

# La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial

35.078.19:351.9 (46)

por

**MANUEL PEREZ OLEA**

Profesor Adjunto de Derecho administrativo de la Universidad de Madrid

«Il est utile de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire... mais il faut respecter le principe de liberté que le pouvoir discrétionnaire renferme pour l'Administration». (L. LÓPEZ-RODÓ, «Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration», *Revue du Droit Public*, 1953, pág. 579).

**SUMARIO:** I. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO CONCEPTO DINAMICO.—II. TESIS QUE NIEGAN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.—III. LO DISCRECIONAL Y LA EXENCION DE REVISION JUDICIAL: TEORIA Y PRACTICA DE LA LEGISLACION ANTERIOR.—IV. LA JUDICIABILIDAD DE LO DISCRECIONAL Y LA DECLARACION DOGMATICA DE LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956.—V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS. VI. LAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES: ¿HASTA DONDE LA REVISION JUDICIAL DE LO DISCRECIONAL?—VII. CONCLUSION: HACIA UNA «ESCALA DE LA DISCRECIONALIDAD».

## I. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO CONCEPTO DINAMICO

La discrecionalidad de la Administración ha sido y será uno de los temas clásicos de controversia en el Derecho administrativo. Quizá sea en él, más todavía que otros tan discutidos como el del contrato administrativo, donde se plantee con más radicalidad el límite máximo del Derecho administrativo: hasta dónde puede éste llegar en su deseo de reducir a términos jurídicos

—más exactamente, judiciales—el actuar de la Administración y a partir de dónde comienza a ser esta fiscalización contraria a los mismos designios de consecución del interés público que constituyen la razón de ser de los órganos administrativos. En ningún otro tema posiblemente se enfrentan los dos polos clásicos de las garantías de los particulares y la eficacia del actuar administrativo con tanta virulencia como en este terreno.

Así planteado el conflicto, las soluciones han de ser necesariamente fluctuantes, en función de algo a la vez tan impreciso y tan decisivo como es la idea que de sus propios límites tenga el poder público, y lo que los jueces establezcan en cada momento como término de su competencia revisora. Esta observación aparentemente inocua cobra otra dimensión si nos damos cuenta de quiénes son los auténticos *dramatis personae*: el gobernante y el juez, con exclusión de quien, en teoría, debería ser el elemento decisorio, o sea, el legislador. Pues un examen incluso superficial de los antecedentes inmediatos y de la realidad española actual (que es a lo que pretende contraerse este breve estudio) demuestra lo que ya podría suponerse desde un comienzo: que en temas como el de la discrecionalidad administrativa, «allá van leyes do quieren intérpretes» y no al revés. Ya que la discrecionalidad, en cuanto conforma un modo de actuar inmediatamente referido a la dinámica de los acontecimientos, ni puede verdaderamente regularse *a priori* por las leyes, ni puede tampoco reducirse a esquemas interpretativos intelectuales igualmente apriorísticos. Por ello puede darse la paradoja—en verdad aparente nada más—de que, a partir de unas normas legales contrarias a la judicialidad de la actividad discrecional, se pueda llegar a un grado de revisión por los Tribunales bastante alto y, contrariamente, que la declaración legal de la revisabilidad judicial plena de lo discrecional, al modo como lo hace nuestra Ley de 1956, termine con una negativa de los Tribunales a ir más allá de ciertos límites, en ocasiones muy estrictos.

## II. TESIS QUE NIEGAN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Naturalmente, la doctrina refleja en sus estudios y en sus conclusiones esta misma variedad de puntos de vista. No es de extrañar que lo haga, además, con una clara relación a las posturas previas de cada autor, esto es, que los resultados a que llegan vienen ya prejuzgados por los puntos de partida respectivos. Esto es inevitable en un tema como el de la discrecionalidad, donde todas las posturas son admisibles porque todas pueden defenderse, al menos parcialmente, con el apoyo inmediato de la realidad. El ejemplo máximo de a dónde puede llegar la vacilación doctrinal en este terreno lo tenemos en GARCÍA DE ENTERRÍA, en su famoso estudio sobre «La lucha contra las inmunidades del poder» (1). Para este autor, está claro que la discrecionalidad no es más que eso, una inmunidad arbitrariamente otorgada al poder público para no tener que responder ante el juez de sus actos; más aún, uno de los «últimos y graves reductos de la vieja inmunidad regia... que había infundadamente heredado la moderna Administración (...) El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable» (2). Y para llevar a buen puerto esta doctrina, no basta con admitir *in genere* la posibilidad de revisar judicialmente los llamados actos discrecionales, como hace nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino que debe acudir a otras formas de control—como el de los hechos determinantes o el verificado a través de los conceptos jurídicos indeterminados—de tal forma que ni uno solo de los motivos que pudieran aún escapar a la apreciación judicial pueda sustraerse a ella.

Pero GARCÍA DE ENTERRÍA conoce demasiado bien el tema —y es demasiado honesto con las exigencias de la realidad—para no darse cuenta de que una postura así supondría la paralización administrativa, puesto que, en último término, toda decisión operativa estaría sometida a la espada de Damocles de su refrendo

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

(2) *Ibidem*.

por el juez. No solamente se verificaría un traspaso auténtico de las facultades del ejecutivo al judicial (3), sino que en buena medida los órganos de la Administración se encontrarían incapacitados para pronunciarse ante cualquier problema específico, inhabilitados para adoptar lo que es característico de su función, la decisión ejecutiva. Sin contar con la necesidad, en múltiples casos, de un asesoramiento técnico que suele ser virtualmente decisivo y que los jueces o bien deberían repetir—cuando ello fuera posible, que no siempre lo será—o confiar en el que sirvió de base a la decisión administrativa, lo que reduce ya considerablemente la extensión de la revisión jurisprudencial, limitada al correcto uso por la Administración de las conclusiones a que llegase a partir de esos datos técnicos, pero no al juicio crítico de estos mismos, que pueden, no obstante, ser la raíz de posibles resoluciones viciadas (4). Por todo ello, después de un brillante alegato para la justiciabilidad íntegra de la decisión administrativa, GARCÍA DE ENTERRÍA vuelve sobre sus pasos y admite la discrecionalidad administrativa infiscalizable con una amplitud muy generosa, aunque para él sea tan sólo «un último residuo» (5). «De la discrecionalidad queda—afirma este autor—la apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales... En esa libertad última de decisión en vista de lo singular y lo concreto... radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede preten-

---

(3) «On ne ferait que remplacer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration par celui de la jurisdiction», dice LÓPEZ RODÓ, en el trabajo citado en el encabezamiento, pág. 579.

(4) Por ello, el Consejo de Estado francés se muestra muy reticente a entrar en la fiscalización de la discrecionalidad administrativa «lorsque la décision attaquée revêt un caractère de technicité rendant difficile un contrôle effectif du juge», según los comentarios de LONG, WEIL y BRABANT, en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 4.<sup>a</sup> ed., 1966, pág. 124, al *arrêt COMEL* (1914) fundamental en cuanto sienta las bases de revisión por el juez de la calificación jurídica de los hechos llevada a cabo discrecionalmente por la Administración.

(5) *Ibidem*, pág. 180.

der substituir». En estas líneas verdaderamente notables, en sí y aún más por constituir un corolario no excesivamente congruente con lo que las antecede, GARCÍA DE ENTERRÍA admite sucesivamente: *a)* La existencia de actos o decisiones administrativas esencialmente discrecionales, en cuanto se refieran a la «apreciación de valores singulares», uno solo de los cuales es la oportunidad (y nos gustaría conocer otros ejemplos). *b)* Que esta apreciación es la base de una «libertad de elección», lo que ha sido de siempre, en suma, la justificación clásica de la discrecionalidad administrativa, fundamentada sobre la posibilidad de opción por la Administración de alternativas ofrecidas por la ley, sin que ésta se pronuncie en favor de alguna de ellas. *c)* Que en razón de la singularidad de esos valores, esas decisiones son infiscalizables (expresión ambigua derivada de la anfibología con que utiliza GARCÍA DE ENTERRÍA el vocablo «singular», que si, en un caso—por ejemplo, cuando se cita a la «oportunidad» como uno de esos valores—, parece referirse a un especial carácter valorativo extrajurídico, más adelante se opone, en cambio, a «general») e insiste en este punto de vista al añadir este inciso, cuando menos sorprendente: «lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos», con lo cual parece negar toda posibilidad de tratamiento jurídico a cualquier acto administrativo que se base en la apreciación subjetiva de la justicia de un caso concreto: por ejemplo, diríamos, la declaración del estado de ruina de un edificio, que páginas atrás se ha querido judicializar elevándolo a la categoría de «concepto jurídico indeterminado». Y es posible que el concepto «ruina» pueda ser tratado así; pero lo innegable es que cuando la Administración, como resultado de un expediente contradictorio, decide declarar un edificio en ruina, ¿qué hace sino «apreciar subjetivamente» la justicia de esa declaración en un «caso concreto»? Por lo que, según acaba de verse, esa declaración sería infiscalizable. *d)* A mayor abundamiento, para este autor la razón de esa infiscalización no es otra que la naturaleza no administrativa—más concretamente, política—de esa decisión: lo que traslada el terreno de discusión a campos ajenos al Dere-

cho administrativo y a la jurisdicción contenciosa. Luego veremos que alguna sentencia del Tribunal Supremo se apunta, un tanto inesperadamente, a esta solución.

