

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

REDUCCION JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

SUMARIO: 1. La sentencia de 6 de febrero de 1963.—2. Control de la calificación jurídica de los hechos.—3. Los conceptos jurídicos indeterminados.—4. Razón, ética y moral como control de la discrecionalidad. Los principios generales del Derecho.—5. Excurso: Desobediencia y contravención de normas.—6. Los excesos del control de la discrecionalidad.—7. Una reforma urgente del sistema orgánico en materia disciplinaria.

1. *La sentencia de 6 de febrero de 1963.*

La excelente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 5.^a, Ponente, señor CERVIA CABRERA), de fecha 6-2-1963, nos da pie para hacer unos breves comentarios a las técnicas de la reducción de la discrecionalidad, tal como las practica nuestro Tribunal y tal como van evolucionando en los Tribunales extranjeros y en la doctrina en general. El tema es, además, particularmente interesante por cuanto se refiere a una materia —la disciplinaria— lamentablemente descuidada por la doctrina española, quizá por encontrarse (lo que no es rigurosamente cierto) en una zona fronteriza entre el Derecho administrativo, el penal y el procesal; circunstancia que aprovechan los especialistas de estas disciplinas para vedarse el campo de una manera hartó cómoda y un tanto negligente. Sea como sea, el resultado es que en este punto (prescindiendo de algunos trabajos científicos de escaso valor, y de otros más importantes, pero de problemática muy reducida) sólo se cuenta con la doctrina jurisprudencial, que, bien es verdad, en algunos momentos —tal como va a comprobarse a continuación— ha alcanzado una madurez extraordinaria.

Los antecedentes de la sentencia que comentamos son los siguientes:

La Secretaría General del Servicio Nacional del Trigo inició el 29 de marzo de 1954 expediente disciplinario contra un funcionario, Jefe de Almacén del Servicio. Dieciséis meses después, el 19 de julio de 1955, acordó suspenderle preventivamente de empleo y sueldo, y unos días más tarde, el 30 del mismo mes y año, resolvió imponerle la sanción de separación definitiva, sin derecho a percibir haber alguno a partir de la fecha de suspensión de empleo y sueldo.

Interpuesto recurso de alzada por el interesado, la Delegación Nacional del Servicio acordó en 20 de diciembre de 1956 suspender la resolución de la Secretaría General, pero manteniendo sus pronunciamientos en tanto no se resolviese otro expediente seguido contra un fabricante de harinas, cuya conducta parecía estar íntimamente relacionada con la del Jefe de Almacén.

En esta situación pasan más de cinco años. El funcionario sigue «preventivamente» sin empleo y sueldo, y el expediente sigue sin resolverse hasta que al fin (y previo un recurso de queja interpuesto el 10-7-1961 la Delegación Nacional, el 1 de febrero de 1962, resuelve definitivamente, dejando sin efecto la parte dispositiva del acuerdo recurrido de la Secretaría General e imponiendo al funcionario la simple sanción de traslado de destino.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo (con una elogiosa celeridad, que contrasta llamativamente con la lentitud administrativa), en la sentencia citada, se enfrenta y resuelve airoosamente las dos cuestiones planteadas: a) procedencia de la sanción de traslado; b) derechos del funcionario durante los seis años y pico que estuvo suspendido de empleo y sueldo.

En cuanto a lo primero, se revoca la sanción administrativa

1.º Considerando que, prescindiendo de cuanto se refiere a la falta grave, apreciada en principio y estimada en la resolución dictada por la Secretaría General del Servicio Nacional del Trigo... por cuanto que la misma fué posteriormente revocada y dejada sin efecto por la propia Administración, mediante acuerdo de la Delegación Nacional, que aceptó en parte la alzada interpuesta contra aquélla, debe constreñirse el pronunciado que se dicte a contemplar los únicos hechos que administrativamente continúan imputándose al accionante, *para examinar si la calificación jurídica hecha de los mismos es correcta y procede mantenerla o revocarla*, así como las consecuencias que de ella se derivan.

2.º Considerando que de las dos faltas que subsisten, atribuidas al actor, debe diferenciarse cada una de éstas, para su estudio por separado, y a tales efectos, en lo que concierne a la que se ha reputado como grave, es de observar que el hecho de haberse extendido el acta de entrega del correspondiente Almacén sin cumplirse las formalidades exigidas para ello en la Circular núm. 302 del Servicio..., *no constituye una falta de desobediencia, sino una infracción de norma administrativa*, que si era de obligada observancia para los funcionarios que debían ejecutar dichas formalidades, su incumplimiento no puede entrañar nunca otra cosa que una negligencia, al no verificar lo mandado en términos generales, pues *para que puedan conceptuarse los hechos como falta de desobediencia, tanto penal como administrativamente, sería precisa la existencia de un requerimiento previo individualizado para que se efectuara el acto que no se realizó o se cumplieran sus modalidades formales no verificadas*, y como en el caso presente no se ha producido tal mandato o petición, no puede afirmarse la existen-

cia de desobediencia alguna, sino simplemente de dicha contravención de lo normado... Y a tales fines debe señalarse que el hecho que se sanciona, en sí, no constituye perjuicio alguno para la Administración... Siéndole de aplicar a la falta cometida la calificación del número 4 del artículo 38 del Reglamento de 25-10-1945, que la estima como leve, y aun así, sólo en consideración a que no se cumplió lo estatuido en el apartado *b)* del artículo 63 de la misma, según el cual «en caso de que a un funcionario se le ordene por un superior jerárquico la realización de un acto contrario a lo dispuesto..., lo hará constar así en respetuoso escrito, que elevará al Jefe que se lo ordenó; quedando... excepto de responsabilidad y obligado a la inmediata obediencia, si se le ratifica la orden inmediatamente por escrito»... Conducta que, enjuiciada con criterio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el hecho punible, aconsejan imponer al inculpado la sanción de amonestación, prevista para faltas leves.

