

# EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

*SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión.—II. La teoría del acto de gobierno y del acto discrecional.—III. Situación y crítica del derecho español.—IV. La doctrina jurisprudencial y su crítica.*

## I.—PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Dos recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sala 4.ª) vienen a pronunciarse nuevamente acerca de la postestad discrecional de la Administración pública.

En la primera de ellas, de 24 de febrero de 1954, con motivo de revisar la legalidad de un acuerdo municipal relativo a una declaración de finca ruinososa, se declara por el Tribunal Supremo, frente a la excepción de incompetencia alegada por el Ministerio fiscal, que

«... los acuerdos municipales, como el impugnado, referentes a declaración de estado de ruina de edificios, no constituyen ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, sino que ésta debe sujetarse en ellos a disposiciones que establecen el procedimiento a seguir..., disposiciones todas ellas que implican el reconocimiento de intereses y de derechos a los inquilinos afectados, que tienen carácter administrativo y pueden ser lesionados, no sólo por inobservancia de formalidades, sino porque la resolución no guarde la oportuna adecuación con los resultados y datos reunidos en el expediente contradictorio, el cual carecería de finalidad si no sirviese para fundamentar una decisión justa...»

Y en esta misma sentencia se acepta como buena la siguiente declaración del Tribunal de Primera Instancia:

«... que... es visto, que la apreciación y valoración previa practicadas en dicho expediente (*se refiere al expediente contradictorio sobre declaración de fincas ruinosas*) compete en definitiva a esta jurisdicción

contencioso-administrativa, según tiene declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras, en las de 8 de mayo de 1944 y 19 de octubre de 1945, debiendo, por consiguiente, desestimarse la incompetencia antes dicha.»

En la segunda de las sentencias aludidas, de 9 de marzo de 1954, también se contesta por el Tribunal Supremo a excepción de incompetencia propuesta por el Ministerio fiscal; tratándose en este caso de un acto de la Administración central por el que se autoriza la apertura de una farmacia, de acuerdo con el artículo 4.º del Decreto de 24 de enero de 1941, que concede a la Administración la posibilidad de apreciar la excepcional necesidad de dicho establecimiento en una zona determinada. La doctrina del Tribunal Supremo versa sobre dos puntos: de una parte, la cuestión de si hay que entrar en el fondo del asunto para apreciar la excepción de incompetencia por haber actuado la Administración en uso de sus facultades discrecionales; de otra, declarar sin más, una vez examinada la legislación aplicable, que la apreciación de la necesidad excepcional de farmacias en una determinada zona se confía discrecionalmente por la Ley a la Administración pública. Dice esta sentencia:

«... *Considerando* que para enjuiciar debidamente la excepción alegada es indispensable fijar la naturaleza de la resolución combatida, en armonía con las disposiciones legales en que se basa y fundamenta, única forma de poder precisar si la Administración se atuvo, al dictarla, a facultades regladas, o si se desenvolvió, por el contrario, dentro de la potestad discrecional que le corresponde; a estos efectos, basta leer el artículo 4.º del Decreto de 24 de enero de 1941... para afirmar, sin posibilidad de duda, el carácter eminentemente discrecional de la orden reclamada, puesto que el mencionado precepto expresa con toda claridad que el Ministerio de la Gobernación, en caso de necesidad excepcional, y a petición de los interesados, *podrá* alterar las normas que para la instalación de farmacias se fijan en los párrafos anteriores del propio Decreto; es decir, que ese artículo 4.º no sujeta a la Administración a una manera fija de actuar, sino que la faculta para proceder según su libre apreciación del caso excepcional y conveniencia del servicio y para dispensar de determinados requisitos que, en términos generales, serían de ineludible observancia.»

En apoyo de esta última doctrina, el Tribunal Supremo recuerda sus sentencias de 23 de febrero de 1950 y 29 de diciembre de 1951, y, finalmente, falla «haber lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el Ministerio fiscal y por el coadyuvante».