### III. LO DISCRECIONAL Y LA EXENCION DE REVISION JUDICIAL: TEORIA Y PRACTICA DE LA LEGISLACION ANTERIOR

La historia de la legislación española más reciente es demasiado conocida para que se haga aquí otra cosa que una rápida síntesis. El texto refundido de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 1952, se alineaba con la posición que pudiéramos denominar «maximalistamente negativa», en una doble dirección: al exigir, para que un acto sea impugnabile, que emane de la «potestad reglada» de la Administración (6), eliminando los actos «que por su naturaleza o por la materia sobre que recaen se refieran a la potestad discrecional»; y al equiparar a la actividad discrecional a los actos políticos o de gobierno, tan pertinazmente negados por los autores como reconocidos por las leyes (7). Una interpretación estricta de la ley conducía a cerrar

(6) Texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, artículo 1.º. La eliminación de «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden o de la materia sobre que recaen se refieran a la potestad discrecional» se verifica en el artículo 4.º. Obsérvese que se reconocen dos ámbitos de ejercicio de la potestad discrecional: uno, formal, que hace referencia a los actos; otro, de fondo, relativo a la materia. De la Ley se desprende la posibilidad de que existan actos discrecionales aunque no versen sobre materias discrecionales y, recíprocamente, materias que pertenecen por naturaleza a la potestad discrecional aun si la actividad administrativa sobre ella se exterioriza a través de actos no discrecionales—pero que seguirán siendo exentos de fiscalización—. A esta segunda categoría debe imputarse la equiparación entre actos discrecionales y actos de gobierno o políticos a que llegaba la doctrina y la jurisprudencia, como claramente se deduce de la redacción del artículo 4.º del Reglamento de 1894.

(7) Esta equiparación aparecida ya en la Ley de 18 de marzo de 1944 (artículo 2.º). La Ley de 1956, como es sabido, mantiene la existencia de los actos políticos, bien que justificando en su naturaleza no administrativa su inimpugnabilidad contenciosa.

Aún después de la Ley de 1956 un sector de la doctrina mantiene que el acto político «constituye una especie propia de los actos discrecionales» (admitiendo, de rechazo, que existen actos discrecionales y no, como quiere la Ley vigente, simples «elementos» discrecionales en un acto). Así, A. GUAITA, «Actos políticos y justicia administrativa», en el *Libro homenaje al profesor Legaz Lacambra*, 1960, página 915. Según este autor, «en la jurisprudencia anterior a la nueva Ley, era muy frecuente que el Tribunal Supremo calificara de administrativos y, concreta-

la puerta, de hecho, a la revisión del actuar administrativo, a una parte muy considerable del mismo.

La doctrina reaccionó, como no podría de ser menos, ante el evidente peligro que entrañaba una afirmación legal como la expuesta, negando, en base sobre todo a las construcciones teóricas italianas y aún más a las decisiones del Consejo de Estado francés (8), el mismo supuesto básico de todo el razonamiento,

---

mente, discrecionales, a los actos políticos». Pero esto no constituye ninguna creación doctrinal jurisprudencial, sino una interpretación inmediata de lo que decía la Ley. Contundentemente afirmaba GARRIDO FALLA («El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa», *Revista de Administración Pública*, número 13, 1954, pág. 148) que «de las normas legales que se acaban de examinar, resulta que pueden señalarse como notas características de nuestro sistema los siguientes... 2.º El acto de gobierno resulta ser una subespecie o subcategoría del discrecional».

(8) El Consejo de Estado francés fue reduciendo el ámbito de exención de la discrecionalidad a partir de una serie de *arrêts* que cuentan aún hoy día entre los más célebres de la jurisprudencia administrativa. El *arrêt Abbé Bouteyre* (10-V-1912) señalaba los límites del llamado «*pouvoir d'appréciation*» («souvent qualifié de *discrétionnaire*», como apostillaban las conclusiones del Comisario Heilbronner) reconociéndolo pleno siempre que se ejerza «legalmente y para el fin para el que se otorgó», añadiendo: «Las condiciones de su ejercicio escapan, en principio, al control judicial a menos que puedan ser constitutivas de desviación de poder». Cuarenta años después, el *arrêt Barel* (28-V-1954) reconocía estos límites en términos similares, pero—y la evolución no deja de ser sintomática—enumerándolos ahora más taxativamente como límites a la competencia judicial: «Cuando ningún texto legislativo o reglamentario limita el derecho de actuar que *pertenece normalmente* a la Administración, el juez solamente puede: por un lado, verificar si el acto se funda en un error de derecho o en hechos materialmente inexactos, y por otro, si está viciado por la desviación de poder» (Conclusiones de Letourneur). El *arrêt Gomel*, cit. *supra*, subrayaba que el juez del «*excès de pouvoir*» rechaza controlar la oportunidad de la decisión impugnada, añadiendo: «En particular, cuando la Administración goza de facultades discrecionales, suele ser difícil delimitar en la práctica los límites entre el *motivo* de la decisión, *cuya legalidad controla el juez*, y el *hecho real* determinante de la decisión, *cuya apreciación no controla el juez*». Obsérvese la extremada delicadeza con que el Consejo de Estado francés aborda la raíz misma del problema y su escrupuloso respeto por la facultad de apreciación de los hechos por parte de la Administración: sin que ello suponga menoscabo de la posibilidad judicial de «verificar la materialidad de los hechos» (no la apreciación de los mismos) «que han motivado la decisión», como dice el propio Consejo a partir del *arrêt Camino* (14-I-1916). El matiz que aquí se da al llamado «control de hechos determinantes» disminuye grandemente su valor como reducción de los poderes discrecionales de la Administración (sobre el tema del control de los hechos determinantes, *vid.* el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA antes citado). Ante, por ejemplo, la decisión de un Alcalde de derribar una casa para atajar un incendio que amenazaba con extenderse a otras próximas, el control de hechos determinantes, tal como lo configura el Consejo de Estado francés, se detiene ante la comprobación del incendio y de la vecindad—hechos materiales objetivos—, no de la amenaza o situación de peligro, que comporta un

a saber, la existencia de actos discrecionales «por su naturaleza» (9). Por ello podía denunciar GARRIDO FALLA la «indudable falta de acuerdo entre nuestro sistema y las conclusiones a que la moderna doctrina ha llegado en la materia» (10).

No fue sólo la doctrina la que mostró su desacuerdo con la regulación legal: más prudentemente, la jurisprudencia supo ir matizando la extremosidad de la ley y ensanchó paulatinamente los límites de su capacidad revisora. Esta labor no se hizo, sin duda, con la pureza doctrinal deseable ni sin contradicciones internas (11), pero abrió la puerta a la revisión, por lo menos, de los llamados «elementos reglados» del acto discrecional como primer paso para posteriores avances, fundamentándose en razonamientos que pudieran parecer especiosos, como el del carácter de «orden público» del procedimiento (12), pero que constituían la única vía libre frente a unas normas legales inequívocas. Preparativo también para una mayor fiscalización del actuar administrativo fue la lenta distinción que la jurisprudencia comenzó a hacer entre acto político y acto administrativo (13). Al final, y pese a todos los reparos técnicos, el juicio crítico sobre el tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad bajo la legislación anterior a la Ley actual era altamente positivo: «la juris-

---

elemento valorativo, subjetivo, típicamente de apreciación. Un eventual abuso de esa apreciación podría sancionarse por la vía de la desviación de poder, más avanzada, por tanto, que el simple control de la materialidad del hecho determinante.

