

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

MATERIA CONTENCIOSA Y FISCALIZACION DE LA DISCRECIONALIDAD

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA EXTENSIÓN DE LA MATERIA CONTENCIOSA: A) *Regla general.* B) *Los contratos de la Administración.* C) *El artículo 40 de LJ.* D) *La materia discrecional:* a) Planteamiento. b) Antecedentes. a') El Estatuto Municipal; b') La Constitución de 1931; c') La evolución de la jurisprudencia anterior a la Ley de 1956. c) La situación del problema después de aparecida la LJ: a') La exposición de motivos. b') La jurisprudencia. a'') Discrecionalidad y desviación de poder; b'') El control de la discrecionalidad: a''') Sentencias que lo niegan; b''') Sentencias que lo admiten. c'') Discrecionalidad y fiscalización de los hechos; d'') La convicción moral del juzgador como causa bastante para estimar la desviación de poder; e'') La justicia y el buen servicio como criterios de fiscalización.—III. --CONCLUSIÓN.

I

El esfuerzo por someter a Derecho a la Administración presenta una destacada faceta en la sucesiva ampliación de la materia contenciosa. Esta ampliación ha experimentado un notable avance con la Ley de 1956. Consideramos particularmente interesante la evolución registrada en orden al control del elemento discrecional en los actos en que aquel elemento se da. En el presente trabajo se estudia esta evolución del Tribunal Supremo, tras un examen de otras decisiones jurisprudenciales también relativas a los límites de lo fiscalizable según otros aspectos de la Ley de la jurisdicción.

II

Grosso modo podría establecerse una ecuación formulada así: *Materia contenciosa* = *acto administrativo*. Es decir, podría en un primer momento decirse que los límites de la materia fiscalizable por los Tribunales Contenciosos, son los mismos límites que definen el acto administrativo. Sin embargo, esta regla no es universal. A ella se sustraen algunos actos que no siendo actos administrativos están sujetos a fiscalización contenciosa; se sustraen otros que, aun siendo actos adminis-

trativos no están sujetos a este control; por último, se dan actos claramente administrativos en los que hasta aparecer la más reciente jurisprudencia, ha cabido alguna duda respecto a la posibilidad de su fiscalización.

Examinaremos, por consiguiente, la regla general y sus excepciones, constituidas respectivamente por los contratos civiles cuya finalidad sean las obras o servicios públicos; por el contenido del artículo 40, LJ, y por los actos con algún elemento discrecional.

A) *Regla general.*

Los límites de la materia contenciosa en cuanto al acto administrativo de destinatario individual son los mismos que los de estos actos. No así en cuanto al acto administrativo-disposición, o reglamento, ya que, como ha señalado GONZÁLEZ PÉREZ (1), «los reglamentos son susceptibles de impugnación cualquiera que sea la materia que regulen».

Una y otra cosa las proclama el artículo 1.º, LJ, al decir que están sujetos a ella «los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones de categoría inferior a la Ley».

Consecuentemente con ello, los artículos 2.º y 3.º, LJ, pormenorizan este criterio, diciendo el artículo 2.º que no corresponde a la jurisdicción las cuestiones de índole civil, penal, social o de otras jurisdicciones, así como las cuestiones políticas del Gobierno, como son la de defensa, relaciones exteriores, seguridad interior, mando y organización militar (enumeración ejemplificativa).

Respecto a la primera razón de exclusión, la sentencia de 1 de marzo de 1960 ha dicho: «Considerando que según tiene declarado esta Sala por numerosas sentencias, no basta que en la demanda contenciosa administrativa se invoquen preceptos del Código Civil para deducir sólo por ello la incompetencia a esta jurisdicción, y en el presente caso es innegable el carácter de acto administrativo que tuvo el acuerdo recurrido cuya revocación se pretendió, pues además de emanar de un Ayuntamiento, o sea, de una entidad administrativa, se refirió a la llamada traídas de agua a domicilio...; es decir, a un servicio público de carácter municipal inequívoco, por lo cual se trata de un acto de la Administración Local sujeto al derecho administrativo, comprendido de consiguiente en el artículo 1.º de nuestra Ley jurisdiccional, sin que haya lugar al motivo alegado de incompetencia, previsto en el apartado a) del artículo 2.º de la misma Ley, para las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria, porque al obrar la Corporación municipal según lo hizo, usó de sus prerrogativas como tal...»

Sobre el mismo artículo y apartado, la sentencia de 9 de mayo de 1961 dice: «Considerando: Que en materia de prestación de asistencia sanitaria de prestación voluntaria y en régimen de colectividad por parte de las Sociedades Anónimas y Mutualidades de seguros privados, existe ciertamente una regulación de carácter administrativo que la somete a la Comisaría de asistencia médico-farmacéutica..., pero que aquella nor-

(1) *Los recursos administrativos*. Madrid, 1960, pág. 59.

mativa de carácter público no absorbe ni desnaturaliza las relaciones privadas que derivan del contrato de seguro...»

