

EL CONTROL DE LOS PODERES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACION*

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO

Introducción. 1. La inmunidad de los poderes discrecionales y los primeros intentos de reducción: la existencia de elementos reglados en todo poder discrecional, en especial el fin; la desviación de poder. 2. Hacia un control más sustancial del poder discrecional: a) el control de los hechos determinantes; b) discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados: el principio de la unidad de solución justa y la reducción y relativización de la discrecionalidad. c) el control por los principios generales del Derecho.

INTRODUCCION

Se ha dicho del poder discrecional —la frase es del excelente jurista suizo Hans Huber¹— que es el verdadero caballo de troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho.

Es conocido sobradamente el concepto de poderes discrecionales, de actos discrecionales. El sistema de la inmunidad judicial de los mismos, presente todavía en la ley anterior de 1952, era el de la eliminación pura y simple de todos los actos discrecionales en bloque. Allí donde se daba un acto discrecional —y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad—, allí el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo.

1. La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados

*Este trabajo es parte de *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública (Madrid) 38 (1962) 167-180; a pesar de los años transcurridos desde su publicación conserva todo su interés, por lo cual agradecemos al distinguido maestro español su gentileza para reproducirlo en esta Revista.

¹H. Huber, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat*, en Festgabe für Z. Giacometti, Zürich, 1953, 66.

suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos². Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto³, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada⁴, y, en fin, la competencia para ejercerla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente reglado⁵; puede haber, en efecto, una regulación, y,

²Esta observación se hizo ya por la doctrina francesa del siglo XIX frente a una jurisprudencia análoga a la nuestra reciente, que es la que influyó en la primitiva Ley de lo Contencioso de 1888. Véase Laferriere, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª edición. II, París, 1896, 424. El Conseil d'Etat no recogió, sin embargo, esta tesis hasta 1902, con el famoso arrêt *Grazietti*, que motivó un agudo comentario de Hauriou (*La jurisprudence administrative*, II, París, 1929, 182 ss.) donde por primera vez se dijo: "Il n'y a pas d'actes discrétionnaires; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes".

³No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el Ordenamiento. Es falsa, pues, la tesis, bastante común, por otra parte, de que hay potestad discrecional allí donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la "vinculación negativa" de la administración al derecho. Véase sobre esto en mi artículo *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, *Revista de Administración Pública*, 27 (1958) 76 ss., especialmente 77, (hoy en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, 271 ss.). Ya antes Clavero Arévalo, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en la misma *Revista* 7 (1952) 88 ss, distinguiendo con toda corrección entre potestad discrecional y ausencia de Ley. Véase últimamente en el mismo sentido, Peters, *Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?*, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für H. Huber*, Bern, 1961, 206 ss. También Jesch, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechts-theoretischer und verfassungstheoretischer Sicht*, en "Archiv des Oeffentlichen Recht", 82, 1957, 209 ss. donde tipifica justamente la discrecionalidad como un fenómeno de "Ermächtigung" o habilitación legal.

⁴Ello equivaldría a someter al imperio de tal potestad la totalidad del orden jurídico y de los derechos subjetivos, lo cual es impensable en un Estado de Derecho. Incluso la potestad legislativa o la constituyente —aun situando el caso ya fuera de la Administración y del Derecho Administrativo— tienen efectivos límites. S. Romano, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, rist. 2ª ed. Milano, 1947, 264-6.

⁵Una excelente sistematización, en Merikoski, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Bruxelles, 1958.

además ordinariamente, la hay, no totalmente discrecional, sino parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones).

El segundo gran proceso de reducción llega más allá y significa un extraordinario progreso en la técnica de la reducción de esta pieza suelta, que era la potestad discrecional. Consiste, como es sabido, en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Es al hilo de esta observación como se monta la técnica de control de la desviación de poder. El acto discrecional que se ha desviado de su fin, del fin en vista del cual el ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurrir en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales. Es una aportación técnica que viene del derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro derecho.

La ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro derecho por vía legal y no jurisprudencial. Sin embargo, parece quedarse ahí. Atendidas las declaraciones legales, el punto en que nuestro derecho está hoy en cuanto a este gran tema de la reducción de las potestades discrecionales, es precisamente este del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación de poder. Pero, evidentemente, las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error interpretar la ley de la jurisdicción contenciosa de 1956 en el sentido de que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de la desviación de poder⁶. Sin embargo, no es

⁶El artículo 83, 2, se refiere inequívocamente "a cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico", en tanto que la referencia a la desviación de

infrecuente que se haga una aplicación práctica en el sentido de esta interpretación y que los recurrentes fuercen los argumentos para probar que, en efecto, se da este vicio legalmente tipificado.

