

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO VI

JULIO - AGOSTO 1947

NUM. 34

La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español

I

Entre los autores españoles del siglo pasado que se ocupan de la discrecionalidad de la Administración hemos de citar a Olivan, uno de los primeros que cultivaron en España la ciencia jurídico-administrativa, en cuya obra, publicada en 1843, señala como característica esencial de la Administración su independencia, su libertad, es decir, la discrecionalidad de su acción. Reconoce que la ley determina la actividad administrativa, pero advierte, con muy buen sentido, que la acción administrativa no consiste en aplicar una regla inflexible a hechos consumados, sino en prever los venideros, satisfacer necesidades numerosas y *variables*; de aquí que esta acción administrativa tenga una parte *discrecional* o *indeterminada*, en la cual la Administración es la única que *aprecia los motivos de la utilidad de sus medidas*. Aunque siempre la actividad administrativa, incluso la discrecional, ha de ser ilustrada, justa y *prudente*.

Posada (en un artículo de la Enciclopedia Jurídica Seix) explica el concepto de lo discrecional, como supervivencia del absolutismo después de instaurarse el régimen constitucional en los países de tradición monárquica donde la Corona fué poderosa. En dichos países la división de poderes no fué suficiente como sistema eficaz de garantía a causa de haber surgido la des-

confianza entre ellos. El poder ejecutivo estimó que no podía ni debía someterse a una intervención por parte del poder judicial, y de aquí que quedara al margen de toda fiscalización jurídica y su acción fuera discrecional. Pero modernamente, cuando el Derecho administrativo no se fundamenta ya tan sólo en la idea de poder, sino en la de servicio público, ya no hay actos de pura administración porque toda la actividad administrativa es fiscalizable. Entiende Posada que no es admisible lo discrecional, no ya como expresión de potestad sin normas jurídicas, sino ni siquiera como acto sin consecuencias para la Administración y sólo para los administrados que deban soportarlas callada y silenciosamente. La discrecionalidad es simplemente la facultad que tiene el funcionario de apreciar según su prudente arbitrio las circunstancias y condiciones en que ha de moverse la actividad administrativa.

Martín Retortillo (1) señala el enorme ensanchamiento que ha experimentado la potestad discrecional que, de privilegio, se ha convertido en medio para la mejor gestión de los intereses públicos. Pero advierte también, que este ensanchamiento de la zona de la discrecionalidad ha ido acompañado de un aumento notable del número de leyes administrativas; de modo que si modernamente se aboga, de una parte, por un régimen de libre acción en cuanto a los medios, de otra se tiende a limitar cada vez más la actividad administrativa en cuanto al fin, que no puede ser otro que el bien del servicio público.

Fernández de Velasco, en su monografía sobre «El acto administrativo», hace referencia a los actos discrecionales, que pueden darse en tres supuestos distintos: en virtud de concesión legal expresa, en virtud de silencio de la ley y en virtud de necesidad administrativa. Pero siempre la discrecionalidad se halla sujeta a límites, puesto que la Administración ha de obrar dentro de su *capacidad* y condicionada por el *fin*.

Arias de Velasco (2) niega que existan actos discrecionales

(1) «Algo sobre la potestad discrecional de la Administración», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1929; «Lo discrecional», en la misma Revista, 1930; y «Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo», 1933.

(2) «Jurisprudencia objetiva», en Revista de Derecho Público, 1934.

absolutos, pues en los actos llamados discrecionales hay un núcleo de libertad, incontrolable, pero a su alrededor está la regla de Derecho que lo rodea, dirige y limita.

Gascón y Marín, en un «Rapport» que presentó al Instituto Internacional de Derecho Público en 1934, define el poder discrecional de la Administración como «facultad de obrar según una *apreciación subjetiva*, pero en la *dirección* y con el *contenido* que requieren los intereses colectivos, según el *fin* que la ley ha asignado a la acción administrativa». Y propugna que se aune el poder discrecional con el derecho de controlar jurisdiccionalmente el uso que la autoridad administrativa hace de las atribuciones conferidas por las disposiciones legales, mediante la admisión del recurso por exceso de poder.

A raíz del artículo 101 de la Constitución de la República, que prometía el establecimiento de un recurso contra los actos discrecionales, que no llegó a crearse, Segismundo Royo Villanova, Pérez Serrano y García Oviedo se ocuparon del tema definiendo este último la discrecionalidad como poder de apreciación condicionado por el fin y susceptible de ser fiscalizado para impedir que se desvíe.

Con ocasión de la Semana Municipalista celebrada en Barcelona en 1942 pronunció Goñalons Escrivá una conferencia sobre el poder discrecional, entendiéndolo como facultad necesaria para atender a la satisfacción de las necesidades públicas en la forma y condiciones que se estimen razonables, procedentes. Su fundamento lo halla en el hecho de que no siempre es única la solución que conviene al interés público. Es más, no siempre hay coincidencia en la apreciación de lo que convenga a tal interés, ni, muchas veces, en lo que significa el propio interés público.

