

# SOBRE EL INTERES PUBLICO Y LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

(En torno a la obra de TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA TESIS DE TRUCHET SOBRE LAS FUNCIONES DE LA NOCIÓN DE INTERÉS GENERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS.—III. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INTERÉS PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

## I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, a la doctrina y a la jurisprudencia alemana se deben los análisis más precisos realizados hasta el momento sobre la noción de interés público como medida de la legalidad administrativa (1). Sin embargo, no es una peculiaridad del Derecho alemán la remisión al interés público como criterio, en último término decisivo, para enjuiciar la legalidad de la acción administrativa. Allí donde se acepta que la legalidad administrativa es algo más que la compatibilidad de una acción con la norma, allí donde se entiende que legalidad es la conformidad de esa acción con el derecho, la satisfacción del interés público deja de ser una mera declaración de propósito para operar como principio jurídico vinculante, aparezca o no así escrito en la norma. Por ello no es característica exclusiva de la jurisprudencia administrativa alemana la utilización de la noción de interés público para medir la legalidad de los actos administrativos. La jurisprudencia española es ya muy importante sobre esta cuestión (2), como lo es también, aún con mayor alcance, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Una serie de *arrêts* del Consejo de Estado muestran el profundo alcance que la utilización del criterio del interés público puede tener para controlar la legalidad de la acción administrativa. Así, entre los más conocidos, el *arrêt Société Ge-*

(1) Entre los estudios más importantes destacan Wolfgang MARTENS: *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969; Peter HÄBERLE: *Öffentliches Interesse als Juristisches Problem*, 1970; STOLLEIS: *Öffentliches Interesse als Juristischen Problem* («Verwaltungs archiv», 1974, pp. 1 a 30). Hans HERBERT V. ARNIM: *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977.

(2) V. Fernando SAINZ MORENO: *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, «REDA» (8), 1976, pp. 63 y ss. Además de la bibliografía citada en ese trabajo, v. Santiago MUÑOZ MACHADO: *Expropiación y jurisdicción*, Madrid, 1976, donde se estudia la evolución histórica y el sistema vigente del control jurisdiccional sobre el acuerdo de necesidad de ocupación.

nestal de 26 de enero de 1968 (3) anula una resolución conjunta de los Ministerios de Hacienda y Asuntos Económicos y de la Construcción desestimatoria de una petición de beneficios tributarios porque tal resolución «se funda en una mera alusión a que su concesión no conviene al "interés general", sin exponer las razones de esa falta de conveniencia»; el *arrêt Ville Nouvelle Est* de 28 de mayo de 1971 (4) advierte que una «obra no puede ser legalmente declarada de utilidad pública más que si los perjuicios que causa a la propiedad privada, su costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que comporta no son excesivos en consideración al interés general que representa»; el *arrêt Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972 (5), en la misma línea que el anterior, añade que para enjuiciar si una expropiación se justifica en el interés público es preciso tener en cuenta los demás intereses públicos que entran en colisión con el directamente afectado; el *arrêt Ville Limoges* de 18 de julio de 1973 (6) establece que «una derogación de las reglas prescritas por un reglamento de urbanismo sólo puede legalmente autorizarse cuando el perjuicio que causa al interés general que el reglamento tiene por objeto proteger no son... en consideración al interés general que presenta la derogación». Estas, entre otras resoluciones del Consejo de Estado francés, han ido creando una firme doctrina jurisprudencial sobre el uso de la noción de interés público en el control de la legalidad administrativa a la que, sin embargo, hasta el momento no se habían dedicado más que comentarios sobre aspectos parciales (7).

La publicación de la tesis de Didier TRUCHET: *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* constituye, así, el primer intento de la doctrina francesa de dar una explicación coherente a esta profunda vía de control de la legalidad administrativa. Resulta de extraordinario interés para los juristas españoles examinar qué puede aportar esa doctrina a la ya decidida actitud de la jurisprudencia española de penetrar en el fondo

(3) CE, 26 de enero de 1968, «Société Maison Genestal», publicado en *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1974, pp. 547 y ss.

