesales enumerados en el

---

aplicada a la voluntad. Cuando se dice que la ley quiere tal cosa o se propone tal otra, se emplea evidentemente un lenguaje figurado, que llena, no obstante, las exigencias ordinarias de la mutua comprensión; entendiendo lo contrario, habría que pensar igualmente que, cuando un vendedor entrega la cosa objeto del contrato de compraventa no es su voluntad la que ha actuado, sino la voluntad de la norma contenida en el art. 1.461 del Código civil, que indica la obligación en que se encuentra el vendedor de realizar la entrega. La dificultad puede esquivarse empleando, en vez de la expresión voluntaria de la ley, la de voluntad del Estado; el Estado sí es, en efecto, un sujeto real, con realidad no física, pero cierta, que puede tener y tiene una voluntad" (GUASP: *Comentarios a la L. e. c.*, Madrid, 1943, I, pág. 952).

(147) Porque, por ejemplo, en el caso del apartado b) del art. 40, que puntualiza que no se admitirá el recurso respecto de "los actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro", es obvio que no quedan excluidas todas las resoluciones relativas a la materia indicada, no se trata de una exclusión *en bloque*, total, sino tan sólo en cuanto el acto sea dictado en ejercicio de la función de policía, con lo que el marco de la excepción queda así no sólo restringido, sino también *flexiblemente* delimitado. La sentencia de 11 febrero 1958 viene a reconocerlo así, al sentar que las resoluciones sobre cinematografía y teatro sólo quedan excluidas del conocimiento de la jurisdicción cuando tengan relación con el orden de gobierno.

Pero es que con el apartado d) no ocurre así. Ya hemos dicho que no se trata de actos políticos o de gobierno, ni incluso discrecionales, ni admite ninguna otra distinción (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; in claris non fit interpretatio*).

artículo 62; es decir, aquellos cuya subsanación no es posible". Si del simple examen del escrito inicial —dice PÉREZ VERDAGUER (148)— “se desprende que se trata de supuesto comprendido en alguno de los apartados de este artículo [el 62, cuyo apartado c) comprende el deducirse el recurso frente a alguno de los actos relacionados en el art. 40], puede y *debe* ya el Tribunal en tal momento hacer uso de la facultad que en el mismo se le confiere. Si no basta con el escrito referido, puede esperar que le sea remitido el expediente administrativo, acordando, seguidamente, lo que proceda sobre la inadmisión, en su caso, del recurso”.

De entre la jurisprudencia más reciente, ulterior a la entrada en vigor de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 (149), entresacamos algunos fallos, bien expresivos por cierto:

“El art. 40 de la ley Contencioso-administrativa de 1956, vigente cuando... se interpuso el presente recurso... contra la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil... separando del Cuerpo al recurrente, en virtud de expediente gubernativo instruido con arreglo al art. 1.011 del Código de Justicia Militar, establece que no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales... con arreglo al art. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; cuya resolución alcanza *de lleno* al acuerdo recurrido... y a la desestimación tácita del recurso de reposición... y, en consecuencia, procede acoger el motivo alegado por el Abogado del Estado, de inadmisibilidad del recurso, dada... la índole de la ma-

---

(148) *Comentarios a la ley de lo Contencioso-administrativo*. Barcelona, 1962, pág. 234.

(149) Señalamos que existen también otros fallos de fecha posterior a la entrada en vigor de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 que, por resolver recursos interpuestos con anterioridad y referirse a expedientes gubernativos de separación del servicio, aplicaron la legislación anterior (que, como ya vimos, no excluía tales expedientes de la jurisdicción contencioso-administrativa), y, consiguientemente, estimando o desestimando los recursos, entraban “en el fondo”. Para evitar citas erróneas —como alguna vez se ha hecho—, digamos que, entre tales sentencias que aplican el régimen derogado, están las de 18 octubre 1957, 1 febrero, 28 abril, 31 mayo y 19 diciembre 1958 y 2 enero 1959.

teria objeto de la contienda.” (Sentencia de 7 diciembre 1959.)