La obra más reciente en que se dedica singular atención al tema de la discrecionalidad es la de Segismundo Royo Villanova, «Problemas del Régimen jurídico municipal», 1944. Recoge algunas de las conclusiones más notables de la doctrina extranjera, que aplica a nuestro derecho positivo y a la sistematización y crítica de la jurisprudencia en materia municipal.

Por último, citaremos a García Valcárcel (3), para quien «la discrecionalidad es toda la actividad de una persona, que no estando regulada por el derecho objetivo puede llevarse a efecto mientras no salga del fin de la personalidad y no perjudique a tercero, siendo por lo tanto, ilícita en el triple caso de ilegalidad, de desviación de poder y de lesibilidad de un tercero».

I I

En las opiniones que acaban de exponerse de la doctrina española acerca de la discrecionalidad puede advertirse una notable coincidencia, pues en todas ellas se habla de facultad subjetiva de libre apreciación, concedida al órgano administrativo en atención a la naturaleza de la actividad que desarrolla, y que se halla sometida a ciertos límites de índole teleológica.

Importa, pues, ahora, abandonando ya definitivamente las citas, puntualizar con criterio sistemático los extremos de mayor interés que la discrecionalidad de la Administración nos ofrece. Para ello aprovecharemos de las opiniones anteriormente expuestas y de las que en el otro trabajo dejamos hecha mención, las ideas que a mi entender resultan más acértadas.

La discrecionalidad, en el Estado de Derecho, ha dejado de ser total y arbitraria, para quedar reducida a ciertas materias y rodeada de límites e incluso sujeta, en algún aspecto, a fiscalización jurisdiccional. La *competencia* del órgano administrativo y la *forma* del acto —ha dicho nuestro Tribunal Supremo— son siempre fiscalizables (4).

El que la discrecionalidad tenga su actual alcance se debe a una labor constante de la ciencia, de los tribunales y a interesantes reformas legislativas. Todo ha cooperado a que se realizara la evolución que en el otro trabajo contemplamos. Cooperación fecunda en el mundo del Derecho, donde estamos li-

(3) «La personalidad de la Administración basada en la Filosofía cristiana», en Anuario del Centro de Estudios Universitarios, 1945.

(4) Sentencias de 9 de marzo de 1912, 23 de febrero de 1914, 14 de enero de 1925, 10 de noviembre de 1944.

gados de tal suerte que nadie puede laborar únicamente para sí. Cada retoque de un autor, del legislador o del juez ayuda a ir moldeando el conjunto, como el zoófito cuya secreción produce el coral que, al construir sus ceidillas, junta unos contingentes a otros.

Sin embargo, no se ha logrado aún una plena unanimidad de criterios acerca del concepto del poder discrecional. Las opiniones de los autores se pueden agrupar en dos grandes corrientes doctrinales que arrancan en último término de dos opuestas concepciones sobre la relación entre el Estado y el Derecho.

Unos autores los identifican. El Estado es lo mismo que el Derecho y toda actividad del Estado es Derecho en acción. El Estado no es más que el ordenamiento jurídico y dentro de él sólo hay normas escalonadas. Por lo tanto, la actividad administrativa se mueve dentro de esta órbita, incluso cuando es discrecional. Y la discrecionalidad se concibe como margen obligado de libertad que requiere el fenómeno de concreción que se opera en la escala normativa al pasar de una norma superior a otra inferior. Cuando la Constitución se desenvuelve en leyes ordinarias, el ordenamiento jurídico ha aumentado en concreción o el legislador se ha movido discrecionalmente al desarrollar en las leyes los principios constitucionales. Y cuando se pasa de la ley al acto administrativo hay una nueva concreción, que exige también cierta discrecionalidad; pero una discrecionalidad para interpretar la ley, nada más; la actividad administrativa es mera ejecución de la ley. La Administración se estudia bajo un prisma exclusivamente jurídico, de «Derecho puro»; la persona no es más que un centro de imputación de normas jurídicas.

Frente a los anteriores, existe otro grupo, mejor orientado, que no identifica el Estado con el Derecho. El Estado es una persona jurídica, un sujeto sometido al Derecho, pero sin identificarse con él. De aquí que la actividad administrativa, aunque subordinada al Derecho, tiene un fin distinto del jurídico: cuidar de los intereses públicos; y la discrecionalidad es un atri-

buto indispensable de la institución administrativa para el desarrollo de sus iniciativas.

En torno a cada una de las anteriores opiniones fundamentales pueden agruparse todas las demás. No hace falta ser normativista para quedar encuadrado en el primer grupo. Todos los que ven en la Administración la ejecución de la ley, aun entendiendo dicha ejecución en sentido amplio, fundamentan en la ley la discrecionalidad.

Hay, pues, una indudable proyección del concepto que de la Administración se tenga sobre el de la discrecionalidad.