(4) CE, 28 de mayo de 1971, «Ministre de l'Equipement et su logement c. Fédération de Défense des Personnes Concernées par le projet actuellement denommé "Ville Nouvelle Est"», publicado en *Les Grands arrêts...*, París, 1974, pp. 562 y ss. El comentario de Marcel WALINE se publicó en «Revue du Droit Public», 1972, p. 454.

(5) CE, 20 de octubre de 1972, *Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption* («Revue du Droit Public», 1973, pp. 843 y ss.).

(6) CE, 18 de julio de 1973, *Ville Limoges* («Revue du Droit Public», 1974, p. 259, nota de WALINE).

(7) En los tratados y manuales de Derecho Administrativo es frecuente la alusión a este tema, v. George VEDEL: *Droit Administratif*, París, 1976, p. 313 (*La recherche d'un but d'intérêt public est la condition positive de la légalité de l'action administrative*). También existen monografías y comentarios sobre aspectos concretos de la cuestión. Además de los comentarios de Marcel WALINE a los *arrêts* antes citados, v. J. WALINE: *Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation*, publicado en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 858.

de la legalidad administrativa por la vía del análisis del interés público. Con esta finalidad se expone a continuación una síntesis de la obra de Truchet para después contrastar sus conclusiones con los principios que inspiran el derecho y la jurisprudencia española.

## II. LA TESIS DE TRUCHET SOBRE LAS FUNCIONES DE LA NOCIÓN DE INTERÉS GENERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

El estudio de las funciones que el concepto de interés general desempeña en el Derecho administrativo lo realiza TRUCHET examinando dos aspectos de la cuestión: A) La función que desempeña en relación a la actividad administrativa en general, y B) el modo de controlar judicialmente esa función.

A) La noción de interés general cumple una doble función en relación con la *actividad administrativa*: a) De un lado, opera como *factor de aplicación* del Derecho público (función que presenta un doble aspecto: 1) criterio determinante de la competencia del juez administrativo, y 2) factor de aplicación del Derecho público en sentido estricto—superación del criterio de servicio público y búsqueda en el interés general de una noción más amplia que cumpla ese criterio determinante—); b) De otro, opera como *factor de legalidad* de la actividad administrativa (función que representa un «aspecto negativo» —la actividad administrativa sólo es regular en la medida en que no es contraria al interés general— y a veces un «aspecto positivo» —la actividad administrativa para ser legal necesita su estricta conformidad con la noción del interés público—).

Esta segunda función, determinante de la legalidad administrativa, tiene especial importancia. Se trata de una vía de control de la legalidad por la que desde hace poco, pero con decisión, ha penetrado la jurisprudencia administrativa. La utilización del criterio del interés público para determinar la legalidad de singulares actos administrativos es el medio por el que del modo más preciso y más directo puede hacerse operativa la adecuación sociológica entre el interés general y la acción administrativa. El papel que juega el interés general como factor de legalidad es doble: 1) En ciertos casos constituye un *límite legal a la acción administrativa*, aspecto negativo de su función que se manifiesta en la «desviación de poder». Existen dos tipos de desviación de poder: a) «el autor del acto no ha perseguido ningún fin de interés general»; b) «el fin de interés general perseguido es distinto del autorizado». El fundamento de ambos se encuentra en dos reglas: Primera, «perseguir exclusivamente un fin extraño al interés general es ilegal»; segunda, «perseguir un fin de interés general no es por sí solo garantía de legalidad». La crisis, al menos cuantitativa, de la desviación de poder ha potenciado el uso de la noción de interés público en su aspecto positivo (exigencia de que la acción administrativa no sólo no atente contra el interés público, sino que tenga un funda-