3.º Considerando que, por el contrario, son de confirmar las apreciaciones de la resolución recurrida, en cuanto se refieren a la falta leve que estima el número 4 del artículo 38 citado, de negligencia, por cuanto que, confesado haber observado las anomalías en el depósito constituido en el almacén de la fábrica de harinas, no promovió la intervención inspectora ni puso los hechos en conocimiento de la Superioridad..., por lo que, siendo pertinentes la imposición de una de las sanciones previstas en el artículo 41 del propio Reglamento, se estima como más adecuada, entre las establecidas en el mismo, de acuerdo con el dictamen de la Asesoría Jurídica de dicho Servicio, la de pérdida durante veintinueve días de toda clase de retribuciones y gratificaciones diferentes a su sueldo.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión —derechos durante los años que el recurrente se encontró suspenso de empleo y sueldo—, la sentencia la analiza minuciosamente en el

5.º Considerando que si bien es cierto que, de acuerdo con lo determinado en el artículo 47 del Reglamento expresado, la instrucción de todos los expedientillos (*sic*) administrativos llevará consigo la suspensión preventiva de empleo y sueldo cuando así lo estime conveniente decretarlo el Juez instructor o lo ordenen las Jerarquías superiores, y que una vez terminadas las diligencias... se recogerá en el fallo si procede percibir los haberes vencidos durante el tiempo de suspensión; sin embargo, no puede aceptarse un uso de esta facultad de la Administración en términos absolutos, pues la discrecionalidad, como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional de 27-12-1956, «no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho», sino que la misma «justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones de anulación..., 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 que se trata, y de haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo», y a este tenor es de observar que si conforme a principios lógicos y jurídicos no son abonables los devengos correspondientes a un funcionario durante el tiempo en que éste voluntariamente no prestare servicios, por no existir la contrapartida natural al percibo de haberes con cargo a la Administración, que es el desempeño del cometido que da lugar a ellos, sin embargo, cuando el apartamiento del empleado en orden a su labor no ha surgido por su libre determinación, sino que le ha sido impuesta por el organismo administrativo del que depende, es natural se esté a la procedencia de dicha medida, en términos tales que si el alejamiento del servicio estuvo justificado, no deben satisfacerse haberes al expedientado, y, por el contrario, si no existía razón para el mismo, debe reconocerse el derecho al percibo de todos los devengos que se le retuvieron indebidamente, ya que de no hacerlo así se actuaría contra *elementales postulados de ética y moral*; por lo que, en aplicación de esta doctrina al caso presente, no puede ponerse en duda que la resolución administrativa por la que se suspendió al inculpado, a partir del 19-7-1955, era plenamente ajustada a Derecho, por cuanto tenía facultad la Administración para adoptarla, según el referido artículo 47 del Reglamento, y el uso de esta medida discrecional era legítima, ya que servía al interés público, desde el momento que significaba una medida precautoria, a la vista del recurso del expediente disciplinario; pero resuelto éste en 30 de agosto siguiente y deducida alzada, el acuerdo de 20-12-1956, que aplazó su resolución, hasta que se ultimara el expediente seguido contra el industrial encausado, nunca ha podido significar una paralización superior a seis años en la actuación administrativa, *injustificada a todas luces e incluso contraria a toda razón*, pues que en el momento de adopción de la medida postergatoria de la resolución de la alzada ya se había dictado acuerdo en el expediente a cuya finalización se supeditaba la de aquélla, lo que implica un período desde el 20-12-1956 hasta el 13-2-1962, fecha en que se repuso al interesado en su cargo, en que indebidamente estuvo privado de su función, por lo que deben satisfacerse cuantos devengos le correspondan por tal período de tiempo, ya que la *negligencia o demora de la Administración en resolver no puede actuar en perjuicio de sus funcionarios*, y menos aún cabe suponer, dentro del Ordenamiento jurídico, la existencia de una medida provisional durante casi siete años..., de donde se sigue la consecuencia de que debe reconocerse el derecho del interesado al percibo de los devengos que le correspondieron durante dicho tiempo, con anulación del acuerdo recurrido en cuanto dispuso lo contrario.

2. Control de la calificación jurídica de los hechos.

Entrando ya en el análisis de la sentencia, vemos que la primera operación que el Tribunal realiza es un control de la calificación jurídica de los hechos que dan lugar al expediente. En esta técnica de control, nuestro sistema jurisdiccional se muestra, una vez más, tributario de la doctrina francesa, y el Tribunal Supremo adopta fielmente (incluso en la terminología, ya que en Francia, desde 1914 —cuando menos—, se viene hablando de «contrôle de la qualification juridique des faits») la del Conseil d'Etat. Lo que, al menos en este punto, no es de lamentar, dada la corrección y la eficacia de tal sistema. Javier de BURCOS, un afrancesado y buen patriota, a quien tanto debe la Administración de nuestro país, ya advirtió hace más de cien años en sus *Ideas de Administración* que «tratándose de instituciones administrativas, es menester ir siempre a consultar fuera lo que conviene hacer dentro, por la misma razón que se hacen traer de fuera las ropas o muebles de que en el interior se carece» (lo que hoy es evidentemente un tanto exagerado).