(9) Por todos, GARRIDO FALLA: «Es el caso que la moderna técnica jurídico-administrativa ha llegado a la conclusión de que el acto discrecional no es un *prius*, por razón de su sustancia, sino un *posterius* a que se llega una vez que cada acto administrativo en concreto ha sido puesto de acuerdo con la legislación vigente... al intentar la adecuación del acto administrativo con la legislación vigente, lo único que aparece claro es que en el mismo se dan elementos reglados y elementos discrecionales» (*loc. cit.*, pág. 146).

(10) *Ibidem*, pág. 148.

(11) «El examen comparado de la doctrina que se sienta en las dos anteriores sentencias y, más aún, la comparación de éstas con lo que acerca de la potestad discrecional nos ha dicho el Tribunal Supremo en otras ocasiones, no deja de producir cierta perplejidad» (GARRIDO FALLA, *loc. cit.*, pág. 144).

(12) *Vid. ad exemplum*, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1950.

(13) La sentencia de 9 de octubre de 1956, inmediatamente anterior ya a la ley vigente, no vacilaba en declarar que la depuración de un funcionario (se trataba de un Secretario de Ayuntamiento) era un «acto administrativo», a pesar del «evidente carácter político» que tanto la ley como la doctrina reconocían a estas materias.

prudencia ha corregido afortunadamente la situación legal existente en España respecto de los actos discrecionales» (14).

Por su parte, el Consejo de Estado iba también restringiendo la amplia noción de discrecionalidad que habían reconocido las leyes a la Administración. El carácter de jurisdicción retenida que tenía este órgano en aquella época a través del recurso de agravios le permitió llegar paradójicamente a conclusiones más avanzadas y técnicamente menos condicionadas que las de los Tribunales ordinarios. Con razón elogia GARRIDO la Orden—resolutoria de un recurso de agravios—de 23 de mayo de 1950 en la que se decía ya con todo rigor técnico que «la exclusión de esta materia del recurso no puede extenderse a más que a impedir que se impugne la sanción... pero no podrá impedir que se fuerce a la Administración, por medio del recurso de agravios, a cumplir las formalidades establecidas y a actuar de conformidad con lo que disponen las leyes, sin quebrantarlas en aspectos en que ya no puede moverse discrecionalmente» (15). Conviene destacar, por demás, que no fue solamente en la jurisprudencia de agravios en donde el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de sentar criterios positivos en orden a la revisión de la discrecionalidad administrativa. Por ejemplo, la raíz última de esa discrecionalidad y su diferente alcance según cada momento del actuar administrativo y el alcance mismo de la decisión, se expresan con toda claridad en un Dictamen coetáneo al recurso de agravios que acaba de citarse: tratábase de un supuesto de rescisión de contrato de los contemplados en el artículo 53 del Pliego general de condiciones de 1903, pero en el que las obras habían comenzado ya. En este caso, señalaba el Consejo de Estado, «la aplicación del precepto no puede hacerse con carácter automático, pues es requisito previo una calificación del defecto del ritmo de las obras que por fuerza exige un *margen de estimación* prudente. Ahora bien: *no es posible confundir este margen necesario de estimación* de la existencia o no del supuesto *con la discrecionalidad absoluta*». Añadiendo poco después: «Además, *la discrecionalidad* se refiere siempre a esti-

(14) GARRIDO FALLA, *id.*, pág. 152.

(15) *Idem*, pág. 150.

maciones fundadas en el interés público y *es, por tanto, un carácter que hace relación al tema de la motivación de los actos administrativos*» (16). Fácil es ver que, en este último inciso, el Consejo de Estado apunta ya a la posible revisión de la discrecionalidad por desviación de poder. Además, el Consejo de Estado, haciendo uso de esa facultad de asesoramiento que, por supuesto, está vedada a los órganos judiciales y que constituye la gran ventaja de la justicia administrativa enclavada en el seno de la Administración y no fuera de la misma y dentro del poder judicial, daba ya entonces criterios de utilización de las facultades discrecionales al margen, naturalmente, toda cuestión de impugnabilidad, pero igualmente reveladores en cuanto a la esencia y a las condiciones de ejercicio de esas facultades, bien matizando restrictivamente el contenido de las mismas (17), bien, por el contrario, reconociéndolas con la máxima amplitud en ciertos supuestos (18).

#### IV. LA JUDICIABILIDAD DE LO DISCRECIONAL Y LA DECLARACION DOGMATICA DE LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 1956, vino a modificar sustancialmente el estado de la cuestión al dar plena acogida, en su Exposición de Motivos, a las tesis doctri-

(16) Dictamen de 7 de julio de 1950, exp. 6.128, recogido en *Recopilación de Doctrina Legal, 1949-50*, págs. 168-169. (Los subrayados son nuestros).

(17) Dictamen de 26 de abril de 1950, exp. 5.847, recogido en *Recopilación de Doctrina Legal, 1949-50*, págs. 165-166: «Se ha calificado de discrecional la decisión administrativa que determina la conclusión o continuación de un contrato. Pero, *sin mengua de tal calificación, que se reitera y cuyas consecuencias están consagradas por doctrina admitida*, este Cuerpo consultivo quiere resaltar que *deben ser criterio y guía de la misma decisión* no solamente las superiores consecuencias de la obra, sino también aquellas otras consideraciones extraídas... de la contemplación de la esencia y naturaleza del contrato administrativo que se examina».

(18) «El Consejo de Estado no debe entrar en el examen de las cuestiones de índole técnica... ni tampoco en las relativas a la apreciación general de la conveniencia económica y administrativa de la adjudicación del concurso, que *por concernir de manera directa al interés público y requerir la estimación de superiores criterios valorativos entran en la exclusiva determinación del Gobierno*», dice, siguiendo una doctrina muy próxima a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés más arriba mencionada, el Dictamen de 13 diciembre de 1944 (exp. 744), recogido en *Recopilación de Doctrina Legal, 1943-45*, pág. 64.

nales que negaban la existencia de actos discrecionales puros y al eliminar, consiguientemente, el requisito del ejercicio de «potestades regladas» para admitir la impugnación de los actos administrativos.

Obsérvese que no solamente se admite la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, sino que, además, se sienta la inexistencia de una categoría de actos y, más aún, de toda una «potestad», inmediatamente referible al concepto de discrecionalidad. La «formidable reducción de la discrecionalidad», en expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, equivalía en la práctica a la muerte teórica de la misma, teniendo en cuenta, además, que para muchos lo constitutivo, lo esencial de la discrecionalidad, era el ser fundamento de su inimpugnabilidad judicial, confundándose un efecto, ciertamente importante, pero claramente contingente, con la esencia misma del concepto (19). La jurisprudencia ha aceptado en múltiples ocasiones esta concepción legal. Por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1965 (Sala 4.<sup>a</sup>), a la vez que admite la existencia de facultades discrecionales niega la de los actos discrecionales en base al mismo razonamiento de la doctrina y de la Exposición de Motivos de la Ley: «...aún a pesar de tratarse del ejercicio de unas facultades discrecionales, los actos administrativos que se basen en el uso de ellas también son recurribles jurisdiccionalmente, ya que el artículo 40 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 no los excluye del ámbito de éste, ni el artículo 82 de la misma estima inadmisibles las acciones que contra ellos se deduzcan, de acuerdo con lo afirmado en su Exposición de Motivos, donde se conigna que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto».

Ahora bien, al abrirse a la vía de lo judicial el tema de lo discrecional, pronto se planteó la cuestión de la extensión con que podía hablarse de esa judicialidad. Evidentemente, la

---

(19) Así, por ejemplo, el Dictamen de 23 de noviembre de 1949 del Consejo de Estado se recoge en la correspondiente *Recopilación de Doctrina Legal, 1949-50* (páginas 23-29) bajo el siguiente epígrafe: «"Naturaleza de lo discrecional": en nuestro Derecho positivo queda caracterizado por no ser discutible el acto por la vía jurisdiccional con base en un presunto derecho particular».