mento claro en las exigencias de ese interés), de manera que éste ha pasado de ser un límite para convertirse en una condición de la acción administrativa. 2) El aspecto positivo de la noción de interés público consiste, pues, en que éste opera como *requisito de legalidad de la acción administrativa*. Los textos legales y la jurisprudencia exigen cada vez con mayor frecuencia que la acción administrativa se funde en una concreta y correcta apreciación del interés público. TRUCHET clasifica los supuestos en los que la noción de interés público desempeña el papel positivo de condición de legalidad del acto del siguiente modo: A) Clasificación según los *tipos de acción administrativa*: a) *Autorizaciones*. En aquellos casos en los que la Administración tiene cierta libertad de apreciación, la noción de interés general se convierte en un elemento importante de la decisión; así en relación al comercio exterior (licencias de importación, de exportación...), a la actividad económica interna (empréstitos, fijación de precios...), autorizaciones de policía, autorizaciones de ocupación de dominio público, autorizaciones para abrir una oficina derogando la regla del *numerus clausus*; b) *Reglamentaciones*; c) *Intervenciones* (supuestos en los que la Administración actúa directamente, material o financieramente, en lugar de limitarse a dictar normas, por ejemplo: creación de empresas en sectores normalmente dejados a la iniciativa privada, requisas, expropiaciones, exenciones o reducciones fiscales, legalidad de las subvenciones o de las rescisiones de ciertos contratos. B) Clasificación según el *ámbito* de la acción administrativa. La jurisprudencia emplea la noción de interés general en unas materias más que en otras: a) La utilización del dominio público ha dado ocasión a las más antiguas y frecuentes resoluciones aplicativas de la noción de interés público; b) le siguen, en segundo lugar, los transportes y la ordenación de la circulación —apreciación de la legalidad de las medidas sobre «zona azul», accesos reservados, vías peatonales, estacionamiento autorizado sobre la calzada, etc.—; c) figuran a continuación las relaciones comerciales y financieras internacionales, la ordenación del comercio y de la industria en el interior del país, la ordenación agrícola, etc.

El análisis jurídico de la *relación del interés público con la legalidad del acto* muestra que se trata de una relación «directa» (en el sentido de que en razón del interés público un acto puede ser declarado legal o ilegal) y «exclusiva» (en el sentido de que la decisión jurisdiccional sólo se funda en ella, esto es, que es suficiente para resolver la cuestión de la legalidad), aunque de hecho sólo se suele utilizar «subsidiariamente» en defecto de otro medio de controlar la legalidad del acto. En el supuesto de que el interés general constituya el *móvil* del acto, su relación con la legalidad se sitúa en el plano de la «desviación de poder»; en el supuesto de que el interés general constituya el *motivo* del acto, esta relación se sitúa en el plano de la

«violación de la ley». El interés público cumple, por otro lado, una función doble en relación a la regularidad del acto: es, en primer término, un factor que *limita* los poderes de la Administración (si bien el juez en lugar de emplear la fórmula limitativa «l'administration peut, sauf si l'intérêt général s'y oppose...» prefiere hacer del interés general la condición de una abstención, «l'administration s'abstendrá si l'intérêt général l'exige»), pero es también fundamento de ciertas potestades de la Administración, bien porque así lo establece expresamente una norma (caso de la expropiación forzosa), bien porque, en cualquier caso, así resulta del principio «pas d'intérêt général, pas de possibilité d'agir pour l'administration». Lo normal es que la noción de interés general cumpla las dos funciones a un tiempo: es fundamento y límite de las potestades administrativas; éstas no existen más que en la medida que determina el interés general. El interés general constituye, pues, la medida de los poderes de la Administración.

En conclusión, la noción de interés general sirve, de una parte, para definir el ámbito de aplicación del Derecho público, y de otra, constituye una norma que la Administración debe respetar, tanto en su aspecto negativo (la Administración no debe perseguir otro objetivo que el interés general) como en su aspecto positivo (la Administración sólo puede actuar para alcanzar el interés general). Las dos funciones que el juez atribuye al interés general son netamente distintas pero plenamente coherentes la una con la otra: a) Ahí donde existe un interés general existe materia para la actuación administrativa; b) Lo que la Administración hace no debe contradecir las exigencias del interés general. Ambas proposiciones se complementan para orientar la acción administrativa.