Pues bien, en relación con el control jurisdiccional de los hechos básicos de un expediente administrativo, el Consejo de Estado francés distingue hoy claramente tres cuestiones: existencia de los hechos, su calificación jurídica y la apreciación de los mismos.

a) En la actualidad se admite sin discusión que el Tribunal puede —y debe— controlar la exactitud material de los hechos básicos de la decisión atacada. En nuestro Derecho así lo ha impuesto la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al estructurar a la misma como una primera instancia, frente al anterior criterio dominante, que la concebía como una casación, imposibilitando así el examen de las cuestiones de hecho (y del que todavía pueden apreciarse resabios en algunas sentencias que rehuyen el control de los hechos, amparándose en una mala interpretación del equívoco y desorbitado «carácter revisor» de la jurisdicción). Como observación especial, sólo es aquí de recordar que GARRIDO FALLA (recientemente en *Tratado de Derecho administrativo*, III, 1963, pág. 101) ha intentado integrar esta forma de control dentro de un sistema jurídico general, relacionándolo con la teoría de la causa: si los hechos básicos del expediente son la causa de la resolución, es lógico que el control de los hechos determinantes sea un control de la causa del acto.

b) Pero la comprobación de la existencia material de los hechos no es una medida suficiente. Aún es imaginable un control más, referido a la corrección de la calificación jurídica de los mismos que haga la Administración. El Conseil d'Etat dió este paso en el *arrêt GOMEL*, de 4-4-1914, y desde entonces ha venido revisando indefectiblemente si los hechos presentaban el carácter que se les imputaba como justificadores de la decisión administrativa. De esta manera ha sido controlado el carácter artístico y pintoresco de monumentos y lugares (C. E., 17-12-1952, Dame Vve. Moskon), el carácter técnico de un Cuerpo de funcionarios

(C. E., 27-6-1955, Delenze), el carácter punible del acto de un funcionario (C. E., 13-3-1953, Teissier), el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (C. E., 5-12-1956, Thibault), el carácter inmoral de un film (C. E., 18-12-1959, Société Les Films Lutetia), el grado de amenaza de perturbación del orden público (C. E., 19-5-1933, René Benjamiq), si ciertas enfermedades son compatibles con las obligaciones del servicio público (C. E., 28-6-1946, Paoli), si la ceguera es compatible con la enseñanza (C. E., 25-7-1952, Laubeyre), qué conductas pueden ser consideradas como de colaboracionismo con el enemigo (C. E., 26-10-1945, Aramu), etc., etc. (Datos tomados de LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2.ª edición, 1962, páginas 116-117.)

Como acaba de verse en el epígrafe anterior, el Tribunal Supremo se encuentra decididamente en esta línea, revisando la calificación jurídica de infracción grave que la Delegación Nacional del Servicio Nacional del Trigo había dado a la falta del recurrente, y considerándola simplemente como leve.

c) Pero aún queda una tercera fase, un tercer grado de control de los hechos, que todavía no se ha decidido a adoptar el *Conseil d'Etat*: la llamada «apreciación de los hechos». El *Conseil d'Etat* se niega a entrar en lo que llama «apreciación de los hechos», por considerar que eso supondría una auténtica sustitución del criterio de la Administración por el criterio del Tribunal, y, por consecuencia, una violación de la legítima potestad discrecional de aquélla.

En principio, el argumento es convincente, ya que es claro que el control de la discrecionalidad ha de tener sus límites, por cuanto la discrecionalidad es, en definitiva, una actitud legítima, que no debe ser anulada. Ahora bien, ¿en qué consiste esta «apreciación de los hechos»? ¿Por qué se detienen los Tribunales ante ella?

Teóricamente, la distinción es muy sencilla: en la calificación *jurídica* de los hechos nos encontramos ante un fenómeno o elemento jurídico, y por eso pueden intervenir los Tribunales; mientras que la «apreciación de los hechos» se sitúa en el terreno de la oportunidad —no de legalidad—, en el que no pueden entrar los Tribunales. Así las cosas, en la identificación de los casos extremos no hay ninguna duda: es claro que corresponde a la Administración y no a los Tribunales determinar el trazado de una carretera o la necesidad de construir una nueva Casa Consistorial, sin que, por tanto, sea estimable un recurso de los propietarios afectados por las expropiaciones que precisen las nuevas obras. Y el Juez no puede, apreciando los hechos de distinta manera que la Administración, imponer un trazado diferente a la carretera o denegar la expropiación por entender que el viejo edificio del Ayuntamiento puede seguir siendo utilizado.

Ahora bien, éstos son casos extremos. No todos los ejemplos jurisdiccionales en que se ha respetado el criterio administrativo de apreciación de los hechos son tan claros. La realidad es que la línea fronteriza marcada por el *Conseil d'Etat* dista mucho de ser convincente (véanse, por todos, LONG, WEIL y BRAIBANT, citados, especialmente páginas

115 y ss. y 259 y ss.). El casuismo jurisprudencial resulta incongruente y los razonamientos suenan a falso en la mayoría de los casos. En definitiva, *la teoría de la imposibilidad de control ante la apreciación de los hechos* (que, con una terminología equívoca —y antigua, que viene ya de ALIBERT— admite LETOURNEUR en el número 7 de esta REVISTA) es un *refugio técnico que maneja el Conseil d'Etat cuando se enfrenta ante innegables supuestos de discrecionalidad en los que no puede intervenir.*

La conclusión que parece deducirse entonces lógicamente es que los tribunales deben detener en este punto su progresiva intervención de la discrecionalidad. Y, sin embargo, debe ser todo lo contrario: *aquí es precisamente donde debe empezar el control de la discrecionalidad.* Lo anterior no ha sido un control, por la sencilla razón de que no se trataba de discrecionalidad, sino —como acaba de verse— de legalidad.