Ley de 27 de diciembre de 1956 lo único que dice es que el acto administrativo discrecional no está ya exento de revisión judicial *per se*; admite taxativamente la revisión de sus «elementos reglados»; y se calla cuidadosamente en cuanto a la revisibilidad de los «elementos discrecionales». Esto es, que los actos administrativos discrecionales son susceptibles de impugnación contenciosa, queda fuera de toda duda; pero ello no supone, al menos en la letra de la Ley, que automáticamente quede ampliada la facultad de revisión por los Tribunales incluso a los elementos discrecionales, esto es, a la manifestación auténtica del ejercicio de la discrecionalidad. El progreso sobre la legislación anterior es aparatoso, pero menos profundo de lo que pudiera creerse, porque a la hora de la verdad lo único que la Ley de 1956 establece sin lugar a dudas es que los elementos reglados de los actos discrecionales también son revisables ante los Tribunales y a ello estaba llegando ya la jurisprudencia. La verdadera reducción de la discrecionalidad sólo se consigue, en la Ley actual, conjugando el principio, evidentemente importante, de la no exención automática del acto discrecional *in toto*, con el mucho más trascendente de la admisión plena de la desviación de poder como fundamento de la impugnación. De esta forma, exclusivamente, es como se puede alcanzar un control judicial que se extiende ya a algo más próximo a la esencia subjetiva de lo discrecional, a saber, la adecuación de la motivación del acto a la previsión finalista de la norma.

Pero esto ya no es la invasión judicial del ámbito propio de lo discrecional: que los Tribunales puedan fiscalizar los elementos reglados de un acto y que entre esos elementos se incluya el fin, que es en resumen a lo que se contrae la desviación de poder, es una cosa—ciertamente importante—y otra muy diferente es que las facultades discrecionales de la Administración sean ya revisables por el juez. La «inmunidad del poder» se ve mucho más afectada en cuanto a la forma que en cuanto a las condiciones y al contenido real de su manifestación. La Ley actual, con toda su apariencia revolucionaria, limita las facultades de los Tribunales en el mismo sentido que lo venía haciendo el Consejo de Estado francés, con el mismo respeto que, según

se ha visto, pedía GARCÍA DE ENTERRÍA para la «libertad última de decisión» del poder.

## V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS

Esta insuficiencia de la Ley en incorporar nuevos criterios de revisión de lo discrecional a las normas vigentes, a la vez que abría, sin embargo, la oportunidad de pronunciarse por los Tribunales sobre los actos emanados de la discrecionalidad administrativa, iba a suscitar de inmediato una doble corriente: la primera, de expansión a través de nuevas fórmulas, del alcance de la revisión judicial del acto discrecional, adentrándose hasta donde fuera posible en la esencia misma de esa discrecionalidad; la segunda, de depurar con exactitud en qué medida y hasta qué punto podía alcanzarse, a partir de las estrictas premisas de la Ley, una fiscalización de lo discrecional.

La primera de estas corrientes surgió en torno al tema siempre polémico del acto político, que es forzoso dejar para otra oportunidad, y al afán de incorporar a la panoplia de armas a utilizar en la «lucha contra las inmunidades del poder» a nuevos instrumentos como el «control de los hechos determinantes» o los «conceptos jurídicos indeterminados» (20). La aceptación por la jurisprudencia de estos temas ha sido muy matizada, si bien explícita en algunos casos. Del control de hechos determinantes ya ha quedado dicho que no añade gran cosa a los medios de fiscalización existentes (21) salvo que pase de «verificar la

(20) Para la exposición de estos dos conceptos y su relación con el tema del presente trabajo, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, *in toto*.

(21) *Vid. supra*, nota 8. La sentencia de 3 de octubre de 1966 (Sala 4.ª) ofrece un claro ejemplo de utilización de las técnicas del control de hechos determinantes, curiosamente en favor de la decisión administrativa frente a la pretensión del particular: «... es preciso entender que el acto de la Administración de 4 de junio de 1964, por el que se denegó la aprobación de estatutos de la sociedad, y el de 20 de noviembre de igual año que al denegar el Ministerio el recurso de reposición, quedó ratificada y firme en vía gubernativa la anterior, son ajustados a derecho y se mueve *no en el sentido de una delimitación negativa al conocimiento jurisdiccional revisor, sino en cuanto el juicio de determinación de la Administración encuadra un hecho objetivo determinante como relación casual adecuada entre la finalidad de la norma y la facultad del órgano, según doctrina harto repetida por esta Sala en relación con el tema de la discrecionalidad*». Para

materialidad de los hechos» a sustituirse a la Administración en la valoración subjetiva de los mismos, en cuyo caso ya no es «control de los hechos determinantes». La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados ofrece más dificultades. Por citar solamente dos de ellas, es dudoso, de una parte, que pueda reducirse la problemática que encierra cada uno de estos conceptos a una disyuntiva en la que *tertium non datur*. Decir, por ejemplo, que «el precio que se señala es justo o no lo es», considerando al justo precio como uno de estos conceptos jurídicos indeterminados (lo que ya de por sí es discutible), es olvidar que para un mismo caso existen, al menos, tres «justos precios»: el del expropiado, el del expropiante y el del Jurado de Valoración, más, posiblemente, un cuarto, el del Tribunal Contencioso, al que solamente por una convención social puede considerarse esencialmente «más justo» que los anteriores. Nada se opone, en principio, a que en realidad fuera más justo el alegado inicialmente por el expropiado, o el aducido por el órgano expropiante; y no es impertinente observar que a los mismos puede llegarse a partir de depuradas técnicas jurídicas de valoración. Nadie puede mantener seriamente que el tercer perito—en el sistema anterior a la Ley de Expropiación de 1954—guardaba en su técnica de evaluación el resorte mágico de la infalibilidad: y sin embargo, la jurisprudencia admitía, en muchísimas ocasiones, el resultado de su peritaje no porque fuese el «justo precio» con la idea de la justicia objetiva sustentándolo, sino porque era el resultado en la dinámica social, de un paralelogramo de fuerzas en el que la solución intermedia aparecía como la más apta para contentar a las dos divergentes, sin mayores aspiraciones idealistas (22).

---

GARCÍA DE ENTERRÍA (*loc. cit.*, pág. 171), «en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales». El subrayado es nuestro y no es superfluo por cuanto en la medida en que ese control se limite estrictamente a la realidad y no a la apreciación de esa realidad por los órganos administrativos, es preciso insistir que no se consigue nada por encima—y aún bastante menos—de lo que puede alcanzarse por las vías habituales del control de la legalidad y de la desviación de poder.

(22) Es interesante a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1966 que, si bien referida a la «apreciación de los hechos determinantes», reduce la actuación del Tribunal a «contrapesar» la verosimilitud relativa de cuatro informes sobre la toxicidad de determinada actividad industrial, prevaleciendo la opinión negativa mayoritaria (del Delegado de Industria en el orden

De otra parte, el tecnicismo encubierto en muchos de estos conceptos retrotrae su aplicación jurisprudencial al problema de la valoración de juicios técnicos (23) y para un Tribunal, la en apariencia sencilla alternativa «ante una casa determinada no cabe más que una solución justa: la casa es ruïnosa o no es ruïnosa» (24) supone en realidad un pronunciamiento sobre apreciaciones técnicas muy remotas a un concepto jurídico, sea o no indeterminado (25).

La jurisprudencia comenzó acogiendo con cierto calor la tesis de los conceptos jurídicos indeterminados. La sentencia de 28 de abril de 1964 hacía suyos los considerandos de una de la Audiencia territorial de La Coruña, en la que, con una directa influencia del trabajo tantas veces citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, se rechazaba la idea de la discrecionalidad de los acuerdos del Ju-

---

técnico; del Sindicato provincial «en el orden político-social» (sic), y de la Jefatura provincial de Sanidad, en este último orden, sobre la positiva del Delegado de Trabajo. Una vez más, el Tribunal no dice que esta actividad sea o no sea tóxica, sino simplemente que a la vista de estos datos «se hace difícil interpretar positivamente la inclusión de los puestos de trabajo a que el litigio se refiere» entre los calificados así a efectos laborales.

(23) Con razón dice LÓPEZ RODÓ (*loc. cit.*, pág. 577), que «los conceptos de orden público como las "buenas costumbres", la "equidad", el "abuso" o la "justa indemnización"—típicos conceptos jurídicos indeterminados, como puede verse—introducen multitud de conceptos sociales y económicos en el campo del Derecho». Precisamente por ello, su revisión por órganos específicamente jurídicos como son los Tribunales, resulta arriesgada; y mucho más decir que en virtud de su contenido ofrecen ya una solución a su aplicación que sólo puede moverse absolutamente entre los dos polos de su existencia o inexistencia.

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, pág. 174.

