

# **LA CONFIGURACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

por

**Rafael Fernández Lozano**

**SUMARIO: I. ACTOS DE TRAMITE.—II. ACTOS EXPRESOS, ACTOS TACITOS Y ACTOS PRESUNTOS.—III. SILENCIO NEGATIVO.—IV. SILENCIO POSITIVO.—V. ACTOS DISCRECIONALES.—VI. ACTOS POLITICOS O DE GOBIERNO.—VII. BIBLIOGRAFIA.**

Dada la amplitud que podría darse a la ponencia, si en ella tratásemos de hacer un estudio sobre el concepto de acto administrativo, elementos configuradores del mismo, su eficacia, validez, revocación, etc., el tema se haría interminable, por lo que dando por sabidas dichas cuestiones, lo vamos a circunscribir a recordar someramente el carácter, la extensión y límites de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y referir como actos administrativos objeto o contenido del recurso contencioso-administrativo aquellos que han planteado o plantean mayores dificultades para su fiscalización por los Tribunales de dichas jurisdicciones, tales como los actos de trámite, los actos tácitos, los presuntos, los discrecionales y los actos políticos o de gobierno, quedando fuera de la exposición las disposiciones generales con categoría inferior a la ley, dados los lí-

mites de la ponencia, y las demás modalidades de actos administrativos, por razones de tiempo.

El artículo 1.º, 1, de la Ley de nuestra Jurisdicción establece una regla general sobre la extensión de la misma, al determinar que «la Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo».

Al referirse el precepto a los actos administrativos como objeto y contenido del recurso contencioso-administrativo, e indicar su Exposición de Motivos que «una terminología como la del recurso contencioso-administrativo..., sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa existe un acto administrativo», y añadía que «la Jurisdicción Contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración», motivó que con posterioridad a la publicación de la Ley Jurisdiccional se viniese insistiendo por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, como principio ordenador básico del sistema de control judicial de la actividad administrativa, no admitiéndose por ello que los Tribunales hiciesen declaraciones que no correspondiesen exactamente con el contenido del acto administrativo revisado.

Pero dicha rigidez interpretativa no es admitida por otros sectores doctrinales, que observaron, por un lado, que, según el referido precepto, el objeto del recurso o proceso contencioso-administrativo no es el acto previo, sino las pretensiones que se deduzcan en relación al mismo, siendo los límites de las pretensiones formuladas por las partes y las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición los que delimitan los poderes del Tribunal (art. 43, 1, de la Ley Jurisdiccional), y, por otro lado, que la misma Exposición de Motivos pone de relieve que no se ha «querido concebir la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una segunda instancia», ni tampoco como «una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional».

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de enero de 1980, siguiendo la posición fijada en las de 16 de diciembre de 1977 y 2 de noviembre de 1978, dice que «la línea en que se mueve la más reciente corriente jurisprudencial..., no entiende adecuada una aceptación ciega e incondicionada de la característica revisora..., conducente, en todo caso, a la abstención de conocer, con devolución de las ac-

tuaciones a la Administración, ni tampoco admite como suficiente la invocación del principio de economía procesal para amparar la solución contraria, estimando, en cambio, menester examinar en cada caso cuál haya sido el planteamiento de las cuestiones por las partes interesadas y el actuar administrativo».

De aquí que podamos afirmar que dentro de los límites de las prestaciones de las partes, los Tribunales de lo Contencioso-administrativo no están vinculados por el contenido del acto administrativo residenciado ante ellos.

La Ley Jurisdiccional quiso aclarar el alcance de la regla general del artículo 1.º o «cláusula regia», como también se le ha denominado, indicando, en primer lugar, en el párrafo 2.º, qué Administraciones se entienden comprendidas en el término amplio de Administración pública —central, local e institucional—, a las que hay que añadir la Administración de las Comunidades Autónomas y las instituciones sujetas a su tutela (Ley 34/1981, de 5 de octubre), «los actos y disposiciones emanados del Pleno o de la Sección Disciplinaria» del Consejo General del Poder Judicial (art. 47 de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial), las resoluciones en materia de personal del Tribunal Constitucional (art. 99, 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y de las Mesas del Congreso y del Senado (art. 35, 3, del Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 27 de junio de 1980).

