

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO IX

SEPTIEMBRE-OCTUBRE 1950

NUM. 53

La discrecionalidad de la Administración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ^(*)

I

El enorme interés de esta materia, tanto en el aspecto doctrinal como en el terreno práctico, no es menester que sea puesto de relieve. Basta considerar la abundante literatura jurídica (1) producida en torno a los diversos problemas que suscita la calificación y régimen de esta modalidad de la actividad administrativa, y el hecho de que en la mayoría de los procesos se plantea como cuestión previa y fundamental la de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, como es sabido, no puede fiscalizar aquellas resoluciones adoptadas por la Administración en virtud de sus facultades discrecionales.

No nos proponemos en el presente trabajo seguir el curso de las sutiles construcciones de los teóricos, ni siquiera hacer un estudio exhaustivo de nuestra legislación en lo que se refiere a la «discrecionalidad». Nuestra tarea es más modesta, si bien no exenta de ciertas

(*) En la elaboración de este trabajo, he seguido en general las explicaciones de cátedra del Profesor LÓPEZ RODÓ en la Universidad de Santiago de Compostela y los dos artículos que sobre la materia publicó el mismo en la REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, 1947 (Vid. la relación bibliográfica inserta al final de este artículo). Las citas jurisprudenciales anteriores a 1945 proceden también, en general, de dichos artículos.

(1) Vid. al final de este trabajo la Bibliografía citada.

dificultades; acometemos la de ordenar y esclarecer la abundante doctrina que en estos últimos años ha formulado el Tribunal Supremo, a propósito de esta materia, en que las disposiciones legales son tan escasas como incompletas. Nuestra labor, por tanto, no se ha realizado en la soledad, no es fruto de elucubraciones abstractas, sino que se ha desenvuelto en contacto con la palpitante patología de la realidad social, al calor de la rica variedad de los hechos. La insuficiencia de las disposiciones legales a que aludíamos y la propia limitación inherente a todo principio general predestina a nuestra Jurisprudencia a una misión grandiosa que sólo a ella le es dado realizar: la de modelar mediante la tarea diaria del estudio detenido de cada caso concreto, la estructura del naciente Derecho Administrativo; del mismo modo que el pretor romano, con el pulir constante de su función declarativa de «lo justo y de lo injusto», alcanzó la de cincelar la espléndida escultura del venerable Derecho Privado.

En nuestra empresa compiladora y clasificadora de «la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Discrecionalidad», hemos procurado tener en cuenta las prudentes advertencias que a este respecto ha hecho Alvaro d'Ors, sin excluir por otra parte las apreciaciones valorativas: «La Jurisprudencia—dice—, por su carácter casuístico no es susceptible de una sistematización, ya se conciba ésta en forma de verdadero código, ya incluso en forma de tratado jurisprudencial. Por eso mismo no convendría pensar en tales sistematizaciones, que acabarían por ser una ley más, de suerte que conducirían insensiblemente a proyectar un nuevo Código, lo que creo debemos apartar de nuestra mente como el más funesto de los pensamientos, sino una forma que respetase la formulación casuística de las sentencias, tan sólo depurada de todos aquellos elementos accesorios que evidentemente sean irrelevantes para la adecuación del fallo y su recta inteligencia. Es decir, se trataría de hacer una verdadera selección o antología de sentencias al modo de los «Digesta» del emperador Justiniano. Si bien se mira, esta forma de selección, sin pretensiones sistemáticas, pero con cierta ordenación de materias que, sin perder el sabor de lo casuístico, no contenga nada que sea «nom bene positum... superfluum vel mi-

nus perfectum», es la más indicada para clasificar la doctrina jurídica» (2).

Nuestra antología jurisprudencial irá precedida de una breve reseña de los preceptos legales vigentes que iniciamos a continuación.

II

Uno de los requisitos que deben concurrir en los actos administrativos para que puedan ser objeto del recurso contencioso-administrativo es el que hayan sido dictados por la Administración en «materia reglada». A tenor del número 2.º del artículo 1.º de la Ley de 22 de junio de 1894 (3) sólo podrá interponerse «contra las resoluciones administrativas que emanan de la Administración en ejercicio de sus facultades regladas». Este precepto viene completado por lo dispuesto en el artículo siguiente: «Artículo 2.º Se entenderá que la Administración obra en ejercicio de sus facultades regladas cuando debe acomodar sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo.» Por consiguiente, obrará discrecionalmente cuando se mueva dentro de un margen más o menos amplio que le permita apreciar libremente la oportunidad en cada momento sin tener que acomodar sus actos a una pauta o regla preestablecida. Entonces sus resoluciones no pueden ser impugnadas en la vía contenciosa; lo discrecional es un coto cerrado para la fiscalización jurisdiccional. En el artículo 4.º de la misma Ley se dispone: «No corresponderá al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo: 1.º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieren a la potestad discrecional.» En el artículo 4.º del Reglamento de la citada Ley de lo Contencioso-administrativo, se hace la siguiente enumeración de las materia que «corresponden señaladamente a la potestad discrecional»:

(2) ALVARO D'ORS: *De la «prudencia juris» a la «juris prudencia» del Tribunal Supremo*. «Revista de Información Jurídica», diciembre de 1947.

(3) Las disposiciones de la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo, a que se refiere el texto, se hallaban ya formuladas en el mismo tenor literal en los correspondientes artículos de la antigua Ley de 13 de septiembre de 1888.

«1.º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o la materia sobre que versen pertenezcan al orden político o de gobierno, o afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones generales relativas a la salud e higiene pública, al orden público y a la defensa del territorio.

2.º Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por las leyes especiales.

3.º Las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no prefijados por una Ley o reglamento, a los funcionarios públicos que realicen servicios especiales.»

Esta enumeración, que, como fácilmente se echa de ver, no agota toda las hipótesis de discrecionalidad, viene ampliada por el artículo 2.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, que dispone que «quedarán excluidos del conocimiento de la jurisdicción contenciosa, como pertenecientes al orden político o de gobierno, las resoluciones que la Administración dictare, en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades política, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos».

El sistema de enumeración seguido en nuestro Derecho positivo es bastante imperfecto. De un lado, no nos ofrece un criterio que sirva para discernir en un momento dado si una resolución administrativa tiene carácter reglado o discrecional y, por otra parte, esta relación «ad exemplum» nos da una idea incompleta y sumamente imprecisa de la materia discrecional.

La Jurisprudencia ha ido detallando esta indeterminación legal y nos ofrece una rica casuística en la que se deslindan las fronteras de lo reglado y discrecional y se determinan sus efectos y alcance frente a cada hipótesis concreta.

III

1.—En general, se dice que la Administración se halla investida de poder discrecional cuando «procede con facultades omnímodas» (S. del 1 de marzo 1947), «con facultades no regladas» (S. 17 junio 1946); cuando no tiene que ajustarse a precepto legal

ni reglamentario alguno, gozando de absoluta libertad» (SS. de 12 de abril y 3 de junio de 1936); cuando no está obligada a acomodar sus actos a reglas o normas preestablecidas por el legislador (26 de noviembre de 1930 y 9 de marzo de 1943); «facultad de decisión no sometida a normas» (S. 7 de abril de 1942), «no obligada, sino potestativa» (SS. de 19 de noviembre de 1943 y 1944); «cuando puede dictar acuerdos en un sentido o en otro» (S. 5 de febrero de 1942).

En muchas declaraciones jurisprudenciales se contraponen lo discrecional a lo que se halla sometido a trámites o requisitos de carácter formal. Existe discrecionalidad: Cuando el agente «se halla investido de un poder no sujeto a trámites administrativos» (SS. de 21 de noviembre de 1941 y 26 de junio de 1942); cuando se trata de «una medida de gobierno fuera del marco de toda norma procesal» (SS. de 15 de enero de 1941 y 8 de mayo de 1944), de una «actuación no condicionada a trámite o requisito legal alguno» (SS. de 28 de marzo y 25 de abril de 1944 y 12 de febrero de 1948), «no sujeta a la rémora del expediente administrativo, ni a las formalidades del concurso u oposición» (SS. de 3 de junio y 18 de noviembre de 1946).