De nuevo ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de manifestarse en sentencia de 30 de mayo de 1961, diciendo: «Considerando: Que las resoluciones impugnadas ponen en evidencia que lo discutido en el pleito es una cuestión de índole eminentemente civil, puesto que lo que en él se ventila no es otra cosa que el derecho que tenga o deje de tener la Comisaría General para la ordenación urbana de Madrid y sus alrededores para la ocupación y subsiguiente realización de las obras llevadas a cabo en la Avenida... sin necesidad de acudir a la expropiación por cuanto el carácter de vía pública de dicha avenida y los títulos que posee la Comisaría General, y que, concretamente cita la Orden recurrida, hacen innecesario, a su juicio, el pago de indemnización alguna, mientras que, por el contrario, la Compañía X entiende que la avenida no es de servicio público, sino de su propiedad particular, ni los títulos de la Administración agotan la integridad de los derechos dominicales que como tal propietaria le corresponden; y basta la mera enunciación de lo expuesto... y la naturaleza de los títulos... para poner de manifiesto que ninguno de aquéllos es de índole administrativa, y que consiguientemente carece de competencia la Sala para decidir sobre la propiedad discutida...»

Sabido es que la doctrina, en su plausible esfuerzo por aumentar el ámbito de lo fiscalizable, respecto a los llamados actos políticos ha dicho que para ser excluidos de fiscalización deberán reunir la doble condición de ser: a) actos políticos; b) emanados del Gobierno. Es decir, la antigua discusión en torno al carácter que estos actos deben reunir para ser tales (atendiendo al móvil, o atendiendo a la naturaleza intrínseca del acto), se decide en nuestro ordenamiento a favor del móvil, requiriendo, además, que el acto haya nacido precisamente del Gobierno. Así lo hacen notar MARTÍN-RETORTILLO, S. (2) y GONZÁLEZ PÉREZ (3), que puntualizan que para excluir estos actos del control jurisdiccional «hay que acudir a la causa de los mismos, que no hay que confundir con los motivos que eventualmente se hubieren tenido presentes al dictarlos».

El artículo 3.º, LJ, concreta más la cuestión diciendo que están atribuidas a la jurisdicción las cuestiones sobre indemnización y responsabilidad patrimonial de la Administración (no confundir con la responsabilidad civil de los administradores), las cuestiones que una Ley le atribuya especialmente y las contractuales en los términos que se explican a continuación.

B) *Los contratos de la Administración.*

Una ampliación respecto a la regla general la constituye el párrafo 1 del artículo 3.º, LJ, que dice que la jurisdicción conocerá de «las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de

(2) *La desviación de poder en Derecho español*, núm. 22 de esta REVISTA, página 132.

(3) *Op. cit.*, pág. 56.

los contratos ,cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuviere por finalidad obras o servicios públicos de toda especie». De aquí se deduce que todo contrato que celebre la Administración, aunque no sea contrato administrativo, si tiene por finalidad obras o servicios públicos, está sujeto a la jurisdicción. Este criterio es totalmente diverso del establecido en el artículo 1.º para actos administrativos en general. En efecto, respecto a estos actos, se exige que estén sujetos al Derecho administrativo, no bastando con que sean actos emanados de la Administración. Para los contratos, sin embargo, basta con que tengan por finalidad obras o servicios públicos, cualquiera que sea la naturaleza del contrato (es decir, aunque sean contratos civiles). La sentencia del 25 de marzo de 1951 ha declarado sujeto a la jurisdicción el contrato concluído entre un arquitecto y Ayuntamiento de Zaragoza, y que versaba sobre la dirección técnica de las obras de la Casa Consistorial. La sentencia no obstante argumenta sobre la base de calificar el contrato de administrativo. Véase el siguiente Considerando: «Al versar el contrato que aquí se alega sobre la dirección técnica de las obras de construcción de la nueva Casa Consistorial de Zaragoza, que constituye un bien de servicio público municipal, así calificado expresamente en el artículo 185 de la Ley de Régimen Local, resulta evidente el carácter administrativo de la relación contractual, por imprimírselo, en primer término, el objeto específico de la misma que domina cualquier otro aspecto circunstancial de tipo privado; y en segundo lugar, porque la actividad técnica contratada incide de modo principal e inmediato sobre la realización de la obra; siendo por ello inadmisibles el criterio que sustenta el Tribunal *a quo* al estimar que se trata simplemente del cumplimiento de un encargo recibido en el ejercicio de profesión liberal que no tiene por objeto inmediato y directo la obra pública, sino que agota su contenido de arrendamiento de servicios al prestar éstos, abstracción hecha del destino que haya de darse al edificio construído.»

Naturalmente que siendo a su vez un dato indiciario para saber si un acto está sujeto al Derecho administrativo (es decir, si goza de la prerrogativa) el de que dicho acto persiga o no el interés público, la diferencia en la práctica entre el criterio para someter a la jurisdicción a los actos de la Administración en general (que estén sujetos al Derecho administrativo), y el criterio para someter a la jurisdicción a los contratos (que tengan por finalidad obras o servicios públicos), la diferencia en la práctica, repetimos, será pequeña. Pero esa diferencia existe en el sentido de ampliarse el ámbito de la jurisdicción en materia contractual.