B) El *control judicial* sobre la adecuación de los actos administrativos con el interés general plantea el siguiente problema: ¿Debe el juez de lo contencioso inclinarse ante la apreciación que del interés general realiza la Administración o, por el contrario, puede exigir de la Administración la prueba del interés general? El examen de esta cuestión muestra que el uso de la noción de interés general no es «neutral», sino que altera la naturaleza y las técnicas de control sobre la legalidad de la Administración. Dos aspectos presenta esta cuestión: De un lado, el modo como se determina en vía contenciosa lo que el interés general exige en cada caso; de otro, el impacto que el uso del concepto de interés general produce en las técnicas de control judicial.

a) La determinación contenciosa del interés general no se produce de modo inmediato, sino que es el resultado del debate contradictorio que se desarrolla ante el juez. La definición jurisprudencial del interés general resulta, pues, de la prueba del interés general. Ahora bien, ¿cómo se realiza esta prueba? ¿Qué se pretende probar?

1. La *prueba* del interés general plantea una cuestión previa. ¿A quién corresponde la carga de la prueba? ¿Cómo opera en estos casos la regla «*actori incumbit probatio*»? La respuesta depende, naturalmente, de la naturaleza y alcance de la «presunción de interés general» que favorece a la Administración. ¿Existe esa presunción? La doctrina francesa lo acepta en términos generales. Sin embargo, y a la vista de las resoluciones del Consejo de Estado francés, la respuesta no es tan clara. Para valorar esta cuestión hay que advertir que el reconocimiento de una presunción de interés general en cualquier acto de la Administración tiene, de hecho, mayor alcance que el meramente procesal de imponer al recurrente la carga de probar su no concurrencia en ese caso, pues tal presunción actúa también sobre el ánimo del juez, de manera que éste, al juzgar, no parte de una posición neutral, sino de la premisa de que la Administración ha «actuado bien», opinión que condiciona todo su razonamiento en tanto que no es disipada con pruebas concluyentes. Este segundo aspecto de la cuestión es decisivo para la solución final del litigio, aunque el primero sea el más espectacular. Pero, ¿existe esa presunción? En este punto hay que precisar, de un lado, que la presunción de «interés general» no equivale a la presunción de «buena administración», y de otro, que no obstante su evidente parentesco, tampoco equivale a la presunción de legalidad. En su sentido estricto, la presunción de interés público sólo opera en medida muy reducida. Es cierto que las decisiones administrativas se consideran conformes con el interés general y se aplican en tanto que no son anuladas, pero también es cierto que la carga de esta prueba resulta cada vez más ligera para el recurrente. El juez administrativo tiende con frecuencia creciente a exigir de la Administración que exponga los motivos de interés general que han determinado su conducta. Esta tendencia se manifiesta más nítidamente en dos casos: a) cuando una norma impone expresamente la exigencia de un motivo de interés general, y b) cuando el acto impugnado afecta a la propiedad, a la libertad o a la igualdad. En este segundo supuesto la jurisprudencia es muy exigente, sobre todo a partir de los años sesenta. A ello hay que añadir que la presunción de interés general no opera en los supuestos en los que la Administración es incapaz de exponer los motivos de interés general en que funda su acción, de manera que en ningún caso tal presunción puede compensar una evidente ausencia de interés general.

2. ¿Qué interés general hay que probar? La respuesta oscila entre la *apreciación abstracta* del interés general (que exige la prueba de un interés general «por naturaleza», independiente de circunstancias específicas) y su «*apreciación concreta*» (que se refiere a un interés general «en situación» ampliamente determinado por las circunstancias). La *apreciación abstracta* del interés general procede por categorías; toma en consideración un tipo de actividad, de operación, de decisión, sin considerar las circunstancias específicas del caso. La

apreciación *concreta*, por el contrario, valora si la actividad, operación o decisión responde a un interés general definido precisamente en consideración a hechos específicos. Las consecuencias de una y otra apreciación son distintas. En caso de litigio la apreciación concreta conduce a un control más profundo que la apreciación abstracta; la apreciación concreta impide, por otra parte, que la Administración pretenda legitimar acciones concretas por su simple inclusión en «tipos» de actividades reconocidas como de interés público; la apreciación concreta exige de la Administración el esfuerzo de precisar que en el caso concreto esa actividad es de interés público. Sin embargo, no hay oposición entre ambos modos de entender el interés público: el segundo es prolongación del primero.