Cierto es que la doctrina viene considerando tradicionalmente las técnicas anteriores como variedades del control de la discrecionalidad. Pero esto no es correcto en un sentido riguroso, y sólo es admisible en un sentido histórico. Es decir, que sólo pueden considerarse como una reducción de la discrecionalidad si se piensa en la enorme amplitud que hasta hace unos años se le atribuía. Pero la realidad es que las dos primeras técnicas enumeradas no son un control de la discrecionalidad, sino que sirven solamente (entre otras muchas) para precisar el alcance o ámbito de la discrecionalidad, o, si se quiere, para saber lo que es y lo que no es discrecional; pero una vez llegados a la auténtica discrecionalidad, ésta es respetada.

Lo cual significa que en el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional (no lo es la fijación de los hechos ni su calificación jurídica), y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control —en la medida de lo posible— de lo que sí es discrecional. Por eso decía antes que en este punto es que nos encontramos, es donde empieza verdaderamente el proceso del control de la discrecionalidad.

3. *Los conceptos jurídicos indeterminados.*

A estos efectos, van a sernos de gran utilidad los que la doctrina alemana llama conceptos jurídicos indeterminados, figura recientemente importada por GARCÍA DE ENTERRÍA (en *La lucha contra las inmunidades del Poder*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 171-176), quien, prescindiendo, por cierto, de mayores complicaciones dogmáticas, ha logrado dar de ellos una visión sintética que los hace ya directamente aplicables al Derecho español, si bien no parece —y es lástima— que hasta la fecha se hayan hecho eco de la novedad ni la doctrina ni la jurisprudencia.

Los conceptos jurídicos indeterminados, en cuanto técnica autónoma de un Ordenamiento jurídico propio, se superponen en muchos aspectos a las variedades reductoras de la discrecionalidad, arriba aludida, reflejo del Derecho francés. Pero, prescindiendo de su problemática general

(que bien merecería un estudio aparte), por lo que a nosotros interesa, juegan el siguiente papel:

Recuérdese que estamos tratando de precisar, primero, lo que sea verdaderamente discrecional. Pues bien, para ello nos van a servir de ayuda inestimable.

La figura hay que encajarla, por lo pronto, en el campo de las relaciones entre la Administración y la Ley. Partiendo del principio de que la Ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada. Piénsese —por repetir un ejemplo académico— en los sistemas de provisión de cargos. La norma puede determinar que la vacante se concede al funcionario más antiguo del escalafón (vinculación absoluta), o puede disponer que se conceda libremente (discrecionalidad), o puede, en fin, disponer que se conceda al concurrente que reúna «mayores méritos» (estos «mayores méritos» son un concepto jurídico indeterminado).

Tradicionalmente venía admitiéndose que los dos últimos supuestos encajaban dentro de la discrecionalidad. Y, sin embargo, con la nueva técnica se aprecia claramente que existe entre ellos una diferencia esencial. Diferencia que estriba, como mínimo, en los siguientes puntos: a) en el segundo supuesto (discrecionalidad auténtica), la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es jurídicamente irreprochable (lo mismo da que nombre a Juan que a Pedro); en cambio, en el tercer supuesto, la elección no es libre, pues aunque mediante una simple aplicación mecánica del escalafón no resulte el funcionario idóneo, es lo cierto que la Ley no admite a uno cualquiera, sino al que tenga «mayores méritos». No hay, pues, pluralidad de soluciones válidas, sino que sólo es correcta una solución dentro de varias posibilidades; en lo cual, precisamente, se encuentra la naturaleza de la discrecionalidad (en contra —como prueba de que estos conceptos aún no han encontrado una fijez dogmática definitiva— ULE, *La Ley de 21 de enero de 1690, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, DA, núm. 73, 1964, págs. 31-32. Sin embargo, este mismo autor escribe en la primera edición, 1969, de su *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pág. 319: «Conforme a la concepción dominante hasta la fecha en la doctrina y en la jurisprudencia, los conceptos jurídicos indeterminados son unívocos en el sentido de que al ser aplicados en cada caso concreto sólo pueden conducir a un resultado determinado»). b) Desde otro punto de vista, existe una nueva diferencia: en el segundo caso (discrecionalidad), la operación que debe realizar la Administración es de naturaleza volitiva: la Administración quiere que el nombramiento recaiga sobre Juan. En cambio, en el tercer supuesto (concepto jurídico indeterminado), la operación que realiza la Administración es de naturaleza intelectual: la Administración cree, juzga, que el funcionario con más méritos es Juan, y por eso le nombra. Tal distinción, como puede comprenderse, provoca unos efectos importantísimos. Mientras que en un caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad (puesto que la Ley se la ha atribuido expresamente), en el otro caso siempre cabe la posibilidad de que la Adminis-

tración se haya equivocado en su *juicio*, y tal error puede ser corregido por los Tribunales, ya que lo decisivo no es el juicio de la Administración, sino el que el elegido sea el que reúna «mayores méritos». Tal es exactamente el caso previsto en la sentencia de 24-10-1959 (Ponente, también el señor CERVIA CABRERA): el Tribunal Supremo considera que el Ayuntamiento no ha escogido al recaudador concursante que reúne mayores méritos, y nombra a otro que, a su juicio, los ofrece de mayor calidad que el primeramente elegido. Véase, pues, si la diferencia es importante: mientras que en un caso hay libertad de acción, en el otro hay *delegación de valoración*; la norma, en vez de valorar por su cuenta los méritos (mediante el conocido sistema de «puntos»), encomienda a la Administración que los valore ella.