Nosotros entendemos que el Derecho es un límite del Estado, un cauce por donde debe discurrir su actividad, pero no el alma de la Administración. La Administración es un dato histórico, un ente palpable, una realidad exterior a la norma, no un simple centro de imputación de normas, y tiene una voluntad autónoma, aunque limitada por el Derecho, como todos los demás sujetos de relaciones jurídicas, y el Derecho no suplanta la voluntad de los órganos administrativos. A la Administración compete —ha dicho Blas Pérez— la *realización del interés público dentro del marco del Derecho*, y así como es terco el Derecho en querer someter a la justicia de un modo unívoco a sus decisiones, deja en cambio, a la Administración, la mayor parte de las veces intencionadamente, un amplio margen de libertad de movimientos.

Es decir, que en tanto para la función judicial el Derecho es de ordinario un guía, un indicador inflexible, para la Administración, contrariamente, es un límite, un valladar.

El Derecho no lo es todo para la vida administrativa. Es falso concebir el Derecho como túnica inconsútil que recubre toda la vida social, como la piel al cuerpo. Muchos elementos de la vida administrativa son enteramente irrelevantes para el Derecho; aunque esto le parezca a Kelsen una *contradiccio in adjecto*. La Administración puede encontrarse ante varias soluciones posibles lícitas, y al Derecho no le importa el que adopte una u otra. El Ayuntamiento puede ordenar el paso de vehículos de tracción mecánica por un lado y de los de tracción animal por otro, y puede autorizar la instalación de una línea

de tranvías de vía doble o solamente sencilla, o no permitir la circulación de tranvías sino la de trolebuses, y esto no son cuestiones jurídicas sino técnicas, de oportunidad, de conveniencia para los intereses ciudadanos. La actividad de la Administración es concreta, operativa, obra sobre la misma realidad y tiene que ajustarse al momento, mientras que la ley no tiene este carácter flexible y circunstancial, queda más lejos, se inhibe ante lo práctico, porque es teórica y llega un momento en que las medidas que pueda adoptar la Administración, los actos que realice, le son indiferentes.

¿Cuándo cabe ejercer el poder discrecional? Entendemos que la discrecionalidad entra en juego a partir del límite natural que tiene todo lo jurídico. La regulación legal de la actividad administrativa tiene un límite: no puede ir más allá de lo previsible categóricamente, es decir, de lo susceptible de determinación mediante conceptos teóricos, pues cuando la ley se ve obligada a recurrir a conceptos prácticos, como son los de ornato público, interés social, caben varias interpretaciones, hay margen para la apreciación subjetiva y tenemos, por tanto, discrecionalidad.

Las normas —dice Ferrara— tienen que dejar este margen a la apreciación, en cuanto descansan en situaciones de hecho indeterminadas y oscilantes, que sufren la influencia de la vida social y se modelan o colorean diversamente, según las circunstancias. No siempre puede el Derecho realizar de modo adecuado su función de ordenamiento limitándose a comprimir en una fórmula rígida todos los aspectos multiformes de las relaciones vitales y por esto el legislador opera en conceptos móviles, indeterminados. Así los conceptos de orden público, buenas costumbres, equidad, abuso, justa indemnización, introducen una multitud de conceptos sociales y económicos en el campo del Derecho. Si el legislador empleara siempre conceptos rígidos, la vida, que es cambio, los haría estallar. Polanco (5) compara los conceptos prácticos a órganos respiratorios del sistema jurídico positivo. Otros los llaman válvulas, a través de las cua-

(5) *Le cabale del mondo legale*; Atti del R. Istituto Veneto, 1908.

les penetra en el Derecho el ambiente oxigenado de la vida moderna.

Y la discrecionalidad puede darse: bien en caso de ausencia de precepto legal; bien cuando, habiendo precepto, éste dé lugar a un juicio disyuntivo entre varias soluciones posibles lícitas; bien, por último, cuando el propio precepto conceda expresamente facultades discrecionales. Discrecionalidad *extra-legem* y *secundum-legem*, podríamos decir, dividiendo esta última en tácita, esto es, resultante de la naturaleza práctica de los conceptos legales, y expresa, o sea, consignada en la misma ley. Más problemático resulta hablar de una discrecionalidad *contra-legem*, en casos de necesidad administrativa, como lo hace Fernández de Velasco, aunque hay que reconocer que no carece en absoluto de justificación.

Ya hemos visto, pues, la razón de ser de la discrecionalidad, que se funda a mi juicio en la autonomía de la voluntad de la Administración y no en la ley, y la posición de la discrecionalidad frente a la norma (*extra, secundum* o *contra*, en el sentido y con las salvedades apuntadas).

Importa ahora fijar exactamente qué atribuciones confiere a un órgano administrativo el poder discrecional, qué hace la Administración cuando obra discrecionalmente. También aquí se refleja la anterior dualidad de criterios. Para unos el ejercicio del poder discrecional consiste en interpretar la norma jurídica, descubrir lo que en ella está implícito, tratar de poner en práctica el programa legislativo; es una función interpretativa. Para otros, a mi entender más acertados, consiste en apreciar la oportunidad del acto, es un juicio de libre apreciación, es iniciativa, que no puede tener la norma. Para los primeros, la discrecionalidad trata de desentrañar la ley; para los otros, de auscultar la vida.