C) *El artículo 40, LJ.*

Por el contrario, se contiene una grave restricción en el artículo 40, LJ; artículo que debiera ser suprimido en una futura reforma de la Ley: su apartado a) es de innecesaria consignación; los apartados b), c) y d) son inconcebibles en un Estado de Derecho, y el apartado f) es un caso de acto producido con vistas a una jurisdicción no contenciosa, incluíble, por consiguiente, en el artículo 2.º

Comentemos brevemente el aspecto verdaderamente equivocado de este artículo: sus apartados centrales. Estamos ante los vestigios de los antiguos y absurdos privilegios del Ejecutivo, pues no otra cosa son estas exclusiones absolutamente injustificadas del control jurisdiccional. Interesa que la Administración, como tutora e intérprete del interés público tenga las máximas atribuciones; mas tanto como ello interesa que en el uso de esas atribuciones exista siempre, sin excepción, la posibilidad de comparar la actuación administrativa con el Derecho. Es la propia Administración, a menos que se tenga de ella un concepto feudal y patrimonialista, la primera interesada en que sus actos sean conformes a Derecho. ¿Qué sentido tiene un Ordenamiento que contiene una Ley y al mismo tiempo prevé en otra Ley que la infracción de la primera no puede ser constatada por los Tribunales? Como dice la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional: «El acatamiento y cumplimiento de las normas se impone, cualquiera que sea el criterio subjetivo de las autoridades y funcionarios, como base de la existencia de un orden social y de la unidad de la acción administrativa. Los principios de unidad y de orden quiebran, ciertamente, cuando bajo pretexto de interés público se pretende sustituir lo dispuesto por el Ordenamiento por el sentimiento que del bien común tenga en cada caso el titular de la función... cuando la jurisdicción 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.»

Lamentemos las huellas del *ancien regime* que, insólitamente, aparecen en una Ley, por otra parte tan técnica y avanzada como es la española, y felicitemonos de la supresión de la anterior exclusión de las cuestiones de «depuración, responsabilidades, desbloqueo y abastos». Aunque siga la Ley hablando aún de la exclusión de los actos «referentes a prensa, radio, cinematografía y teatro», también en este terreno se ha ganado, ya que estos actos antes se excluían siempre, y ahora se excluyen sólo si han sido dictados en el ejercicio de la función de policía. Como dice GONZÁLEZ PÉREZ (4): «Como la exclusión de la vía contenciosa supone un lamentable retroceso en el orden de las garantías del administrado, debe forzarse la interpretación contraria», y aplicando este criterio, respecto al punto concreto de que hablamos entiende que aunque los actos versen sobre hechos materiales comprendidos en la exclusión, si no son actos de policía en sentido técnico, son impugnables.

Por último, las exclusiones basadas en otras Leyes deben ser expresas y contenidas, efectivamente, en normas de rango legal. La sentencia de 24 de noviembre de 1952 ha dicho que implica exclusión de la vía contenciosa la frase que diga: «Se excluye la posibilidad de todo recurso y ante cualquier jurisdicción.» Reiteradísima jurisprudencia sostiene que la frase «sin ulterior recurso» no supone la exclusión del contencioso. Sí la supone, sin embargo, un texto como el del artículo 22 de la Ley de expropiación forzosa (sentencia de 27 de febrero de 1961), así como el texto de la Ley de 17 de julio de 1958 sobre zonas regables.

(4) *Op. cit.*, pág. 257.

D) *La llamada materia discrecional, como objeto del recurso contencioso-administrativo.*

a) *Planteamiento.*

Expongamos como punto central del presente estudio, el problema relativo a la fiscalización jurisdiccional de los actos discrecionales, actos que ni siquiera nombra nombra la Ley, aunque sí su Exposición de Motivos. Sabido es que ello se debe a que, con buen criterio, se ha entendido que no hay materia discrecional, ni siquiera actos discrecionales, y que la discrecionalidad se da sólo en ciertos elementos de ciertos actos. Consecuentemente con ello, el acto político—excluido de la jurisdicción—no se considera ya una especie del género del acto discrecional, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino un acto esencialmente distinto, por ser «una la función política y otra la administrativa».

El problema está ahora en determinar si el elemento discrecional puede ser también objeto de examen por el Tribunal Contencioso (ya sabemos que en todos los actos administrativos, con las excepciones ya vistas, los elementos no discrecionales pueden ser objeto de control).

Para resolver este problema contamos con tres datos: los antecedentes legales; las declaraciones de la propia Ley, en su Exposición de Motivos, y las recientes sentencias del Tribunal Supremo.

b) *Antecedentes.*

a') El Estatuto municipal, en su artículo 253, estableció que los acuerdos municipales normalmente serían recurribles en vía contenciosa, añadiendo: «podrá interponerse este recurso: primero, por lesión de derechos administrativos del reclamante; segundo, por infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos». Al comparar Jordana de Pozas este artículo con su paralelo de la Ley de 1894 (*Contestaciones al programa de Secretarios*, tomo IV, libro 1.º, pág. 357), dice: «El recurso de la Ley de 1894 no puede ejercitarse más que contra resoluciones que emanen de las facultades regladas de la Administración. El recurso contencioso municipal cabe contra cualquier clase de actos, siempre que lesionen derechos administrativos o infrinjan disposiciones administrativas con fuerza legal». Respecto al recurso por abuso de poder, el artículo 290 del Estatuto estableció: «Las Corporaciones municipales que estimen atentatorio al régimen de autonomía municipal alguna disposición del Gobierno o de autoridades subordinadas o delegadas, aunque se hayan dictado en el ejercicio de facultades discrecionales y no lesionen derechos concretos del que reclame, podrán interponer recurso de abusos del poder por los trámites del contencioso en única instancia...»