La jurisprudencia evoluciona resueltamente hacia un control más profundo de la apreciación concreta del interés público (los *arrêts Société Maison Genestal* de 28 de enero de 1968 y *Ville de Limoges* de 18 de julio de 1973 confirman esta tendencia). En los supuestos de expropiación por causa de utilidad pública la evolución ha sido espectacular. A comienzos de siglo la jurisprudencia aceptaba la existencia de interés público en toda operación que se presentaba asimismo como de interés público (declaración de utilidad pública). Durante más de sesenta años mantuvo esta actitud, de manera que incluso cuando anulaba una declaración de utilidad pública por «desviación de poder» el juez evitaba hacer cualquier apreciación sobre la utilidad pública del proyecto. Después, sin embargo, la jurisprudencia dio un giro radical. En 1968 el Consejo de Estado se decidió a examinar la utilidad pública de la construcción de una instalación de vertido de residuos en el mar (*arrêt* de 15 de marzo de 1968, «Commune de Cassis y otros»); una sentencia del Tribunal Administrativo de Niza de 11 de febrero de 1970 declaró que «la utilidad pública de un proyecto debe ser apreciada teniendo en cuenta su objeto y el interés que presenta especialmente para la colectividad en beneficio de la cual se realiza la expropiación». Dos conocidos *arrêts* posteriores han confirmado plenamente esta posición jurisprudencial (*arrêt* de 28 de mayo de 1971, «Ville Nouvelle Est», y *arrêt* de 20 de octubre de 1972, «SCI Ste. Marie de l'Assomption»).

Pero ¿qué entienden los jueces por interés general? Al no existir una definición legal de este concepto (las expresiones *intérêt général*, *utilité publique*, *intérêt public* se utilizan como sinónimos) la jurisprudencia se suele inspirar en dos fuentes: las declaraciones políticas de los poderes públicos y la naturaleza de las cosas (en ocasiones las necesidades de la población). El juez no crea el interés general, se limita a expresarlo inspirándose en fuentes exteriores. Sin embargo, al conjugar las fuentes de inspiración, al interpretarlas, el juez ejerce cierta influencia personal, sutil pero directa, sobre su determinación. ¿Significa esto que el juez impone su propia filosofía? No parece que esto sea así. El análisis de la jurisprudencia muestra la gran neutra-

lidad del juez al apreciar del modo más objetivo las fuentes en que se inspira (la política de los poderes públicos y la naturaleza de las cosas). De este modo el juez ha logrado una concepción «coherente», aunque no «precisa», de la noción de interés público. Coherente porque cumple una función única, pero «no precisa» porque opera sobre una diversidad de contenidos: junto a los intereses públicos tradicionales—asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, realizar el orden público en todas sus manifestaciones, proteger el medio ambiente—han aparecido nuevas manifestaciones—el interés público social, el interés público económico, el ampliar en mucho el ámbito de aplicación de este concepto—. A ello hay que añadir la existencia de otros intereses que gravitan en torno al interés general y que en ocasiones son reconocidos por la jurisprudencia como intereses públicos: el «interés financiero de la Administración» y el «interés privado». El primero—esto es, la realización de actos, expropiaciones, empresas, etc., con el fin de lograr medios financieros para la Administración—se ha calificado por la jurisprudencia como interés general cuando la actividad realizada por sí misma sirve también a un interés general, no en cambio cuando esa actividad sólo persigue la obtención de recursos financieros para la Administración. El segundo, el «interés privado», presenta una relación con el interés público más difícil de precisar. De un lado, porque la distinción entre interés privado e interés público no es neta—no es cuestión de cantidad ni siquiera de «dignidad»—de manera que existen intereses privados que entrañan un elemento trascendente, como sucede con los intereses profesionales, y de otro porque no siempre la relación entre ambos se presenta como contradictoria, sino que en muchos casos es conciliable e incluso concurrente.