No podemos admitir que la discrecionalidad se reduzca a la apreciación que se requiere para subsumir los hechos en las normas, o que sea un simple factor del proceso lógico del Derecho objetivo. Entendemos que la discrecionalidad es una cualidad de los sujetos de Derecho, un modo de disfrutar su capacidad. La capacidad de los sujetos, de los órganos administra-

tivos, se mueve de dos modos distintos: en ocasiones corre sobre una pauta, sobre unos preceptos categóricos, en cambio otras veces marcha libremente, adaptándose a los supuestos de hecho. La Administración con sus dos modos de obrar es semejante a uno de esos vehículos modernos que puede andar sobre vías o bien moverse libremente por la calzada.

El poder discrecional encierra una facultad de libre apreciación, de autodeterminación, que permite actuar según el propio criterio. El órgano administrativo unas veces se halla heterodeterminado, y otras puede autodeterminarse. Si no hay un precepto que le señale el camino, podrá, entre las distintas posibilidades que se le ofrezcan, determinarse por una. La discrecionalidad es el *ejercicio de la capacidad de un órgano administrativo en cuanto no está determinada legalmente*, puesto que la indeterminación legal hace surgir la posibilidad de varios actos lícitos entre los que hay que escoger. Y precisamente la discreción consiste en saber apreciar lo mejor. Luego la discrecionalidad —modo de obrar con discreción— será el arte de elegir lo mejor, arte de apreciar y medir todas las cosas en vista de su fin, arte de adaptar los medios, según su naturaleza y de acuerdo con las circunstancias, a la obtención del fin.

En resumen: es un *juicio de adaptación de medios a las circunstancias para llegar al fin*; juicio de oportunidad y no de legalidad. Apreciación de la conveniencia de un acto para los intereses generales, según las circunstancias del momento. Se trata, pues, de una *calificación práctica de las circunstancias*, no de la constatación de su existencia ni su calificación jurídica, pues esto afecta a la legalidad.

Después de considerar la discrecionalidad en su aspecto subjetivo, esto es, como atributo de la capacidad de la Administración, opuesto a lo reglado, se la puede contemplar también objetivamente, referida a los actos administrativos, y en este segundo aspecto lo discrecional y lo reglado no son términos antagónicos puesto que incluso los actos realizados en ejercicio del poder discrecional tienen elementos reglados. No hay ningún acto administrativo puramente discrecional, ni puramente reglado: ambos modos de obrar convergen en el acto admi-

nistrativo y afectan a sus elementos. La discrecionalidad, como los metales, no se encuentra químicamente pura en la práctica. Para extraer el concepto de discrecionalidad y destacar sus notas hemos hecho una abstracción, pero este concepto no se da en la vida con toda su pureza.

La discrecionalidad rara vez se refleja en todos los elementos del acto administrativo. Unas veces afecta a mayor número de ellos que otras. Desde el caso de mayor amplitud en que se puede elegir entre practicar o no el acto, hasta aquel en que la discrecionalidad afecta tan sólo a uno de sus elementos, se nos ofrece una gama con distintos grados de intensidad. Cabría aludir aquí a la distinción entre discrecionalidad plena y menos plena, libre y ligada, genérica, específica y absoluta, etcétera. Pero nos limitaremos simplemente a subrayar la existencia de grados en la intensidad del poder discrecional y a indicar la conveniencia de que cuando se otorgan facultades discrecionales a un órgano administrativo se especifique el grado de las mismas.

Fijémonos ahora en los límites de la discrecionalidad y vicios que pueden cometerse en su ejercicio, así como en la fiscalización a que debe estar sometida.

De la propia naturaleza del poder discrecional se desprende un primer límite: el de la capacidad del órgano administrativo, es decir, la competencia de que goza y que viene determinada por los fines o funciones que se le encomiendan. La necesidad de moverse dentro de la propia competencia es el primer límite de la discrecionalidad.

Pero además, aun cuando la discrecionalidad se ejerza en uso de la competencia, cabe la infracción de otros límites legales cuando no se trate de una discrecionalidad plena, límites que varían en cada caso según el grado de intensidad que se le conceda. Tales infracciones constituyen otros tantos vicios que podrán ser de motivación, de forma, de contenido o de fin, según el elemento del acto afectado por el límite legal.

Por último, dejando atrás esta periferia de Derecho y penetrando en el núcleo de la discrecionalidad, ésta es, naturalmente, libre, sin otra limitación que la impuesta por su propia

esencia, y puesto que es un *acto de discernir a la luz del fin* o, con palabras de García Oviedo, una *apreciación, condicionada por el fin*, su *límite interno* será la fidelidad al fin, existiendo evidente desviación de poder discrecional cuando se persiga un fin distinto de aquel para el cual se dió.