b') La Constitución de 1931 estableció en su artículo 101: «La Ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamen-

taria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder». Se trataba de un evidente deseo de ampliar la materia contenciosa, haciéndolo en dos frentes: el del recurso directo contra normas generales y el del recurso contra el acto viciado de exceso o desviación. Aunque no se aludía al acto discrecional, es muy probable que este segundo frente abarcara dicho acto.

c') Aunque frente a todo lo anterior, continuó vigente la Ley de 1894, con su desgraciada regulación de la materia discrecional, en la aplicación de esta Ley, la jurisprudencia, a pesar de sus conocidas timideces, también logró ciertos avances, que GARRIDO FALLA atestiguó en su trabajo *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa* (5). En efecto, el Tribunal Supremo había:

1.º Llegado a arrogarse un derecho a examinar y calificar los hechos señaladamente en pleitos sobre declaración de ruina, y aun más en los relativos a sanciones disciplinarias al personal.

2.º Distinguido entre el acto del Gobierno y el acto discrecional.

3.º Aceptado la excepción de incompetencia cuando se trataba de actos de Gobierno, mas entrando a examinar al fondo en los restantes casos, si bien, si consideraba discrecional el acto, se abstenía de reformarlo o anularlo.

4.º Examinaba en todo caso los elementos forma y competencia, por considerarlos de orden público.

Prácticamente, pues, el Tribunal Supremo había llegado a distinguir una discrecionalidad plena y otra de menor entidad; y, lo que es más importante, había llegado a la idea de la discrecionalidad como cualidad que afectaba sólo a alguno o algunos elementos del acto, siendo fiscalizables los restantes (a veces los hechos, y en todo caso la forma y la competencia).

c) *La Ley de la jurisdicción contenciosa.*

a') *La Exposición de Motivos.*

De la Exposición de Motivos de la Ley parece deducirse que el aspecto discrecional de los actos no puede ser objeto de control, si nos atenemos a la declaración que dice: «La discrecionalidad ha de referirse siempre a alguno o a algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional respecto a los demás elementos». Es decir, si frente «a los demás elementos» es admisible la impugnación, parece que no lo es respecto al elemento discrecional.

A muy diversa conclusión se llega tras un examen de otros párrafos de la misma Exposición de Motivos. Concretamente éste: «La estimación de la pretensión depende de que el acto impugnado sea o no conforme a derecho», lo que inmediatamente es aclarado al decir que esta disconformidad se refiere no sólo a la Ley, ya que el Derecho se extiende a los «principios y normatividad inmanente de las Instituciones». Si la discrecionalidad consiste «en el hecho de que el Ordenamiento atri-

(5) Cfr. núm. 13 de esta REVISTA, págs. 143-152.

buya a algún órgano administrativo competencia para apreciar en un momento dado lo que sea interés público», es posible que en esta apreciación se incurra también en disconformidad con el Derecho. Aunque no se incurra en disconformidad con la Ley (lo que podría ocurrir puesto que la Ley ha atribuido para ese caso a la administración un poder de apreciación) podrá incurrir en disconformidad con «los principios y normatividad inmanente de las instituciones». En segundo lugar, no sólo podrán olvidarse los principios, sino simplemente no observarse el criterio del interés público. Y así, la Exposición de Motivos declara: «La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla, no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata, y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo». Es decir, sólo es ilegítimo el acto si en su actuación discrecional la Administración no actuó con arreglo a Derecho, y esto podría suceder, bien si el acto persiguió otros fines diversos de los previstos en la Ley, bien si no sirvió al interés público.

Es decir, en el uso de la discrecionalidad, cabrá ilegitimidad del acto bien por desviación de poder, bien por olvido del interés público, bien incluso por disconformidad con los principios y normatividad inmanente de las instituciones. La posibilidad de que esto ocurra sólo podrá ser corregida mediante la fiscalización jurisdiccional. En tal idea abundó, sobre la base legal del Estatuto municipal, el profesor JORDANA, en sus *Contestaciones al programa de Secretarios*, ya aludidas; GONZÁLEZ PÉREZ elude un planteamiento claro del problema (6). ALVAREZ GENDÍN (7) se inclina claramente por la interpretación basada en el primero de los párrafos que se han citado de la Exposición de Motivos; es decir, si en el acto, con algún elemento discrecional, son fiscalizables todos los demás elementos, debe entenderse que el elemento discrecional no lo es. Salta a la vista el error de tal posición, que en realidad no establece diferencia alguna—cuando hay tantas—entre el sistema de la L.J. y el sistema anterior, ya que dentro de éste también se conoció la distinción entre aspectos discrecionales y no discrecionales del mismo acto, fiscalizándose los segundos.

b') *La jurisprudencia.*

a'') *Discrecionalidad y desviación de poder.*

Respecto a las relaciones entre estos dos conceptos que no obstante ser absolutamente heterogéneos, tan frecuentemente se han confundido, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de abril de 1961 (acerca de la posible facultad discrecional de la Administración respecto a una reforma de plantillas y la supuesta desviación de poder en que se basaba la demanda, ha dicho: «Considerando... no aparece en modo alguno la concurrencia de los requisitos que exige la doctrina, que en la interpre-

(6) Cfr. *Derecho procesal administrativo*, tomo II, pág. 370.