Es preciso advertir, sin embargo, que la equiparación de lo discrecional a lo no sometido a cauces procesales, no siempre resultará exacta. Hay ocasiones en que el legislador, aun otorgando al agente facultades de naturaleza claramente discrecional, condiciona su ejercicio al cumplimiento de determinadas actuaciones procesales, impuestas, ya en garantía de los derechos de los ciudadanos, o ya para lograr una mayor seguridad en el acierto de la decisión, evitando el que sea adoptada precipitadamente y sin la debida madurez, en detrimento de los intereses públicos (4).

Otras veces alude a la idea de que la discrecionalidad entraña una capacidad especial reconocida a la Administración para apreciar con cierta amplitud de margen la oportunidad o la justicia de los diferentes supuestos de hecho:

(4) El mismo T. S. ha declarado en otras ocasiones que la discrecionalidad es compatible con la existencia de normas formales o procesales. Vid. SS. 5 febrero 1942 y 10 noviembre 1944, recogidas en este trabajo. I. N. F. R. A., III, 2.

«Facultad de resolver lo más conveniente a los intereses generales» (S. de 7 de junio de 1943), la discrecionalidad consiste en una «facultad de resolver según libre criterio» (S. de 28 de diciembre de 1933), «con el libre ejercicio de su prudente arbitrio» (S. de 31 de mayo de 1944).

Es discrecional «el apreciar en contemplación del interés público las circunstancias que cada caso ofrece, para, en su vista, otorgar o denegar» (S. de 7 de abril de 1942). Existe discrecionalidad cuando procede el acto de un juicio de conciencia, formando en el ejercicio de una función apreciativa de las circunstancias de cada caso, sin reglas que la limiten o coarten» (S. de 23 de diciembre de 1946).

La misma idea, de libre apreciación de la oportunidad o conveniencia en contemplación de los intereses públicos, campea en las declaraciones que transcribimos a continuación :

...«El Ayuntamiento podía apreciar libremente las condiciones de los solicitantes sin que le obligase regla alguna.» (S. de 12 de febrero de 1948.)

...«Se dispone en el artículo 546 del Estatuto Municipal que la recaudación de los fondos y exacciones estará a cargo de las comisiones permanentes y se efectuará por arriendo o por medio de sus agentes ; y el artículo 77 del Reglamento de Hacienda municipal ordena que las referidas comisiones nombrarán a los recaudadores o agentes que estimen convenientes para el servicio de cobranza, estableciendo su sueldo o premio, así como la fianza y demás condiciones que estimen oportunas, de donde se deduce clara y terminantemente que tanto uno como otro precepto autorizan a las referidas comisiones para establecer libremente y sin limitación alguna las condiciones que a su juicio deban reunir aquellos que aspiren a desempeñar dichos cargos.» (S. de 12 de abril de 1946.)

La organización del servicio la realiza el Ministerio «según las necesidades o conveniencias del servicio, atendidas las circunstancias de cada momento, como fueron el cálculo de futuras vacantes, tiempo probable que transcurría hasta nuevas oposiciones y proyectos de reformas originarias de aumentos de servicios ; es decir,

motivos todos de carácter y apreciación inequívocamente discrecional». (S. de 18 de enero de 1946.)

...«Cuando varios de los concursantes reúnen las condiciones señaladas en la convocatoria, como méritos preferentes, el elegir entre ellos, así como el apreciar sus méritos comparándolos, pertenece a la facultad discrecional de la Administración.» (S. de 4 de julio de 1914.)

«A contrario sensu» podremos deducir también un concepto de discrecionalidad que completa las notas antes destacadas, de las siguientes declaraciones del Tribunal Supremo, en que se nos dice cuando la Administración procede reglamentamente :

«La orden de convocatoria y demás disposiciones a que la misma se refiere, fijan con todo detalle, de manera explícita y clara, la norma a que el concurso ha de ajustarse... Lo cual excluye la idea de libertad en los nombramientos, pues todo aparece reglado respecto a éste y los demás particulares concernientes al caso.» (Sentencia de 17 de octubre de 1946.)

La cuestión «se halla reglada por disposiciones legales de obligatoria observancia que excluye todo supuesto de discrecionalidad» (S. de 5 de junio de 1943).

«Es materia de facultad reglada, puesto que los Ayuntamientos, al otorgar o denegar esta clase de licencias, tienen que atemperarse a los reglamentos de policía de tránsito y seguridad de las vías públicas y las disposiciones de las ordenanzas municipales.» (S. de 2 de abril de 1948.)

2.—Después de contemplar la discrecionalidad en su aspecto subjetivo, es decir, como facultad o atribución de órganos de la Administración que les permite, en determinados casos, proceder según su libre criterio en persecución de los intereses generales, podemos considerarla ahora objetivamente, según se manifiesta en los «actos administrativos». Desde este punto de vista, como observa con justeza López Rodó, lo discrecional y lo reglado no son términos antagónicos; no existe ningún acto enteramente discrecional ni totalmente reglado, ambos aspectos se combinan en todos ellos en diferentes proporciones afectando a sus distintos elementos. No hallamos, por tanto, la discrecionalidad en un mis-

mo grado de amplitud : desde el caso de discrecionalidad más absoluta, nacida de una ausencia total de reglamentación hasta aquel en que tan sólo un pequeño sector aparece liberado de las mallas de una minuciosa regulación legal, la Jurisprudencia nos ofrece una variada gama de matices. Así, por ejemplo, habla en ocasiones de una discrecionalidad plena o «libérrima» (S. de 16 de abril de 1924).

«Cualquiera que fuera la causa expresada por el Alcalde para separar al actor, es lo cierto que pudo disponer su cese con entera libertad.» (S. de 9 de febrero de 1943.)

«Considerando que estaba atribuída a los Alcaldes la facultad de nombrar y separar libremente a los Agentes armados municipales sin necesidad de oposición ni concurso para su designación, ni de expediente administrativo para su cese o destitución, es manifiesto que tuvo derecho pleno, de carácter absolutamente discrecional.» (S. de 29 de marzo de 1943.)

Junto a esta discrecionalidad, que podemos llamar de «grado máximo», que afecta, tanto a los motivos determinantes de la decisión (aspecto sustancial), como al cauce o procedimiento a seguir (aspecto formal); existen otros tipos de actos en los que ciertos elementos de los mismos aparecen reglados, ofreciéndose a nuestra contemplación, el aspecto discrecional dentro de cauces más estrechos.

He aquí algunos ejemplos :

...«Reconocida la existencia de falta y calificada de grave, es discrecional en la corporación municipal la aplicación de uno de los dos castigos fijados disyuntivamente por la ley... (destitución o suspensión por un plazo máximo de dos meses.» (S. de 7 de marzo de 1944.)

...«Siempre que se mueva dentro de las bases fijadas para el concurso puede el Ayuntamiento apreciar discrecionalmente los méritos de los concursantes y adjudicar las plazas a los que tenían las condiciones exigidas por el concurso...» (S. de 17 de junio de 1946.)

«Corresponde a la facultad discrecional de los Ayuntamientos fijar la prelación de méritos en cada concurso, pero sin poder

dejar de invocar entre los preferentes los fijados por el artículo 231 del Estatuto Municipal con objeto de evitar el frecuente abuso de que condiciones de carácter personal y circunstancias externas a la función fuesen elevadas a norma por motivos de favor.» (S. de 20 de marzo de 1946.)