Aparte de los anteriores límites no cabe fiscalizar la discrecionalidad puesto que precisamente al consentir la ley esta indeterminación cerró la puerta al juez cuyo cometido es, como recuerda Gascón y Marín, fallar *secundum leges*, pero no *commodo et incommodo*. La fiscalización jurisdiccional de la actividad administrativa sólo debe comprobar los límites de la discrecionalidad pero no establecerlos. La Administración en cuanto es actividad libre, inicial, está exenta de fiscalización, entre otras razones, porque dada la naturaleza imprecisa e imprevisible de la materia objeto de discrecionalidad, la fiscalización jurisdiccional se tendría que ejercer discrecionalmente y, por tanto, sólo se conseguiría sustituir la discrecionalidad administrativa por la jurisdiccional, con la desventaja de que ésta la ejercerían órganos peritos en leyes, pero no «peritos de interés público» como los de la Administración.

De modo que es conveniente fiscalizar el ejercicio de la discrecionalidad en cuanto pueda excederse de sus límites, incluso el impuesto por su fin (caso de desviación de poder), pero hay que respetar el núcleo de libertad que el poder discrecional encierra para la Administración.

Sería interesante examinar lo relativo a la posible responsabilidad por ejercicio abusivo del poder discrecional y a la procedencia o no de la indemnización cuando con él se lesionen intereses de los particulares para subordinarlos al interés público, pero esto nos llevaría demasiado lejos. Sólo diremos que una sentencia de 21 de noviembre de 1941 afirma que la discrecionalidad no excluye la responsabilidad.

III

La distinción entre lo discrecional y lo reglado ha sido recogida por el Derecho positivo español como presupuesto del re-

curso contencioso-administrativo, pues de él quedan excluidas las cuestiones relativas a la potestad discrecional.

Sin embargo, como advierte Posada, «el legislador no ha sabido encontrar la característica de lo discrecional, mejor dicho, no ha sabido definir según *caracteres propios comunes* los actos administrativos que debe declarar discrecionales».

La doctrina de la jurisprudencia es, por una parte, incompleta al no examinar todos los problemas que la discrecionalidad plantea, y por otra, a veces contradictoria. Sin embargo supone una aportación nada despreciable a la elaboración del moderno concepto de discrecionalidad y ofrece en algunos casos luminosas sugerencias. Tampoco cabe reprocharle falta de profundidad puesto que no puede exigirse a los magistrados una investigación exhaustiva propia de trabajos monográficos, de una materia que, no hay que olvidarlo, tiene en relación con todo el ordenamiento jurídico la extensión de un solo artículo de ley. Y no olvidemos tampoco que, como dice Mauron, ninguna doctrina soporta sin tambalearse la prueba de su realización.

Veamos con criterio sistemático los puntos principales de esta doctrina. He cuidado de interpretarla con toda la fidelidad posible, tomando incluso a la letra las frases contenidas en las decisiones jurisprudenciales.

En cuanto al concepto de la discrecionalidad, una sentencia (6) declara que la facultad discrecional se halla *definida* en el artículo 4.º de la ley y su congruente del Reglamento, lo cual es inexacto puesto que la ley no define la discrecionalidad sino que dice tan sólo que las cuestiones relativas a ella no corresponderán al conocimiento de los Tribunales ordinarios; y el Reglamento enumera algunas de dichas cuestiones, pero tampoco aclara en qué consiste la discrecionalidad, ni qué facultades confiere, cuál es su alcance, límites, etc. Esto no es definir. Pero tales deficiencias han sido, en parte, suplidas por otras declaraciones jurisprudenciales.

El Tribunal Supremo ha dicho que la discrecionalidad es

(6) Sentencia de 30 de octubre de 1944.

principio esencial y básico y supone facultades, atribuciones o competencias privativas de la Administración (7). En cuanto a su esencia declara que es un ejercicio meramente voluntario (8), no obligado sino potestativo (9), de una facultad libre (10), o libérrima (11), dependiente de su arbitrio (12). La discrecionalidad confiere plenitud de facultades de decisión para obrar en un sentido u otro (13), sin sujeción a normas que condicionen (14) la causa o razón, la oportunidad, el volumen, el momento, los trámites ni los antecedentes del acto (15).

Este criterio, que se refleja en muchas sentencias, es, a todas luces, demasiado amplio y se diría propio del Estado de policía.

En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha sido más moderado, concibiendo la discrecionalidad como apreciación de las circunstancias que condicionan los actos administrativos, e incluso en alguna sentencia da a entender que el acto administrativo debe estar siempre motivado, aun cuando los motivos puedan apreciarse libremente (16).

Recoge nuestra jurisprudencia casos de discrecionalidad *absoluta o plena* (17) y *menos plena* (18), estando ésta vinculada en cuanto a sus cauces *procesales*.

Se señala como móvil, que ha de inspirar el ejercicio de la

(7) Sentencias de 7 y 12 de abril de 1943, 7 de junio de 1943 y 7 de marzo de 1944.

(8) Sentencia de 25 de noviembre de 1943.

(9) Sentencia de 21 de noviembre de 1944.

(10) Sentencias de 3 y 9 de febrero y 29 de marzo de 1943, 8 de mayo de 1944.

(11) Sentencias de 12 de abril y 19 de noviembre de 1943.