(7) Cfr. *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, pág. 158.

tación del conciso precepto que la Ley jurisdiccional, en su artículo 83, va configurando al ámbito y contenido de este motivo de impugnación (la desviación), y que con criterio sostenido requiere, para su estimación, la certeza de que el órgano a quien se atribuye la desviación del cauce que debe seguir la actividad administrativa, que no es otro que el determinado por el interés público y el buen servicio, se aparta de él para la persecución de fines distintos a los que contempla el Ordenamiento, o para satisfacer intereses extraños al bien común...».

Importa aquí señalar que, a pesar de reiterada confusión de la jurisprudencia y de la doctrina, esta desviación de que se habla cabe perfectamente tanto en los actos íntegramente reglados como en los que presentan alguna faceta discrecional. En la línea ortodoxa, la sentencia del 1.º de diciembre de 1959 dice: «Considerando que aun cuando es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal sobre la existencia de desviación de poder para poder declarar éste, pudiendo tanto existir en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas, según estableció ambos extremos la sentencia de 24 de junio de 1959». Contrariamente, el Tribunal Supremo ha parecido confundir discrecionalidad y desviación de poder en la sentencia de 18 de marzo de 1961, cuyo séptimo Considerando dice: «Que en modo alguno ofrece el expediente elementos de juicio para apreciar que ejecutó la Administración su potestad discrecional, en este caso con fines distintos de los fijados por el Ordenamiento aplicables a la materia, y así no cabe declarar que la resolución de la Dirección General de Ganadería primero y la posterior Orden ministerial confirmatoria de ella, se dictaron con desviación de poder...».

b" *El control de la discrecionalidad:*

a") Sentencias que, inspirándose en el célebre párrafo de la Exposición de Motivos de la L.J., que dice: «La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse a alguno...», niegan la posibilidad de control de la misma.

La sentencia de 26 de abril de 1958 dice: «Considerando... que si bien la vigente L.J., siguiendo la más moderna y avanzada corriente doctrinal..., no hace mención al relacionar los actos excluidos de aquellos actos... discrecionales, ello ha de entenderse, y así se desprende tanto de la doctrina como de la intención del legislador, puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos del referido texto legal, en cuanto al acto administrativo no es nunca y exclusivamente discrecional, y el recurso contencioso procederá, con respecto a aquellos elementos del acto sujetos a normas de Derecho que ha podido prever y reglar el legislador o la misma Administración, autolimitándose su actividad o facultad de decisión, pero no respecto a aquellos otros imprevisibles que han de ser dejados a la prudente discrecionalidad en los órganos administrativos...»

La sentencia del 22 de mayo de 1958 insiste en este criterio, así como la de 10 de junio del mismo año, que dice: «Considerando que... la discrecionalidad ha de contraerse a alguno o algunos de los elementos del acto, pero no a los restantes que lo integran, y que por afectar a la

cuestión de fondo, son susceptibles de impugnación en la órbita contencioso-administrativa).

Asimismo, la sentencia de 23 de diciembre de 1958, dice: «Considerando: que... la discrecionalidad ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, pero ni a los demás que los constituyen, y que por su vinculación al problema del fondo son susceptibles de impugnarse».

Por último, la sentencia de 2 de marzo de 1961, que decidió acerca de una petición de exención de construir viviendas, alegando precariedad económica, dice: «Considerando que la situación de precariedad no es discrecional por parte de la Administración, pues, a más de que en el acto administrativo así denominado existen siempre elementos jurisdiccionalmente revisables...».

b^{'''}) Sentencias que afirman a la posibilidad del control de la discrecionalidad: Conocemos, hasta ahora, dos. Comentada la primera (de 6-VII-1959) por GARCÍA DE ENTERRÍA en esta misma sección, nos ocuparemos de la segunda.

La sentencia de 24 de octubre de 1959, tras afirmar que «queda por examinar el uso efectuado por el Ayuntamiento de S. de la facultad discrecional que se atribuyó en las bases del concurso... (entre las que estaba la apreciación de la competencia de los aspirantes a una plaza de recaudador)... no puede tener tal margen de actuación, que deba pasarse por él en todo caso...» y decir que en los «actos discrecionales cabe examinar dos circunstancias... si la Administración tenía facultades para configurarlos a su arbitrio, y si, efectuado esto, ha actuado de acuerdo a Derecho, entendiéndolo por tal no sólo con sujeción a las normas que ella hubiera fijado, sino sin faltar en su resolución al interés público...»; y añade los siguientes Considerandos:

«Considerando que abona este criterio sobre posible revisión jurisdiccional en la vía contencioso-administrativa, de los llamados actos discrecionales, el sucesivo progreso en la elaboración de la doctrina científica sobre ello, pues mientras hubo un tiempo en que se estimaba bastante fiscalizar la potestad reglada de la Administración para considerar al particular a salvo del actuar arbitrario de la autoridad con pleno desarrollo del recurso subjetivo, el sistema se fué extendiendo, pasándose al recurso objetivo, en el que no se discutía la lesión de un derecho particular, sino la legalidad del acto administrativo, es decir, si éste había violado alguna regla jurídica; pero, no obstante la fiscalización, el control jurisdiccional no podía entrar en juego cuando se ejercitaba una facultad discrecional, pues todo cuanto no hubiese sido normado anteriormente, no podía ser materia de impugnación, y por ello, al seguir avanzando en su evolución el Derecho, se llegó a una nueva etapa, en que ya fué posible discutir si los actos administrativos no reglados habían cumplido su fin legal precisando si la actuación discrecional del órgano público pudiera considerarse válida, entrándose a investigar los motivos que la impulsaron a dictar su acto, con lo cual ya no se examina la mera legalidad de éste, sino el mantenimiento del espíritu de la Ley y del buen obrar administrativo, estatuyéndose así el llamado

recurso por desviación de poder, que viene a constituir la última expresión de la idea limitadora de la posible arbitrariedad de la Administración.

Considerando: Que, *en la desviación de poder*, el vicio de nulidad no se encuentra ni en la incompetencia, ni en el defecto de procedimiento, ni en la violación de una situación jurídica preexistente, puesto que el acto ha sido dictado por funcionario u órgano competente, reviste la forma procesal requerida y ha respetado externamente la regla de derecho, sino que *corresponde a un orden superior al de la simple legalidad*, a la esfera de la ética, por lo que la moral y el derecho aparecen en íntima conexión, y, a través de este recurso, aquélla viene a restaurar su imperio en la órbita de la Administración.

Considerando: Que la teoría de la desviación de poder se basa en la idea de que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa tiene un fin determinado que cumplir y que *el acto que dicte sólo será válido si realiza este fin, el cual es el elemento que determina la validez de la actuación* del órgano público, y si el acto en que ésta se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu, faltándose al obligado ligamen entre la idea de poder y la idea de fin de servicio, por lo que el acto ejercitado, no obstante su apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva, pudiendo afirmarse que la desviación de poder viene a descubrir la antinomia que cabe exista entre la legalidad y el derecho, imponiendo la exigencia de pronunciar la nulidad del acto administrativo cuando ha cumplido con preceptos formales, pero no lleva en su entraña el elemento anímico que justifica su existencia en el Ordenamiento jurídico.

Considerando: Que, en el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder, se *fiscaliza si el acto en que se concreta la potestad discrecional ha cumplido el fin del buen servicio*, examinando una noción de legalidad singular, que no es la que respecta a competencia o violación de regla jurídica formal o material, sino a si la procedencia legal está calificada por la idea de la buena administración, es decir, si el acto recurrido ha satisfecho el interés general y el buen servicio o sí, por el contrario, en su acuerdo han prevalecido fines distintos, que no es preciso consten expresados en el expediente, bastando que del examen de éste puedan deducirse, llegándose a formar la convicción de que se ha cometido la desviación de poder.

Considerando: Que *la fiscalización de los motivos, que realiza el recurso por desviación de poder*, tiende a comprobar si los consignados en el acto administrativo impugnado tiene existencia real, ejerciéndose un verdadero control de las causas determinantes de la decisión administrativa, hecha abstracción del cumplimiento de su fin legal, sino en cuanto concierne al deber de motivación del acto administrativo, pues no basta que en éste se señalen expresamente las razones del acuerdo, sino que es preciso no carezcan de viabilidad en el mundo de la realidad, pues de no ser así existiría inmotivación en la decisión administrativa

y se faltaría a la objetividad que debe prevalecer, en las que tienen carácter discrecional, dándose un vicio de nulidad por desviación de poder, tanto en los casos de inexistencia de motivo básico del acto, como *de error en la apreciación del órgano actuante, si bien este último supuesto ha de estimarse por los Tribunales exclusivamente en los casos en que no admita duda y su existencia sea evidente e incontrovertible.*

Considerando: *Que la teoría de la desviación de poder ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues, sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o el interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional, pues sobre éste imperan los principios de la buena administración, convirtiéndose esta potestad de mando en la facultad de precisar, entre los medios que señala la Ley, cuál sea el más idóneo para satisfacción del interés general, es decir, en la elección entre los medios legales definidos con anterioridad, pero una vez efectuada esta selección y fijadas las bases de la misma, no cabe un arbitrario proceder, sino que en la ulterior resolución deberá, en todo caso, buscarse la satisfacción del interés público y acordarse en la forma en que resulte materialmente más beneficiada la propia Administración, discriminando entre los elementos que obren en el expediente conforme a razón y justicia, para que el acto sea ajustado a ésta, pues si interesa el mantenimiento de la letra de la Ley, más aún es precisa la realización de su espíritu, como única manera de llevar al seno de la Administración el sentido de una recta gestión de los intereses públicos, marcando la línea divisoria entre lo permitido y lo prescrito en el actuar administrativo, aun cuando éste se desarrolle dentro de los términos de la mal llamada facultad discrecional o de aquella parte de ésta en que no cabe su libre ejercicio.*