b) El examen del interés público en vía contencioso-administrativa ha alterado los límites habituales de esta jurisdicción extendiendo sus dominios. Este efecto expansivo repercute sobre todo en el control de la oportunidad de las medidas administrativas. Así se altera parcialmente el viejo principio: «el juez de la legalidad de los actos administrativos, el juez del "excés de pouvoir", no es juez de su oportunidad». ¿De qué manera? Las definiciones tradicionales de «legalidad» y de «oportunidad» distinguen ambos supuestos: la «legalidad» es una relación de conformidad con el derecho—no sólo con la ley formal—; la «oportunidad» es una relación de adaptación a las circunstancias que constituyen el entorno de la acción administrativa. Tradicionalmente se afirma que el juez de la legalidad no juzga la oportunidad—no lo permite el principio de separación de funciones administrativas y judiciales y no lo permite la naturaleza de la cuestión que se examina, dado que el Juez está mal situado para hacerlo al carecer de competencia técnica y de medios para formar un juicio correcto. Sin embargo, cuando el error de la Administración sobre

la oportunidad de una medida es manifiesto, la declaración de que se ha cometido entra dentro del «control mínimo» de la legalidad, y ello porque, de una parte, la legalidad es una relación de «conformidad» con el Derecho, no de simple «compatibilidad», lo que significa una exigencia de adecuación más profunda, y de otra, porque los elementos que forman el concepto de oportunidad pueden ser examinados—en mayor o menor grado—desde el punto de vista de su adecuación con el Derecho. Tales elementos son la *utilidad* de la medida (esto es, su necesidad, lo que plantea el problema de la «finalidad» perseguida por el acto) y su *eficacia* (esto es, su proporcionalidad con el fin perseguido, lo que plantea el problema de los «medios» empleados por la Administración). La determinación de ambos elementos como integrantes del concepto de oportunidad tiene importancia para mostrar que el juicio sobre la utilidad de una acción administrativa es, de hecho, un juicio sobre su oportunidad: a) La definición de las exigencias del interés general, *utilidad* de la medida, es el primer componente de la oportunidad. En este punto rige el principio de la plenitud del control del juez, principio que sólo tiene raras excepciones, sometidas éstas, a su vez, a límites que reducen decisivamente su alcance; de un lado, el límite según el cual la Administración nunca puede actuar contra el interés general; de otro, el límite que traza la teoría del «control mínimo», teoría que aplicada a la materia del interés general tiene un alcance tan amplio (comprende la desviación de poder, el error de derecho y el error manifiesto de apreciación) que es suficiente para depurar todas las interpretaciones equivocadas que la Administración realice del interés general. b) La fijación de los *medios* que han de utilizarse para satisfacer el interés general (*eficacia* de la medida) es el segundo de los componentes de la oportunidad. Aquí, de hecho, impera una regla opuesta a la anterior: el juez rehúsa controlar los medios utilizados para alcanzar este fin, a pesar de que la elección de estos medios constituye la parte más objetiva de la oportunidad. Sin embargo, esta regla negativa presenta considerables excepciones. La más importante de todas es la que se refiere a las libertades públicas afectadas de modo principal, aunque no exclusivo, por medidas de policía. En este punto rige el principio de que el juez de la legalidad es también juez de la oportunidad de las medidas que afectan a las libertades públicas. Otras excepciones a la regla de la exclusión del control judicial son éstas: 1) El juez aprecia si los medios empleados para atender al buen funcionamiento de un servicio público son eficaces y no excesivos, y 2) el juez examina también si el medio utilizado por la Administración no afecta a otro interés público. Este último supuesto se ha desarrollado espectacularmente en los últimos años (*arrêt Ville Nouvelle Est* de 28 de mayo de 1971, *arrêt Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972, *arrêt Grassin* de 26 de octubre de 1973). En definitiva, pues, el empleo de la noción de interés público tiene importantes consecuencias sobre

el ejercicio mismo del control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

C. TRUCHET concluye su investigación destacando que la utilización de la noción de interés general implica un retorno natural a las fuentes del Derecho administrativo. No quiere esto decir que hubiese desaparecido en etapas anteriores, sino que se hallaba enmascarado bajo técnicas de control más precisas. Ahora, ante dificultades nuevas, la reflexión del juez se dirige directamente hacia el interés general. El interés general sirve, pues, para medir la regularidad de la acción administrativa. Cuando las normas no son suficientes o adecuadas, ¿a qué noción acudir que no sea al interés general? La noción de interés general permite alcanzar una solución legítima y posible al problema planteado; asegura, además, la coherencia de esta solución con el resto del Derecho administrativo, al que proporciona unidad de inspiración.