En todo caso, manejando cualquiera de los criterios que quedan indicados, se llega al mismo provechoso resultado: el arrancar del campo de la discrecionalidad una serie de supuestos cuantitativamente muy importantes y someterlos al control judicial. Mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha conseguido diferenciar dentro de la masa equívoca de la «apreciación de hechos» dos grupos de contornos muy claros: voliciones y juicios, para respetar solamente aquéllas como propias de la discrecionalidad (supuesta, claro está, la autorización legal).

He aquí, pues, que en definitiva la técnica alemana de los conceptos jurídicos indeterminados logra penetrar más profundamente que la técnica francesa (de la calificación-apreciación de los hechos) en el vago terreno de la discrecionalidad clásica, con objeto de determinar con mayor precisión lo que es auténtica discrecionalidad y lo que no lo es.

Aún queda, sin embargo, un extremo que aclarar: conforme al sistema que acaba de exponerse, parece como si así se hubieran resuelto, de una vez para siempre, los problemas de la determinación de la discrecionalidad. Naturalmente, esto no es cierto. La realidad administrativa es algo que no puede encerrarse en fórmulas, por muy perfectas que éstas sean, y siempre surgirán casos en que el mecanismo aludido no dé resultado. Pero esto no implica la incorrección del mismo, puesto que se encuentra en la misma naturaleza de las cosas, y la resolución casuística de tales supuestos es precisamente la misión de los Tribunales.

Pensemos en un caso, que es una cruz del Derecho administrativo: las pruebas o exámenes de los Tribunales oficiales y la posibilidad de su revisión jurisdiccional. Conforme a los criterios que quedan expuestos, no se trata de discrecionalidad, ya que sólo hay una solución posible (el candidato, o posee el nivel científico adecuado, o no lo posee), y, por otro lado, es un juicio (se trata de valorar sus conocimientos, no ya de que la Administración quiera o no quiera aprobarle). En conclusión, no hay discrecionalidad, sino un concepto jurídico indeterminado (el nivel de conocimientos), que la Administración ha de concretar o determinar. Y, sin embargo, parece como si los criterios nos fallasen, ya que es unánime la opinión de que las valoraciones del Tribunal calificador son irrevisables jurisdiccionalmente.

Por atenernos al ejemplo, de esta paradoja se han dado, cuando menos, tres explicaciones:

1.^a Hay juicios o resoluciones que son «insustituibles» (*unvertretbare Urteile*), es decir, que dadas sus peculiaridades sólo pueden ser resueltos correctamente por una persona (en este caso el examinador) y por ello es inadmisibile su corrección o revisión por ningún otro perito ni, mucho menos, por un Tribunal (cfr. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen*, AöR, 82, págs. 163 y sigs., y recientemente, HENGER, VwA, 55, págs. 276-277, separando este concepto del de margen de apreciación).

2.^a Según BACHF (*Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, JZ, 1955, págs. 97 y ss.), aquí opera un margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*) inevitable en todo juicio de valor y que bien pudiera considerarse como un último reducto de la discrecionalidad. Pero esta explicación tampoco es satisfactoria, ya que con este nuevo elemento cae por su base el criterio elemental de la no discrecionalidad —sólo hay una solución justa—, puesto que parece admitirse diversas soluciones posibles. Aquí hay que adoptar una actitud rigurosa (como hace FORSTHOFF): o cabe una, o caben varias soluciones; dicho con otras palabras, o hay discrecionalidad, o no la hay. No hay sitio para un *tertium genus*.

3.^a A mi modo de ver, la solución es la apuntada por H. KELLNER (DöV, núm. 15-16, 1962), que suscribo totalmente, en el siguiente sentido: en este caso nos encontramos ante una modalidad especialísima de habilitación, una habilitación rigurosamente personal (*höchstpersönliche Ermächtigung*), que transforme los términos en que se plantea el problema: cuando media tal habilitación, la norma no se remite a un concepto jurídico indeterminado, sino a la propia valoración del Tribunal. Dicho con otras palabras: lo que interesa a la norma, y justifica el aprobado o admisión, no es el nivel de conocimiento, sino el juicio que emita el Tribunal. Forzada por la especial naturaleza de las cosas, es decir, por las dificultades de revisar un examen, la norma entrega una habilitación en blanco al Tribunal («rigurosamente personal»), y da, sin más, validez a su decisión. De un modo paralelo a las operaciones volitivas, aquí, por excepción, cualquier juicio del Tribunal es válido.

4. *Razón, ética y moral como control de la discrecionalidad. Los principios generales del Derecho.*

Resumiendo lo que antecede, tenemos que las relaciones entre la norma y la conducta administrativa pueden ser, fundamentalmente, de tres clases: a) La Administración se limita a aplicar la norma poco menos que mecánicamente (actividad reglada); b) La norma maneja conceptos jurídicos indeterminados, que, en cuanto indeterminados, no pueden ser aplicados mecánicamente: a la Administración se encomienda su determinación en cada caso concreto, mediante un proceso valorativo de subsunción, que sólo admite una solución correcta; c) La norma autoriza expresamente a la Administración para que ésta actúe a su

albedrío (discrecionalidad): se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas.