A veces, aun existiendo discrecionalidad en cuanto al fondo del acto, aparece reglado su aspecto externo o formal :

«Es preciso establecer la diferencia existente entre el otorgamiento de atribuciones discrecionales para que la Administración dicte acuerdos en un sentido o en otro y la necesidad de atenerse al cumplimiento de ciertos requisitos al ejecutarlas»— y «no habiéndose atendido la Administración (en el presente caso) a las normas preceptuadas para hacer uso de sus facultades discrecionales, el acto correspondiente adolece de vicio de nulidad y así lo declaramos.» (S. de 5 de febrero de 1942.)

«No puede prosperar la excepción de incompetencia fundándose en que se intentó combatir una concesión administrativa y el otorgarla o no entre de lleno en las atribuciones discrecionales de la Administración, pues aun admitida esa facultad, no debe ignorarse que siempre asiste a los particulares que hayan sido parte en el expediente el derecho de impugnar la nulidad del acto por inobservancia de las normas formales o procesales.» (S. de 10 de noviembre de 1944.)

3.—La discrecionalidad puede derivarse de la propia Ley : cuando existe un precepto de carácter permisivo o facultativo ; cuando la norma adopta una forma disyuntiva que ofrece al agente la posibilidad de elegir entre varias soluciones lícitas (SS. de 3 de enero de 1931 y 7 de marzo de 1944 y 10 de marzo de 1941) ; o, por último, cuando se consagra en ella de una manera expresa la facultad de proceder con libre criterio en la persecución de determinados objetivos de interés general (SS. de 16 y 18 de marzo de 1944 y 2 de febrero de 1948).

He ahí algunas declaraciones del Tribunal Supremo que se refieren a esta especie de discrecionalidad que Fernández de Velasco denomina «secundum legem» :

«Al no emplear el artículo 23 la forma preceptiva, sino la

permissiva, quedó franca la potestad discrecional para acordar la suspensión de las obras.» (S. de 27 de diciembre de 1930.)

«Con arreglo al artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio de Gracia y Justicia, previa formación de expediente, podría ordenar que se interponga el recurso de revisión cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello y los términos de su redacción indican que el Centro ministerial tiene expedita facultad de disponer el recurso y consiguientemente de no disponerlo, *que no otra cosa significa lo que es facultad y no obligación.*» (S. de 19 de enero de 1930.)

En otras ocasiones la discrecionalidad surge de la ausencia de normas reguladoras, o de la existencia de una reglamentación incompleta y ambigua, que deja sin determinación precisa una serie de hipótesis que ofrece la práctica. (*Discrecionalidad extra legem.*)

A propósito de esta especie de discrecionalidad, nos parece oportuno traer a examen una cuestión que Queiró (5) plantea y resuelve a nuestro juicio, acertadamente. Se trata de determinar si ante la existencia de lagunas involuntarias o de simples deficiencias en la reglamentación legal, totalmente ajenas a la intención del legislador, deben atribuirse al agente facultades de libre decisión, o si, por el contrario, ha de considerarse vinculado al espíritu de la norma. Queiró resuelve este problema, que tiene una particular importancia por lo que se refiere a la fiscalización jurisdiccional, entendiendo que en estas hipótesis en que el legislador no trató de conceder a las autoridades administrativas margen alguno de libertad, ha de estimarse, aun cuando los preceptos que disciplinan su conducta resulten defectuosos o incompletos, que se hallan vinculadas «a certo pensamento interior da lei» y no investidas de facultades discrecionales. Tan sólo después de haberse agotado infructuosamente los recursos de la interpretación y de la integración debe admitirse la libertad de elección del agente.

Nuestro Tribunal Supremo se ha limitado a declarar que la discrecionalidad surge cuando no existe una regulación legal o cuando ésta resulta imprecisa o deficiente, sin detenerse, como fuera de desear, en las sutiles distinciones que se hacen en la doctrina

(5) Obra citada, págs. 760 y ss. («O poder discrecional de Administração», 2).

reseñada. A continuación transcribimos algunas de sus declaraciones :

«Si es cierta la ausencia de disposiciones legales taxativas... es incuestionable que dicha laguna no podía significar obstáculos para que la Administración pública, si entendía que (la cuestión) afectaba a los intereses de la producción, que son públicos y generales, resolviese lo que conceptuara más conveniente a los mismos, ejercitando facultades que le incumben a este respecto y son privativas suyas y que por su carácter, sus móviles y su finalidad revisten naturaleza bien calificada de discrecional.» (S. de 7 de junio de 1943.)

«La Administración obró en uso de sus facultades discrecionales porque no existía disposición de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo que la obligase... a acomodar sus actos en esta materia a reglas o normas preestablecidas por el legislador.» (S. de 26 de noviembre de 1930.)

«Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la apreciación de los méritos que concurren en los aspirantes a un cargo público que ha de proveerse por concurso, cuando no haya ley o disposición administrativa que taxativamente marque la facultad discrecional de la Administración.» (SS. de 9 de abril de 1930, 3 de junio de 1942 y 27 de febrero de 1948.)

«Examinadas las disposiciones del Decreto de 20 de mayo de 1931, se observa que otorgan al gobierno una facultad amplísima para apreciar las reclamaciones que los funcionarios formulen, sin especificar cuál haya de ser la naturaleza y alcance de las vejaciones alegadas, si han de referirse a medidas de carácter político o a infracciones de preceptos legales orgánicos o rituarios, y lo mismo ocurre en lo que se refiere a las resoluciones del Consejo de Ministros, que por no aparecer condicionadas a norma o disposición alguna, pueden estimarse como de libre y absoluta determinación acerca de la vejación pretendida.» (S. de 14 de junio de 1946.)

«Ni en la convocatoria de concurso, ni en precepto alguno especial relativo a este cargo, existe determinación de plazo para el desempeño del mismo, con lo cual queda patente la posibilidad de remoción en el instante en que discrecionalmente estime llegada

tal oportunidad por razones de conveniencia del servicio, cuya justificación puede conceptuarse tácita por el mero hecho de dictarse el acuerdo ministerial.» (S. de 8 de marzo de 1944.)

En el párrafo final del texto que acabamos de transcribir se formula una declaración que no debe pasarse por alto. Se afirma que el acuerdo ministerial puede considerarse tácitamente justificado por el mero hecho de su adopción. Esto equivale a decir que la Administración, cuando se mueve en la esfera de lo discrecional, no se halla obligada a motivar sus resoluciones; es decir, que no tiene que dar cuenta a nadie de las razones determinantes de su proceder. La falta de fundamento científico de esta doctrina y los peligros que entrañaría su desenvolvimiento son evidentes. No existe, en efecto, razón alguna de carácter técnico, ni de conveniencia práctica que justifique el exceptuar los actos discrecionales del deber general de motivación impuesto a la Administración Pública. Una cosa es que pueda el órgano administrativo apreciar con libertad de juicio las diferentes posibilidades de actuación y decidirse discrecionalmente por una de ellas, y otra bien distinta el que se halle obligado a motivar las resoluciones que adoptó. La necesidad de motivación desempeña una beneficiosa función moderadora del poder discrecional, y constituye una inestimable garantía para los administrados, a los que siempre cabrá la posibilidad de impugnar el acto administrativo adoptado discrecionalmente, cuando se demuestra la inexistencia de los motivos en los que dicho acto se fundaba. Por consiguiente, los actos administrativos deben ir siempre motivados, aunque la apreciación de esos motivos se verifique libremente (6).

«Al no determinarse en la redacción del citado artículo 8.º del reglamento la forma en que había de llevarse a cabo la depuración de las aguas en peligro de polución, puede que este punto quede al arbitrio del Ayuntamiento.» (S. de 4 de junio de 1944.)

(6) Vid. en este sentido BONNARD: «Le controle Jurisdictionnel de l'Administration» (págs. 56 y ss.).