### III. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INTERÉS PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Si se comparan los resultados de la jurisprudencia francesa sobre el interés general con los de la jurisprudencia española sobre el interés público se advierte que existe un marcado paralelismo entre ellas. Paralelismo determinado, sin duda, más por la índole de la cuestión que por influencia recíproca entre ambas. Este paralelismo se produce incluso en las materias sobre las que se han producido los más importantes pronunciamientos judiciales en ambos países: *dominio público* (8)—sentencias de 6 y 26 de diciembre de 1974 y 27 de diciembre de 1975—, *transportes* (9)—sentencias de 2 de junio de 1967, 27 de mayo de 1968 y 22 de mayo de 1975—, *instalaciones industriales* (10)—sentencia de 11 de diciembre de 1973—, *clausura de establecimientos abiertos al público*—sentencia de 19 de enero de 1977—, etc. (11). Sin embargo, la jurisprudencia francesa aventaja a la española en la amplitud e intensidad del control ejercido por esta vía y, sobre todo, en la iniciativa del juzgador para que la Administración pruebe el interés público al que sirven los actos impugnados. Este aspecto de la jurisprudencia francesa es, quizá, el que más resalta en confrontación con la jurisprudencia española. Tanto una como otra entienden que la aplicación de la noción de interés general a cada caso singular

(8) Vid. TRUCHET, *ob. cit.*, p. 137.

(9) Vid. TRUCHET, *ob. cit.*, p. 138.

(10) Vid. TRUCHET, *ob. cit.*, p. 139.

(11) Un análisis de esta jurisprudencia puede verse en mi estudio sobre *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, «REDA» (8) 1976, pp. 80 y ss. El comentario a la sentencia de 19 de enero de 1977 (Ref. Aranzadi 274) puede verse en «REDA» (13) *Sobre la apreciación de la buena conducta en función del interés general y la responsabilidad patrimonial de la Administración*.

está determinada por el debate contradictorio que se sigue ante el juez. La definición jurisprudencial del interés general es el resultado, pues, de la prueba sobre el interés general. ¿A quién corresponde la carga de esa prueba?

a) Hemos visto cómo la *jurisprudencia francesa* limita y matiza cuidadosamente el alcance de la presunción de interés general favorable para los actos de la Administración. El principio *actori incumbit probatio* rige en materia contencioso-administrativa de modo muy atenuado. El juez no sólo admite que el recurrente no está obligado a suministrar la prueba negativa, sino que incluso exige de la Administración que aporte piezas de convicción. La carga de la prueba se reparte por el juez. TRUCHET ha obtenido estas conclusiones (12): 1.ª Existe una presunción de acción regular en beneficio de la Administración; de ahí que la carga inicial de la prueba incumbe al recurrente (regla común en todo proceso). 2.ª Esta presunción no es absoluta ni irrefragable. El recurrente tiene la posibilidad de destruirla, a veces incluso con la ayuda del juez. 3.ª El juez «dispone» de esta presunción y la utiliza con un pragmatismo evidente, más de acuerdo con las circunstancias del caso que con reglas estrictas previas. Esto es, según la convicción íntima del juez.

b) La *jurisprudencia española* no se ha manifestado tan claramente sobre la prueba del interés público. Sin embargo, el Derecho positivo español contiene preceptos que permiten llegar en este punto a soluciones aún más avanzadas que las ofrecidas por la jurisprudencia francesa.

1. En primer lugar, la Administración tiene la carga de aportar de oficio, en el procedimiento administrativo, los datos y elementos de juicio en virtud de los cuales deba pronunciarse una resolución que *tenga relevancia inmediata para el interés público*. El artículo 81 de la LPA dispone:

«Artículo 81.1. La Administración desarrollará de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución.»

2. En todo caso deberán efectuarse de oficio tales diligencias cuando el contenido de la resolución *tenga relevancia inmediata para el interés público*.