De esta manera se acota ya de una manera definitiva el auténtico espacio de la discrecionalidad. Y en este momento —como anunciaba antes— es cuando empieza el tema de su control, ya que hasta ahora lo único que se ha hecho es precisar o delimitar su campo, y no ha podido haber control por cuanto no se trataba de una verdadera discrecionalidad.

Hechas estas precisiones, ¿será posible un control de la auténtica discrecionalidad?

A primera vista puede parecer que no, ya que, como acaba de verse, la norma, al prever expresamente el arbitrio administrativo, indica que da por buena cualquier solución que adopte la Administración: jurídicamente es indiferente el trazado de una carretera o la designación de un cargo de libre nombramiento. Cierto es que puede parecer extraño —y aun escandaloso— que una carretera vaya a terminar precisamente en un coto de caza del Ingeniero constructor, o que se provean los cargos con familiares de aquel a quien corresponde hacer los nombramientos. Pero aquí no cabe un control jurídico, y tales anomalías se corrigen en una sociedad sana mediante controles sociales y políticos. (Sobre la posibilidad de considerar a la discrecionalidad administrativa como algo no jurídico. cfr. ENCISCH, *Der Rechtsfreie Raum*, en «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», III, 1952. Hay una traducción argentina con el título *El ámbito de lo no jurídico*, 1960.)

Ahora bien, hay casos límites en que los Tribunales pueden intervenir los actos discrecionales. Al efecto conviene, sin embargo, distinguir entre un control formal y un control material de la discrecionalidad.

Dentro del control formal se encaja la conocida técnica de admitir la existencia de elementos reglados en la estructura o en la formación de un acto discrecional, tal como ha sancionado la LJ, recogiendo con gran acierto lo que ya era bien conocido por la jurisprudencia y la doctrina anteriores.

El control material, por su parte, va más allá, puesto que revisa un acto que, en el ejercicio de la discrecionalidad, desde el punto de vista formal se ha ajustado rigurosamente a la letra de la Ley.

Con esta premisa, es claro que el control material de la discrecionalidad supone una intervención jurisdiccional de carácter extraordinario, que sólo parece admisible en los casos límite. Es más, para muchos autores este control es, por hipótesis, reprochable, ya que no implicaría sino —así se expresa reiteradamente tanto nuestra jurisprudencia como la francesa— la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial, lo que evidentemente no sería correcto.

Por eso importa distinguir entre un control material lícito —ejercicio de ordinario mediante la aplicación de los principios generales del Derecho— y un control material no lícito —ejercicio de ordinario mediante la aplicación de normas valorativas no estrictamente jurídicas (ética, justicia, intuición, etc.), ya que esta última variedad, en efecto, no supone un verdadero control material de la discrecionalidad, sino una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial.

La clave de la distinción —con todas sus trascendentales consecuencias— se encuentra en el delicado concepto de los principios generales del Derecho. Sobre ellos se ha escrito mucho —quizá demasiado—, produciéndose un clima de desconfianza y descrédito, al que no es ajena la innata repulsa que muchos juristas sienten frente al Derecho natural, con el que de ordinario se les relaciona. Además, se han puesto, por así decirlo, de moda, y eso es ya por sí solo un peligro. Como ha dicho ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, 1961, pág. 3), «la vaguedad de dichos conceptos generales es propicia a toda clase de abusos, en la política y en el foro... Cuando una novedad jurídica de este tipo se pone de moda, los juristas conscientes tienen motivos más que sobrados para mirarla con prevención y desconfianza, exigiendo un examen y un análisis más detenidos de estas concepciones unitarias, que tanto enturbian nuestra visión de los procesos reales de la formación del Derecho».

Prescindiendo de los muchos conceptos que de los mismos se han dado, y prescindiendo incluso de los diversos tipos o variedades que pueden distinguirse, a los efectos de esta técnica de reducción de la discrecionalidad administrativa, cuando hablo de principios generales del Derecho me refiero al concepto que de ellos ha dado GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en el núm. 40 de esta REVISTA, págs. 189-223, al que me remito *in totum*). No se trata aquí, pues, de generalizar ni de adentrarse en un tema más bien propio de la Filosofía del Derecho o de la Teoría de las Fuentes, sino de recoger, sin más, un concepto ya formado y depurado en el Derecho administrativo, y directamente aplicable al tema que nos interesa.

Según este autor, los principios generales del Derecho son la expresión jurídica concreta de los preceptos absolutos del Derecho natural. La distinción entre ambas categorías es, pues, evidente. *Los principios generales del Derecho son expresión ciertamente de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatizaría si el tradicional lugar de la Ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del Juez.*

Creo que así ha quedado bien precisada la distinción entre discrecionalidad judicial, por un lado, que es invocación intuitiva o arbitraria a un mundo de valores, y, por otro, principios generales del Derecho, que actúan como una técnica de reducción de la discrecionalidad, mediante preceptos perfectamente objetivizados. Y así, mientras que la aplicación de éstos es una de las más brillantes conquistas de los Tribunales, debe rechazarse toda discrecionalidad judicial que pretenda ampararse en una pura intuición de la Justicia y del Derecho natural para anular y sustituir las resoluciones administrativas. Como sigue diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA, es inadmisibles el intento de disolver la objetividad del Derecho y sus estructuras técnicas en un sistema abierto,

retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos. El jurista anedíjanamente experimentado es inmediatamente sensible ante un intento parecido que viene a trastornar todo su sistema mental: mejor que ningún otro el jurista es consciente de que no cabe una confusión entre la Moral y el Derecho, por más que éste venga a apoyarse en las raíces éticas del hombre, o ni entre la Política y el Derecho, aunque también entre ambas realidades se produzca una determinada relación.