IV

Nos fijaremos ahora en los límites de la discrecionalidad y vicios que pueden cometerse en su ejercicio, así como en la fiscalización jurisdiccional a que se halla sujeta.

De lo expuesto acerca de la naturaleza de la potestad discrecional, se deducen fácilmente las limitaciones de la misma (7). Las normas legales que otorgan a la Administración la facultad de moverse libremente por una senda más o menos amplia, señalan también los linderos de la misma, linderos que en ningún caso le está permitido al agente rebasar. En las declaraciones del Tribunal Supremo se alude continuamente a estas fronteras externas del poder discrecional: «Competencia de la autoridad de quien procede el acto» (SS. de 31 de abril de 1941 y 23 de diciembre de 1946), «objeto o materia del mismo», «forma que debe revestir» (SS. de 23 de febrero de 1944 y 10 de noviembre de 1944), etc.

Dejando aparte estos límites que constituyen lo que pudiéramos llamar periferia de lo discrecional, y penetrando en su núcleo mismo, nos encontramos con un límite interno que emana y radica en la propia esencia del poder discrecional: la fidelidad al fin público, que en todo caso debe guardar el órgano administrativo. Aun en los casos de discrecionalidad más absoluta e incondicionada, el elemento teleológico resulta siempre reglado. La discrecionalidad no supone un poder, arbitrario o caprichoso, sino un poder funcional, una facultad otorgada por la Ley en atención al cumplimiento de determinados fines. No basta que el agente se mueva dentro de los límites formales de su competencia; es preciso, además, que su actuación vaya dirigida al objeto señalado por el legislador, y en consideración al cual le concede los poderes discrecionales que ejercita (8).

(7) Vid. BONNARD: *Le controle juridictionnel de l'Administration*, págs. 56 y ss.

(8) Vid. MARCELO CAETANO: *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, página 202. Traducción española de LÓPEZ RODÓ, 1947; Vid. también DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho Público*, págs. 312 y ss. Traducción española de A. POSADA.

En las declaraciones de nuestro Tribunal Supremo se encuentran multitud de alusiones a los móviles que deben inspirar el ejercicio del poder discrecional: «Esta facultad les fué otorgada en atención al deber que les incumbe de velar por el mantenimiento del orden público.» (SS. de 30 de abril de 1941, 29 de marzo de 1943, 4 de julio de 1945 y 17 de junio de 1946.) «Cuidar de la salubridad pública.» (SS. de 4 de julio de 1944 y 30 de abril de 1941.) En otras ocasiones se señala, de un modo más genérico, que el fin determinante de los actos discrecionales ha de ser «la conveniencia de los intereses públicos o generales.» (SS. de 7 de junio de 1943, 8 de marzo de 1944 y 11 de abril de 1944.)

«La fiscalización jurisdiccional de los actos discrecionales de la Administración ha de reducirse, por tanto, a comprobar si ésta se ha movido dentro del área de su libertad o si, por el contrario, la ha rebasado; pero nunca podrá fiscalizar el núcleo mismo de lo discrecional, puesto que al consentir la Ley esta indeterminación cierra la puerta a la intervención del juez, cuyo cometido es fallar «secundum legem», valorar los actos según el criterio de lo «justum et injustum», nunca desde el punto de vista de lo «commodum et incommo-dum». Esta exención del control judicial de que disfrutan los actos acordados discrecionalmente, es una exigencia que se deriva de la misma naturaleza de tales actos. Dada la imprevisión e imprevisibilidad de la materia sobre que versan, dicha fiscalización habrá de ejecutarse «libremente», y con esto sólo conseguiríamos sustituir la discrecionalidad de la Administración por la discrecionalidad de los Tribunales, con la desventaja de que éstos no son peritos en materia de interés público. Por consiguiente, es conveniente que el poder jurisdiccional fiscalice el ejercicio de las facultades discrecionales en cuanto puedan excederse de sus límites, incluso el impuesto por su fin, pero es preciso respetar el núcleo de libertad que entraña su misma esencia» (9).

Precisando el alcance y verdadero sentido del precepto del artículo 4.º, op. 1.º, de la Ley de lo Contencioso, que excluye del conocimiento de los Tribunales las cuestiones que se refieren a la

(9) Vid. LÓPEZ RODÓ: *La discrecionalidad en la doctrina y en el Derecho positivo español*. REV. E. DE LA VIDA LOCAL, núm. 34, 1947.

potestad discrecional, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho las interesantes declaraciones que, con un criterio sistematizador, exponemos a continuación.

El juicio de libre apreciación de la oportunidad, que constituye la esencia íntima de todo acto discrecional, se halla sustraído de la fiscalización del Poder Jurisdiccional:

«La superioridad de méritos que alega el recurrente con respecto a los nombrados para ocupar la plaza, no puede ser estimada por esta Jurisdicción Contenciosa, porque cuando no hay disposición administrativa que taxativamente marque la preferencia a que debe atenerse la elección, el verificar ésta es función propia de la facultad discrecional de la Administración.» (S. de 3 de junio de 1943.)

Aunque la discrecionalidad misma no pueda ser fiscalizada por el poder jurisdiccional, corresponde a éste el determinar cuando el órgano administrativo se halla investido de facultades discrecionales (10) y en qué medida:

«Es facultad privativa de esta Jurisdicción el definir la naturaleza de los actos administrativos que se le sometan, función que viene obligada a ejercer en el presente pleito para la estimación o desestimación de la excepción de incompetencia, fundada en el carácter discrecional del acuerdo recurrido.» (S. de 4 de junio de 1940.)

«...Es evidente la imposibilidad de resolver el presente litigio por vía de excepción... porque ello implicaría una petición de principio, dando por demostrada esa discrecionalidad que justamente es materia de discusión.» (SS. de 5 de abril de 1943 y 8 de mayo de 1944.) «No es admisible la excepción de incompetencia propuesta en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, pues alegadas por la parte actora en apoyo de su pretensión una serie de disposiciones administrativas, es evidente que el analizar sus argumentos en relación con tales normas, cosa imprescindible para llegar a definir lo mantenido por el señor Fiscal, es tanto como penetrar en

(10) En contradicción con este criterio véase la sentencia ya citada de 7 de junio de 1943.

el examen del litigio sustentado, y el aparecer así enlazada con el fondo del asunto la controversia de la propia excepción, se hace imposible el enjuiciarla como tal en la forma propuesta.» (S. de 7 de junio de 1940. En igual sentido, entre las más recientes Vid. SS. de 30 de enero de 1947, 24 de marzo y 5 de abril de 1948, etc.)

«La jurisdicción contenciosa es siempre competente para conocer los vicios o defectos sustanciales de procedimiento, cuando éste se deba ajustar a una ley o a un reglamento como garantía del derecho o del acierto de la resolución, aunque ésta en su fondo sea de la facultad discrecional y esté por ello en este punto excluida de la vía contenciosa.» (S. de 23 de febrero de 1914.)

Pueden los Tribunales Contenciosos examinar si en el ejercicio de las facultades discrecionales intervino vicio de «exceso de poder»; es decir, si la autoridad administrativa obró dentro del área de libertad que le confiere el Derecho, o si, por el contrario, rebasó los contornos de la misma. En la sentencia de 4 de junio de 1940, después de desestimarse la excepción de incompetencia de Jurisdicción propuesta por el Fiscal y tras un ponderado análisis de la cuestión se declara que en el acuerdo ministerial recurrido no existe, como pretendía el actor, un ejercicio abusivo de poder discrecional:

«No es atendible... la alegación de que el Ministerio de Instrucción Pública actuara con extralimitación de facultades o abuso de poder, que determinase una declaración de nulidad, porque es manifiesto que la Administración reflejó exactamente la tendencia pedagógica y político-social que inspiraba la constitución de 1931..., tendencia que sin calificarla, pues no es este el cometido de la Sala, puede destacarse al solo efecto de establecer... que la Administración procedió dentro de los límites de sus atribuciones.»