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. En efecto, unas veces nos encontramos con que, según el Tribunal Supremo, para saber si un acto administrativo emana o no de las facultades discrecionales de la Administración pública, hay que entrar en el fondo del asunto; otras veces —como en el caso de la sentencia en segundo lugar citada—, el Tribunal Supremo entra en el fondo del asunto, pero, por lo visto, no se da cuenta de ello, porque al final declara haber lugar a la excepción de incompetencia; en ocasiones, el Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto y acepta *ad libitum* la excepción de incompetencia *por razón de la materia* sobre que el acto administrativo versa; por último, en ciertos casos en que la Administración debe valorar una situación de hecho —través de un expediente —por ejemplo, escasez de farmacias en una determinada zona—, la jurisdicción contencioso-administrativa se declara incompetente para revisar las actuaciones de dicho expediente, mientras que en otras —por ejemplo, comprobación del estado ruinoso de un edificio—, también atribuidas, en principio, a la discrecionalidad administrativa, se entiende, por el contrario, «que la apreciación y valoración de las pruebas practicadas compete en definitiva a esta jurisdicción contencioso-administrativa».

Debemos adelantar, sin embargo, desde ahora —y éste es el objeto de las páginas que siguen—, que las contradicciones que acabamos de señalar son a veces más aparentes que reales, y, sobre todo, que las variaciones jurisprudenciales se deben a que el Tribunal Supremo viene corrigiendo, hasta cierto punto, el tratamiento legal que en España pesa sobre la llamada potestad discrecional, en un sentido más equitativo y, sobre todo, más conforme a los resultados de la moderna técnica jurídica. En esta labor correctora se han producido también valiosas aportaciones de la joven jurisdicción de agravios. En su momento nos referiremos a alguna de sus decisiones que consideramos trascendental en la materia.

## II.—LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO Y DEL ACTO DISCRECIONAL.

La doctrina del Derecho administrativo se ha planteado siempre con absoluta separación, como dos cuestiones distintas, la relativa al llamado acto de gobierno y lo que deba entenderse por acto discrecional.

A) Por lo que se refiere a los actos políticos o de gobierno, la doctrina, en sus orígenes, es francesa y jurisprudencial. Se trata de una «prudente reserva del Conseil d'Etat a la evolución del recurso por exceso de poder» (DUEZ); una especie de concesión al Poder ejecutivo para evitar los celos que necesariamente hubieran de producir en éste las crecientes conquistas de la justicia administrativa.

Ahora bien, ¿cuándo se negaba el Conseil d'Etat a entender de la legalidad de un acto administrativo por considerar que se trataba de un

acto de gobierno? A lo largo del siglo XIX son dos las teorías que dominan las decisiones jurisprudenciales: hasta el año 1872, la llamada «teoría del móvil», según la cual lo que hace al acto de gobierno es el fin que se propone su autor (DUFOUR); a partir de aquella fecha, la llamada «teoría de la naturaleza intrínseca del acto», en el fondo de la cual late la creencia en la existencia de criterios sustanciales para diferenciar la función administrativa de la función de gobierno. Lo cierto es que la consecuencia práctica de su aplicación ha consistido en la formación de un *catálogo de actos de gobierno*, en el que se incluyen los que hasta ahora han sido considerados como tales por el Consejo de Estado: actos del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, declaración de estado de sitio, actos diplomáticos y de relaciones internacionales, interpretación de tratados, etc., etc.

B) Criterios distintos son los que dominan la oposición que se establece entre actos discrecionales y actos reglados. Hace tiempo que fué suprimido el equívoco de considerar que la referida oposición era la consecuencia de una separación radical y sustancial entre dos categorías de actos administrativos. Entender que el acto discrecional lo es *por su naturaleza* conduce inevitablemente a su confusión con el acto de gobierno. No obstante, hay que reconocer que éstos fueron los criterios que inspiraron al legislador español al momento de ser promulgada la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894.

Pero 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.

Resulta así el que, para muchos, hablar de *acto discrecional* como categoría jurídica autónoma carezca de sentido. Porque 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*.