(12) Sentencia de 8 de mayo de 1944.

(13) Sentencia de 5 de febrero de 1942.

(14) Sentencias de 7 de abril y 3 de junio de 1943.

(15) Sentencias de 26 de octubre de 1935, 7 de marzo de 1942, 3 de febrero y 27 de octubre de 1943, 26 de noviembre de 1943, 11 de abril de 1944 y 26 de abril de 1944.

(16) Sentencia de 27 de diciembre de 1930.

(17) Sentencia de 4 de abril y 27 de octubre de 1943; no puede censurarse el uso que de ella se haga.

(18) Sentencia de 5 de febrero de 1942.

discrecionalidad la *conveniencia* a los *intereses públicos y generales* (19).

La *competencia y la forma* limitan la discrecionalidad y son siempre objeto de fiscalización jurisdiccional (20).

Respecto de la *materia u objeto* de la discrecionalidad la labor del Tribunal Supremo ha consistido en completar la enumeración del artículo 4.º del Reglamento, especificando en cada caso concreto qué actos son discrecionales y cuáles no (21).

(19) Sentencias de 7 de abril y 7 de junio de 1943, 8 de marzo y 11 de abril de 1944.

(20) Sentencias de 23 de febrero de 1914 y 10 de noviembre de 1944.

(21) En cuanto a la materia, la jurisprudencia especifica que:

Es discrecional:

—Conceder la extensión de los beneficios otorgados a otros funcionarios, cuando tiene el carácter de concesión de una gracia. (Sentencia de 3 de diciembre de 1930.)

—Privar de un cargo de confianza (sentencia de 7 de marzo de 1942); la separación de agentes armados municipales (sentencia de 29 de marzo de 1943), pero no por faltas que no hagan perder la confianza.

—Separar empleados interinos. (Sentencia de 22 de febrero de 1944.)

—Disponer el cese de los funcionarios no inamovibles. (Sentencia de 26 de junio de 1925.)

—Apreciar los méritos en los concursos cuando no está fijada la preferencia. (Sentencia de 4 de julio de 1914 y 3 de abril de 1942.)

—Acordar o no el acceso de aspirantes. (Sentencia de 21 de noviembre de 1944.)

—Fijar las bases de los concursos. (Sentencia de 10 de marzo de 1943.)

—Señalar las horas en que han de funcionar las oficinas municipales. (Sentencia de 29 de enero de 1941.)

—Apreciar la validez o nulidad del acto de la subasta. (Sentencia de 29 de octubre de 1932.)

—Conceder o no prórrogas de plazos posesorios a los funcionarios. (Sentencia de 16 de abril de 1924.)

—Aplicar el castigo una vez reconocida la existencia de la falta. (Sentencia de 7 de marzo de 1944.)

—Declarar la cesantía de los funcionarios, con arreglo a la base 5.ª de la ley de 22 de julio de 1918. (Sentencia de 12 de marzo de 1925.)

—Dictar disposiciones de gobierno, actos normativos y de mando, proveyendo en términos generales. (Sentencia de 4 de julio de 1940.)

—Apreciar la proposición más ventajosa en las subastas. (Sentencia de 28 de diciembre de 1933.)

—Dictar todas aquellas disposiciones reglamentarias para la más acertada ejecución de las leyes. (Sentencia de 18 de mayo de 1909.)

—Dictar o no disposiciones generales. (Sentencia de 11 de marzo de 1942.)

Interesa señalar que, según la doctrina jurisprudencial, en ausencia de declaración expresa de la ley, es a la Administra-

—Mandar redactar un reglamento. (Sentencia de 7 de marzo de 1923.)

—El destino, comisión y cargo de los militares. (Sentencia de 15 de octubre de 1923.)

—Conceder, negar o anular el establecimiento de arbitrios o impuestos que se opongan al sistema tributario del Estado y resolver las dudas o reclamaciones sobre recargos y arbitrios municipales. (Sentencia de 20 de noviembre de 1906.)

—Resolver sobre nulidad o ilegalidad de tributos. (A. 18 de abril de 1922.)

—Conceder títulos. (Sentencia de 26 de junio de 1925.)

—Conceder o negar los beneficios de la protección a la industria nacional (Sentencia de 27 de febrero de 1923.)

—Suprimir gastos voluntarios. (Sentencia de 25 de noviembre de 1943), pero no si se había creado un derecho. (Sentencia de 5 de abril de 1943.)

—Suprimir un centro docente creado por Real Decreto (organización de servicios). (Sentencia de 13 de diciembre de 1920.)

—Organizar un servicio que forma parte de la Beneficencia oficial. (Sentencia de 1 de junio de 1914.)

—Determinar las recompensas, emolumentos y gracias que han de obtener colectivamente las clases armadas (afecta a la organización del Ejército). (Sentencia de 19 de abril de 1909.)

—Organizar un servicio del Estado. (Sentencia de 6 de marzo de 1944.)

—Organizar servicios para la verificación de contadores de gas y electricidad. (A. 4 de marzo de 1910.)