Considerando: Que, consecuente con esta doctrina científica y acogiendo las orientaciones en ellas señaladas en el lógico perfeccionamiento del Derecho, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en el párrafo segundo de su artículo 83, admite que las sentencias puedan estimar los recursos promovidos «cuando el acto o la disposición incurre en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico», término amplio que abarca toda modalidad de transgresión, pero que no deja lugar a duda, cuando literalmente y a continuación añade: «incluso la desviación de poder», definiendo, en el siguiente párrafo tercero del propio artículo, que deba entenderse por ésta y señalando como tal «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico», concepto aun más amplio que el expuesto, *pues no sólo comprende los titulados actos discrecionales, sino incluso los reglados, no por infracción formal o material de la norma legal, sino también, siendo la resolución correcta de fondo y forma, por falta al interés general, es decir, a la buena gestión de la cosa pública,* siendo de señalar que atribuye tal importancia la Ley vigente, a la desviación de poder, que el párrafo segundo del artículo 94 de la propia Ley jurisdiccional dispone

que las sentencias que versen sobre esta materia serán susceptibles siempre de recurso de apelación, mientras que las demás sentencias de los Tribunales territoriales, y actualmente de los provinciales, tienen, a dichos fines, las limitaciones mercadas en el párrafo primero del mencionado artículo 94.

Considerando que, aparte de todo cuanto antecede queda consignado, el mal uso de la potestad discrecional en lo que a la resolución del concurso atañe, se evidencia en forma que no deja lugar a dudas...»

Considerando que ... la citada Corporación municipal incurrió en desviación de poder por haber hecho uso indebido, por erróneo, de su potestad discrecional, ya que la designación efectuada no se ajustaba al fin de concurso...».

De esta trascendental sentencia pueden y deben sacarse sus más fecundas consecuencias. Examinemos tres de ellas: la relativa al control de los hechos, la relativa a la suficiencia o no de la convicción moral acerca de la desviación para ser ésta apreciada por los Tribunales, y la relativa a la justicia y al buen servicio como criterios del juzgador.

c'') *Discrecionalidad y control de hechos.*

Cómo ha señalado CLAVERO (8), «a primera vista habría que decir que los vicios observados por la sentencia de 25 de octubre de 1959 en el acto administrativo suponían más un error en la apreciación de los hechos realizada por la Administración». En efecto, ello es así, y es muy importante que, tal como dice MARTÍN-RETORTILLO (9), se incluya en la desviación de poder «toda la problemática del control de los hechos, pues éstos, en definitiva, alterados o sustituidos, hacen imposible la plena y específica actuación del fin, por el que la Administración debe obrar».

Al analizar GARCÍA DE ENTERRÍA (10) la sentencia de 6 de julio de 1959, dice: «El Tribunal entra en una apreciación directa de los hechos (se trataba de un concurso para proveer una plaza de sanitario local), reconociendo la superior objetividad de los datos aportados por los interesados frente a las simples opiniones personales de los funcionarios proponentes». En efecto, en el séptimo Considerando de esta sentencia se había dicho: «Partiendo de esta supuesta facultad discrecional, la misma habría sido manifiestamente mal aplicada, como resulta claramente el estudio de los documentos aportados...». Comenta ENTERRÍA que «con especial énfasis se induce la existencia de una mala aplicación del poder discrecional del dato de haberse discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos. ... fundamental aplicación del principio de igualdad que lleva en su seno riquísimas posibilidades de aplicación como

(8) *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*, núm. 30 de esta REVISTA, pág. 113.

(9) Cfr. *La desviación de poder en el Derecho español*, núm. 22 de esta REVISTA, página 172.

(10) *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, núm. 30 de esta REVISTA, pág. 149.

tecnica genérica de control de la discrecionalidad (incluyendo el tema de la vinculación del precedente)». Parece, pues, admitido por nuestra jurisprudencia el examen y juicio sobre los hechos, como potestad del Tribunal contencioso; y esto no sólo al juzgar sobre desviación de poder, sino siempre y en todo caso. Ya dijimos que la jurisprudencia anterior a la actual Ley así lo había hecho, señaladamente en materia de ruina de fincas y de sanciones disciplinarias. Con posterioridad a la Ley se ha ampliado este control (véase, por ejemplo, la sentencia de 5 de junio de 1951).

d'') *La convicción moral del Tribunal como dato bastante para apreciar la desviación de poder.*

En la magna sentencia, ya citada, de 24 de octubre de 1959, se dice literalmente: «En el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder se fiscaliza si el acto... ha cumplido el fin del buen servicio..., examinando si el acto recurrido ha satisfecho el interés general... o si, por el contrario, en su acuerdo han prevalecido fines distintos, que no es preciso consten expresados en el expediente, *bastando que en el examen de éste puedan deducirse, llegándose a formar la convicción de que se ha cometido desviación de poder*». La sentencia de 1 de diciembre de 1959 dice: «Es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal sobre la existencia de desviación de poder, para poder declarar ésta...». En ello, muy acertadamente, insisten tanto CLAVERO ARÉVALO (11) como TRUJILLO PEÑA (12), quien dice: «Lo que no ofrece duda es que... la Sala... al fallar... por aplicación de lo establecido en el artículo 100-6, en relación con los 79-2 y 43-2, de la LJ, puede, en uso del *jura novit curia*, con la intervención de las partes, suscitar la cuestión de la desviación de poder y fundar su fallo en esa doctrina...».