Así, pues, el acto discrecional es un *posterius* que se deduce de la imposibilidad de que una jurisdicción revisora los examine en su totalidad o en alguno de sus elementos —lo que no quiere decir que se declare incompetente—, la cual imposibilidad se debe a una de estas causas: 1.ª Que se dé ausencia de reglamentación legal en una determinada materia y, por otra parte, y en relación con la misma, no pese sobre la actuación administrativa un principio prohibitivo; 2.ª Que de la estructura lógica de la norma jurídica (por ejemplo, las que consisten en juicios disyuntivos —recuérdese la tesis de LAUN—) se desprenda una posibilidad de elección administrativa (dentro de cuyo supuesto hay que incluir la llamada *discrecionalidad técnica*).

## III.—SITUACIÓN Y CRÍTICA DEL DERECHO ESPAÑOL.

El artículo primero del Texto refundido de lo contencioso-administrativo exige, para que un acto administrativo pueda ser impugnado en vía contenciosa, que emane de la *potestad reglada* de la Administración. Entiéndese «que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas, en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo» (párrafo 4.º del art. 2.º). Coincide con esta exigencia lo que se previene en el artículo 4.º de la propia ley cuando dice que no corresponden al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «... las cuestiones por la naturaleza de los actos de los cuales proceden o de la materia sobre que recaen se refieran a la potestad discrecional».

Ya este precepto prejuzga que para el legislador el criterio individualizador de la potestad discrecional administrativa se basa sobre la creencia de que hay actos que *por su naturaleza y por su materia* son discrecionales. Y en el mismo criterio abunda el artículo 4.º del Reglamento de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1894 cuando declara que corresponden *señaladamente* a la potestad discrecional: 1.º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenecen al orden político o de gobierno, o afectan a la organización del Ejército, o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones; 2.º Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales.

Obsérvese que en el último precepto legal señalado aparece la alusión a los actos referentes al orden político o de gobierno, respecto de los que el reglamento de 1894 predica el mismo tratamiento que para los actos discrecionales, por la poderosa razón de que los considera una subespecie de los mismos, aceptando la tesis de que lo son por su naturaleza. Es un criterio análogo —salvo que en este caso se enumeran taxativamente por el legislador los supuestos de actos de gobierno, sin ninguna posibilidad para que la jurisprudencia amplíe o restrinja su número— al que vuelve a aparecer en la Ley de 18 de marzo de 1944, que restablece, tras nuestra guerra civil, la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 2.º dice así: «Quedan excluidas, como *pertencientes al orden político o de gobierno*, las resoluciones que la Administración dictare en ejecución y aplicación de leyes y disposiciones referentes a depuraciones, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos». Precepto que ha venido a integrarse en el núm. 1.º del artículo 4.º del Texto refundido de lo contencioso-administrativo de 8 de fe-

brero de 1952, con la adición de las cuestiones relativas a cinematografía, teatro y radiodifusión.

De las normas legales que se acaban de examinar, resulta que pueden señalarse como notas características de nuestro sistema las siguientes:

1.ª El criterio que se acepta para la determinación de cuáles son los actos que emanan de la potestad discrecional es el de la naturaleza de los mismos, o materia sobre que la actuación administrativa recaiga, lo cual hace del acto administrativo discrecional una categoría jurídica apriorística que los Tribunales contencioso-administrativos pueden descubrir en cada momento sin necesidad de entrar en el fondo del asunto que se les plantea.

2.ª El acto de gobierno resulta ser una subespecie o subcategoría del discrecional, individualizándose también por razón de su naturaleza, por lo que, obviamente, resulta sometido al mismo tratamiento jurídico del discrecional.

3.ª Todos estos actos son inimpugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa; dan lugar, consiguientemente, a incompetencia de jurisdicción, de acuerdo con el artículo 44 del Texto refundido de lo contencioso-administrativo, que ordena que «se entenderá incompetente el Tribunal cuando, por la índole de la resolución reclamada, no se comprenda, a tenor del título I (de la Ley), dentro de la naturaleza y condiciones del recurso contencioso-administrativo». El Tribunal, pues, en estos casos, no debe entrar en el fondo del asunto.