2. Podemos decir con alguna seguridad que existe la posibilidad de otro control mucho más sustancial sobre las potestades discrecionales. La doctrina francesa, que es la misma que puso a punto la técnica de la desviación de poder, es hoy bastante escéptica sobre las posibilidades prácticas que la misma ofrece, y está volcando por ello su interés sobre otras técnicas alternativas que se han revelado mucho más eficaces⁷. Es paradójico que sea justamente en este momento cuando nuestro Derecho haya venido a consagrar como última conquista algo sobre lo que tan escasas esperanzas tienen hoy en su país de origen.

Puesto que tenemos todavía que tratar de otras materias, es fuerza esquematizar rápidamente este importante tema, clasificando para ello en tres apartados las técnicas de control de la discrecionalidad que pueden utilizarse al margen de las ya indicadas.

a) En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la

poder es sólo a una de estas formas de infracción ("incluso") que no excluye cualquier otra. En tal sentido ya Clavero Arévalo, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Revista de Administración Pública* 30, (1959) 113, nota. S. Martín Retortillo, *La desviación de poder en el Derecho español*, en la misma *Revista*, 22 (1957) 172, y en mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, *RAP* 30 (1959) 160 (también en *Legislación delegada...* cit., 187 ss.). Bien es verdad que la Exposición de Motivos de la Ley, tan certera de ordinario, no lo es tanto al hablar de las potestades discrecionales, cuyo control jurisdiccional parece limitar al de sus elementos reglados, lo cual, si es verdad que en último término es cierto, no lo es menos que requiere algunas importantes aclaraciones sobre la extensión real de tales elementos reglados. Véase *infra*.

⁷Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed. París, 1962, ha hablado de un "déclin du détournement de pouvoir" (224). Vedel, *Droit Administratif*, II, París, 1959, indica también cómo el desarrollo de otras técnicas de control ha implicado "la diminution du rôle joué par le détournement du pouvoir". Auby y Drago, *Traité de Contentieux administratif*, III, París, 1962, 85 ss. (donde se emplean los mismos términos de "déclin" de la desviación de poder y de la disminución y reducción de su campo de aplicación, que "es hoy poco

realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar a arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

En nuestro Derecho Administrativo, en nuestra jurisprudencia especialmente, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas⁸, pero no hay del mismo una conciencia general y es obligado, desde luego, forzar esta conciencia sistemática, porque precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales, como saben bien en los países que utilizan abiertamente esta técnica;

b) En segundo lugar, y ésta es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos, procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados⁹. Estos conceptos

frecuente"). Jeanneau, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, 38-39, habla también de una cierta "desafección" actual por el "détournement de pouvoir" y de un "déclin" del mismo como consecuencia sobre todo del desarrollo de la técnica de los principios generales y de la del control de los hechos.

⁸Un paso extraordinario ha supuesto la nueva regulación de la prueba en el proceso contencioso-administrativo por la ley de 1956, y la afirmación explícita del Preámbulo de ésta, dirigida contra la anterior jurisprudencia de que "la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional", lo que significa que no es "impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda". Véase, para un tratamiento ejemplar del tema en la jurisprudencia reciente, mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad...*, RAP cit., especialmente 147 ss.

⁹En la jurisprudencia francesa esta importante técnica de control se engloba en la anterior de control de los hechos, como un supuesto simplemente más intenso. Así, por ejemplo, Auby y Drago *Traité*, cit., III, 74, bajo el concepto de "cualificación jurídica de los hechos", como supuesto más intenso del de mera constatación material de los mismos y menos de lo que ya juzgan que es —a mi juicio erróneamente— una apreciación de hechos con verdadero control de la oportunidad. Igualmente, Letourneur, *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, en *Revista de Administración Pública*, 7, 219 ss., lo que llama "control de la legalidad en relación a las cir-

jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho Público.

El *arbitrium boni viri*, el "standard" de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho¹⁰, son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata.

Pues bien, en el Derecho Público estos conceptos jurídicos indeterminados son también perfectamente habituales y normales, con idénticos contornos técnicos¹¹; un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de

constancias de hecho" y "sustitución de la apreciación del funcionario por la del juez". Igualmente, Rivero, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, en la obra colectiva *Le Fait et le Droit Etudes de Logique Juridique*, publicado por el "Centre National de Recherches de Logique", Bruxelles, 1961, 130 ss. con una gradación de supuestos de control judicial de hechos idéntica a la de Auby y Drago, ya indicada. Por las razones que veremos, aun sumariamente, es mucho más certero el enfoque germánico.