En segundo lugar, trató de delimitar negativa y positivamente dicha regla general enumerando en el artículo 2 —apartados *a)*, *b)* y *c)*— las materias ajenas a la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en el 40 —apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *e)* y *f)*—, las excluidas de la misma, y en el 3 —apartados *a)*, *b)* y *c)*—, las que estima el legislador que sí le corresponden.

Después de la promulgación de la Constitución Española hay que estimar que la mayoría de dichas delimitaciones han quedado suprimidas debido a su disposición derogatoria 3.ª, a que la misma vincula a todos los poderes públicos (art. 53, 1); somete plenamente a la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103, 1); atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106, 1), y garantiza el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales de todos sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24, 1).

Hecha la rápida referencia a la naturaleza, extensión y límites de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a que aludimos al principio, vamos a estudiar, también lo más brevemente posible, los actos administrativos que estimamos ofrecen mayores problemas dentro de su enjuiciamiento en el recurso contencioso-administrativo.

## I. ACTOS DE TRAMITE

El artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que pueden ser objeto de recurso en vía administrativa, «las resoluciones administrativas y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión», y el artículo 37 de la Ley Jurisdiccional establece que «el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con... los actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sea definitivo o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible o suspendan su continuación»; esta normativa distingue entre actos resolutorios de fondo o definitivos y simples actos de trámite; los primeros no ofrecen problema alguno en cuanto a su recurribilidad en vía administrativa y jurisdiccional, y los segundos, la regla general es que son irrecurribles en ambas vías, con la excepción de aquellos que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento, produzcan indefensión o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto; pero dicha irrecurribilidad no es absoluta, ya que lo único que ocurre es que no lo son «separadamente» de la resolución final o definitiva, sino a través de lo que nuestra jurisprudencia llama «vicios de forma»; por ello conviene precisar qué se entiende por actos de trámite.

Son simples actos de ordenación del procedimiento o actos materiales que preparan la resolución final, garantizando el acierto y oportunidad de la misma; en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1980, reiterando la línea marcada por las de 18 y 24 de octubre de 1969 y 17 de junio de 1974, cuando indica que es acto de trámite el que se limita a impulsar el procedimiento o a aportar al mismo elementos de juicio, y no lo es cuando constituye una declaración de voluntad administrativa afectante a derechos particulares.

Esos actos administrativos de mero trámite son los que permiten la actuación de la Administración «con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia» (art. 29, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo), y «la formación de los expedientes administrativos como conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirvan de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla», todo ello «mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos» (art. 78 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico Contencioso-administrativo).

## II. ACTOS EXPRESOS, ACTOS TACITOS Y ACTOS PRESUNTOS

Por la forma de producirse el acto suele distinguirse entre actos expresos, tácitos y presuntos.

Los primeros no ofrecen problema alguno, siendo la forma normal y general mediante la que se manifiesta o exterioriza directamente la Administración, bien por escrito o bien verbalmente en casos extremos, y a los cuales se refiere la Ley de Procedimiento Administrativo en sus artículos 40 a 43.

Si bien existe cierta confusión en la práctica, en algún sector de la doctrina y algunas resoluciones judiciales sobre la utilización indistinta de actos tácitos y actos presuntos, creemos que su distinción es clara.

El acto tácito es el que, aun suponiendo una conducta activa de la Administración, expresa unos efectos indirectos producidos por una voluntad dirigida a otra finalidad, mientras que el acto presunto solamente se da en situaciones de inactividad o pasividad de la Administración, a las que el legislador atribuye determinadas consecuencias jurídicas, que es lo que se conoce por silencio administrativo.

