

DR 13 113

Carrera de Derecho. Asignatura de Derecho Administrativo I y II. Título.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1981. Autor. Carmen Vila.

Fecha de grabación 5 de marzo de 1982. Fecha de emisión 24 y 26 de marzo de 1982. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1981, donde de forma bastante precisa se nos manifiesta el control de la potestad discrecional de la Administración mediante la técnica de la desviación de poder.

La Administración pública, en función del fin en el que habrá de asentar su actuación, tiene facultades para poder apreciar en un momento determinado aquello que sea de interés público. Esto no quiere decir que esta actuación se realice de forma ajena a normas jurídicas, sino que, por el contrario, será la propia norma quien atribuya estas potestades discrecionales. De aquí que, como ha dicho el profesor García Denterría en su Tratado de Derecho Administrativo volumen I, no existe discrecionalidad al margen del ordenamiento jurídico, sino solamente en virtud de la ley y en la medida en que esta la disponga.

De tal forma que, a través de la norma, se concede a la Administración facultades para poder apreciar lo que en un determinado momento es conveniente para la consecución del interés público. Pero no hay que olvidar que estas facultades pueden resultar un elemento altamente perturbador y que podrían dar lugar a que el actuar de la Administración se convierta en arbitrario. De aquí que una de las luchas fundamentales de todo Estado de derecho sea precisamente la reducción al máximo de estos poderes.

De forma más precisa y atendiendo los argumentos antes expuestos, es decir, que es la propia norma quien atribuye las potestades discrecionales a la Administración, en virtud de la misma, cuatro son los elementos reglados dentro de estas facultades y que no pueden en ningún caso dejar de serlo. En primer lugar, la existencia misma de la potestad. Segundo, su extensión, que habrá de ser limitada.

Tercero, la competencia que habrá de referirse a una persona jurídica y, aún más, dentro de esta, a los órganos que la tengan atribuida. Y cuarto, el fin para el cual ha sido otorgado. Estos poderes excepcionales que siempre tendrán que ser fines de utilidad pública, aunque a veces puedan aparecer que realmente pretenden satisfacer necesidades de un sector determinado.

Siempre, en última instancia, habrá de jugar la búsqueda de los intereses generales. Sin duda que la justificación de estos poderes, en manos de las distintas personas jurídicas que componen las Administraciones públicas, encuentra su contenido en la necesidad de dar a la actuación administrativa una agilidad y el poder introducir apreciaciones subjetivas según se contempla en los diversos casos. Además, si pensamos en el aumento de los fines de la Administración como consecuencia del propio contexto histórico político, de los principios del

Estado liberal, donde la Intervención Pública se limitaba a una mera labor de policía para vigilar que la esfera privada no se viera interferida por los intereses de los demás, hasta la Administración configuradora de la sociedad y, por tanto, intervencionista, donde los fines de la sociedad se confunden con los del propio Estado, se hace necesario que, como dije anteriormente, la actuación administrativa cuente con unos cauces de movilidad los cuales son otorgados por las potestades discrecionales.

Pero siempre que tales potestades no supongan un poder ilimitado en manos de los entes públicos, de aquí que en todo Estado de Derecho se haya buscado un mecanismo para un adecuado control de los mismos. En España, hasta nuestra Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956, los actos discrecionales estaban excluidos de esta jurisdicción. Con el advenimiento de esta norma se consigue un paso adelante importante y en la inclusión de los mismos en el control jurisdiccional.

Otra novedad que introduce la citada norma es que, como se expresa en su preámbulo, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto o a un acto en bloque, sino que, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o a algunos de los elementos del acto. Es decir, que en los puntos que no se den potestades discrecionales dentro de un acto, la Administración tendrá que actuar de forma arreglada. Respecto a cuáles sean los límites de esta potestad discrecional o, para una mejor expresión, hasta dónde se puede reducir el ámbito de dichas potestades, hay que distinguir, en primer lugar, la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados.

La confusión entre ambas técnicas ha tenido una reiteración bastante importante en el derecho administrativo y en la doctrina alemana, la que de forma bastante precisa ha centrado la distinción entre ambas. Cuando la norma jurídica habla de conceptos jurídicos indeterminados, se está refiriendo a un supuesto concreto y en el cual no caben vaguedades o imprecisiones, una única solución justa en cada caso concreto. Sin embargo, en las potestades discrecionales pueden elegirse entre varias opciones, por supuesto dentro de unos criterios que se funden en la equidad.