Tenemos, pues, resumiendo, que en los casos extremos los Tribunales pueden llegar a una reducción de la discrecionalidad administrativa auténtica, y en cuanto auténtica, perfectamente ajustada a la letra de la Ley. Dato este último que implica que el Juez no puede acudir en su tarea a ninguna norma positiva (puesto que todas están del lado de la Administración), sino que ha de echar mano del remedio extremo de la apreciación extrapositiva de la justicia del caso. Lo cual puede tener lugar de dos maneras (una aceptable y la otra inaceptable): o bien mediante la intuición subjetiva del derecho de las partes, cubierta con una invocación imprecisa al Derecho natural, o a la razón, la lógica, la política, etc.; o bien mediante una constatación —a la luz de los principios generales del Derecho en el sentido arriba indicado— de la irregularidad de las consecuencias deducidas de una aplicación, aparentemente impecable, de la letra de la Ley.

Veamos ahora cómo pueden manejarse estos dos términos en un caso concreto, en el que ha dado lugar a la sentencia que ahora se comenta.

De la lectura de los antecedentes se adquiere de inmediato la convicción de que nos encontramos ante un caso extremo, en el que, no obstante la aplicación rigurosa de la letra de la Ley, el Tribunal debe intervenir. Es claro, por otra parte, que la Orden de 1945 ha confiado al Servicio Nacional del Trigo facultades discrecionales: el instructor «puede» suspender de empleo y sueldo al expedientado, y puede hacerlo en cualquier momento del expediente (pluralidad de soluciones posibles junto con un proceso volitivo: luego es discrecionalidad); pero también es claro, por otra parte, que resulta inicuo suspender a un funcionario de empleo y sueldo durante la tramitación del expediente, y luego paralizar éste durante seis años y medio.

El Tribunal debe, pues, intervenir para reducir este exceso de la discrecionalidad. Ahora bien, ¿cómo? El primer, y más sencillo, camino consiste en la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial: si el criterio de la Administración fué el de la suspensión de empleo y sueldo, el criterio del Tribunal será entonces el de la no suspensión; y para justificar la violación de la discrecionalidad administrativa, legalmente consagrada, se hace una invocación a la razón, a la lógica o a la justicia.

El segundo camino —único aceptable— es más riguroso y no consiste en una simple apreciación subjetiva apoyada en vagas invocaciones al Derecho natural o a la lógica, sino que profundiza hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general del Derecho. Esto es lo que ha hecho nuestra sentencia, que no se ha con-

tentado con invocar en abstracto a la razón y a la ética, sino que, además de eso, ha explicado de qué manera se positiviza y objetiviza la razón y la ética en el caso concreto.

Así lo hace en la parte central del quinto Considerando, que no parece preciso repetir aquí. El argumento es impecable, y también podría expresarse así: la suspensión de empleo y sueldo es una medida «preventiva», es decir, relacionada con la tramitación de un expediente disciplinario; por eso, cuando el expediente deja de ser legal, en razón a su excesiva duración (bien sea porque rebasa los límites previstos en las leyes de procedimiento, o porque se resuelve la condición suspensiva que le hacía perder: el expediente conexo del fabricante de harinas), la medida preventiva carece de razón de ser.

El Tribunal Supremo, con la técnica manejada en la sentencia de 6 de febrero de 1963, se ha colocado en el más audaz, el más justo y el más correcto terreno de la reducción de la discrecionalidad administrativa.

5. *Excurso. Desobediencia y contravención de las normas.*

Al margen de los problemas hasta ahora analizados, conviene aludir a otro tema, que también se resuelve en la sentencia con gran precisión: la determinación del concepto jurídico de desobediencia, que se configura como el incumplimiento de una orden o «requerimiento previo individualizado», figura, por tanto, distinta del incumplimiento de una norma.

6. *Los excesos del control de la discrecionalidad.*

Ya se ha aludido antes a este punto, que viene a constituir, por así decirlo, la otra cara de la cuestión. Los Tribunales —obligados por definición a examinar el caso concreto aplicando estrictamente la norma— no pueden a veces conseguir una perspectiva amplia que les permita contemplar todas las conexiones del caso examinado, que es precisamente lo que acontece en el actuar administrativo. Dicho con otras palabras: en ocasiones sucede que un funcionario se encuentra en una situación que bordea de modo permanente la ilegalidad o que, incluso, es francamente ilegal —apreciada en conciencia—, pero lo bastante hábil como para escapar a la constatación suficiente de tal ilegalidad. En estos supuestos, el Jefe o Inspector se encuentra psicológica y moralmente predispuesto en contra del funcionario, aunque se vea imposibilitado de abrir un expediente formal. Y sucede que cuando el supuesto de hecho habilitador del expediente de sanción tiene, al fin, lugar, la Administración actúa con un rigor aparentemente excesivo, es decir, que entonces se pretende que el infractor «las pague todas juntas».

Esta circunstancia puede explicar la dureza de muchas sanciones administrativas: la Administración sanciona forzando la letra de la Ley, pero con la convicción moral de que actúa en justicia y en defensa del interés común. Ahora bien, como al Tribunal no tienen acceso otras conexiones psicológicas y morales, puesto que se limita a resolver el caso concreto, no hay medio de encauzarlas en una fórmula jurídica.