En el cambio de afectación de bienes demaniales, regulado por el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, ve la doctrina una aplicación práctica de las tres modalidades de actos al disponer: A) Para alterar la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales será preciso expediente en el que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación, «que deberá ser resuelto por la Corporación local respectiva *mediante acuerdo adop-*

tado» (afectación mediante acto expreso); «no será necesario expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivase expresa o *implícitamente* de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades...», o «cuando: *a*) la Entidad adquiriera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público comunal» (afectación mediante acto tácito), y «se entenderá, además, producida la afectación de bienes sin necesidad de acto formal, cuando se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público o comunal...» (afectación mediante acto presunto).

Ante esa ausencia o inactividad de la Administración, ante la carencia de una voluntad administrativa expresa, la ley sustituye esa voluntad inexistente presumiendo que la misma se ha producido, bien desestimando la petición o recurso —silencio negativo—, bien admitiéndola —silencio positivo—.

### III. SILENCIO NEGATIVO

El silencio negativo está regulado en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

De esta normativa se infiere que el acto denegatorio presunto puede darse en vía de petición o en vía de recurso administrativo; en el primer caso, para que exista el acto presunto es necesario: *a*) que se formule una petición a la Administración; *b*) que ésta no notifique su decisión en el plazo de tres meses al interesado; *c*) que éste denuncie la mora transcurrido dicho plazo y no antes; *d*) que transcurran otros tres meses desde la referida denuncia.

En vía de recurso basta que transcurra el plazo fijado para resolverlo, sin necesidad de denunciar la mora, para que se considere desestimado presuntamente.

En uno y otro caso, la denegación presunta no excluirá —dicen imperativamente los preceptos referidos— el deber de la Administración de dictar una resolución expresa.

De aquí que la Ley conceda al interesado una doble opción o facultad: deducir contra la denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

La Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional indica que ésta

«instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

«Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración».

La doctrina deduce de lo expuesto que «el silencio negativo es solamente una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía del recurso, sustituyendo al acto expreso, pero sólo a estos concretos fines y en beneficio del particular», no siendo un verdadero acto, como lo pone de relieve el artículo 92 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al no incluirlo entre los modos de terminación al procedimiento, y el propio artículo 94, 3, citado, al imponer a la Administración el deber de dictar una resolución expresa.

El plazo para recurrir los actos presuntos en vía contencioso-administrativa es el de un año computado a partir de la fecha de interposición del recurso de reposición o alzada (art. 58, 2, de la Ley Jurisdiccional y sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982 para el recurso de alzada), y si es contra el acto presunto, al no ser preceptivo el recurso de reposición, el plazo del año se computa desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición (art 58, 4, de dicha Ley).

Si el interesado no recurre el acto presunto dentro del plazo indicado y opta por esperar a que la Administración resuelva expresamente, como es su obligación, y ésta lo hace, pero tardíamente, se plantea el problema del valor de esta resolución expresa tardía y el de las consecuencias de la misma cuando existan terceros con intereses contrapuestos.

El Tribunal Supremo, tras una etapa en la que mantuvo la irrecurribilidad de las resoluciones tardías, es favorable a la admisión del recurso contencioso-administrativo contra las mismas, y así vemos que en la sentencia de 25 de enero del presente año se acepta el considerando de una sentencia de la Sala Territorial de Zaragoza, en el que se afirma «que el silencio administrativo, ficción legal creada en beneficio del administrado, no releva a la Administración del deber de dictar una resolución expresa, como taxativamente le im-

pone el artículo 94, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo, y este acto obligado, aun cuando se dicte tardíamente, no puede estar exento de revisión jurisdiccional»; sentencia que recoge la anterior de 3 de julio de 1978, en la que se afirma que «el silencio administrativo... no es sino una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación de un acto que no se ha dictado, pero en beneficio de los administrados, los cuales en modo alguno pueden quedar privados de su derecho a recurrir de la resolución tardía, cuando ésta se produzca, razonamiento que obliga a concluir en la falta de firmeza de la resolución objeto del recurso de alzada, aunque hayan transcurrido los plazos para impugnar las denegaciones presuntas»; en igual sentido se pronuncia la de 2 de diciembre de 1982.