—Dictar resoluciones gubernativas ante circunstancias anormales y especiales para evitar conflictos de índole social o alteraciones de orden público. (Sentencia de 19 de febrero de 1925.)

—Materia de salubridad del vecindario. (Sentencia de 29 de marzo de 1932 y 20 de noviembre de 1933.)

—Otorgar o no una concesión. (Sentencias de 10 de noviembre de 1944 y 11 de mayo de 1920.)

—Denegar concesiones de toda especie. (Sentencias de 27 de octubre de 1915, 29 de septiembre de 1906, 29 de enero de 1908, 10 de marzo de 1909 y 27 de junio de 1925.)

—Conceder un aprovechamiento de aguas públicas y la prórroga del plazo fijado para ejecutar las obras. (A. 18 de junio de 1918.)

—Ordenar el revoco de fachadas los Alcaldes. (Sentencia de 3 de enero de 1933.)

—Todo lo que afecta a la policía, ordenación y aprovechamiento de montes públicos. (Sentencia de 22 de marzo de 1913.)

—Lo que afecta a intereses públicos y generales. (Sentencia de 7 de junio de 1943.)

Y como regla general se dice que hay discrecionalidad cuando *no existen normas* (sentencia de 13 de junio de 1935; A. 14 de enero de 1943; sentencias de 8 de mayo de 1944, 22 de mayo de 1944, 8 de marzo de 1944, 30 de octubre de 1944, etc. Pero otras veces hay discrecionalidad aunque existan normas «al no emplear la forma preceptiva sino la permisiva» (sentencia de 27 de diciembre de

ción a quien compete estimar si debe usarse o no la discrecionalidad (22).

Otra cuestión que se ha planteado frecuentemente ante el Tribunal Supremo es la de si puede o no la Administración autolimitar la discrecionalidad, existiendo respuestas contradictorias, pues mientras unas veces ha declarado que la Administración no puede restringir la libertad de acción que la ley le concede (23), otras veces admite que la Administración, en uso pre-

1930); norma potestativa no cuenta (sentencia de 18 de mayo de 1943), y «a contrario sensu» (sentencia de 5 de junio de 1943) exige para que exista materia reglada, la presencia de «disposiciones legales de obligatoria observancia».

No es discrecional:

—Determinar la existencia de la falta (sentencias de 17 de febrero de 1940, 19 de junio de 1941 y 7 de abril de 1942) y su calificación (sentencia de 4 de marzo de 1941).

—Suspender indefinidamente la práctica de un cursillo. (Sentencia de 20 de junio de 1944.)

—Suspender o anular un concurso anunciado. (Sentencia de 23 de enero de 1935 y 6 de julio de 1940.)

—Someterse a la propuesta del Tribunal examinador. (Sentencia de 5 de junio de 1935, 24 de abril de 1936.)

—Las medidas sanitarias municipales (deben sujetarse a dictámenes periciales que los fundamenten). (Sentencia de 13 de noviembre de 1934.)

—Declarar insalubres locales industriales (Sentencia de 6 de marzo de 1929.)

—Revocar la licencia de establecimiento incómodo, peligroso o insalubre. (Sentencia de 7 de octubre de 1932.)

—La concesión o denegación de permisos para edificar. (A. 11 de junio de 1896.)

—Negar licencia para edificar. (Sentencias de 26 de diciembre de 1908 y 27 de enero de 1911.)

—Suspender o revocar licencias de obras. (Sentencias de 28 de junio y 25 de noviembre de 1933.)

—Las formalidades para la demolición de edificios ruinosos. (A. 26 de octubre de 1903, A. 15 de marzo de 1911, sentencias de 23 de mayo de 1932 y 25 de febrero de 1943.)

—Imponer alineación y rasantes si no es obra nueva. (Sentencia de 23 de mayo de 1942.)

—Las concesiones de aguas. (Sentencia de 5 de junio de 1943.)

—En general, la facultad de otorgar concesiones es reglada y la de denegarlas discrecional. (27 de junio de 1925.)

—La materia discrecional viene determinada por el carácter, móviles y finalidad de las facultades que se ejercen. (Sentencia de 7 de junio de 1943.)

(22) Sentencia de 7 de junio de 1943.

(23) Sentencias de 5 de julio de 1933, 25 de abril de 1944 y 23 de noviembre de 1944.

cisamente de las facultades discrecionales, puede dictar reglas para con las que quede luego obligada (24), pues se afirma que la limitación nace de quien tiene la facultad y en realidad no la limita sino que la atempera y la amolda en el caso concreto a las propias necesidades que le sirven de fundamento (25).

En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha proclamado la doctrina de que el ejercicio de la discrecionalidad no es susceptible de vulnerar derechos reales (26).

El problema de la fiscalización de la actividad discrecional aparece también en varias decisiones jurisprudenciales. La sentencia de 14 de junio de 1943 alude a la cuestión de si cabría impugnar *jerárquicamente* el uso de facultades discrecionales, sin que existan causas de nulidad, pero no entra a examinarla. En otro sentido la sentencia de 4 de mayo de 1943 ha declarado que es irrelevante para la impugnación de un acto discrecional el hecho de que la Corporación Municipal haya censurado el uso que su Presidente hizo de la discrecionalidad; de donde se deduce que el Ayuntamiento no puede fiscalizar las facultades discrecionales del Alcalde.