Por tanto, en el procedimiento administrativo la carga de la prueba del interés público corresponde a la Administración.

Esta importante declaración de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo ha pasado generalmente inadvertida. Sin embargo, a la luz de la nueva jurisprudencia sobre el interés público se resalta la

(12) V. TRUCHET, *ob. cit.*, p. 215.

trascendencia que tiene para fijar el alcance de las reglas sobre la carga de la prueba. A mi juicio, ese precepto tiene la consecuencia de invertir la carga de la prueba sobre el interés público en el recurso contencioso-administrativo, por lo siguiente: En el recurso contencioso-administrativo «la prueba se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso civil ordinario» (artículo 74,4 de la LJCA). Al demandante corresponde la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama (sentencia de 24 de mayo de 1976) (13). Cuando lo que se reclama es la declaración de no ser conforme a derecho un acto o una disposición administrativa, el demandante se enfrenta con la presunción de legalidad de que disfruta la Administración del Estado, presunción que produce la validez y eficacia inmediata de los actos administrativos (artículo 45 de la LPA); tiene, pues, que soportar la «carga de accionar» contra la Administración. ¿Significa esto que también debe soportar necesariamente la carga de la prueba dentro del proceso? Evidentemente no (14). Una de las piezas fundamentales de prueba en esta jurisdicción es el «expediente completo» de la resolución impugnada que la Administración está obligada a aportar al juicio (artículo 61 de la Ley Contencioso-Administrativa). Si el expediente no está «completo» las partes pueden solicitar que se reclamen de la Administración «los antecedentes adecuados para completarlo» (artículo 70 de la LJCA). Pues bien, por virtud de lo dispuesto en el artículo 81,2 de la LPA, el expediente no está completo si no constan en el mismo los datos que permiten «determinar, conocer y comprobar» de qué manera la resolución sirve al interés público. La carga de esa prueba corresponde, pues, a la Administración, a quien la ley obliga a practicar de oficio la «instrucción» necesaria para que la resolución que se adopte esté fundada en un análisis razonado de lo que conviene al interés público. Por eso nuestra jurisprudencia declara que la falta de un expediente en que consten tales datos constituye un vicio de legalidad que induce a presumir que la decisión no ha sido tomada «con fundamento» (sentencia de 2 de marzo de

(13) Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1976 (Referencia Aranzadi 2999): «Que conforme al principio recogido en el artículo 1.214 del Código Civil interpretado por reiterada y conocida jurisprudencia, al demandante incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama, norma aplicable a esta jurisdicción...».

(14) Sobre el alcance de la presunción de legalidad en relación a la carga de la prueba y a la distinción entre «carga de accionar» y «carga de probar» en la jurisdicción contencioso-administrativa, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 1975, p. 315. Sobre la carga de la prueba y la posición de la Administración, v. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 467, y más recientemente, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977 (Comentario al artículo 88, pp. 513 y ss.). Sobre la carga de la prueba en materia sancionatoria, v. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, «REDA» (10) 1976, pp. 414 y 415, y Santiago MUÑOZ MACHADO en su comentario a las sentencias de 5, 9, 16 y 18 de junio de 1976, publicado en «REDA» (11) 1976, pp. 734 y ss., con el título *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas*.

1973) (15). La prueba del interés público corre a cargo de la Administración y su omisión provoca una presunción contraria a su concurrencia en el acto impugnado.

2. En segundo lugar, el juez español dispone de la más amplia facultad de ordenar de oficio—tanto en la fase probatoria como concluida ésta—la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para alcanzar la convicción sobre cuál es «la más acertada decisión del asunto» (artículo 75 de la LJCA). Por tanto, en relación a la «presunción de interés público», el juez español es, al igual que el francés, «maitre de cette presumption».

En consecuencia, si bien es cierto que la persecución del interés público justifica la creación de un régimen de Derecho público, de ahí no deriva que todo acto realizado al amparo de normas de Derecho público goce de la presunción de interés público, sino que más bien, a la inversa, una vez constatado el interés público se justifica un régimen de Derecho público.

Fernando SAINZ MORENO

---

(15) Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 (Referencia *Aranzadi* 919).



## BIBLIOGRAFIA