En la sentencia de 4 de julio de 1944, el Tribunal Supremo plantea la cuestión de la existencia del vicio de exceso de poder, sin llegar a pronunciarse en el fallo sobre la misma por no haberse dirigido en este sentido la pretensión del actor. Se trataba de un Ayuntamiento que, advirtiendo la existencia de gérmenes nocivos a la salud en las aguas destinadas al abastecimiento público, acordó obligar a la sociedad concesionaria del servicio a la

instalación de una estación depuradora. En la Sentencia se dice que «podría ser objeto de examen y discusión el hecho de que la corporación se había excedido al señalar como remedio contra el peligro de la infección de las aguas la instalación de una estación depuradora por la compañía *cuando se advierte la posibilidad de llegar al mismo objeto sin necesidad de acudir a este medio*, imponiendo otras medidas que evitasen el que entrara a formar parte del caudal destinado al abastecimiento las aguas contaminadas, con lo cual tal vez evitaría o disminuiría el gravamen que en las condiciones económicas de la concesión supone la instalación referida; pero aparte de que por la redacción del artículo 8.º del Reglamento no se determina la forma en que ha de llevarse a cabo la depuradora por la compañía, *cuando se advierte la posibilidad de arbitrio del Ayuntamiento*, lo cierto es que ni en el expediente ni en el pleito se discute tal extremo, puesto que la compañía niega al Ayuntamiento la facultad para acordar la depuración en absoluto, y este criterio es el que no puede prevalecer frente a la terminante disposición reglamentaria citada».

Respecto al error, ha dicho el Tribunal Supremo (S. de 27 de octubre de 1943) que no afecta a la validez de los actos discrecionales, criterio que estimamos poco correcto y ausente de todo sentido jurídico.

También ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones que el ejercicio de las facultades discrecionales no supone la exención de responsabilidad:

La existencia de facultades discrecionales «no supone un poder arbitrario y que puede ejercerse caprichosamente, puesto que siempre quedará responsable el Alcalde ante su superior jerárquico o ante los Tribunales de Justicia de los actos que realice, sino únicamente que no está sujeto a trámites administrativos». (SS. de 21 de noviembre de 1941 y 26 de junio de 1942.)

Acerca de la fiscalización jurisdiccional de los actos discrecionales por razón de la observancia del fin público que están llamados a cumplir, no encontramos en nuestra jurisprudencia una doctrina tan completa y elaborada como la que nos ofrecen las reso-

luciones del Consejo de Estado francés (11); pero existen algunas declaraciones que pueden servir de punto de partida para la recepción en nuestro Derecho del recurso contencioso por «desviación de poder».

Especial interés presenta la de 21 de junio de 1944, que nos ofrece un caso típico de desviación de poder. Se revoca un acto municipal dictado discrecionalmente por «la manifiesta incongruencia entre la medida adoptada y la finalidad a que debía dirigirse»... 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 tales arbitrios los determinan las corporaciones locales ejercitando facultades discrecionales: «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»...

«La aplicación de las aludidas normas es el medio adecuado para alcanzar el propósito a que van dirigidas, y que procura posibilidades suficientemente coactivas para conseguir su fin, no siendo admisible que se sustituyan por el establecimiento de arbitrio que la generalidad de los casos será soportado como menos gravoso o más cómodo que la sumisión a ejecutar obras de mejora, con la indefectible consecuencia de que en tanto el arbitrio pague, el mal se tolera, perdura y no se remedia, lo que demuestra la manifiesta incongruencia entre el medio utilizado — arbitrio— y el fin que inspiró su implantación» (12).

Es de desear que nuestro Tribunal Supremo, a través del estudio detenido de los casos que le ofrece la práctica diaria de su función definidora del Derecho y guiado de un elevado espíritu de justicia, continúe esta labor tan felizmente emprendida de construir en nuestro Derecho una doctrina tan progresiva como «de la

(11) Una exposición bastante completa de jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la desviación de poder la hace DUGUIT: *Ob. cit.*, págs. 315 y ss.

(12) En contradicción con este criterio, se dice en la S. 4 julio 1944 que la Jurisdicción contenciosa no puede fiscalizarse la desproporción entre medios y fines.

desviación de poder», que lo mismo que la del «abuso del derecho» privado, suponen el penetrar en lo más sustancial de la norma jurídica: Es el elemento teleológico (13).

Aparte de estas limitaciones específicas de la discrecionalidad a que nos hemos referido hasta ahora, se hallan sometidos los actos discrecionales, como todos los actos administrativos al deber general de respetar los derechos adquiridos:

«La excepción de incompetencia ... no puede ser acogida, porque lo que se discute en el pleito no es el ejercicio de las facultades discrecionales, cuya existencia se reconoce, sino el punto concreto de si al hacer uso de ellas se han vulnerado derechos preestablecidos, cuestión que constituye el fondo del recurso, en cuyo examen es inexcusable entrar para resolver lo que procede en justicia... Es indudable la facultad de la Administración para reorganizar sus servicios, pero esa facultad ha de ejercitarla sin lesionar derechos adquiridos.» (S. de 2 de febrero de 1942.)

En la Sentencia de 8 de junio de 1945, se sienta la misma doctrina de que la discrecionalidad no puede perjudicar a los derechos subjetivos plenamente adquiridos. Se trataba de un Ayuntamiento, que con el fin de proveer el cargo vacante de Oficial mayor de la Secretaría, estableció las bases del concurso «haciendo uso de tan amplias facultades discrecionales que le asistían a aquel respecto». Posteriormente, y sin proveer dicho cargo, acuerda modificarlas. Recurrida esta segunda resolución, el Tribunal Supremo la confirma, después de comprobar que el recurrente no reunía las condiciones que en las primeras bases se requerían para ocupar el cargo, por lo cual no podía invocar la existencia de un derecho subjetivo legítimamente adquirido, cuyo respeto es el único límite que en todo caso es forzoso reconocer a las facultades discrecionales» (14).

Una cuestión de la que se ha ocupado con mucha frecuencia el

(13) Vid. LÓPEZ RODÓ: *Op. et loc. cit.*

(14) La misma doctrina se halla sancionada en las sentencias de 3 de junio de 1942, 7 y 12 de abril de 1943, 22 de febrero de 1944 y 10 de marzo de 1947 entre otras muchas, y la recoge la Base 56 «in fine», de la Ley de Bases de Régimen Local de 1945.

Tribunal Supremo, y que no siempre ha resuelto con criterio uniforme, es la de si la Administración puede o no autolimitar sus propias facultades discrecionales dictando reglas a las que haya de sujetar luego sus decisiones posteriores. Nuestra jurisprudencia ha reiterado en abundantísimas resoluciones la doctrina de que la Administración, precisamente en uso de esa libertad que la ley le concede, puede dictar normas para con las cuales quede luego obligada.

«La existencia de discrecionalidad no se opone a que el mismo Alcalde, en uso de sus exclusivas facultades, limite su acción en este punto, dictando reglamentos que organicen los cuerpos armados dependientes del mismo, porque entonces la limitación nace de quien tiene la facultad, y en realidad no la limita, sino que la atempera y amolda en el caso concreto a las propias necesidades que le sirven de fundamento.» (SS. 21 noviembre 1941 y 26 junio 1943.)

«... Si bien en un principio la Administración goza de facultades discrecionales en todo lo que respecta a la organización de sus servicios, si en virtud de esas facultades ha regulado en reglamentos o resoluciones su propia actividad, se ha convertido en reglada y ha de ajustarla a las disposiciones que en los mismos se consignan, en cuanto otorgó derechos y contrajo obligaciones que está obligada a respetar.» (S. 12 abril 1943.)