Por el contrario, y de modo harto lamentable, la sentencia de 26 de diciembre de 1960 ha dicho: «Considerando: que para que pueda alegarse con éxito en esta vía la desviación de poder, es menester acreditar con seguridad el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral, que, por virtud de lo previsto en dicho Ordenamiento, debe seguir, sin atención a otras intenciones que las inspiradoras de la norma legal; prueba indispensable a cargo de quien la invoca, porque, salvo justificación en contrario, se presume que la Administración ejerce sus potestades siempre con arreglo a derecho».

Ni que decir tiene que esta última sentencia está muy lejos de la línea de sometimiento de la Administración al máximo control posible en que las otras sentencias militan. En el camino emprendido por alcanzar la justicia material, es un hito importante el que el Tribunal pueda, de oficio, plantearse la cuestión de la desviación de poder y sentenciar fundándose en ella.

(11) *Loc. cit.*, pág. 118.

(12) *La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo*, en el núm. 35 de esta REVISTA, págs. 162 y sgs.

e^o) *La realización de la justicia y el máximo servicio al interés público, como criterios del control jurisdiccional.*

Se ha dedicado extenso espacio a la sentencia de 24 de octubre de 1959. Tanto ésta como la de 6 de julio del mismo año lo merecen. Ambas suponen la culminación de un largo proceso en pos de la búsqueda de la verdad material, del buen servicio y de la justicia. No hay ya, después de estas dos sentencias, aspecto alguno del actuar administrativo que pueda hurtarse a un posterior control de los Tribunales a la luz de los criterios de la justicia, de la *bona fides*, de la eficacia del servicio público, en una palabra, a la luz «de los principios y normatividad immanentes de las Instituciones».

Los insuperables comentarios de GARCÍA DE ENTERRÍA a la segunda de estas sentencias en esta misma REVISTA, nos relevan de nuevas alusiones a ella; vamos a limitarnos a resaltar los más destacados párrafos de la sentencia de 24 de octubre de 1959, desde el punto de vista del presente epígrafe. Se comienza diciendo en ella: «... el actuar con arreglo a Derecho, entendiendo por tal no sólo con sujeción a las normas que ella hubiera fijado, sino sin faltar en su resolución al interés público...». En posterior Considerando añade: «... Ya no se examina la mera legalidad, sino el mantenimiento del espíritu de la Ley y del buen obrar administrativo...». Y en el siguiente: «... La desviación de poder corresponde a un orden superior al de la simple legalidad, a la esfera de la ética...», «... fiscaliza si el acto en que se concreta la potestad discrecional ha cumplido el fin del buen servicio...», «tiende a comprobar si los motivos tienen existencia real, ejerciéndose un verdadero control de las causas determinantes de la decisión administrativa...».

III

Pueden establecerse, pues, las siguientes conclusiones:

- 1.^a El proceso de ensanchamiento de la materia fiscalizable es evidente ya desde antes de la LJ.
- 2.^a Aparecida esta Ley, el referido proceso adquiere carácter espectacular, señaladamente en dos aspectos: la posibilidad universal de fiscalización de los Reglamentos y el control de la discrecionalidad.
- 3.^a Desde el punto de vista de su posterior examen jurisdiccional, no hay hoy diferencia práctica entre lo discrecional y lo reglado. En este último caso el Tribunal tendrá como criterio la norma; en el primero, además, los criterios del interés público y de la justicia. El acto administrativo siempre es fiscalizable. La frase de DUGUIT acerca del acto discrecional se ha hecho realidad.
- 4.^a Ante la discrecionalidad, el Tribunal puede subrogarse en el lugar de la Administración y decidir lo que es en el caso en cuestión el interés público. Ello da un nuevo carácter, hartamente diverso del anterior, a la idea de la jurisdicción como «revisora».
- 5.^a Elemento esencial del sistema es el control de los hechos por

parte del Tribunal, quien apreciará su realidad y los calificará. Esto da una gran relevancia al trámite de prueba.

6.^a En el examen de la actuación discrecional, el Tribunal se atenderá a los criterios del interés público, de la normatividad inmanente (es decir, la justicia) y de la desviación de poder (la cual no debe, por consiguiente, confundirse con la discrecionalidad).

7.^a Para efectuar este control, en el caso último, basta la convicción moral del Tribunal de que la desviación existe.

8.^a En lo sucesivo, si hay materias que no deban examinar los Tribunales contenciosos (por ejemplo, la determinación del bien expropiable), deberán ser expresamente excluidas con arreglo a la técnica del artículo 40 LJ. Naturalmente que estas exclusiones deben reducirse al mínimo.

José Luis GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA.

Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Secretario de 1.^a categoría de A.L.