“Debe entenderse que las resoluciones *contra las que no cabe recurso* son las dictadas en virtud de expediente gubernativo en cuanto éste acuerde o no la separación del servicio, pero no a aquellos que, en cumplimiento de lo resuelto, señalan el haber pasivo al separado” (sentencia de 25 marzo 1958), en que la expresión —al establecer el contraste señalado— de “*contra las que no cabe recurso*”, no puede ser más terminante. Como cuando se utiliza a secas el “no es admisible la vía contenciosa” (sentencias de 11 noviembre 1958 y 7 diciembre 1959).

Pero de todos estos fallos, el más terminante, y de acuerdo con nuestro criterio, es el contenido en la *sentencia de 11 de noviembre de 1958*, cuyos fundamentos transcribimos a continuación (150):

“*Interpuesto* el presente recurso contencioso-administrativo en 21 de septiembre de 1957, esto es, *después de la vigencia de la ley jurisdiccional*, tiene que ajustarse, tanto en lo relativo a la jurisdicción como al procedimiento, a lo dispuesto en la misma, porque, a partir de su vigencia, quedaban derogadas las disposiciones legales y reglamentarias en ambos aspectos, procesal y jurisdiccional, salvándose tan sólo lo concerniente al plazo fijado para la interposición, que será el regulado por la legislación que se deroga cuando, como en el caso que examinamos, el acto administrativo re-

---

(150) Separado del servicio por resolución recaída en expediente gubernativo un Comandante de Infantería, Caballero Mutilado permanente, por considerarlo incurso en la causa 5.ª del art. 1.011 del Código de Justicia Militar, el interesado entabló recurso contencioso en el que, además de la revocación de la Orden ministerial que dispuso la separación, se debatía la procedencia de abonar al recurrente el tiempo que estuvo separado, los haberes dejados de percibir y su concreta pretensión de que se le repusiera en los derechos, honores, preeminencias y consideraciones inherentes a su referido grado. El Supremo declara la inadmisibilidad del recurso “por versar su contenido sobre actos no susceptibles de impugnación”.

currido fuese anterior a su vigencia y, por ello, este recurso disfrutó del plazo de tres meses, en lugar de los dos que en otro caso le hubieran correspondido a tenor de la vigente ley, para formular el escrito interpositorio.

»*Dispuesto en la ley de la Jurisdicción* en vigor que no se admitirá recurso contencioso-administrativo con relación a resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases, con arreglo a los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar, es visto que en el recurso que nos ocupa, la Orden ministerial recurrida de 12 de abril de 1957 dispone que don... causa baja en el Ejército "por hallarse comprendido en el art. 1.011 del Código de Justicia Militar" (*Diario Oficial* número ...), y la Orden de 17 de junio de 1957 que resolvió el recurso de reposición señaló con claridad que "la resolución recurrida, que firmó el señor Ministro, especificaba que el residiado, de conformidad con el señor Fiscal Militar y con el Consejo Reunido, se hallaba incurso en el caso quinto del art. 1.011 del Código de Justicia Militar", *por cuanto no puede haber la más elemental duda de que las resoluciones así dictadas no tienen cabida en el ámbito jurisdiccional en que debe actuar el Tribunal*, y ello, tanto por expreso mandato de la ley cuanto porque el referido Código Militar aparta en los distintos casos del art. 1.011 al Oficial o Suboficial cuya continuación en el servicio fuese perjudicial al mismo, siempre que su conducta, sus actos, sus deudas injustificadas, la comisión de ciertas faltas, desconocieran el honor militar que es preciso guardar para convivir en las Armas o Cuerpos de los tres Ejércitos y que es su brillante ejecutoria de prestigio no ya sólo ante los demás miembros de aquéllos, sino, sobre todo, ante la Nación a la que sirven, que repele todo lo atentatorio al decoro colectivo de sus fuerzas armadas: *y es, en esta materia, tan claro el espíritu de la ley de la Jurisdicción que al excluir de ella "las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el Código de Justicia Militar" se advierte, sin esfuerzo, no es posible entrar a examinar si las resoluciones así acordadas están o no ajustadas a las normas que para esos casos fija el Código castrense,*

y explicable, además, porque los actos que se sancionan en tales preceptos no es factible valorizarlos ni ponderarlos sometiéndolos a preceptivas de otro linaje, ya que viven y se producen en un ambiente y tienen una proyección de tal naturaleza peculiar, de tan singular densidad corporativa, que son de suyo extrañas, ajenas a la función jurisdiccional; haciéndose preciso, por último, tomar nota de que en el Código Militar van comprendidos en el concepto de Oficiales, los Generales, Almirantes, Jefes y, desde luego, los Oficiales y asimilados de los tres Ejércitos.