«... La facultad que a las comisiones municipales permanentes conceden los citados preceptos (arts. 546 de E. M. y art. 77 del Reglamento de Hacienda Municipal) para hacer el nombramiento de cobradores y agentes ejecutivos es completamente discrecional, si bien esa facultad puede convertirse en reglada desde el momento en que la misma comisión acuerda establecer unas bases fijando las condiciones, que por juzgarlas convenientes, estime deben reunir los que soliciten aquellos cargos, como se hizo en el presente caso, lo que impide pueda prosperar la excepción de incompetencia alegada por el Ayuntamiento.» «Es indudable que al fijar las citadas bases pudo prescindir, como en efecto prescindió, de tener en cuenta los méritos que alega el recurrente, sin duda por estimar que no era conveniente limitar sus facultades discrecionales con la inclusión de aquellos méritos entre las condiciones del concurso ;

y por ello los acuerdos recurridos no infringen precepto alguno.» (S. de 12 de abril de 1946) (15).

No se halla en contradicción con esta doctrina de la posibilidad de autolimitación de las propias facultades discrecionales, la Sentencia de 5 de julio de 1933, según la cual «no pueden prevalecer los reglamentos formados por los Ayuntamientos en cuanto limiten las amplias facultades que a los Alcaldes otorga el Estatuto Municipal en orden al nombramiento y separación de los agentes armados municipales»; ya que de ella tan sólo se deduce que los Ayuntamientos no tienen atribuciones para restringir las facultades discrecionales de que gozan los Alcaldes, pero no que éstos no puedan, en uso de esas mismas facultades, autolimitar y atemperar su libertad de movimiento.

Peró no siempre la jurisprudencia ha permanecido fiel a este criterio. Ha dicho en algunas ocasiones que la Administración no puede restringir la libertad de acción que la ley le concede. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 23 de noviembre de 1944 se afirma que no puede considerarse vinculada la Administración cuando adopta resoluciones que limitan la esfera de su libertad. Un Ayuntamiento venía otorgando a los Maestros del Municipio una indemnización por casa-habitación superior a la establecida como obligatoria por el Estatuto Municipal. Posteriormente acuerda rebajar el importe de la misma hasta el límite mínimo establecido por la ley, y el Tribunal Supremo confirmó esta resolución, entendiendo que «la Corporación municipal no se hallaba obligada a persistir en el otorgamiento de la liberalidad, pues no puede convertirse en forzosa una norma secundaria y meramente discrecional en cuanto rebase la medida obligatoria».

V

Recogemos a continuación, respetando su presentación casuística, una serie de declaraciones del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza discrecional o reglada de diversos actos administrati-

(15) En igual sentido: SS. de 10 y 11 de marzo de 1947.

vos, que han ido concretando y rellenando la imprecisa enumeración de materias «señaladamente discrecionales», contenida en el artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso-administrativo.

ORDEN PUBLICO O DE GOBIERNO. ACTOS NORMATIVOS O DE MANDO

Corresponde a las facultades discrecionales del Gobierno el decretar la cesantía del jefe de Obras Públicas cuando la resolución se adopta como medida de gobierno «para la mejor organización de los servicios» y no como sanción disciplinaria. (S. 7 marzo 1942.)

Esta ilimitada facultad de decisión, en asunto de tanta entidad e importancia como la cesantía de un funcionario público, resulta quizá excesivamente desmesurada y encierra el peligro de ofrecer un fácil acceso a todo género de arbitrariedades.

DICTAR RESOLUCIONES gubernativas ante circunstancias anormales para evitar un conflicto de índole social a una alteración del orden público. (S. 19 de febrero de 1925.)

Los Alcaldes, en su calidad de representantes del Gobierno, tienen la misión de conservar el orden público en sus respectivos Municipios, circunstancia que justifica y motiva las amplísimas facultades discrecionales que la Ley (16) les atribuye en orden al nombramiento y reparación de los agentes armados municipales, que en todo momento deben conservar éstos la plena confianza del Alcalde. (SS. de 5 de julio de 1933 y 21 de noviembre de 1941, 27 de marzo y 7 de julio de 1942, 4 de mayo de 1943, 16 de marzo de 1944 y 24 de diciembre de 1945, 3 de junio y 18 de noviembre de 1946, 12 de febrero de 1948, etc., etc.). Estas libérrimas facul-

(16) Conforme al art. 74 de la Ley municipal de 1877 y los arts. 150 y 195 del Estatuto municipal de 1924. No modifica este régimen de libertad el Decreto de 27 de enero de 1931, por tratarse de una norma que no puede contradecir disposiciones de rango superior (SS. 29 mayo de 1942, 26 febrero y 25 abril de 1924). En cambio, en el art. 139 de la Ley municipal de 1935 se establecen a favor de los guardias municipales garantías de inamovilidad que convierten en reglada su separación (S. 5 de marzo de 1947).

tades no disminuyen en nada por el hecho de que el Alcalde, aunque innecesariamente ordenase la instrucción de un expediente... oyese al Ayuntamiento o buscarse el asentimiento de los Concejales..., hecha abstracción de las supuestas faltas cometidas por el agente y cualquiera que fuesen los motivos exteriorizados por el Alcalde, es evidente que se hallaban asistidos de facultades absolutamente discrecionales para acordar su separación.» (S. de 23 de octubre de 1943, 18 de junio y 4 de julio de 1945, 17 de junio y 18 de noviembre de 1946, etc.).

La separación de los guardias municipales que hubieran sido nombrados al amparo de la legislación de provisión de destinos civiles en licenciados del Ejército («Ley de Sargentos» de 1885), exige la existencia de una causa justificada que habrá de comunicarse al Ministro de la Guerra dentro de los veinticinco días siguientes a la misma. Estas normas excepcionales anulan la expeditiva libertad de los Alcaldes, en cuanto que ese justo motivo y la valoración de su importancia han de aparecer demostrados con toda claridad por la resultancia de oportuno expediente gubernativo, sin que pueda quedar a su personal arbitrio. (SS. de 4 de abril y 11 de diciembre de 1946, 5 y 10 de marzo de 1947, 8 de julio de 1947, etc.) (17).

En cambio, la imposición de correcciones disciplinarias, por faltas que no lleguen a hacer perder la confianza del Alcalde, habrá de ser ejercida por el órgano municipal que corresponda y ajustarse a las normas reglamentarias de carácter general o local que se hubiesen establecido al efecto. (S. de 29 de marzo de 1943.)

Nótese cómo de la aplicación rigurosa de los preceptos legales llega nuestro Tribunal Supremo a una solución un tanto extraña; obra la Administración con absoluta libertad de movimientos, al adoptar una decisión de considerable importancia, cual es la separación del servicio de un funcionario público, y, en cambio, ha

(17) En contradicción con estas sentencias se halla la de 26 de junio de 1942, según la cual «no se opone a la libertad del Alcalde el hecho de que el recurrente obtuviera el cargo al amparo de la legislación de provisión de destinos civiles en licenciados del Ejército, ya que en este caso la única limitación exigida es que se diera cuenta de la separación al Ministro de la Guerra expresando la causa que la motivó, pero no ordenando la instrucción de expedientes».

de ajustarse a cauces reglados al imponer sanciones de menor gravedad. Resulta, por consiguiente, discrecional lo más y reglado lo menos.

Pero cuando en lugar de ejercitar el Alcalde su facultad privativa y libre, es la Corporación Municipal quien acuerda apartar del servicio a varios agentes armados, después de la instrucción de los oportunos expedientes en los que se le imputan la comisión de faltas graves, no se está ante un caso de ejercicio de facultades discrecionales, sino regladas, ya que la función correccional se halla sujeta a normas reglamentarias de carácter general y local establecidas en garantía de los funcionarios municipales y, por lo tanto, es competente la jurisdicción contenciosa para revocar el acuerdo, si no resultan comprobadas las faltas que se les imputan o si se incumplieron trámites preceptuados para llegar al mismo. (SS. de 30 de abril y 2 de diciembre de 1940 y 26 de diciembre de 1941, 17 de diciembre de 1945, etc.)