(25) Es increíble que se pueda querer reducir el tema de la declaración de ruina de un edificio a «un problema de aplicación de la ley en un caso concreto». Ni siquiera cuando la ley parece dar criterios matemáticos de aplicación, con un cierto automatismo—caso, por ejemplo, del concepto de «edificación deficiente»—, a efectos de inscripción en el Registro municipal de solares, están ausentes juicios de valor técnico y aun apreciaciones subjetivas. Claro está que los Tribunales pueden variar las calificaciones de ruina dadas por la Administración; pero no en virtud de ese determinismo *apriorístico* de que sólo existe una solución justa, que es la que emite el Tribunal, y que supondría aproximadamente el negar que la casa estuviese en ruina, si así lo apreciaban los jueces, aun si se había derrumbado mientras se celebraba la vista oral. Los Tribunales pueden decir que la calificación jurídica de ruina dada por la Administración estaba viciada en cualquiera de sus elementos jurídicos, incluidos el error en la apreciación de documentos técnicos o la desviación de poder; no pueden decir, en cambio, que una casa está en ruina porque desde la perspectiva de la justicia objetiva les parece que lo esté.

rado de Expropiación, no sólo porque el Derecho positivo y la doctrina jurisprudencial anterior así lo mantenía, sino «también en el orden doctrinal, pues la tesis que se rechaza está basada en una confusión de los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales, perfectamente diferenciados en defensa de una más acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna, según la cual, las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia del hecho» (26). Con esto la jurisprudencia no ha ido más allá en la determinación del justo precio, aunque tenga consideraciones adicionales para fundamentar sus decisiones. No conozco casos de otros «conceptos jurídicos indeterminados» aceptados por la jurisprudencia; pero es difícil pensar que, de haberlos habido, hayan supuesto un menoscabo sensible a la discrecionalidad de la Administración.

## VI. LAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES: ¿HASTA DONDE LA REVISION JUDICIAL DE LO DISCRECIONAL?

La segunda de las cuestiones a que se hacía referencia más arriba era la de determinar, a la vista de las nuevas premisas legales, el alcance real de la fiscalización de la actuación discrecional administrativa. Los resultados a que ha llegado la jurisprudencia en este punto son verdaderamente admirables, tanto por su diversidad como por lo acertado—a pesar de lo anterior—de cada una de sus soluciones si se considera cada caso controvertido. En las páginas siguientes se han seleccionado algunas de las más destacadas sentencias, dentro de una extensa gama, y se ha procurado reducir la glosa correspondiente a destacar

---

(26) Otras sentencias posteriores, como la de 28 de octubre de 1965, recogen literalmente este considerando.

las líneas esenciales de la doctrina que en cada una de ellas se encierra.

*La sentencia de 9 de noviembre de 1964 (Sala 4.<sup>a</sup>), define no sin cierta ampulosidad, lo que es la discrecionalidad tras la Ley de la Jurisdicción de 1956, al considerar «que la Corporación estaba dotada, para resolver el concurso, de una facultad de apreciación discrecional, dentro de los motivos legales de preferencia; entendiéndola discrecionalidad en el único sentido admisible tras la precisión conceptual iniciada por el preámbulo de la Ley jurisdiccional y desarrollada por la doctrina de este Tribunal, es decir, el de conceder a las entidades o autoridades encargadas de la gestión de los asuntos públicos cierto mínimo de crédito en orden a su favorable situación para conocer directamente motivos y circunstancias menos perceptibles a través de ulteriores pareceres revisorios, ya jerárquicos, ya jurisdiccionales; pero nunca (...) equiparando insensible o tácitamente la discrecionalidad que actualmente subsiste con la vieja noción equivalente a arbitrariedad o libre resolución exenta de cualquier deber justificatorio».*

De esta sentencia se deduce por lo tanto: a) Que la discrecionalidad, anteriormente, era algo equivalente a «arbitrariedad exenta de todo deber justificatorio», lo que parece un tanto excesivo, pues una cosa es que el acto discrecional no fuese impugnabile y otra cosa que constituyese un cheque en blanco para que la Administración «prescindiese de la adopción de un criterio razonable y expresado», como dice esa misma sentencia. b) Que en la actualidad, la discrecionalidad se limita a reconocer a los órganos gestores «un mínimo de crédito» en cuanto que se encuentran en situación propicia para un mejor conocimiento de los asuntos a través de elementos de juicio a los que acceden con más dificultad no sólo los Tribunales, sino sus propios superiores jerárquicos. c) Que esta interpretación es la *única admisible* que puede darse al sentido de la discrecionalidad administrativa a la vista de la Ley de 1956 y la doctrina jurisprudencial sobre el tema.

Si esto último fuese cierto, aquí acabaría este trabajo. Pero once días después la misma Sala amplía ligeramente esa noción

y pasa de un «mínimo de crédito» a «un razonable margen de crédito optativo», al fijar el sentido de la discrecionalidad a que se refiere una Orden ministerial recurrida: «porque es claro que no puede ser otro que el alcance en general atribuido a cualquier mención que de dicho concepto se contenga en un precepto legal, después de la Ley de 1956; es decir, que el Ministerio... no puede decidir las peticiones de que se trata... ampliando arbitrariamente el ejercicio *forzosamente orientado* de su potestad resolutoria; aunque *en compensación debe otorgársele un razonable margen de crédito optativo* respecto a la ponderación y calificación de las circunstancias del caso, *siempre sometido al ulterior juicio que acarree su revisión jurisdiccional*» (27).

Como puede verse, se sigue hablando del ejercicio «forzosamente orientado» de su potestad resolutoria; pero «forzosamente orientado» y «reglado» son términos más que similares: decir que las facultades discrecionales están «forzosamente orientadas» equivale a decir que son regladas, o sea, no discrecionales: máxima limitación que «se compensa» con ese «razonable margen optativo» de apreciación («ponderación y calificación», dice el Tribunal) de las circunstancias, pero también eso está sometido a revisión.

Pero entre el 4 y el 20 de noviembre de 1964, en que se dan las sentencias anteriores, se sitúa la del 18 del mismo mes y año, en donde se aprueba la actuación de la Administración en la forma siguiente: «Han de estimarse en principio correctamente conjugados por la Administración aquellos factores, *salvo prueba en contrario reveladora de que falten los presupuestos básicos para la utilización conforme a Derecho de aquella excepcional facultad* o, lo que es igual, que no concurren los motivos de interés público que la legitiman, pues si bien la discrecionalidad no puede referirse a todos los elementos de un acto en bloque, como enseña la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción, *ello no excluye esta forma de actuación administrativa para los elementos singulares referidos a la conveniencia y oportunidad de dictarlo*, cuando ello se encomienda al recto arbitrio del órgano emisor».

(27) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1964, Sala 4.<sup>a</sup>

Esta interesante sentencia que también se fundamenta, como se habrá notado, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1956, reconoce: *a)* Que los elementos de una decisión administrativa referidos a la *conveniencia* y *oportunidad* del acto son *discrecionales*. *b)* Que si no se prueba la falta de los presupuestos básicos de «su utilización conforme a Derecho», o de «los motivos de interés público que lo legitiman» (con este último inciso parece apuntarse a la desviación de poder y no deja de ser importante que se afirme que es equivalente a lo anterior, que «es lo mismo» que la falta de cumplimiento de los requisitos legales), entonces «han de estimarse en principio correctamente conjugados» esos factores de discrecionalidad por la Administración. *c)* Es necesaria la atribución expresa de potestad discrecional al órgano, y *d)* No se deduce expresamente del texto citado, pero sí tanto de la resolución como de la remisión a la doctrina de la sentencia de 2 de diciembre de 1963, que luego veremos, que si no se producen esas pruebas *a contrario*, el Tribunal no ha de entrar a revisar esos factores de oportunidad y conveniencia.

Este sentido progresivo—en el sentido de ampliatorio—de la discrecionalidad administrativa vista por la jurisprudencia se refuerza notablemente en la *sentencia de 7 de diciembre de 1966* (Sala 3.<sup>a</sup>) que sienta una doctrina particularmente clara en este *considerando*: «Aunque la Ley reguladora de esta jurisdicción no excluye, como es sabido, del control jurisprudencial a los actos discrecionales de un modo absoluto, sin embargo *sólo cabría declarar que tales actos no serían ajustados a derecho si se acredita entre otras causas una notoria arbitrariedad, abuso o desviación de poder*, y en la Exposición de Motivos de la citada Ley claramente se pone de relieve la posibilidad de revisión de los actos discrecionales, *pero a condición de que se den las circunstancias de referencia...*» También esta interpretación se acoge al preámbulo de la Ley de 1956—que al parecer es susceptible de más de una «única interpretación admisible»...—y en su virtud se concluye: que lo que dicha Ley efectúa respecto de los actos discrecionales es «no excluirlos de control jurisdiccional de modo absoluto; que para que se puedan declarar no ajustados a derecho es preciso acreditar circunstancias como la arbitrariedad, la

desviación de poder, etc.; y que esas causas han de presentarse de forma «notoria». La conclusión última es, en este caso, plenamente explícita y se recoge en el *considerando* siguiente: que «... por tratarse de un *acto de la potestad discrecional de la Administración en el que ésta no ha incurrido en ninguno de los casos que pudieran determinar la infracción del ordenamiento jurídico*, lo que por otra parte no ha sido ni siquiera objeto de alegación y por supuesto tampoco de prueba, *procede confirmar la sentencia apelada*» (por supuesto, favorable a la Administración). Aquí ya no hay «mínimo de crédito» ni «razonable margen de crédito optativo... siempre sometido al ulterior juicio que acarree su revisión jurisdiccional»: aquí hay un reconocimiento expreso de la potestad discrecional de la Administración y de unos límites bien definidos al alcance de su control por los Tribunales.

La sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 13 de octubre de 1964 puede servir de complemento a la anterior, ya que si lo que acaba de citarse establece los requisitos de revisión jurisdiccional, la que ahora se comenta define positivamente en qué consiste la discrecionalidad administrativa, en un caso en el que se planteaba, precisamente, como eje de la reclamación el carácter discrecional o reglado de la actuación administrativa. «Contra la decisión gubernativa, aduce fundamentalmente el recurrente la calificación como acto reglado, no discrecional, del otorgamiento de la licencia en cuestión; pero, *si bien es cierto que esta distinción entre actos administrativos reglados y discrecionales no juega en la vigente Ley jurisdiccional el papel que desempeñaba en la legislación anterior* (28) y que la jurisprudencia había ya declarado la inexistencia de actos administrativos pura y globalmente discrecionales que lo sean en la totalidad de su ciclo de desarrollo, preciso es tener en cuenta, sin embargo, que *ni la desaparición en la Ley jurisdiccional de tal terminología expresa con la cardinal importancia que anteriormente tenía, ni la indicada tendencia jurisprudencial significan la negativa a reconocer momentos, aspectos o zonas discrecionales*, coincidiendo con otros re-

(28) ¡Qué diferencia esta afirmación, llena de tanta reticencia, con las tajantes afirmaciones de la sentencia de 9 de noviembre siguiente!

glados, en una misma actividad administrativa; y por ello *no puede desconocerse un acendrado matiz potestativo, de libertad de apreciación* en las autoridades administrativas en cuanto a soportar las circunstancias concurrentes». La afirmación de lo discrecional, se hace aquí; se observará, en expresa interpretación restrictiva de lo que la Ley y la jurisprudencia venían declarando.

La Sala 5.<sup>a</sup> había ido, por su parte, aún más lejos al afirmar en la *sentencia de 9 de julio de 1963*: «Si bien esta discrecionalidad de la resolución administrativa no provoca con arreglo a la vigente Ley jurisdiccional la incompetencia de jurisdicción, *sí ha de traducirse como se deduce de la Exposición de Motivos en la improcedencia del recurso y en definitiva y salvo en casos definidos de desviación de poder en la imposibilidad de declarar la no conformidad a derecho del acto recurrido*». Según esta nueva interpretación de la Exposición de Motivos de la Ley, lo que ésta implica es nada menos que la improcedencia del recurso contra las resoluciones administrativas discrecionales salvo en casos definidos de desviación de poder, con una contundente declaración de imposibilidad jurisdiccional de entrar en el fondo de la cuestión (29).

Por su parte, la *sentencia de 29 de septiembre de 1966* (Sala 3.<sup>a</sup>) señala que «tanto la declaración de la necesidad del servicio como la de su utilización constituye ejercicio de facultades discrecionales, si bien las mismas no suponen un entero arbitrio, ya que su apreciación ha de hacerse en consecuencia con lo que resulte de las circunstancias, datos e informes que de una manera reglada han de constar en las actuaciones, y la jurisprudencia añade que el *derecho de ejecutar la potestad discrecional no libera a la Administración de un comportamiento adecuado en la observancia del orden jurídico*, al deber estar

---

(29) Esta sentencia es tanto más expresiva si se considera que el acto recurrido era nada menos que el acuerdo de necesidad de ocupación de un inmueble a los efectos de su expropiación forzosa; el Tribunal tenía la posibilidad de declarar —y lo reconoce al final del *considerando* transcrito— que le estaba vedado en todo caso entrar en el fondo de la cuestión a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Expropiación que excluye, como es sabido, la revisión contenciosa de estos acuerdos; pero a pesar de todo, el Tribunal consideró oportuno entrar a examinar la cuestión de la discrecionalidad administrativa y a sentar los requisitos de su válido ejercicio en la forma reproducida.

sometida a lo que doctrinalmente se califica de *moralidad administrativa*, que significa derivarse hacia una finalidad que no sea distinta a la determinada por el ordenamiento, *discrecionalidad reglada*, a su vez, que ha sido tenida en cuenta al dictarse la resolución recurrida».

De esta un tanto confusa sentencia puede desprenderse que, además de los elementos reglados que se dan con carácter previo a toda actuación discrecional, la Administración queda vinculada aún en esta última—bajo la forma de una «discrecionalidad reglada»—por unas consideraciones de tipo ético sustancialmente equivalente a la desviación de poder, que sí son judiciales por excepción al régimen normal de exención de revisión propio de lo discrecional. No se menciona para nada la referencia expresa que a este tema se contiene en la tan repetida Exposición de Motivos de la Ley de 1956.

Mayor interés tiene, por reconducir el problema del control de la discrecionalidad a sus premisas iniciales, la *sentencia de 11 de noviembre de 1965* (Sala 4.<sup>a</sup>), donde, entre otras cosas y en contra, expresamente, de la Ley de la Jurisdicción que combate la idea de lo contencioso-administrativo como una «revisión» del actuar de los órganos públicos, puede leerse que «es postulado admitido en la doctrina y en la legislación, repetido hasta la saciedad en la jurisprudencia, el carácter estrictamente revisor de la jurisdicción contenciosa, que en ningún caso puede convertirse en una instancia más administrativa *en que el órgano judicial se pronuncia invadiendo funciones que no son suyas* (30); es por ello por lo que los Tribunales de lo Contencioso han de

---

(30) Cfr. LEIBHOLZ, en su estudio de la revisión de la constitucionalidad de las leyes por los Tribunales: «El juez que se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley está ligado a la norma fundamental. Si no se quiere aceptar este punto de vista, se corre el riesgo de que el juez se inspire en su propio juicio político...» «Esto encuentra un paralelo en el Derecho administrativo, donde los Tribunales no tienen que juzgar consideraciones de oportunidad que emplean los funcionarios para adoptar sus decisiones libres, sino que juzgan solamente los abusos y desviaciones del poder. Si el juez no observase esos límites y se arrogara el derecho a juzgar los motivos del poder legislativo... aboliría las fronteras que existen entre el poder legislativo y el judicial y haría del juez un legislador», en «Tendencias actuales de la doctrina del Derecho público en Alemania», en *Conceptos fundamentales de la política y de la teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, 1964, págs. 33 y 38.

limitarse en sus fallos a *contemplar el acto administrativo* sometido a su jurisdicción, *a la luz del ordenamiento jurídico y jerarquía de las normas, pero nunca para sustituirlo en sus apreciaciones fácticas* por la distinta opinión que el Tribunal pudiera sustentar, a no ser que éstas incidan en notorios errores, y ello a base de una sólida fundamentación que evidencie sin género alguno de dudas ese error en que la autoridad administrativa pudiera haber incurrido». No puede darse un mentís jurisprudencial más rotundo al llamado «control de hechos determinantes» ni sentarse con mayor claridad la limitación de la revisión jurisdiccional de los actos no reglados, en los que sólo en virtud de error notorio tan claramente demostrado que no quede lugar a duda alguna, puede el Tribunal entrar a variar la apreciación de los hechos verificada por el órgano administrativo.