”Se desprende de todo lo expuesto, que las peticiones que en el pleito formula el recurrente, Jefe de Infantería y Caballero mutilado, pidiendo la revocación de la Orden ministerial de 12 de abril de 1957, reposición en su grado de Comandante, abono del tiempo que ha estado separado del servicio, de los haberes que ha dejado de percibir y reintegración en sus derechos, honores, condecoraciones y preeminencias, *todas ellas se estrellan contra el valladar infranqueable de que la resolución recurrida se dictó como consecuencia de expediente gubernativo* seguido al mismo, y precisamente con arreglo al art. 1.011 del Código de Justicia Militar, y, *por tanto, ante la concurrencia de ambos requisitos, no es posible determinar si se aplicó bien o mal esa preceptiva del Código castrense... la incoación y la tramitación del expediente gubernativo* al desembocar en la separación del servicio del encartado, *no puede revisarse en esta vía jurisdiccional porque es un ámbito vedado*, como decíamos en el anterior apartado, *tanto por ministerio legal como por la propia naturaleza y calidad de la materia*; y, así, bien se hace necesario entrar en la estimación de las que llamó excepciones el escrito de contestación a la demanda que articuló la defensa de la Administración, pues, conduciendo las mismas a finalidad idéntica, *bien se comprende de lo expuesto la procedencia de declarar la inadmisibilidad del recurso por versar su contenido sobre actos no susceptibles de impugnación* y haber sido invitadas las partes por el Tribunal a tratar dicha cuestión, cumpliendo precepto expreso de la ley.”

Postura en gran parte contradictoria con la anterior sentencia es la establecida por la de 10 de mayo de 1960, caso típico de los señalados anteriormente en que, tras proclamar la inadmisibilidad del recurso, por tratarse de materia excluida, anula la Orden ministerial impugnada, por vicio de forma en el expediente gubernativo. Dice así, en cuanto ahora importa (151):

*“Siendo aplicable en el presente caso la Ley de 27 de diciembre de 1956, es de obligada observancia el art. 40 de la misma, el cual, en su apartado d), incluye entre los actos en orden a los que «no se admitirá recurso contencioso-administrativo... las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales... con arreglo al art. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar...», circunstancia concreta del acto administrativo recurrido, del cual, por tanto, está vedado a esta jurisdicción conocer, así como examinar y pronunciarse sobre los fundamentos o aciertos con que estuviere dictada la resolución.*

*“Esto no obstante, establecida en su reiteradísima y constante jurisprudencia la facultad de la jurisdicción contencioso-administrativa para velar por la pureza del procedimiento y restablecerlo a su debido estado, cuando hubiere sido vulnerado, extendiendo sus facultades a todas las actuaciones de índole gubernativa o que realice la Administración en cualquiera de sus esferas y en materias en que se controvierten derechos que tengan una naturaleza de índole administrativa, incluso cuando, por disposición legal no tuviere competencia para conocer del fondo de la cuestión litigiosa, por afectar al orden público cuanto se refiere al procedimiento, no puede ponerse en duda el ejercicio de dicha potestad en el caso de que existiera contravención jurídica procesal en el expediente tramitado al recurrente.”* Y habiendo advertido esa contravención, dispone:

*“...siendo consecuencia obligada de ello la declaración de nulidad de la resolución recurrida...”*

---

(151) Se trataba de recurso interpuesto por un Teniente de la Guardia Civil, Caballero Mutilado, contra Orden del Ministerio del Ejército, de 8 de junio de 1959, que le separó del servicio.