Es discrecional la resolución ministerial que declara lesivos a los intereses públicos actos administrativos anteriores con el fin de impugnarlos posteriormente ante la Jurisdicción Contenciosa. (C. de 2 de noviembre de 1946.)

Es discrecional dictar disposiciones de gobierno, actos normativos o de mando (S. de 4 de junio de 1940)... disposiciones reglamentarias para la más acertada ejecución de las leyes. (S. de 18 de mayo de 1909.)

SOLICITUDES DE EXTENSION DE BENEFICIOS

La resolución ministerial denegó una instancia, producida no como reclamación administrativa, sino en solicitud de que se dictara una disposición de carácter general por la que se reconociera a los jefes y oficiales del Ejército retirados el derecho de pedir y obtener anticipos de pagas, al igual que lo tenían los que se encontraban en servicio activo..., lo cual pertenece evidentemente a las facultades discrecionales de la Administración. (SS. de 11 de marzo de 1942 y 3 de diciembre de 1930.)

El Ministerio de Hacienda obró en uso de sus facultades dis-

crecionales al denegar la pretensión del actor de que se dictase una disposición aclaratoria de los preceptos reguladores del arbitrio de inquilinato. (SS. de 26 de noviembre de 1930 y 22 de marzo de 1946.)

Es materia reglada la aplicación de nuevos arbitrios, pero es discrecional el denegar la solicitud para su establecimiento. (S. de 2 de mayo de 1945.)

El Ministerio de Hacienda obró discrecionalmente al denegar la solicitud de exención del recargo municipal sobre la Contribución de Utilidades, puesto que el Banco de España no interpuso recurso alguno de carácter económico-administrativo, ni promovió expediente de otra índole, sino que se limitó a instar una petición exponiendo las razones que estimó procedentes en su apoyo y solicitando expresamente la adopción de una medida de Gobierno, fuera del marco de toda norma procesal. (S. de 15 de enero de 1941. En igual sentido: SS. de 22 de marzo de 1946 y 8 de mayo de 1944.)

ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS.—Corresponde a las facultades discrecionales del Ministerio de Marina el atender o denegar las solicitudes de pase a situaciones de reserva y retiro extraordinario, según las conveniencias y necesidades del servicio. (S. de 9 de abril de 1945.)

No siendo obligatorio para el Ayuntamiento la constitución de la plaza de Jefe de Negociado de Sanidad, es evidente que tanto su creación de organismo burocrático como su supresión corresponde a las facultades discrecionales que la Administración tiene para la organización de sus servicios. (S. de 19 de noviembre de 1943.)

La organización del servicio de Policía, así como la fijación de la plantilla de funcionarios precisos para desempeñarle, lo realiza el Ayuntamiento ejercitando facultades de naturaleza discrecional, por lo cual no cabe anular el acuerdo municipal que suprime, por considerar que no era ya necesaria una plaza de guarda rural. (S. de 30 de octubre de 1946. En igual sentido: SS. de 2 de febrero de 1942, 4 de junio de 1940 y 12 de abril de 1943.)

Las comisiones municipales permanentes se hallan asistidas de facultades discrecionales para organizar el servicio de cobranza de

fondos y exacciones municipales, pudiendo verificar la recaudación por arriendo o por medio de sus agentes ejecutivos o recaudadores, estableciendo entonces su sueldo o premio, así como la fianza que deben prestar y demás condiciones que estimen convenientes. (S. de 12 de abril de 1946. Igual doctrina, respecto a las Diputaciones Provinciales. (S. de 21 de mayo de 1947.)

Corresponde a las facultades discrecionales de la Administración señalar en todo momento el sitio u organismo en que cada funcionario debe prestar los servicios propios de su categoría y clase, salvo el caso de existir normas concretas que establezcan cortapisas a estas atribuciones. (S. de 8 de marzo de 1944.)

El Alcalde puede disponer discrecionalmente el traslado de los funcionarios municipales de una dependencia municipal a otra dentro de su categoría, escalafón y cuerpo, según las necesidades del servicio, cuando este acto no tenga el carácter de corrección disciplinaria. (S. de 23 de noviembre de 1945.)

Celebradas oposiciones de ayudantes industriales, el Ministerio de Industria y Comercio acordó ampliar las plazas en expectativa de destino a favor de los aprobados por el Tribunal calificador con determinada puntuación. El Tribunal Supremo estimó que la Orden ministerial fué dictada en ejercicio de facultades de carácter discrecional por versar sobre materia referente a la organización de un servicio general, cual es el de la intervención del Estado en la industria, y ser dictada en atención a las necesidades y conveniencias del mismo. (S. de 18 de enero de 1946.)

Corresponde a la facultad discrecional de la Administración la supresión de gastos voluntarios. (SS. de 5 de abril y de 25 de noviembre de 1943.)

Es discrecional señalar las horas en que han de funcionar las oficinas municipales. (SS. de 29 de enero de 1941 y 7 de mayo de 1940.)

FUNCIONARIOS

Al autorizar a los Ayuntamientos el artículo 247 del Estatuto Municipal para proveer las vacantes de sus funcionarios técnicos y administrativos por concurso o por oposición, les otorgó una

facultad señaladamente discrecional para elegir el procedimiento de elección, que entre los indicados estimaren más conveniente; pero desde el momento en que se manifestó la decisión de optar por uno de ellos y se publica la oportuna convocatoria, queda obligada la Corporación a someterse a las bases de concurso, que constituyen la ley del mismo, sin que le sea lícito, publicado el llamamiento y cumplidos por los concursantes los requisitos, exigidos anular el concurso y convocar oposición sin otro motivo que una tardía preferencia por este sistema, antes inaceptado. (Sentencias de 3 de enero de 1931, 20 de junio de 1944, 8 de junio de 1945, 10 y 11 de marzo de 1947, etc.)

Según la legislación especial de Navarra (Rgto. de la Administración Municipal de 3 de febrero de 1928), los Ayuntamientos tienen la facultad discrecional de declarar desierta la plaza de farmacéutico municipal, desestimando todas las instancias de los farmacéuticos aspirantes, con tal de que convoquen un nuevo concurso. (S. de 21 de marzo de 1946.)

Cuando la Corporación no ha consignado en las bases de la convocatoria regla o condición alguna de preferencia de méritos, tiene facultad expedita para apreciar los alegados por los concursantes según el libre ejercicio de su prudente arbitrio; pero si la convocatoria consigna alguna norma respecto al particular, la Corporación viene obligada a tenerla en cuenta y ha de aplicarla forzosamente para resolver. (SS. de 4 de julio de 1914, 31 de mayo de 1944 y 13 y 27 de febrero de 1948.)

Si bien es cierto que el Ayuntamiento, al anunciar el concurso para cubrir la plaza de farmacéutico municipal, omitió el fijar una escala preferente de méritos, como ordenaba el artículo 247 del Estatuto Municipal, esta omisión no fué reclamada a su tiempo, por lo cual la Corporación pudo resolver apreciando discrecionalmente las condiciones de los solicitantes sin que le obligase regla alguna. (SS. de 30 de mayo de 1946 y 12 de febrero de 1948.) (18).

(18) Hoy día, conforme a la nueva legislación sanitaria, la convocatoria y resolución de estos concursos corresponde al Ministro de la Gobernación (Orden de 23 de enero de 1946).