Las consecuencias de la resolución administrativa tardía, en el caso de que existan interesados con intereses contrapuestos, han sido solventadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1981, recaída en recurso de revisión, en el que las sentencias de dicho Tribunal contrarias entre sí eran las de 19 de mayo de 1980, en la que se concedía virtualidad a la resolución administrativa expresa tardía, y la de 13 de diciembre del mismo año, en la que se privaba de eficacia a la resolución tardía por razón de haberse dictado fuera de plazo; dicha sentencia de revisión rescindió y dejó sin efecto la de 13 de diciembre, indicando en su quinto considerando «que ante esta disyuntiva y en la necesidad de establecer una doctrina que unifique una materia que encierra la dificultad de conjugar los derechos del administrado a optar por esperar una resolución expresa de la Administración, con el deber de ella de resolver expresamente con arreglo al último párrafo del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, repetido en el 38 de la Ley de esta Jurisdicción, sin desconocer el derecho opcional de aquél a la denuncia de la mora, se hace preciso ajustar el remedio o solución a este problema, que no puede ser otro que la institución de la indemnización de los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, compensando al administrado de toda lesión que pueda sufrir en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y al margen, por supuesto, de perjuicios o derechos que los terceros puedan adquirir en el tiempo intermedio que transcurra entre la resolución administrativa tácita y la expresa que posteriormente dicta en cumplimiento del deber de resolver».

Los artículos 106, 2, y 121 de la Constitución se pronuncian por la indemnización de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, y que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

#### IV. SILENCIO POSITIVO

Por el contrario, la opinión predominante en cuanto al silencio positivo es la de que es un verdadero acto administrativo y «una técnica material de intervención policial o de tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa», añadiéndose que, «en rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado».

En esta materia conviene distinguir el silencio positivo en el ámbito de la Administración central y en el de la Administración local.

Con respecto a la Administración central, aparte de ciertos antecedentes que no es del caso enumerar, el silencio positivo es recogido por el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual dispone que «el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa, o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores».

Un sector de la doctrina estima que de la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo parece deducirse que el ánimo del legislador de 1958 era la de aplicar dicha técnica con carácter general cuando se trate de autorizaciones y aprobaciones, ya que literalmente dice que «se prevé el silencio positivo, sin denuncia de mora, aparte de, en los casos prevenidos en normas especiales, cuando se trate de autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos cuyo otorgamiento no fuese discrecional, o de autorizaciones o aprobaciones en que se concrete el ejercicio de las funciones de fiscalización de los órganos superiores sobre los inferiores».

Otro sector considera que la «redacción proyectada» por dicha Exposición de Motivos «se hace eco plenamente de la teoría de las

remociones de límites a los derechos subjetivos por vía de autorización, pero que dicho precepto en realidad contempla dos grupos de supuestos distintos: los que hacen referencia a las relaciones entre Administración y administrados y los propios de las funciones de fiscalización y tutela encomendadas a unos órganos administrativos y ejercidas sobre las actividades de otros. Para los primeros, cautamente, remite la Ley a las disposiciones que expresamente así lo establezcan, mientras que en los segundos establece sin más el silencio positivo con carácter general».

Dada la literalidad del precepto y dado que el legislador utiliza la conjunción disyuntiva o para diferenciar o separar los distintos supuestos que contempla, estimamos que el artículo 95 admite con carácter general la técnica del silencio positivo siempre que «se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de órganos superiores sobre los inferiores», es decir, en todos los supuestos de remoción de límites a los derechos subjetivos por vía de autorización, y en los de fiscalización y tutela de órganos superiores sobre inferiores. En todos los demás casos hace falta para su admisión que «así se establezca por disposición expresa».

Tal artículo 95 termina disponiendo que «si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses, a contar desde la petición».

En el ámbito de la Administración local, el legislador ha sido más generoso en la utilización del instituto del silencio positivo, en el ejercicio de funciones fiscalizadoras y en la remoción de límites a los derechos subjetivos mediante autorizaciones.

La función fiscalizadora de la Administración central sobre las Administraciones locales, que era muy profusa, hoy ha desaparecido casi en su totalidad, en virtud del principio de autonomía municipal para la gestión de sus respectivos intereses, consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

En materia de autorizaciones o licencias municipales, el silencio positivo es admitido por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, al que se remite la Ley del Suelo para las licencias de obras.