Así surgen las paradojas del derecho vivido: el Tribunal fuerza la letra de la Ley en apoyo de una convicción moral para corregir una acción administrativa que en definitiva puede haberse basado en el mismo proceso psicológico-moral. El Tribunal salva al funcionario de la arbitrariedad administrativa, pero abandona al labrador ante la arbitrariedad del funcionario.

Pero con estas reflexiones estamos perdiendo pie del terreno jurídico. No voy a descubrir ahora que la aplicación del Derecho es algo más que una subsunción de normas y que en la cadena que va de la Ley a la sentencia hay varios eslabones que no son del todo normativos. Eso es algo inevitable, y por ello quien aplica el Derecho es un hombre dotado no sólo de inteligencia jurídica, sino de conciencia moral; si esto no fuera así, es muy probable que las sentencias se pudieran hacer con una máquina electrónica IBM.

Es muy posible que en el caso de autos el Servicio Nacional del Trigo aplicara el ardid de la suspensión prolongada de empleo y sueldo por la convicción moral de que la sanción legal era muy pequeña en proporción a las faltas de su funcionario, o, mejor aún, por la convicción moral de que las faltas probadas eran mucho más leves que las faltas realmente cometidas.

Ahora bien, todas estas hipótesis y actividades administrativas no tienen cabida en nuestro Ordenamiento jurídico mientras siga careciendo el procedimiento disciplinario de una mínima sustancia dogmática y legal, tal como se apuntaba al comienzo de este comentario.

En nuestro Derecho se parte correctamente del principio de la diferencia del régimen disciplinario y del régimen penal ordinario; pero es innegable que no se han deducido de este principio todas sus posibles consecuencias. Nuestro Tribunal Supremo se encuentra en este punto —y muy justificadamente— excesivamente preocupado por las garantías de los particulares (de los funcionarios), sin conceder, quizá, la importancia que se merece a la otra cara de la cuestión: la necesidad de una mayor elasticidad en las facultades administrativas a la hora de disponer el régimen de sus funcionarios. Aunque bien es verdad que esta actitud jurisprudencial se encuentra justificada por dos razones elementales: una, la escasa garantía institucional que ofrecen los mecanismos administrativos dirigidos a la represión de sus funcionarios (véase sobre esto la observación con que se cierra este trabajo), y la otra, la tradición de arbitrariedad que ha caracterizado el régimen funcional hasta fechas muy recientes, y que sólo cedió cuando los funcionarios lograron acogerse a la protección de los Tribunales.

No voy a reclamar aquí, por eso, una relajación de las garantías del funcionario en beneficio de la arbitrariedad administrativa; pero sí quiero resaltar que es preciso dotar de contenido jurídico al reconocido principio de las especialidades del régimen disciplinario. Lo cual podría conseguirse: institucionalmente, mediante la creación de un sistema orgánico imparcial, pero especializado; y materialmente, mediante el convencimiento de que no hay una alternativa entre el riguroso control jurisdiccional y el *liberum arbitrium* administrativo, sino que cabe

una solución intermedia, un *arbitrium boni viri*, al que tarde o temprano deberán dedicar su atención la doctrina y la jurisprudencia españolas (cfr., en Alemania, K. BEHNKE —Presidente, por cierto, del Tribunal Federal Disciplinario—, *Disziplinarrecht und Strafrecht*, en «*Zeitschrift für Beamtenrecht*», 1963, págs. 257 y ss.).

7. *Una reforma urgente del sistema orgánico en materia disciplinaria.*

Finalmente, quiero aprovechar esta oportunidad para insistir de nuevo en la urgencia de una reforma orgánica del sistema disciplinario. El régimen actual es inadmisibile por una serie de razones, de las que, al menos, interesa subrayar dos:

a) El Tribunal Supremo se encuentra sobrecargado de asuntos, objetivamente intrascendentes. Los Magistrados —seres humanos al fin— se encuentran agobiados literalmente por el número de sentencias que han de dictar. Cuando se contemplan las colecciones jurisprudenciales de lo contencioso-administrativo y se calcula el número de folios de que cada proceso consta y que es preciso leer y meditar antes de resolver, se comprende y se explica la concisión dogmática con que están redactadas algunas de las sentencias. Así es humanamente imposible construir una doctrina a la altura de la competencia de los que la van formando y de las exigencias del moderno Derecho administrativo. Esto es algo bien conocido, en lo que no vale la pena insistir. Se impone una desconcentración jurisdiccional, y en materia disciplinaria con más urgencia que en cualquiera otra. A diario estamos leyendo sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de si un funcionario ha tomado café durante las horas de servicio, o si el sueldo regulador que le corresponde es de 85 en lugar de 65 centésimas. Objetivamente, esto es intrascendente. No hay razón para ocupar a nuestro más Alto Tribunal con estos problemas.

b) Ahora bien, tampoco puede negarse que las resoluciones administrativas no son aquí de suficiente garantía y que, puesto que subjetivamente, es decir, para el interesado, su problema es muy grande, hay que darle acceso a la vía jurisdiccional. La armonización de estos dos extremos es bien fácil: la creación de Tribunales disciplinarios, independientes y especializados, donde se conjugasen las garantías del funcionario con la especialidad del conocimiento y descargasen a la jurisdicción contencioso-administrativa, al menos en la esfera central. Tal es el camino seguido por los Ordenamientos extranjeros de más prestigio, y hora es de ir meditando seriamente sobre el tema.

ALEJANDRO NIETO.