Todo esto supone no sólo una indudable falta de acuerdo entre nuestro sistema y las conclusiones a que la moderna doctrina ha llegado en la materia, sino, además, una falta de lógica interna en el mismo. En efecto, no sólo se confunde el acto de gobierno con el acto discrecional y se impide un tratamiento adecuado de cada uno de ellos, sino que, lo que es más grave, el legislador no se puso de acuerdo consigo mismo cuando al definir, por vía positiva, y simultáneamente por vía negativa, la materia de la jurisdicción contencioso-administrativa, opuso formalmente la potestad reglada a la discrecional, sin que también resultasen formalmente opuestos los conceptos que de una y otra daba. Porque si se concibe que potestad reglada se opone a potestad discrecional y por aquélla debe entenderse el que la Administración «deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo», lógicamente hay que concluir que la potestad discrecional existe por falta precisamente de esa ley, reglamento o precepto administrativo que, en su caso, obligaría a la Administración. Mas he aquí que el legislador ha preferido definir dos términos de una oposición echando mano para cada uno de ellos a criterios distintos.

Ahora bien, a pesar de que, por los motivos indicados, la situación legalmente establecida resulta teóricamente insostenible, hay que felicitarse de que, parcialmente al menos, ha venido siendo corregida por obra de la jurisprudencia.

## IV.—LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y SU CRÍTICA.

Nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa ha corregido la situación legal derivada de los textos de 1894 y posteriores en un doble sentido: de una parte, se ha distinguido, admitiendo o no la excepción de incompetencia, entre acto discrecional y acto de gobierno; de otra, se ha admitido la fiscalización de los elementos formales reglados de ciertos actos administrativos, discrecionales en cuanto al fondo.

A) Hay casos, en efecto, en que, opuesta por el Ministerio fiscal la excepción de incompetencia de jurisdicción por el carácter discrecional de la resolución impugnada, el Tribunal Supremo ha contestado que sin entrar en el fondo del asunto es imposible conocer efectivamente si se da tal carácter discrecional; lo cual supone, naturalmente, que la excepción de incompetencia es rechazada.

En cambio, opuesta en otras ocasiones la propia excepción de incompetencia por alegar igualmente el Fiscal el carácter discrecional de la resolución combatida, el Tribunal Supremo la admite sin entrar en el fondo del asunto. Así, una sentencia de la Sala 4.ª del T. S. de 5 de junio de 1950 entiende, en aplicación del artículo 4.º del Reglamento de 1894, que son de tal naturaleza discrecional las decisiones que atañen a la salud e higiene públicas «...y hallándose en este caso los preceptos encaminados a la exigencia de la cédula de habitabilidad en el otorgamiento de los mencionados contratos (los de suministro de agua, gas y electricidad), es indudable que tales resoluciones estén dictadas por el Gobierno en uso de facultades no regladas y de su libre atribución, por lo que no son susceptibles de ser reclamadas en el presente procedimiento».

Los dos supuestos que acaban de referirse corresponden: el primero, al acto discrecional; el segundo, al acto de gobierno. El tratamiento legal de ambos es uniforme; la jurisprudencia, aunque sin una clara conciencia del avance técnico que realizaba, ha tenido que escindir dicho tratamiento: aceptando la incompetencia de jurisdicción cuando el acto es de gobierno, y entrando en el fondo del asunto, si bien para descubrir después que no se trata de materias regladas, si es un acto discrecional.

B) La jurisprudencia ha llegado asimismo a resultados que coinciden sustancialmente con los conseguidos por la moderna técnica iurídico-administrativa en el tratamiento del acto discrecional. Para el legislador de 1894 el acto discrecional lo era *en bloque*; para la jurisprudencia hay posibilidad de descubrir elementos reglados junto a otros discrecionales en un mismo acto administrativo. Es cierto que para llegar a tal conclusión el T. S. ha partido de bases teóricas que no encajan exactamente en la línea de pensamiento que estamos desarrollando. Así, la posibilidad de fiscalizar los vicios de forma o procedimentales que atañen a un acto administrativo se ha conseguido por la jurisprudencia en con-

sideración a que «el procedimiento es de orden público». Pero es lo cierto que el admitir esto supone necesariamente la distinción que establecemos entre elementos reglados y discrecionales en un mismo acto administrativo.