La crítica de esta sentencia, después de cuanto llevamos dicho en este epígrafe, es obvia: se le pueden imputar todos y cada uno de cuantos reparos señalábamos anteriormente, y —además— otro fundamental: el defecto o vicio de forma, “la contravención jurídica procesal”, que se acusa en la sentencia como base para la anulación de la Orden ministerial impugnada, *es, en realidad, inexistente*. Veamos, según el fallo de 10 de mayo de 1960, en qué consistía aquel supuesto vicio, reproduciendo para ello el considerando oportuno (152):

---

(152) Para su mejor inteligencia y la de nuestra réplica, reproducimos a continuación los artículos pertinentes del Código de Justicia Militar:

“Art. 1.013. Los expedientes gubernativos se instruirán en virtud de Orden ministerial, por acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar o por disposiciones de los Capitanes o Comandantes Generales y Director general de la Guardia Civil, ya obren estas autoridades por propia iniciativa, ya por consecuencia de informes o petición de los Jefes a quienes corresponda.

“En la orden en que se disponga la instrucción del expediente se fijarán los puntos que deban ser esclarecidos.

“Art. 1.016. En el expediente gubernativo se tomará declaración a los Jefes del Cuerpo, buque, unidad o dependencia en que sirviere el residenciado, y a los Oficiales o Suboficiales, según los casos, y demás personas que se crea necesario sobre los extremos comprendidos en la orden de proceder.

“Los primeros declararán siempre respecto a la conducta de aquél.

“Si el sometido a expediente no tuviese destino, los Jefes llamados a informar serán los últimos a cuyas órdenes hubiere servido, agregando, en cuanto a su conducta particular, lo que conste a la autoridad militar local del punto de residencia del interesado.

“Art. 1.018. Practicadas las diligencias de que queda hecho mérito, el Instructor emitirá informe proponiendo la situación definitiva a que el encartado deba pasar o la resolución que crea más procedente, remitiendo las actuaciones a la autoridad que ordenó su incoación.

“Art. 1.019. Cuando ésta fuera el Capitán o Comandante General, recibido por el mismo el expediente, lo pasará a informe de su Auditor, quien, si de lo actuado resulta algún hecho que presente carácter de delito, propondrá se proceda en vía judicial del modo que las leyes determinen.

“Art. 1.020. Emitido dictamen por el Auditor, en los casos que



“Para poder discriminar lo que fuere procedente en cuanto a este extremo, es preciso examinar el contenido de los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar, en relación directa con las actuaciones gubernativas tramitadas, y del examen comparativo de ambos resulta que, *mientras el art. 1.020 del citado Código impone a la autoridad militar el deber de elevar el expediente al Ministerio de que dependa, para su resolución, pero con la expresión de su parecer, lo que en el caso presente hizo el Director general de Mutilados, en 4 de diciembre de 1958, era ineludible que dicha opinión fuera precedida del informe de su Auditor —según el art. 1.019— y del que efectuara el Instructor —dado lo dispuesto en el art. 1.018—, el cual no podría producirse en tanto no estuvieran practicadas las diligencias que —de acuerdo con el art. 1.017—, siendo pertinentes, hubiere propuesto el residenciado, como necesarias para su defensa, y como quiera que, según aparece en las actuaciones administrativas, estas últimas pruebas del interesado tuvieron lugar con posterioridad al informe del Asesor de la Dirección General de Mutilados y a la emisión del parecer por el Jefe de la misma, resulta manifiesta la infracción procesal cometida y la falta de garantías producida para el expedientado —pues dejando aparte la falta de fijeza en el criterio de la mencionada Dirección General, que, con idénticas probanzas, emite propuestas contradictorias en 9 de junio de 1954 y 4 de diciembre de 1958, ya que se formula un criterio sancionador, prejuzgando las actuaciones que eran aún incompletas, al no haberse practicado la prueba de descargo, por lo que, llevada a efecto ésta ante dictamen de la Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército que señaló su omisión, tras el último y definitivo informe del Instruc-*

---

proceda, la autoridad militar elevará con su parecer el expediente al Ministerio de que dependa para su resolución, previo informe del Consejo Supremo de Justicia Militar.