En la convocatoria publicada por el Ayuntamiento de «Z» para la provisión por concurso de la plaza de auxiliar administrativo de Secretaría, se expresan después de determinar las condiciones generales que deben reunir los concursantes, una serie de circunstancias especiales que se consideran como méritos para la adjudicación de la plaza, sin articularlas enumerativamente ni señalar categorías o preferencias para los que posean unas u otras, lo que demuestra que, conforme a las bases reguladoras del concurso, el Ayuntamiento pudo elegir, según su libre criterio de apreciación, entre aquellos concursantes que, además de las condiciones obligadas, reunía alguno de los méritos indicados en las mismas. (SS. de 3 de junio de 1942, 29 de octubre de 1945, 17 de junio de 1946 y 30 de abril de 1948.)

La resolución del concurso se verifica reglamentamente cuando en la orden de convocatoria o en las demás disposiciones que a él se refieren, se fija con todo detalle, y de una manera explícita y clara, las normas a que habrá de ajustarse. (SS. de 16 de abril, 20 de junio y 5 de julio de 1945 y 17 de octubre de 1946.)

Pertenece a la facultad discrecional de la Administración el conceder o no prórroga a los plazos fijados para posesionarse de los cargos públicos. (S. de 16 de abril de 1924.)

Los Ayuntamientos tienen facultades discrecionales para elevar el sueldo de sus funcionarios (Médicos tocólogos) dentro de las posibilidades del presupuesto, sin que le esté permitido, una vez adoptada esta decisión, volver libremente sobre lo acordado, en cuanto creó derechos a favor de los aludidos funcionarios. (S. de 22 de mayo de 1948.)

Si bien es cierto que, según los preceptos legales en vigor, la cantidad asignada como haber correspondiente a la jubilación de los Secretarios municipales que hayan prestado más de treinta y cinco años de servicios, se fija en los cuatro quintos del sueldo; también lo es que los Ayuntamientos están facultados, por el artículo 48 del Reglamento de Secretarios municipales, para establecer nomas especiales, en cuanto sean más favorables a dichos funcionarios, que las consignadas en la legislación general; por lo cual, habiendo establecido el Ayuntamiento de X. en su Regla-

mento de Empleados Administrativos que podría elevarse el sueldo de aquellos empleados que se hicieran relevantemente acreedores a ello, es evidente que él, al acordar dicho Ayuntamiento jubilar a su secretario con la totalidad del sueldo «teniendo en cuenta sus méritos y dilatados servicios», procedió con facultades de naturaleza claramente discrecional. (S. de 15 de marzo de 1945.)

La Administración procede en virtud de facultades regladas al sancionar a los funcionarios públicos por las faltas que cometen en el ejercicio de sus cargos, puesto que precisan—excepto en los casos de «apercibimiento»—la instrucción del oportuno expediente, con audiencia del interesado, en el que resulte demostrada la existencia de la falta que se le imputa, y no podrá imponerle otra sanción que la determinada en la Ley. (S. de 6 de marzo de 1944.)

A tenor de lo dispuesto en el artículo 248 del Estatuto Municipal, en relación con los artículos 109 y 110 del Reglamento de Empleados Municipales, los funcionarios públicos sólo podrán ser separados de sus cargos mediante un expediente en el que resulte plenamente comprobada la comisión de alguna de las «faltas graves» que concretamente señala el artículo 109. (SS. de 22 de febrero de 1928, 26 de diciembre de 1930, 14 de julio de 1931 y 7 de febrero de 1940; la del 13 de enero de 1942, etc.)

Pero, en cambio, pueden separarse discrecionalmente, sin necesidad de expediente ni de otro requisito, los «agentes representantes del Ayuntamiento en la capital», por no tener la condición de empleados municipales, sino la de simples mandatarios retribuidos. (S. de 4 de diciembre de 1942.)

Tampoco alcanzan las garantías de inamovilidad, establecidas en favor de funcionarios públicos propietarios, a los que desempeñan los cargos con carácter interino, que pueden ser separados libremente por la Administración. (SS. de 11 de junio de 1945, 17 de mayo de 1946, 30 de enero y 12 de mayo de 1947.) Es asimismo discrecional la reposición de dichos funcionarios como consecuencia de la reorganización de los servicios a que estaban afectos. (S. de 22 de febrero de 1944.)

SANIDAD

El Ayuntamiento de X., bajo el pretexto de ofrecer peligro de incendios, decretó que las eras se instalasen en lo sucesivo en un paraje situado a quinientos metros del casco de la población.

El Tribunal Supremo revoca el acuerdo fundándose en que las Ordenanzas municipales han de ajustarse en esta materia al «Nomenclátor de industrias insalubres», de 17 de noviembre de 1925, que enumera taxativamente y excluyendo todo criterio de analogía, los establecimientos que tienen el carácter de incómodos, insalubres o peligrosos. (SS. de 23 de marzo de 1945 y 22 de mayo de 1948.)

Los Ayuntamientos, al otorgar o denegar licencias para la instalación de surtidores de gasolina, no proceden discrecionalmente, ya que han de atemperar sus resoluciones a los Reglamentos de Policía de Tránsito y Seguridad de las vías públicas. (S. de 2 de abril de 1948.)

CONCESIONES

En general, es discrecional la denegación de concesiones (27 de octubre de 1915, 29 de noviembre de 1906, 29 de enero de 1908, 10 de marzo de 1909, 11 de junio de 1925 y 15 de enero de 1941, etcétera); pero no en cambio el otorgarlas. (S. de 5 de junio de 1943.) Corresponde a la facultad discrecional de la Administración el modificar las tarifas por suministro de energía eléctrica. (S. de 7 de abril de 1942.)

FRANCISCO LUCES GIL

BIBLIOGRAFIA

Entre otros muchos, merecen destacarse los siguientes estudios:
BONNARD: «Le pouvoir discretionnaire des autorités administratives et le recours pour excés de pouvoir». Rev. Dr. Publ., 1923, página 363.

- BONNARD : «Le control Jurisdictionel de l'Administration». Pá-
 gina 56 a 62. 1934.
- CARLO FERRARI : «Il potere discrezionale della publica Adminis-
 trazione». «Riv. di Diritto Publico», 1924.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO : «El acto administrativo». 1929.
- GARCÍA OVIEDO : «El recurso contencioso-administrativo en la nue-
 va legislación española», 1934.
- GASCÓN Y MARÍN : «En Rapport presentado el Instituto Interna-
 cional de Derecho Público», 1934. «Le pouvoir discretionnaire
 de l'Administration».
- GOÑALONS ESCRIVÁ : «La facultad discrecional de la Administra-
 ción Local». En «La semana municipalista de Barcelona», 1942.
- HAURIOU : «Le pouvoir discretionnaire et sa justification». En «Me-
 langes Garre de Malberg». 1935.
- LASKY : «Discretionary Power». En «Política». 1935.
- LAUN : «Le pouvoir discretionnaire». En «Anuaire de l'Institut de
 Droit public». 1935.
- LÓPEZ RODÓ : «La discrecionalidad de la Administración en la doc-
 trina extranjera». Rev. «Estudios de la Vida Local», núme-
 ro 31, 1947.
- LÓPEZ RODÓ : «La discrecionalidad de la Adminstración en la doc-
 trina y en el Derecho positivo español». Rev. «Estudios de la
 Vida Local», número 34, 1947.
- MARTÍN RETORTILLO : «Algo sobre la potestad discrecional de la
 Administración». Rev. «Leg. y Jurisp.», 1929.
- MICHOUD : «Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administra-
 tion». 1913.
- M. NICOLÁS : «Observation au sujet du pouvoir discretionnaire de
 l'Administration». 1938.
- POSADA : «Potestad discrecional». En «Enciclopedia Jurídica Seix».
- QUEIRO : «Reflexoes sobre a teoria de desvio do poder». 1940.
- QUEIRO : «O poder discrecional da Administraçao». 1944.
- RAGGI : «Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare», 1923.
- ROYO VILLANOVA (S.) : «Problemas de régimen jurídico munici-
 pal». 1944.