Por amplios y generosos que sean los criterios anteriores en favor de la «inmunidad» de los actos discrecionales, no constituyen el punto extremo de la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión. El hito más avanzado se contiene en la *sentencia de 2 de diciembre de 1963* (Sala 4.ª) (31) en donde no solamente se admite ya plenamente el principio de no revisibilidad judicial de los actos discrecionales, salvo que exista desviación de poder, sino que se instaura toda una nueva teoría del acto discrecional como acto, en cierto modo, no jurídico, que no dejará de sorprender a muchos. Dice así el más importante de los *considerandos* de esta sentencia:

«Ante todo, es de observar que aunque la terminología que distinguía expresamente en las leyes reguladoras de esta jurisdicción anterior a la vigente, entre actos o facultades regladas y actos o facultades discrecionales de la Administración, no se formula expresamente en la Ley actual, *ello no quiere decir que la distinción no exista y que no produzca efectos en orden a la viabilidad o inviabilidad del recurso contencioso-administrativo*; ya que, como de modo expreso aclara y explica el preámbulo de la Ley jurisdiccional vigente, si bien la discrecionalidad no puede referirse a una actuación administrativa en bloque, ello

(31) Sentencia importante, frecuentemente recogida en otras sentencias, como la más arriba citada de 18 de noviembre de 1964.

no supone que este modo de actividad no afecte a alguno o algunos de los elementos del acto, en los cuales la conveniencia y sentido de una decisión son dejados por el ordenamiento jurídico a la discrecional apreciación de algún órgano administrativo cuyo margen de libertad sólo estaría en tal hipótesis limitado por la línea de actuación caracterizada por una desviación de poder en la que la potestad administrativa es usada para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico en la materia de que se trate; pero cuando esta desviación teleológica no se da en el elemento o aspecto de la actividad administrativa así dejado al discrecional juicio de alguno de los órganos de la Administración, *la actuación de ésta no constituye en realidad un acto sujeto al Derecho administrativo positivo*, puesto que queda fuera de las normas preceptivas que lo integran, y, en tal sentido, *excluido de esta jurisdicción por aplicación del artículo primero de la Ley de 27 de diciembre de 1956*».

La sentencia agota implacablemente, en el considerando siguiente, el hito discursivo iniciado en el anterior:

«Si bien no sería sustancialmente desacertado decir, en este caso, que *el recurso es inadmisibile, ya que tiene por objeto un acto no susceptible de impugnación*, como la determinación de la discrecionalidad de tal acto no puede hacerse *ab initio* del proceso, sino que está ligada al enjuiciamiento del fondo de éste y a la apreciación de la legitimidad o ilegitimidad del acto en cuestión, es más procedente la resolución pedida en el escrito de contestación por el representante de la Administración demandada» (32).

---

(32) Sentencia que, sin efectuar una construcción doctrinal apreciable, mostraba ya las líneas básicas del razonamiento que acaba de transcribirse, es la muy expresiva de 30 de junio de 1962 (Sala 5.ª) relativa a un funcionario nombrado para un determinado puesto (concretamente, el de Jefe de Servicios administrativos de la Dirección General de Seguridad) y removido después «en el libre ejercicio de facultades pura y absolutamente discrecionales». El Tribunal Supremo no se contentó con decir al afectado (quien pedía la reposición en el cargo, con abono de sueldos no percibidos) que «el cese se produjo por acuerdo del Ministro de la Gobernación en uso de su libérrima facultad para acordar el nombramiento y separación de quien hubiera de ejercer el cargo, según su personal arbitrio», sino que, además, no le imponía condena en costas, «si bien la interposición del recurso raya en la temeridad, dada la índole de la resolución que se impugna».

Si recordamos ahora aquellas teorías del «mínimo de libertad» o del «razonable margen de crédito optativo», habrá que convenir que el tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa, a partir de las premisas sentadas por la Ley de 27 de diciembre de 1956, encierra, por decirlo suavemente, una notable latitud de soluciones.

## VII. CONCLUSION: HACIA UNA «ESCALA DE LA DISCRECIONALIDAD»

Aunque otra cosa pueda parecer, no se pretende, con la yuxtaposición anterior de doctrinas jurisprudenciales tan distintas y aun contradictorias, efectuar una fácil censura de la volubilidad de nuestros Tribunales. Al contrario, ya se hizo notar más arriba que, en todas ellas, se había resuelto con indudable justicia cada caso controvertido—misión fundamental de los jueces—. Lo que cabe ahora preguntarse es cómo es posible que ello se alcance a través de unos razonamientos tan poco congruentes entre sí. Ante esta diversidad de soluciones jurisprudenciales, no podemos seguir quedándonos perplejos simplemente.

Pero, ¿existe verdaderamente esta incongruencia entre las decisiones jurisprudenciales examinadas y tantas otras que hubieran podido traerse a colación? Ciertamente la hay, en la forma en que muchas de las declaraciones dogmáticas son hechas: en el intento, por otra parte tan honroso, de crear una *teoría jurídica de la discrecionalidad*. Lo que ocurre es que la discrecionalidad rehusa dejarse encorsetar en conceptos jurídicos y en premisas legales apriorísticas. La discrecionalidad no es campo abonado para que «el jurista cierre sus ojos con deliquio» al ver a la Administración funcionando de acuerdo con sus reglas (33).

Al jurista le cuesta bastante admitir que «para demostrar el acierto y corrección de una medida administrativa, en ningún

---

Aviso digno de ser tenido en cuenta siempre que se pretenda atacar alguna resolución de carácter discrecional.

(33) OTTO NASS, «Derecho administrativo y realidad», en *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, Ed. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1964.

modo basta con indicar su juridicidad» (34). No es ya que la jurisdicción de un acto discrecional no sea suficiente: es que, como señala nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1963, la resolución discrecional escapa, en alguna forma, al mundo del Derecho. A esta conclusión llegan, de una u otra forma, autores tan diversos como GARCÍA DE ENTERRÍA por la vía de lo político, según vimos antes; FORSTHOFF (35), MARSHALL (36) y LÓPEZ RODÓ (37). Incluso a la técnica de la desviación de poder, que encuentra tal vez en el terreno del control de lo discrecional su campo más fecundo de actuación, se le han puesto ciertos límites que terminan en la recomendación de la adopción de una cierta «política jurisprudencial» por parte de los Tribunales (38). Una vez más, frente al noble

(34) OTTO NASS, «Derecho y Administración», en *op. cit.* en nota anterior.

(35) En contra de la validez de los conceptos jurídicos indeterminados como fuente de control de la Administración: «Pues bien, después de la experiencia habida en este caso... hemos llegado a decir que también en la aplicación de conceptos jurídicos (indeterminados) existe una determinada amplitud de apreciación. Esto es, que en la cuestión de nuestro ejemplo... se ha de proporcionar a la autoridad una determinada amplitud de juicio». (En *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Ed. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, pág. 46.

(36) «Dado que se concede una discrecionalidad relativamente libre, es decir, no sometida a normas, a los funcionarios ejecutivos, se plantea el problema, tanto en el aspecto práctico como conceptual, de la revisión. El ejercicio de la discrecionalidad en estas condiciones implica una elección de política. ¿Cómo pueden las decisiones individuales ser susceptibles de revisión sin negar al administrador la elección libre de una política? La experiencia reciente en Gran Bretaña, con un Comisario parlamentario para investigar las quejas contra la Administración, ha sido emprendida bajo la presunción de que es posible establecer una distinción entre la corrección de actos de mala administración y la revisión de la discrecionalidad administrativa» (G. MARSHALL, «Administración, Derecho administrativo y discrecionalidad administrativa: el Reino Unido»—Comunicación presentada al VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política—, en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, 11, 1968, pág. 207.

(37) En el trabajo citado, *passim*, y en particular pág. 578: «Le pouvoir discrétionnaire... est l'art de choisir le meilleur, l'art d'apprécier et de mesurer toutes les choses en vue de leur but... Mais il faut souligner que c'est un jugement d'opportunité et non de légalité... On ne peut donc «es definitivi» en discuter la légalité parce qu'il ne s'agit pas d'une question juridique, mais d'une question d'opportunité».

(38) El Consejero de Estado francés MAURICE LAGRANGE escribe al respecto: «El recurso por desviación de poder es un instrumento de delicado manejo. Si se abusa de él, se corre el riesgo de paralizar la actividad de la Administración y de sustituirla por el gobierno de los jueces. Si se le invoca con excesiva cautela, se deja un amplio margen a un ejercicio de la discrecionalidad fundamentado en

deseo del jurista de acantonar en bellos conceptos estáticos el mundo del Derecho, la realidad le impone la amargura de que «todo se difumina, todo se relativiza» (39).