¹⁰Véase Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, 106 ss. (*Introducción al pensamiento jurídico*, Ed. Guadarrama. Madrid, 1967, 137 ss.).

¹¹Véase Bachof, *Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle*, en "Süd-deutschen Juristenzeitung", 1948, 742 ss., y *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, en "Juristenzeitung", 1955, 97 ss. Ule, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, 309 ss., y en sus dos obras recientes, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin, 1960, 5 ss., y *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1960, 318 ss. Reuss, *Das Ermessen*, en "Deutsches Verwaltungsblatt", 1954, 585 ss., y *Der unbestimmter Rechtsbegriff*, en la misma revista, 1954, 649 ss. Becker, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung*, en "Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer", Heft 14, Berlin, 1956, 125 ss. Eyer mann-Fröler, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Berlin, 1960, 492 ss. Jesch, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit. Ehmke, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960.

aplicar la administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta¹². Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Si el Ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría y pasarlos a la categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la ley —por hipótesis— no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha

¹²De ahí la gravedad del error de algunas teorías de la discrecionalidad que han tratado de identificar ésta con el uso en las Leyes de conceptos indeterminados o imprecisos, tesis antigua bastante extendida que todavía tiene algún representante reciente entre nosotros.

creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación¹³, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

¹³Una de las explicaciones más agudas que se ha dado de la diferencia entre discrecionalidad y uso de conceptos jurídicos indeterminados en la de Flume, *Steuerveresen und Rechtsordnung, en Festgabe für R. Smend*, Göttingen, 1952, 59 ss, que, aunque con expresiones no desprovistas de equívoco, ha establecido la correspondencia de ese par de conceptos con el de "Handlungsermessen" y "Urteilsermessen" esto es, la discrecionalidad de actuación frente a la discrecionalidad de juicio; la primera supone la posibilidad de una actuación activa de la autoridad según propia iniciativa, cuya solución concreta no comprende en sí la norma, que se limita a apoderar a aquélla con la competencia, medios y ámbito formal en que la decisión puede moverse; el supuesto segundo es el de una declaración jurídica sobre el fundamento de una "norma de decisión objetiva" ("Sachentscheidungsnorm", frente a la "Handlungsnorm" del primer caso): es una mera declaración de lo que es de derecho en el caso concreto; se trata de una mera aplicación del Derecho, que el autor califica incluso como "jurisdicción en sentido material". Cfr. sobre esta perspectiva Jesch, *op. cit.*, 234ss., Ehmke, *op. cit.*, 24ss. Hemos de notar que la expresión española "discrecionalidad", al utilizar el concepto de discreción, que igual puede utilizarse en el ámbito cognoscitivo como en el de la actuación práctica, y que es casi equiparable al de prudencia, tan ligado tradicionalmente a la función de los Tribunales, quita relieve a la contraposición que se persigue; ésta quedaría más clara si se empleasen expresiones más netas, como, por ejemplo, la de arbitrio.

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación¹⁴. En el derecho español encontramos aplicaciones casuísticas e informadas de esta tesis que no han parado mientes sobre la peculiaridad del fenómeno, pero nos falta también una conciencia sistemática del mismo, conciencia sistemática en la cual radican posibilidades enormes de reducción de ese gran cuerpo bruto de las potestades discrecionales. He aquí, por ejemplo, el concepto de casa ruinosa, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinosa o no es ruinosa. Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la ley en un caso concreto. El Tribunal Supremo, con absoluta corrección, no ve ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinosa en el caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la Administración¹⁵.

El concepto de falta de probidad del funcionario, como una de las faltas disciplinarias típicas: el Tribunal Supremo no tiene ningún inconveniente en entrar a valorar sobre las circunstancias concretas si hay que entender producido este concepto jurídico indeterminado de la probidad o de la falta de probidad, etc.¹⁶.