Recuérdese, en confirmación de lo anterior, la sentencia de la Sala 4.ª del T. S. de 3 de octubre de 1950. Alegada también en este caso por el Ministerio fiscal la excepción de incompetencia de jurisdicción por tratarse de acto administrativo discrecional, opone el Alto Tribunal la siguiente doctrina: «... procede examinar si por la Administración se cumplieron todos los ritualismos exigidos por la legislación vigente antes de resolver el expediente... o si se han omitido en aquél alguno de los requisitos esenciales para que tenga validez, ya que sólo en el primer caso, como declara la jurisprudencia, es cuando cabe estudiar la competencia de esta Sala para entender en el asunto.»

La jurisprudencia de agravios ha resuelto el mismo problema, hay que confesarlo, con mayor perfección técnica, con motivo de la revisión de ciertos expedientes de depuración de funcionarios por responsabilidades políticas. Con independencia del evidente carácter político y de la discrecionalidad que domina esta materia, la Orden de la Presidencia resolutoria del recurso de agravios de 28 de octubre de 1949 («B. O.» de 2 de noviembre) ha llegado a declarar, evitando la incompetencia de jurisdicción, que, de acuerdo con la Ley de 18 de diciembre de 1946, existe un «derecho de ser depurado». Pero, sobre todo, es la Orden de la Presidencia, también en vía de agravios, de 23 de mayo de 1950 («Boletín Oficial» del 28) la que ha sentado claramente la doctrina de «... que la exclusión de esta materia (responsabilidades políticas) 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, cual sucede con la clase de sanciones que se puedan imponer, con las normas procesales que han de aplicarse o con los requisitos que es preciso se cumplan.»

C) La jurisprudencia que se acaba de examinar supone indudablemente un avance hacia la eliminación del «tabú» con que hasta ahora estaba protegido el acto discrecional ante nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Pero debe advertirse que aún queda mucho camino por recorrer, aunque por vías que han sido ya ejemplarmente trazadas por la doctrina y por la jurisprudencia de otros países.

En efecto, en dos sentidos, casi inéditos aún, en nuestro Derecho, puede emprenderse una ulterior revisión del acto administrativo discrecional por nuestra jurisprudencia: en el sentido del *fin* y en el sentido de la *causa* del acto administrativo.

a) Sobre la base de la fiscalización del *fin* del acto administrativo surgió en Francia la doctrina del *détournement de pouvoir*. Con base en



ella pudo exclamar LEON DUGUIT que el acto discrecional pertenecía al pasado, lo cual, si no es rigurosamente exacto, nos da, en cambio, una idea aproximada del avance conseguido.

La base de la desviación de poder está sin duda en los principios generales de nuestro contencioso-administrativo. Implica la infracción de la finalidad querida por el legislador cuando la Administración utiliza poderes propios; es decir, constituye, en definitiva, *violación de ley*. Es cierto que este motivo de anulación debe ser utilizado por las jurisdicciones revisoras con la mayor cautela y, también, que no siempre será fácil descubrir la efectiva falta de adecuación entre los motivos que impulsaron a obrar a una autoridad administrativa y el fin que, según ley, debió perseguir con su actuación; pero esto no debe ser obstáculo para que, cuando efectivamente sea preciso y oportuno, nuestra jurisdicción contencioso-administrativa sepa que no es absolutamente imposible, de acuerdo con nuestro ordenamiento positivo, llegar a la consagración de esta doctrina. *A fortiori* debe razonarse en este sentido respecto de la jurisdicción de agravios y del contencioso-administrativo de los actos de la Administración local.