Como puede verse, la diferencia entre ambos es muy importante, ya que el juez puede en cualquier momento fiscalizar si se ha aplicado la solución justa, la única que es válida en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, no pudiendo hacerlo cuando se trata de potestades discrecionales. Otro segundo control para reducir el ámbito de estas potestades administrativas, me refiero a las potestades discrecionales, es el control de los elementos reglados, en especial el control del fin y la desviación de poder. En el primer caso del control de los elementos reglados, no existe ningún problema para los tribunales entrar a examinar estos elementos, que además siempre tendrán que darse en toda potestad discrecional, como vimos anteriormente.

Con respecto a la segunda, es decir, control del fin, dicha técnica tiene sus antecedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Fue a partir del siglo XIX cuando este órgano

analiza que toda actividad administrativa tendrá siempre que dirigirse hacia un determinado fin, que será arreglado y atribuido por la norma jurídica. De tal forma que si la autoridad u órgano de la Administración se apartan del mismo, para el cual han sido habilitados, su actuación se dirige a tomar soluciones distintas a estas, dicha actuación deberá ser anulada.

Nuestro derecho positivo, esta técnica se aplicó muy tardíamente y cuando realmente fue consagrada, esa es la vigente ley de jurisdicción contenciosa. Así, en el artículo 83 de esta norma nos va a precisar. La sentencia estimará el recurso contencioso cuando el acto o disposición incurriese en cualquier forma de inflación del ordenamiento jurídico e incluso la desviación de poder.

Pasando después a explicarnos en qué va a consistir esta desviación. ¿Constituirá desviación de poder, continúa la norma jurídica, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados en el ordenamiento? Como puede verse, es muy clara al respecto dicha definición. Además, posteriormente el Tribunal Supremo ha ido matizando a través de su doctrina dicha teoría.

Así, para que se produzca el vicio de desviación de poder, según sentencias reiteradas de 4 de febrero del 59, 12 de enero del 73, 13 de febrero del 71, etc., no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, sino que aunque persiguiendo un fin público sea distinto del previsto y fijado por la norma que se le tribuye esta potestad, nos encontramos ante el fenómeno de la desviación de poder. Creo que con estas puntualizaciones ha quedado bastante claro lo que se entiende por dicha desviación. Con lo cual paso a comentar la sentencia de 23 de noviembre de 1981, donde, como veremos, también se manifiesta con bastante exactitud la existencia de este vicio.

El traer al guión radiofónico dicha sentencia tiene en primer lugar un interés docente y es intentar aclarar un tema sin duda importante dentro del derecho administrativo. Y por otra parte, hacer mención que dicho recurso ha sido ganado por un alumno de la UNED, lo cual sin duda supone un estímulo para todos los que de una forma u otra formamos parte de esta universidad, tantos alumnos como profesores. De aquí que el equipo docente haya querido hacer un análisis de dicha sentencia.

Se trata de un recurso contencioso administrativo de apelación interpuesto ante la Sala V del Tribunal Supremo por Juan Antonio Sánchez Martínez, funcionario del Cuerpo General Administrativo de la Administración Civil del Estado, contra la sentencia de 21 de mayo de 1980 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Las Palmas sobre una resolución del Ministerio de Obras Públicas, por la que se nombra a otro funcionario de dicho departamento jefe de negociado en perjuicio de los derechos del apelante. Dicho recurso fue desestimado, por lo que se presentó recurso de apelación ante el Tribunal Supremo contra la resolución del Ministerio de Obras Públicas que nombraba a dicho funcionario, al cual, de forma deliberada, se le reservó la plaza hasta que adquirió el nombramiento de carrera, siendo nombrado en un plazo muy corto, aproximadamente un mes, y a pesar de encontrarse

él mismo en una comisión de servicio de carácter temporal. El recurrente se encontraba con una superior titulación para ocupar dicha plaza.

Estos argumentos fueron egrimidos por él mismo para fundamentar la desviación de poder, los cuales fueron en su día refutados, pues se basaba la Administración en que se trataba de un puesto de libre designación, para lo cual estaba más cualificada la persona a la cual se le otorgó él mismo. Teniendo en cuenta que la forma normal de provisión de plaza no es la libre designación, sino el concurso de mérito, tal como se contempla la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y que para que esto no ocurra es necesaria una previa calificación de la Comisión Superior de Personas, no dándose en este caso. Por lo tanto, hay que considerar dicho puesto incluido dentro de la regulación general y sometido a los principios generales que rigen la promoción dentro de la función pública, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Como esta interpretación no ha sido tenida en cuenta por el Tribunal, el recurrente manifestó estos argumentos ante el Tribunal Supremo, los cuales han sido tenidos en cuenta y, por tanto, ganado dicho recurso.