¹⁴No podemos entrar en todos los problemas de esta fiscalización. La exposición esquemática que adoptaremos en el texto se complica algo por la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado el llamado por Bachof "margen de apreciación" ("Beurteilungsspielraum"), Jesch lo llama expresivamente "Begriffshof" por diferencia del "Begriffskern", esto es, halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo, utilizando categorías de Heck, que en todo caso —véase nota anterior— es un margen cognoscitivo y no volitivo; este "margen de apreciación" —es la tesis de Jesch— será mayor o menor ordinariamente, según la posibilidad o no de aportar o representar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta. En ocasiones la extensión del "margen de apreciación" está tasada por la ley: por ejemplo, para la determinación del justo precio en la expropiación, la lesión que invoca para que el tribunal pueda revisar la apreciación administrativa ha de exceder precisamente del sexto (art. 126, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa).

¹⁵Véase E. Roca, *El expediente contradictorio de ruina*, Madrid, 1961.

¹⁶Notemos al paso que los poderes de fiscalización de que usa nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones disciplinarias son mucho más

Incluso encontramos en la jurisprudencia, aunque por la vía forzada de la desviación de poder, quizá por esa interpretación equivocada, que ya hemos combatido, de entender que es ella la única vía de penetración en el bloque de las facultades discrecionales, una Sentencia de 24 de octubre de 1959, en la que el Tribunal Supremo entra directamente a valorar en un concurso para la provisión de una plaza de recaudador de contribuciones de un gran municipio catalán los méritos respectivos de los concurrentes, las ventajas que cada uno aporta, y a resultas de ello no tiene inconveniente en rectificar el juicio de la administración¹⁷. Aquí el principio de la unidad de solución justa, al

amplios que los que utiliza el Consejo de Estado francés, que suele reconocer en la materia un "margen de apreciación" amplísimo a la Administración. Rivero, *La distinction du droit et du fait*, citado, 145-6. Esta audacia de nuestra jurisdicción no hace sino más ostensible su frecuente abstención en materia de sanciones policiales. Véase *infra*.

¹⁷Sentencia fundamental (Ponente, señor Cervia Cabrera), que constituye quizá el punto extremo alcanzado por nuestro Tribunal Supremo en materia del control de la discrecionalidad. Clavero Arévalo, *La desviación de poder*, cit., 119-120, tras sostener que en esta Sentencia se trató más bien de un caso de control jurisdiccional de los hechos (dando a este concepto la extensión propia de la doctrina francesa, que ya hemos combatido, *supra* nota 9), afirma luego (122 nota,) que en los Considerandos de la Sentencia se excede en ocasiones el argumento de la desviación de poder —o del control de los hechos— entrándose en "el vicio de mérito de los actos administrativos", es decir, por consiguiente, en un juicio de pura oportunidad y no de legalidad. Es de notar que, sobre la misma técnica del control de los hechos, los franceses aceptan que en ocasiones, y por de pronto en todos los casos de "police municipal", el Consejo de Estado sustituye con su propio juicio el juicio de oportunidad de la Administración, yendo más allá del examen de mera legalidad. Auby y Drago, *Traité*, cit. III, 81 ss. Rivero, *De la distinction du droit et du fait*, cit., 146. Dubisson. *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, París, 1956, 129 ss. y 198 ss. A mi juicio, estos equívocos quedan aclarados utilizando la idea de los conceptos jurídicos indeterminados de que, en realidad, se trata; la existencia de una unidad de solución justa, que excluye la auténtica discrecionalidad, tanto en el caso de la resolución del concurso a que la Sentencia de 24 de octubre de 1959 se refiere, que debía hacerse conforme "al bien del servicio o el interés público" y escogiendo a quien "reuniera las mejores condiciones de competencia y garantía", como en el ejemplo francés de la policía municipal, porque el orden público es otro concepto jurídico indeterminado (vid. *infra*), justifican sobradamente estas soluciones jurisprudenciales. Sin embargo, es claro que en ellas la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es llevada a su extremo al calificarse como tales conceptos tan amplios (dotados de un halo tan extenso,

dar carácter de concepto jurídico indeterminado al bien del servicio o el interés público, o a las mejores condiciones de competencia y garantía, que era el principio valorativo incluido expresamente en las bases del concurso, justifica sobradamente la gallarda solución jurisprudencial.