En cuanto a la fiscalización jurisdiccional ya sabemos que las facultades discrecionales caen fuera de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la existencia o no de facultades discrecionales no siempre puede resolverse por vía de excepción: «la decisión de este punto es lo que constituye el fondo del pleito» (27); «es evidente la imposibilidad de resolverlo por vía de excepción... porque ello implicaría petición de principio dando por demostrada esa discrecionalidad, que justamente es materia de discusión» (28); en el fondo del asunto... «se ha de dilucidar si la Corporación ha podido obrar discrecionalmente» (29). Luego cuando se discute

(24) Sentencias de 26 de diciembre de 1930, 22 de abril de 1940 y 12 de abril de 1943.

(25) Sentencia de 26 de junio de 1942.

(26) Sentencias de 3 de junio de 1942, 7 de abril de 1943 y 22 de febrero de 1944.

(27) Sentencia de 5 de abril de 1943.

(28) Sentencia de 8 de mayo de 1944.

(29) A. 14 de enero de 1943.

si la materia objeto es o no discrecional, el tribunal contencioso-administrativo tiene competencia para entrar en el fondo del asunto (30).

En cuanto a los vicios, se afirma que el error no invalida los actos discrecionales (31), criterio no muy plausible, por cierto. El vicio de desviación de poder ha sido examinado por la jurisprudencia aunque sin calificarlo de esta forma y existen declaraciones contradictorias. Me refiero concretamente a la sentencia de 4 de julio de 1944, que dice: «no puede fiscalizarse la desproporción entre medios y fin» y la de 21 de junio del mismo año (sólo trece días antes) que revoca un acuerdo municipal por «manifiesta incongruencia entre el medio utilizado y el fin». Se trataba de la implantación de un arbitrio con fines no fiscales sobre viviendas insalubres para procurar indirectamente la corrección de sus deficiencias en el orden sanitario. Sabido es que los arbitrios con fines no fiscales los establece el Estatuto con el objeto de servir como medio para limitar o aminorar resistencias al cumplimiento de ordenanzas de policía urbana o de otras disposiciones en materia sanitaria. Y que dichos arbitrios los determinan las Corporaciones locales por acto de libre apreciación haciendo uso del poder discrecional (32).

Los Ayuntamientos quedaron investidos de facultades y obligados con deberes... para promover todo lo necesario hasta conseguir el fin de sanear las viviendas insalubres y, en último extremo, llegar incluso a derribarlas.

Y que la aplicación de las aludidas normas es el medio adecuado para conseguir el propósito a que van dirigidos...: no siendo admisible que se den de lado... sustituyéndolas con el establecimiento de un arbitrio... con la indefectible consecuencia de que en tanto que el arbitrio se pague el mal se tolera, perdura y no se remedia, lo que demuestra la manifiesta in-

(30) En contradicción con este criterio, la Sentencia de 7 de junio de 1943 dice que es la Administración quien estima si hay o no materia de discrecionalidad.

(31) Sentencia de 27 de octubre de 1943.

(32) Así lo afirma Moreto Planes en su artículo publicado en «La Administración práctica» en abril de 1945.

congruencia entre el medio utilizado —el arbitrio— y el fin que inspiró su implantación (33).

He aquí un caso típico de desviación de poder, cuyo ponderado análisis por parte de la jurisprudencia, muestra hasta qué punto va penetrando en la conciencia jurídica la idea teleológica que ha dado vida a doctrinas, como la del abuso del derecho (34), pues verdaderamente el ejercicio de la facultad discrecional desviándose de su recto fin es en cierto modo un caso de abuso de facultades jurídicas.

Es de desear que siguiendo por este camino de estudio profundo de los casos planteados, nutrido por una preparación doctrinal que responde a las más modernas orientaciones y conquistas de la ciencia jurídica, llegue nuestra jurisprudencia a ponerse a la altura de la emanada del Consejo de Estado francés, cuyo papel en la formación del Derecho Administrativo es tan importante como lo fué el del pretor en el Derecho Romano.

A la jurisprudencia corresponde una tarea en la elaboración del Derecho que sólo ella puede realizar: el retoque diario, su adaptación a cada caso concreto, el darle vida en un momento dado, porque no olvidemos que el perfeccionamiento del Derecho, como todo lo que es fruto de tradición no es cosa cerrada, concluída —ha dicho Eduardo Le Roi, sucesor de Bergson en la Academia Francesa—, sino una experiencia que se prolonga a través de los hombres y del tiempo.

LAUREANO LÓPEZ RODÓ

Catedrático de Derecho Administrativo

(33) Sentencia de 21 de junio de 1924.

(34) También recientemente recogida por nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de 13 de junio de 1942 y 14 de febrero de 1944, debida la última al señor Castán.