Ante todo, hay que indicar que el referido precepto, en el apartado *b)* del número 7, excluye del silencio positivo las licencias referentes «a actividades en la vía pública o en bienes de dominio

público o patrimoniales», las cuales, transcurrido el plazo de un mes, «se entenderán denegadas por silencio administrativo».

El plazo que exige el artículo 9 para considerar otorgada la licencia es de un mes, cuando lo sea «para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos», y de dos meses para las licencias «de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos» (apartado 5.º).

Por el mero transcurso de los plazos indicados, y sin necesidad de denuncia de mora, se entiende otorgada la licencia por silencio positivo cuando «se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes» (apartado 7, c) ), mientras que para que juegue dicha ficción legal en las licencias «de parcelación, construcción de inmuebles o modificación de estructura de las mismas, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes», hace falta, una vez transcurrido el plazo de dos meses contados desde la solicitud, denunciar la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo, y una vez que transcurra un mes desde la denuncia es cuando «quedará otorgada la licencia por silencio administrativo».

Dada la importancia de los efectos del silencio positivo y su obligatoriedad para la Administración, hasta el extremo de no poderse librar de ellas al declarar derechos subjetivos a favor de particulares, más que mediante la declaración de lesividad del acuerdo y posterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el problema que planteaba dicho instituto era el de si podía obtenerse una aprobación o fiscalización, o una autorización, cuando el contenido del acto no era conforme a Derecho.

Por no hacer interminable la exposición, solamente indicaremos que el artículo 178, 3, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 opta por estimar, en materia de licencias de construcción, que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento»; igual criterio ha seguido el Reglamento de Planeamiento en su artículo 133, 3, para

la aprobación definitiva, mediante silencio positivo, de planes, proyectos, programas y normas urbanísticas.

El Tribunal Supremo, desde antes de la vigente Ley del Suelo, venía pronunciándose en el sentido del artículo 178, 3, referido, como puede verse en la sentencia de 1 de enero de 1982, en la que dice «que el automatismo en que está basada la teoría del silencio positivo, contando en exclusiva con el factor tiempo y la inactividad administrativa, se ve en la actualidad minado por la interpretación jurisprudencial de este instituto, resueltamente inclinada a no considerar otorgado por silencio administrativo aquello que no lo pueda ser de forma expresa (sentencias de 31 de octubre de 1963; 18 de marzo de 1970; 23 de junio de 1971; 28 de enero de 1974; 4 de diciembre de 1975; 28 de octubre, 24 de noviembre y 22 de diciembre de 1978; 5, 15 y 29 de mayo de 1980)»; añadiendo posteriormente «que para que la disconformidad entre uno y otros —planes— sea productora de invalidación del silencio, en sus efectos positivos no es preciso que la misma se refiera a una nulidad de pleno derecho, bastando con la concurrencia de una simple causa de anulabilidad, esto es, con una infracción del ordenamiento jurídico —artículos 48, 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo y 83, 2, de la Ley de la Jurisdicción—, ya que ni la jurisprudencia ni la Ley del Suelo establecen distinciones al respecto», indicando la sentencia de 5 de enero del presente año «que no cabe desconocer que nunca puede concederse por un acto presunto lo que no podría obtenerse por uno expreso».

## V. ACTOS DISCRECIONALES

Hablar hoy de actos reglados y actos discrecionales, solamente puede hacerse como recuerdo histórico de la Ley de la Jurisdicción de 30 de septiembre de 1888 (arts. 1.º, 2; 2.º, y 4.º, 1), de la que se deducía que el uso de facultades regladas daba lugar a actos jurídicos reglados que eran recurribles, mientras que las potestades discrecionales al actuar producían los actos discrecionales libres de todo control jurisdiccional contencioso-administrativo.

Dicha distinción no fue recogida por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, y así vemos que su Exposición de Motivos dice: «al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos

discrecionales. La razón estriba —continúa diciendo— en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, o un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás».