Esta técnica de los conceptos jurídicos indeterminados lleva en sí (y así se ve en la sentencia que acaba de citarse) un principio expansivo que es capaz de acabar con muchas de las que tradicionalmente vienen considerándose como facultades discrecionales, especialmente en cuanto se interpreten como conceptos de tal naturaleza los tan amplios de "interés público", "utilidad pública" y —éste, por supuesto, frente a nuestra tradición jurisprudencial que trata de incluirlo dentro de la función de gobierno, cuestión a la que aludiremos inmediatamente— "orden público". Esta nueva teoría —ha dicho Ule¹⁸— muestra que la actuación administrativa reglada y la discrecional no están radicalmente separadas..., y que la contraposición doctrinal [entre ambas]... queda

diríamos en la terminología de Jesch) como "el bien del servicio o el interés público", o "el orden público", respectivamente, con los cuales, y especialmente con el primero de ellos, viene a comprenderse la mayor parte de las hoy tenidas por facultades discrecionales. Pero ésta es justamente una consecuencia de esta construcción, como veremos, que viene a justificar la correctísima, y casi escandalosa, declaración de la Sentencia de 24 de octubre de 1959: esta técnica de control implica que *se 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 del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional. Se apunta con claridad, aunque acaso equivocadamente, a la doctrina de la unidad de solución justa, sin que falte una certísima salvedad del "margen de apreciación" o "Beurteilungsspielraum": "sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión". Este concepto de margen de apreciación se encuentra también certeramente formulado en la Sentencia de 8 de junio de 1959 (Ponente, señor Mouzo Vásquez) incluso con su conexión a la posibilidad de representación ante el Tribunal de los elementos de juicio (¡juicio, no voluntad!) tenidos en cuenta para resolver: "Un Tribunal designado en forma legal es de presumir que use de sus facultades discrecionales con toda ponderación y rectitud... sin que tenga el Tribunal juzgador de esta "litis" elementos de juicio para desvirtuar el análisis, crítica y conclusiones a que llegó el Tribunal examinador".*

¹⁸Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 8.

considerablemente relajada. Ello se manifiesta, ante todo, en la [nueva] posición que los Tribunales administrativos adoptan ante la administración, y

c) Tercera técnica de control de las facultades discrecionales: el control por los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del Ordenamiento¹⁹ y de la experiencia reiterada de la vida jurídica (tópica, en el sentido de Viehweg)²⁰. Pues bien, hay que afirmar que la administración está sometida no sólo a la ley, sino también a los principios generales del derecho²¹, y ello por una razón elemental, porque la administración no es señor del derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se contempla) en la materia de que se trate. La ley que ha otorgado a la administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una

¹⁹Subrayar esto es un mérito bien conocido de F. de Castro, *Derecho Civil de España*, I, 2ª ed. 1949, 405 ss.

²⁰Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (*Tópica y jurisprudencia*. Taurus. Madrid. 1964). En general, para este tema de los principios generales remito a mi artículo citado, *La interdicción de la arbitrariedad...*

²¹La afirmación habitual de la doctrina francesa de que la administración está sometida además de a la regla legal, a la regla jurisprudencial (Dubisson, *op. cit.*, 52 ss. Eisenmann, *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, en "Conseil d'Etat Etudes et Documents", 11, 1957, 25 ss.) es perfectamente equívoca: las reglas jurisprudenciales no son sino concreciones de los principios generales. Más certeramente la Ley Fundamental de Bonn, art. 20, párrafo 3º, proclama la vinculación de la Administración (y de los Tribunales) "an Gesetz und Recht", a la Ley y al Derecho; sobre lo cual véase Forsthoff, *Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat*, en "Die Oeffentliche Verwaltung", 1959, 41 y ss. Schnorr, *Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20, Abs. 3 GG*, en "Archiv des Oeffentlichen Rechts", 1960, 121 ss.

agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; sobre lo cual tendremos más tarde ocasión de reflexionar. Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, por inesperado "embarras de richesse", es posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo ese conjunto inacabable de normas en perpetuo *fieri*, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a potenciarse (antes bien, resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible.

Por otra parte —y la observación es de Forsthoff²²—, en una Administración que invade todas las esferas de la vida privada, "no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a *principios jurídicos materiales*"²³ puede asegurar hoy en la medida necesaria

²²*Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 3ª ed., München u. Berlín, 3-4. (*Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958, 5-6).

²³Principios que no son, dice el mismo Forsthoff en otro lugar (*op cit.*, 61), *ius normatum* sino, *iustitia normans*. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, 1960 213-4, observa justamente que cuando la acción administrativa interfiere la esfera privada del individuo, los Tribunales deben tener el poder de decidir no solamente si tal acción es *infra vires* o *ultra vires*, sino si la substancia de la decisión administrativa es tal como el derecho impone que sea, y ello porque el principio del "rule of law" o estado de derecho, significa que el ciudadano y su propiedad no puede convertirse en objeto o en medio para la acción administrativa, que la Administración no tiene poderes discrecionales contra los derechos fundamentales de la persona.

libertad individual y justicia social legitimando al Estado como Estado de Derecho”.

Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la administración, como el principio de la iniquidad manifiesta²⁴, o el de la irracionalidad²⁵, o el de la buena fe²⁶, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines²⁷, o el de la naturaleza de las cosas²⁸, etc. Otros principios se revelan co-

²⁴Véase sobre ello las referencias de mi artículo *La interdicción de la arbitrariedad, cit.*, 164.

²⁵*Ibidem*, 164-5. La Sentencia de la Sala 3ª de 9 de febrero de 1960 (ponente, señor Serra Martínez) alude al “principio jurídico de razón natural, y como tal recogido y desarrollado jurisprudencialmente” el de *legem patere quam ipse fecit*.

²⁶*Ibidem*, 165. Ruck, *Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung*, en el volumen *Aequitas und Bona Fides. Festgabe Simonius*, Basel, 1955. 341ss. Baumann, *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, Zürich, 1952. Giacometti, *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960, 220 ss y 289 ss. Las Sentencias de la Sala 4ª, de 23 de diciembre de 1959 y 13 de junio de 1960 (ponentes, señores Fernández Hernando y Marroquín Tobalina) invocan expresamente el “respeto al principio de buena fe en sus relaciones (de la Administración) con los administrados”, enunciando la primera como declaración general “el respeto debido al principio de buena fe, en que han de inspirarse tanto los actos de la Administración como los del administrado”. Este principio es mucho más dúctil que el de la prohibición del abuso del derecho, el cual puede ser incluido como una particularidad del primero. Sobre este último, con el esfuerzo de tipificar la figura sobre la desviación del poder, Martínez Useros, *La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947. Goy, *L'abus du droit en Droit Administratif français*, “Revue de Droit Public”. 1962, 5 ss.

²⁷Sostenido ya, como límite de las facultades discrecionales, en la Sentencia de la Sala 5ª de 20 de febrero de 1959 (ponente, señor Camprubi Pader), estudiada por mí en el citado artículo *La interdicción de la arbitrariedad*, en especial 138-9 y 162-3. Hoy puede encontrar base legal este principio en los artículos 40, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Véase también Von Kraus, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg, 1955, (Universität Hamburg, Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht).

²⁸Véase las referencias de mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, comentando la consagración de este principio como límite de la potestad reglamentaria, que es una de las formas más extensas de discrecionalidad, por la citada sentencia de 20 de febrero de 1959, 138 y 162. *Adde*, Ballweg, *Zu eine Lehre von der Natur der Sache*. Basel. 1960.

los límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad²⁹, "cornerstone of administrative justice"³⁰, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl Schmitt³¹) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones³², puesto que es evidente que la administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico.

Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales; lo general es justamente lo propio del derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera

²⁹La interdicción de la arbitrariedad (donde se comenta la Sentencia de la Sala 5ª, ya citada, de 6 de julio de 1959, que acoge expresamente este principio como límite de la discrecionalidad reglamentaria), 149-150 y 162, con referencias. Ultimamente, Bettermann, *Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit*, en la revista *Der Staat*, 1962, 79 ss. y Entrena Cuesta, en *Revista de Administración Pública*, 37 (1962), 63 ss.

³⁰Friedmann, *Law in a changing Society*, London, 1959, 367. Véase, en concreto Jeanneau, *Les principes, cit.*, 7 ss., sobre su enorme juego en la jurisprudencia francesa.

³¹Véase, en general, H. J. Wolff, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek, cit.*, 33 ss. Aquí se inserta, sobre todo en Alemania, el gran debate sobre el alcance del principio del Estado social de Derecho sobre lo cual véase por todos los trabajos de Försthoff y Bachof, en el cuaderno 12 de las ¹⁰Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler", con el título *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat*, y Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaat in Deutschland*, 247 ss.

³²La interdicción de la arbitrariedad, *cit.*, 163-4 y referencias.

se ordena a una reducción o limitación del mismo³³, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.

³³Pues, como ha notado justamente Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaat*, 252, "sin un campo libre a la iniciativa configuradora y a la elección, ninguna Administración puede actuar eficazmente para la satisfacción de las necesidades de la vida moderna. El polo opuesto sería... la uniformización mecánica de todas las medidas y prestaciones de la autoridad, según preceptos normalizados exactamente fijados, y con ello la enervante igualización e inmovilidad de un Leviatán burocrático.