b) El otro elemento del acto administrativo susceptible de fiscalización en los actos discrecionales es la *causa*. No es este momento oportuno para que nos hagamos eco de la polémica en torno a qué debè entenderse por causa del acto administrativo. Aclaremos simplemente que para nosotros viene dada por una serie de elementos fácticos determinantes y condicionantes de la acción administrativa; así, por ejemplo, la causa de un acto administrativo sancionador es la comisión por un funcionario o particular de un hecho sancionable; la causa del nombramiento de un funcionario para una determinada vacante radica en la existencia de esa vacante; la causa de un traslado *voluntario* está en la efectiva petición de traslado por parte del interesado; la causa de la declaración de un edificio ruinoso está en el estado de ruina de dicho edificio; la causa de la autorización de apertura de una nueva farmacia está en la distancia mínima reglamentaria respecto de las ya existentes, etc., etc.

Lo curioso es que la apreciación de los elementos fácticos que aparecen en un expediente administrativo es en gran medida facultad discrecional de la Administración pública. Pero hay ya serias excepciones a este principio que pueden servir de precedente a favor de la evolución que propugnamos. Ocurre así en materia de expedientes disciplinarios, respecto de los que nuestra jurisdicción contencioso-administrativa no tiene ningún escrúpulo en entrar en la apreciación de los hechos y su prueba: el que la Administración considere probada la comisión de una falta muy grave por parte de un funcionario, no es suficiente para que nuestro Tribunal Supremo dé por buena la prueba.

Otro tanto ocurre con los expedientes para declaración de edificios ruinosos, uno de los cuales es objeto de revisión en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1954, que nos ha servido de motivo

para estos comentarios. Recuérdese que en esta sentencia se rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Ministerio fiscal, porque en este caso puede darse lesión de intereses y derechos de los inquilinos afectados por el expediente «... no sólo por inobservancia de formalidades, sino porque la resolución no guarda la oportuna adecuación con los resultados y datos reunidos en el expediente contradictorio, el cual carecería de finalidad si no sirviese para fundamentar una decisión justa...» Como puede verse, no se trata sólo de la fiscalización del acto (discrecional en el fondo, pues es evidente que es la Administración, y no los Tribunales, quien ha de juzgar cuando un edificio presenta la suficiente peligrosidad como para ser declarado ruinoso) por sus requisitos de forma, sino que se entra en el examen de la causa.

Justamente en este punto es donde aparece la falta de acuerdo doctrinal entre la sentencia últimamente citada y la de 9 de marzo de 1954, también base de este comentario. Pues la misma razón hay para que la decisión de finca ruinosa guarde la debida correlación causal con los resultados y datos reunidos en el expediente, que para que esta misma correlación causal sea exigible cuando se autoriza la apertura de una farmacia previo el expediente excepcional del artículo 4.º del Decreto de 24 de enero de 1941. Es obvio que normalmente el T. S. habrá de estar a los criterios sentados en el asunto por la Administración, pues tratándose de materia en que están afectados los derechos sobre determinadas zonas de clientela reconocidos por la ley a los terceros farmacéuticos, deben ser los Tribunales quienes tengan la posibilidad de decir la última palabra en los casos de controversia. Si hacemos hipótesis de un caso-límite, podrá verse el absurdo que implica la doctrina de la incompetencia de jurisdicción; pues entonces, aun encontrándose el Tribunal Supremo con un expediente en que todos los informes técnicos y no técnicos demuestran la falta de necesidad de farmacias en una zona determinada, pero resuelto afirmativamente por la Administración, habrá de cruzarse de brazos ante el asunto.

Resumiendo las consideraciones anteriores: la jurisprudencia ha corregido afortunadamente la situación legal existente en España respecto de los actos discrecionales, diferenciándolos del acto de gobierno y admitiendo la revisibilidad de algunos de sus elementos reglados; pero es necesario que esta obra de progreso técnico-jurídico se complete afrontando en el porvenir la fiscalización del fin y de la causa de los actos administrativos discrecionales.

FERNANDO GARRIDO FALLA  
Catedrático de Derecho Administrativo.