“Si se hubiera incoado de orden del Director general de la Guardia Civil o del General Jefe de Región Aérea, al recibirlo uno u otro unirán los antecedentes personales del interesado y, previo informe del Asesor Jurídico Militar, y el suyo, darán al expediente el curso prevenido en el párrafo anterior.”

tor, formulado en 12 de marzo de 1959, *es cuando debió consignar su parecer la Dirección General de Mutilados, previa audiencia de su Asesor, y al no realizarlo así —con independencia de los prematuramente formulados en fechas 9 de junio de 1954 y 4 de diciembre de 1958— falta este requisito formal, pero esencial, ya que realmente viene a constituir la propuesta que la autoridad militar gubernativa formula sobre la resolución del correspondiente expediente.*

*"Esta omisión esencial no puede entenderse suplida por el parecer anteriormente emitido en 4 de diciembre de 1958, pues éste tiene que considerarse inoperante, por haber sido formulado prematuramente y sin que tal ineficacia jurídica obligue a aceptar como válida opinión de la Dirección General de Mutilados la expuesta en 9 de junio de 1954, ya que ésta incidiría en idéntico defecto de haberse producido con anterioridad a la práctica de las pruebas de descargo."*

*"En méritos de lo expuesto, al carecer las actuaciones gubernativas del preceptivo parecer de la autoridad militar, con el informe previo de su Asesor, emitido al final del expediente y a continuación del informe último o definitivo que realizara el Instructor, es ineludible sea devuelto a la Dirección General de Mutilados para que cumpla con dicho deber, impuesto por el art. 1.020 del Código de Justicia Militar..."*

Pero ocurre que esta "omisión esencial" no sólo no es esencial, sino que ni siquiera es tal omisión. El Director general de Mutilados *no es considerado en el Código castrense como autoridad militar a efectos del preceptivo informe y parecer previstos en el art. 1.020.* Tampoco figura entre aquellas a las que en el artículo 1.013 se atribuye la facultad de ordenar o disponer la incoación de los expedientes gubernativos. Esta facultad se limita al propio Ministro, al Consejo Supremo de Justicia Militar a los Capitanes o Comandantes Generales y al Director general de la Guardia Civil. No siendo, por tanto, el Director general de Mutilados "Autoridad" a la que el Instructor tenga que "remidir las actuaciones", conforme al art. 1.018.

El Director general de Mutilados es, además, Jefe del Bénérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, y "tiene

las obligaciones y prerrogativas que la legislación vigente señala *para los Jefes de Cuerpo...*", según claramente establece el artículo 4.º del Decreto de 26 de febrero de 1954, que reorganizó aquella Dirección General, texto recogido más recientemente en el art. 51 del Reglamento orgánico del Benemérito Cuerpo de Mutilados —aprobado por Decreto de 18 de agosto de 1959, y, dictado en cumplimiento y desarrollo de la Ley de 26 de diciembre de 1958 de reorganización del Cuerpo—. Precepto en el que se añade que el Director general, tantas veces citado, "podrá solicitar del Ministerio del Ejército la incoación del correspondiente expediente gubernativo...", lo que le equipara, una vez más, a los Jefes de Cuerpo, los cuales, con arreglo al citado art. 1.013 del Código Militar, pueden pedir a las autoridades que el precepto señala, la formación de los expresados procedimientos. El Director general, pues, como tal Jefe de Cuerpo, habrá de declarar e informar conforme a lo prevenido en el art. 1.016 (por tanto, con anterioridad al informe del Instructor); pero sin que tal informe sea el "parecer" que preceptivamente señala el art. 1.020, en el que se limita tal facultad en relación con el 1.019 a los Capitanes o Comandantes Generales, a los Generales Jefes de Regiones Aéreas y al Director general de la Guardia Civil, cuando los mismos hubieren ordenado la incoación del procedimiento. En el caso contemplado, por las razones dichas, el Director general de Mutilados necesitó, y así lo hizo, como Jefe de Cuerpo a estos fines, proponer la incoación al Ministerio del Ejército a través de su Subsecretario, cuyo Ministerio aprobó la propuesta de inicio y, consiguientemente, de su orden, comunicada por el Secretario general, se instruyó el expediente, siendo por ello el propio Ministro la autoridad militar a que se refieren los arts. 1.018 y 1.020, y habiendo emitido su Asesor jurídico informe último el 25 de marzo de 1959, quedaba el procedimiento completo para su remisión a efectos de informe al Consejo Supremo de Justicia Militar, como así se hizo.