No por ello, sin embargo, debemos pensar que haya que abandonar todo ensayo de ordenación de la discrecionalidad. Esta dista mucho de presentarse con igual amplitud, con la misma indeterminación, en todo momento; y por ello, su extensión, su profundidad, el alcance de su exención de revisión judicial, pueden variar ampliamente de caso a caso. Así se explica la gran latitud de la doctrina jurisprudencial antes citada, como también la flexibilidad de la interpretación dada a las declaraciones del preámbulo de la Ley vigente. El fenómeno, por lo demás, no es nuevo en el Derecho administrativo. Al revés, se presenta como una constante en las más importantes—las más polémicas, también, como es natural—de sus instituciones: el contrato, el dominio público, por citar sólo algunas. El tema de la demanialidad ofrece, posiblemente, en la tesis doctrinal hoy preponderante, un ejemplo que podría traslativamente brindar un ensayo de solución al campo de la discrecionalidad. Pues si ha habido que matizar y que «relativizar» los diferentes supuestos hasta hacer, de las dos categorías primarias rígidas del dominio público y del dominio privado, nada menos que una «escala de la demanialidad», ¿no debería intentarse definir una «escala de la discrecionalidad»? Los elementos constitutivos todos parecen existir ya. Doctrina y jurisprudencia reconocen, unánimes, sectores de actuación administrativa en donde, fuera del control estricto de la legalidad, no existe posibilidad alguna de revisión jurisdiccional. Tal es el caso de la potestad administrativa de auto-organizarse (40), cuyos límites amplísimos reconoce y mantiene

---

consideraciones políticas veleidosas. Al hacer uso de la desviación de poder, todo Tribunal ha de procurar el equilibrio entre estos dos extremos; y de esta forma el Tribunal llega eventualmente a seguir una cierta "política jurisprudencial"». («The Court of Justice as a factor in European integration», *American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1967, pág. 712).

(39) BOQUERA OLIVER, *Poder administrativo y contrato*, Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pág. 42.

(40) Incidentalmente habrá que advertir que la discrecionalidad no constituye nunca, técnicamente hablando, una «potestad» administrativa, al modo de la potestad expropiatoria, reglamentaria, de auto-organización o de policía, a pesar de

una extensa y continua jurisprudencia (41), así como la doctrina del Consejo de Estado (42). Lo mismo, con mayor latitud aún, se postula de los actos graciabiles (43) y de los nombramientos en terna (44); incluso, como se ha visto, exencio-

---

que la expresión «potestad discrecional» sea utilizada frecuentemente por el legislador, la doctrina y los Tribunales. Está claro que la discrecionalidad es una «forma» de ejercitar esas y otras potestades por la Administración: nunca una potestad en sí.

(41) De «consustancial a su propia naturaleza» y de «facultad que sólo impone a la Administración el deber de reconocer los derechos adquiridos», la califica la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1965, Sala 4.ª, como «principio reiteradamente mantenido por esta Sala». De «facultad que siempre tuvo, sin otro límite que el respeto a los derechos adquiridos», la sentencia de igual Sala de 30 de octubre de 1965; de «facultad que ostenta, en todo momento, de reorganizar sus servicios en los términos que entiende más adecuados para el cumplimiento de sus fines, reiteradamente reconocidos por la doctrina jurisprudencial», la sentencia de 23 de abril de 1966, Sala 5.ª; de «indiscutible derecho, conforme tiene reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, entre otras sentencias, en las de 12 de noviembre de 1958 y 26 de abril de 1963, de la Administración a organizar los servicios a su cargo en la forma que estime más conveniente a los intereses públicos», la sentencia de 25 de octubre de 1965, Sala 3.ª; *vid.* también la sentencia de 12 de noviembre de 1965, Sala 5.ª, y muchísimas más.

(42) El Consejo de Estado trata, con todo, de perfilar algo más esta noción en cuanto a su fundamento y límites. El Dictamen de 26 de junio de 1958 (expediente 23.286) dice al respecto: «La resolución... es discrecional en amplia medida, puesto que se basa sobre un juicio difícil de reglar, sobre si el servicio es necesario o no... pero, adoptada la decisión, la Dirección General agota su poder de discreción, sin que éste pueda ser entendido en sentido tan lato y amplio que se extienda a la posibilidad de revocar sus propias decisiones anteriores y declarar en el mismo expediente que es conveniente y necesario lo que en resolución anterior firme... se declaró inconveniente e innecesario». *Vid.* también el Dictamen de 8 de noviembre de 1956 (exp. 20.166). En el Dictamen de 10 de enero de 1951 (expediente 6.544) se dice: «La apreciación de las necesidades o conveniencias del servicio es materia discrecional de la Administración (sentencia de 14 de noviembre de 1934), atribuyéndosele a la misma, en su función de velar por la seguridad, permanencia y continuidad del futuro servicio, una facultad de control absoluto de las obras ejecutadas».

(43) Por ejemplo, la facultad de condonación de sanciones contenidas en el artículo 115 de la antigua Ley de Contrabando y Defraudación de 1953. El Dictamen de 30 de noviembre de 1956 (exp. 20.511) sobre esta materia, especifica: «Este Alto Cuerpo Consultivo advierte que la materia es absolutamente discrecional»; y el de 4 de abril de 1951 (exp. 7.632) puntualiza: «Es necesario tener en cuenta el carácter puramente discrecional de las resoluciones en esta materia, que... no son susceptibles de recurso alguno, como corresponde a acuerdos en que se otorga una gracia que no es necesario se funden en consideraciones jurídicas».

(44) *Vid. ad exemplum* los Dictámenes de 10 de julio de 1947 (exps. 2.677 y 2.723): «consecuencia necesaria del sistema de terna, en el que siempre se da a la autoridad que ha de decidir, el margen de elección que supone poder libremente resolverse a favor de uno de los incluidos... no estando obligada a más

nes absolutas, legalmente dispuestas, de la revisibilidad jurisdiccional de la actuación administrativa, tal es el caso de la declaración de necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa, se interpretan por el Tribunal Supremo en función de la discrecionalidad del poder (45). Al otro extremo de la escala, estarían aquellos supuestos como los contemplados en las dos primeras sentencias citadas más arriba, a comienzos del punto sexto de este trabajo, en donde verdaderamente lo discrecional ha de reducirse a un «mínimo de crédito», a un «razonable margen de crédito optativo», no solamente restringido en extensión, sino, además, sometido a posterior control judicial. Entre ambos extremos, todas las posibilidades intermedias que brinda, con su inagotable riqueza, el mundo de la realidad cotidiana.

Hay que concluir, en suma, que la Ley actual de lo Contencioso-administrativo, no ha alterado sustancialmente, en contra de las apariencias, el tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa, que sigue y seguirá siendo un terreno de equilibrio entre Administración y poder judicial. Cuando la legislación se manifestaba abiertamente en favor de la discrecionalidad administrativa, los Tribunales supieron corregir sus excesos y mantener en un razonable límite a su uso arbitrario. Cuando la legislación cambió su orientación en sentido opuesto (46), los jueces se han negado a desconocer la existencia real y necesaria de ámbitos discrecionales infiscalizables en el actuar administrativo. Afortunadamente, cabría decir, los jueces no han hecho demasiado caso a la Ley y han resuelto en conciencia lo que estimaban más acertado. La unidad de la doctrina y el dogmatismo jurídico han salido perdiendo lo que ha ganado la justicia. Porque, paradójicamente, a veces es justo que en el poder

---

que a nombrar precisamente a concursante que figure en la terna». El Dictamen de 24 de septiembre de 1948 (exp. 3.828) agregaba que «no existe agravio en sentido estricto (sic) para ninguno de los otros dos, ya que ningún derecho ni mérito pueden esgrimirse frente a una elección libre, por ser discrecional de la Dirección General o del Ministerio en su caso».

(45) *Vid.* nota 29 *supra*.

(46) Aun cuando tras algunas de las interpretaciones jurisprudenciales expuestas, se puede defender la tesis de que la Ley vigente no ha atacado la médula de la discrecionalidad, sino simplemente asentado el principio de revisibilidad plena de los elementos reglados contenidos en los actos discrecionales.

se vea reconocida una inmunidad, sin la cual dejaría de ser poder (47), que es tanto como decir ordenador de la comunidad en aras del bien común (48).

---

(47) Con esto, según se observará, se defiende una inmunidad del poder: pero inmunidad delimitada por el propio juez, que es a quien corresponde trazar los «peldaños» de esta discrecionalidad exenta.

(48) Este trabajo recoge en buena parte el fruto de otro presentado, discutido y elaborado durante los cursos 1968 a 1970 en el Seminario de Derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Madrid, bajo la dirección del profesor GARRIDO FALLA, cuya participación, así como la de los demás profesores del mismo, ha sido esencial para su redacción definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad del autor por las ideas que en él se contienen.