La doctrina, a su vez, abandona la clasificación de los actos administrativos en reglados y discrecionales, y busca la distinción a través de las potestades regladas o discrecionales de la Administración, según la Ley determine todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, o definiendo algunas de dichas condiciones y remitiendo otras a la estimación subjetiva de la Administración.

Pero esto no quiere decir que esa potestad discrecional o estimación subjetiva de la Administración sea una facultad fuera de la Ley y consecuencia de un supuesto poder originario que aquélla tenga, ya que no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino solamente en virtud de ésta y en la medida que la misma haya dispuesto, y así vemos que la Exposición de Motivos, tantas veces referida, indica que la discrecionalidad «surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público», y también cuando el ordenamiento jurídico delega «en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata».

Como se ha dicho, el poder discrecional es el verdadero caballo de Troya dentro del Estado de Derecho, ya que la necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta, inevitablemente, la técnica del apoderamiento discrecional.

La doctrina y la jurisprudencia tratan de llenar de contenido jurídico las potestades discrecionales respetando siempre la legítima libertad de decisión de la Administración, de forma que el principio de legalidad resplandezca, al ser la base de un Estado de Derecho, como consagra la Constitución al indicar que los poderes públicos están sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9, 1), así como que la Administración pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103, 1).

Ese contenido jurídico se ha buscado a través de varias técnicas;

en primer lugar, se ha partido de que en todo acto discrecional hay elementos reglados, como son la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y el fin, ya que, como se ha dicho, «las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley y, en todo caso, de la finalidad pública, de la utilidad o interés general».

La Ley Jurisdiccional, en su artículo 83, 3, introduce como técnica de control de las potestades discrecionales, la desviación de poder, conceptuándolo como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

Otra técnica utilizada es la del control de los hechos determinantes, ya que toda potestad discrecional se tiene que apoyar necesariamente en unos hechos, los cuales responden a una realidad que no puede cambiar por una valoración política como es, el hecho se ha producido o no y cómo se ha producido; al ser la Jurisdicción Contencioso-administrativa una primera instancia jurisdiccional, como se dijo al principio, dicho control de los hechos determinantes se hace a través de la amplia facultad que tienen sus Tribunales en cuanto admisión y apreciación de pruebas.

La técnica de control de la discrecionalidad mediante los conceptos jurídicos indeterminados es una de las más importantes, por ser común a todas las ramas del Derecho, incluido el Derecho público.

Como se sabe, los conceptos utilizados por las leyes pueden estar perfectamente delimitados por el ámbito de realidad a que se refieren, o más o menos indeterminados por no precisar sus límites, pero que no se puede traducir en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, al permitir sólo una «unidad de solución» en cada caso.

Entre los conceptos jurídicos indeterminados, que son conceptos de valor o de experiencia, están, entre otros muchos, la conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público, buenas costumbres, utilidad pública, justo precio, etc.; lo peculiar de los mismos es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: se da o no se da el concepto; por lo que al ser la aplicación de un concepto jurídico indeterminado un caso de aplicación e interpretación de la ley, el Juez puede fiscalizar la misma.

Por último, se impone aludir a los principios generales del Derecho como técnica de control de la potestad discrecional de la Administración, ya que los mismos son fuentes del ordenamiento jurí-

dico español, aplicables en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, como indica el artículo 1.º del Código Civil, en sus apartados 1 y 4.

Como se sabe e indicamos con palabras de la doctrina, los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica; por ello no consisten en que el Juez sustituya el criterio de la Administración por el suyo propio, sino el de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general.

El Tribunal Supremo ha utilizado las técnicas de control de la potestad discrecional en numerosas sentencias, bastando citar algunas referentes a los elementos reglados que existen en cada acto administrativo (25 y 28 de enero de 1983); a hechos determinantes (21 de octubre de 1982 y 25 de enero de 1983); conceptos jurídicos indeterminados (28 de mayo de 1980, 22 de junio y 6 de diciembre de 1982), y principios generales del Derecho (5 y 14 de enero de 1983).

## VI. ACTOS POLITICOS O DE GOBIERNO

El artículo 2, *b*), de la Ley Jurisdiccional excluye de la fiscalización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos de gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

La discusión sobre la naturaleza de los actos políticos quiso zanjarla la Exposición de Motivos de dicha Ley diciendo que «los mismos no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos especialmente distintos, por ser una la función administrativa, y otra, la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales».

Al decir que no constituyen una especie del género de los actos

administrativos discrecionales caracterizado por un grado máximo de discrecionalidad, el legislador de 1956 quiso, en primer lugar, apartarse del criterio del Reglamento de lo Contencioso-administrativo para la ejecución de la Ley de 1894, que los consideraba como actos discrecionales por naturaleza o por la índole de la materia a que se referían, y al decir que es distinta la función política y la función administrativa, ha querido indicar que son también distintos los actos que emanen de una y otra, y sin atreverse a negar la cualidad de acto administrativo al acto político, optó por excluirlo de la fiscalización jurisdiccional, estimando que sólo son actos políticos las manifestaciones de la función política en las grandes decisiones que afecten al Estado como un todo, por lo que en el artículo 2, b), referido, enumera los que afecten a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y al mando y organización militar.

El Tribunal Supremo ha ido tratando de restringir el concepto de acto político circunscribiéndolo al que emanaba del Consejo de Ministros (sentencias de 23 de enero de 1967 y 17 de febrero de 1969, entre otras), indicando la de 26 de abril de 1980 que el acto político es «una actuación unitaria y suprema de los poderes del Estado concretada en un acto de gobierno».

Sea cual sea el criterio seguido por la doctrina y la jurisprudencia para concretar qué actos pudieran estimarse como políticos, consideramos con la doctrina de más relieve que hoy en día los mismos están superados, ya que solamente pueden estimarse como tales los de carácter internacional, que no se imputan a la Administración pública interior, sino al Estado en cuanto sujeto de relaciones internacionales, los cuales, por dicha razón, no están sometidos al Derecho administrativo, sino más bien a la Constitución y al Derecho internacional, y los actos constitucionales en que se plasman las relaciones entre los altos órganos del Estado, y que refleja el Título V de la Constitución.

Reiterando lo dicho anteriormente y dados los términos en que se pronuncia la Constitución, que atribuye a los Tribunales el control «de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa» sin excepción alguna (art. 106, 1), y declara que «la Administración pública... actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103, 1), hay que estimar que el referido artícu-

lo 2, b), está derogado a partir de la entrada en vigor de la Constitución, con excepción de las cuestiones indicadas en el anterior párrafo.

Como final, sólo cabe indicar que es de desear que en un futuro próximo, y en evitación de equívocos, se recoja en las nuevas leyes el fortalecimiento de la cláusula general del artículo 1, 1, de la Ley Jurisdiccional, con la desaparición de las limitaciones negativas referidas, de forma que sea una realidad normativa el deseo de la Constitución de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular», y que se pretende plasmar en el artículo 8, 2, del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la fórmula de que «ningún acto, resolución o acuerdo administrativos, y ninguna disposición de carácter reglamentario, cualquiera que sea la Administración pública, territorial, institucional o corporativa de que proceda, queda excluido del control jurisdiccional»; control que, desde otro punto de vista, no va en desdoro de la Administración, ya que, como bien dice la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, «cuando la Jurisdicción Contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública».

## VII. BIBLIOGRAFIA

- GARRIDO FALLA, F.: «La llamada doctrina del silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 16.
- NIETO, A.: «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 37.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», *Revista de Administración Pública*, núm. 47.
- MARTÍN MATEO, R.: «Silencio positivo y actividad autorizante», *Revista de Administración Pública*, núm. 48.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *Revista de Administración Pública*, núm. 53.
- GÓMEZ-FERRER, R.: «Resoluciones tardías y conflictos de intereses privados», *Revista de Administración Pública*, núm. 68.
- REYES MONTREAL, J. M.: «Las resoluciones administrativas tardías», *Revista de Administración Pública*, núm. 78.

ARCENEGUI, I. E.: «Modalidades del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 84.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª edición.

GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas.