

FUNCION EJECUTIVA, ACTUACION ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD ()*

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

SUMARIO: I. EL MARCO CONCEPTUAL. II. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA. III. «FUNCION EJECUTIVA» (ART. 97 CONSTITUCION ESPAÑOLA): ACTIVIDAD LIBRE, CREADORA Y DISCRECIONAL. IV. «ACTUACION ADMINISTRATIVA» (ART. 106.1 CONSTITUCION ESPAÑOLA): CONTROL JUDICIAL INTEGRAL. V. CONCURSO DE MERITOS ENTRE CATEDRATICOS Y AGREGADOS: EL TRIUNFO DE LA DISCRECIONALIDAD.

Hace ya cerca de catorce años, recién llegado a la plaza de Profesor Agregado, que había obtenido tras unas oposiciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago, conocí a Antonio Mozo Seoane, destinado en El Ferrol como Teniente del Cuerpo Jurídico de la Armada. Me había sido recomendado por unos antiguos alumnos míos y compañeros de él, Técnicos de Administración Civil. Antonio Mozo expresó su deseo de llevar a cabo una tesis doctoral bajo mi dirección: fue mi primer doctorando. Y este dato explica el tema de la tesis doctoral, porque no fue sugerido por el doctorando —como debe ser—, sino por mí. El influjo de mi estancia en Alemania era evidente al sugerir este tema y su método: en primer lugar, hay que analizar de la forma más profunda posible el Derecho Administrativo, derogado y vigente, español. Y una vez realizada esta tarea, se pueden iniciar estudios, más o menos ambiciosos, teórico-jurídicos y de Derecho Comparado. Esto significa una rotunda toma de postura contra frecuentes publicaciones «científicas», que consisten en refritos de libros y artículos doctrinales españoles y ex-

(*) Prólogo al libro recientemente aparecido “La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal. 1894-1983”. Ed. Montecorvo, 1983, de Antonio Mozo Seoane. La recensión de este libro, en este mismo número, págs. 198-202.

tranjeros, que se salpican con referencias al Derecho Positivo.

Por eso le sugerí a Antonio Mozo que hiciese un estudio sistemático de la legislación y la jurisprudencia españolas, lo más amplio posible, sobre el tema de la discrecionalidad desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1888, en su redacción de 1894, hasta nuestros días.

I. EL MARCO CONCEPTUAL

1. La cuestión de la discrecionalidad me había interesado desde el primer momento en que me dediqué a estudiar Derecho Público y en algunos de mis trabajos quedó constancia de este constante interés. Así, en *Derecho General de Organización*, que publiqué en 1971, hice una primera aproximación al tema al estudiar la distinción entre Gobierno y Administración, actos políticos y actos administrativos. Escribí entonces:

«Es necesario romper tanta ganga nominalista y semántica. No importa mucho que se hable de actos políticos, actos de Gobierno, etc., cuando lo que está en juego es evidente: la afirmación de una indeclinable potestad discrecional del Gobierno y de la Administración y del Estado para resolver determinados asuntos y tomar determinadas medidas, sin ningún tipo de control jurídico» (pág. 256).

Eso estaba escrito contra una tendencia a juridificar toda la vida pública en virtud de una comprensión totalizadora del «Estado de Derecho», donde el *poder* desaparece, presente en cierto sector doctrinal español, dominado por una mentalidad de Abogado de los Tribunales. Por otra parte, en dicho libro se resaltaba la importancia de que se hubiese recogido ya en la Jurisprudencia española la distinción entre la *discrecionalidad de actuación* y la *discrecionalidad de juicio*, en el sentido de que solamente la primera es una verdadera discrecionalidad, como libertad de acción, que opera en el campo de lo volitivo, mientras que la segunda no es una verdadera discrecionalidad, sino que se refiere a una función de interpretación y de entendimiento de conceptos y principios que, aunque entrañen una cierta libertad, es fundamentalmente un proceso intelectual sometido al rigor lógico y sujeción a las reglas de la sana crítica (op. cit., pág. 259).

2. Este punto de partida conducía a una seria crítica a determinadas sentencias donde se proclamaba el carácter «graciable» cuando el órgano administrativo se mueve en un «marco y esfera discrecional» con ocasión de resolver la prórroga de derechos solicitados por particulares, otor-

gándola en unos casos y en otros no. Tras esta línea jurisprudencial que pone fin a la fiscalización judicial del acto administrativo cuando éste se dicta dentro de una supuesta esfera de discrecionalidad, se mantuvo el pleno control judicial, si bien se dijo entonces (op. cit., pág. 261):

«... revisión y control que nunca debe suponer una sustitución de la valoración (o decisión) administrativa por los jueces, pero que sí permite y obliga a un control de conformidad o tolerancia de la decisión administrativa con el interés general; en otras palabras, no basta el "sin duda por variar las circunstancias legitimadoras", en relación con otras decisiones diferentes a la impugnada, sino que se impone la plena prueba de tal variación, porque otra actitud supondría la coronación de la arbitrariedad (a éste se lo prorroga, y a éste no), y una flagrante violación del principio de igualdad. Esto no es utópico, sino que así actúan los Tribunales alemanes».

3. Se llevó a cabo una crítica a la doctrina y práctica administrativa dominante entonces (op. cit., págs. 263 y ss., nota) según la cual la potestad reglada era igual a otorgamiento por parte de la Ley o norma de un derecho subjetivo (que se adquiere por la simple constatación reglada que efectúe la Administración de la solicitud), y la potestad discrecional daría lugar a un simple interés legítimo para el ciudadano. Frente a esto se mantuvo (loc. cit.) que el hecho de que el derecho subjetivo no se le otorgue al particular a través de una aplicación automática de la Ley —subsunción estricta— no significa que exista una potestad discrecional, sino que la potestad o facultad administrativa sigue siendo reglada pero el derecho subjetivo se obtiene a través de la valoración de diversos elementos que hace la Administración: esta valoración no es discrecional (libertad de elección), sino que está vinculada o reglada a la lógica, a lo razonable, a la sana crítica, etc.

En esta línea, se criticó la afirmación doctrinal según la cual frases como «destacado interés para la economía nacional» o «escasez de nuestro mercado y demanda subsiguiente», o «calidad y precios aceptables» remitían a «valoraciones puramente discrecionales», para mantener en contra que aquí no hay rastro de discrecionalidad, sino que se trata de «conceptos normativos indeterminados» perfectamente «justiciables y controlables por los Jueces».

4. Se terminaron estos modestos apuntes subrayando la imagen que debe surgir de un Estado en el que (op. cit., páginas 285-6):

«... a lo largo de toda su actividad muestra una viva tensión entre

el poder y la norma, la decisión libre y la ejecución, entre actividad discrecional y ligada, no en el viejo dualismo de lo discrecional y reglado, sino en la mucho más sutil escala de lo determinado, indeterminado y cláusulas generales, discrecionalidad, siendo la peculiaridad del poder público justamente su radical esclavitud de realizar un fin: el interés general, pero justamente también la posibilidad de conformarlo de una u otra manera, y más o menos, según el nivel estatal, "libremente", quedando siempre responsable y obligado a la indemnización ante un concepto, estricto al principio —¿derecho subjetivo!— y cada vez más amplio: los derechos e intereses legítimos de los particulaes».

Torpedemente y sin gran precisión se intentó entonces salir al paso de dos tendencias aparentemente contradictorias, pero ambas no satisfactorias para las exigencias de un Estado moderno que toma en serio el principio de legalidad: frente a la pretensión de juridificar toda la actividad estatal administrativa, expresión de una ingenua y utópica concepción del Estado de Derecho, se pretendió recuperar el indudable contenido político discrecional de multitud de decisiones de la Administración Pública (Gobierno y Ministros); por otro lado, se rechazó la burda visión de una facultad discrecional por existir en las normas a aplicar por la Administración amplias cláusulas o conceptos indeterminados.

5. En 1974, y posteriormente en 1979, publiqué un estudio con el título «Plan y Presupuesto como problema jurídico en España» (*Homenaje a Prieto Castro*, Tomo I, págs. 341 y ss.) donde volví a escribir, al comentar una sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Az. 5.117), en la que el Tribunal Supremo estimó un recurso contra la denegación por parte del Ministerio de Industria de una instalación industrial:

«Esta Sentencia es muy interesante por el tema de la discrecionalidad e interés público; citada y estudiada por Sáinz Moreno en "Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa", 1976, pág. 336, con unos planteamientos que tendré que criticar fundamentalmente porque tengo la impresión de que Sáinz Moreno no tiene una visión clara del orden de la proposición jurídica: supuesto de hecho, elemento cópula, consecuencia jurídica que es el punto de arranque de la doctrina alemana, que, pese a ser utilizada por este autor, Sáinz Moreno, me parece que no ha sido captada plenamente» (pág. 392).

6. Por último, en 1980, en el libro *Homenaje a Juan Galvãñ* (páginas 229 y 231), escribí, con ocasión de analizar un sector doctrinal, lo siguiente:

«... porque es evidente que cuando Sosa Wagner dice que la Administración “goza de facultades discrecionales para valorar ponderadamente las circunstancias”, entonces evidentemente no hay aquí discrecionalidad, puesto que la decisión que toma la Administración debe ser ponderada, como el mismo autor dice, es decir, racional y lógica, respetando la igualdad, y si no lo hace, será impugnabile y debe ser anulada» (loc. cit. pág. 229).

Y más adelante:

«Cuando la doctrina criticada habla de discrecionalidad, lo que quiere decir es que hay una discrecionalidad cognitiva o de juicio, que justamente no es una verdadera discrecionalidad porque es una actividad mental sometida a un resultado objetivo de pruebas estimadas con rigor lógico, mientras que la verdadera discrecionalidad es la llamada discrecionalidad volitiva o de actuación, donde la Administración sí tiene la posibilidad de actuar “libremente”, naturalmente siempre sometida al principio de igualdad y al interés público, pero cuya fiscalización judicial en este caso es infinitamente más tenue, y en la práctica casi inexistente, que en los supuestos de discrecionalidad cognitiva, o sencillamente de aplicación de conceptos normativos, indeterminados, valorativos, etc. La discrepancia entre la tesis que mantengo aquí y la mantenida por la doctrina criticada radica quizá en que, en el fondo todavía, cierto sector doctrinal mantiene la tesis de que la actividad de la Administración es sólo reglada cuando la norma consagra plenamente un derecho subjetivo individual, y cuando no ocurre así estaríamos ante una potestad discrecional (vid. mi crítica a esta concepción doctrinal en la nota 25, págs. 263 y ss. de mi libro “Derecho General de Organización”); pero esto, evidentemente, no es así, ya que justamente la norma puede no otorgar de manera rotunda (como sería, por ejemplo, todo español mayor de edad tiene derecho a votar) un derecho subjetivo, pero al utilizar en el supuesto de hecho conceptos indeterminados o valorativos, la obtención o no del derecho subjetivo por el particular no depende de la discrecional potestad de la Administración, sino que deberá ser consecuencia de una aplicación racional y lógica de los elementos normativos. Y si la norma contiene el elemento cópula, “podrá”, no cabe entenderlo en su sentido gramatical más burdo, sino en el marco de una interpretación teleológica de toda la normativa que regula la correspondiente actuación administrativa; sobre este trascendental tema, vid. las observaciones que hago en “Derecho General de Organización”, Madrid, 1971, páginas 271 y ss., donde analizo varias Sentencias del Tribunal Supremo, habiendo obtenido de una de ellas el dualismo, discrecionalidad de juicio y discrecionalidad volitiva; tengo serios reparos al planteamiento que se hace de

este tema en cierta doctrina española (vid. mi contribución al libro "Homenaje a Prieto Castro", Madrid, 1979, págs. 395-396). Sobre el carácter nada discrecional del otorgamiento de otro tipo de beneficio, el de expropiación forzosa, vid. Sentencia de 19 de mayo de 1972 (Az. 3.030): "...y el Ministerio no puede resolver sin informe técnico favorable y las comprobaciones que él haya estimado oportunas"» (pág. 230).

De todas estas cuestiones conversé durante años con Antonio Mozo, que ha sido colaborador en mis tareas docentes, tanto en Santiago como en la Universidad Autónoma de Madrid, ciudad a la que vino en la época en la que yo mismo fui destinado por concurso de traslado a la segunda Universidad madrileña; actualmente ostenta el cargo de Teniente Coronel Auditor de la Armada, y Profesor Titular en la Universidad Autónoma.

II. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA

1. Si éstos eran los instrumentos, Antonio Mozo ha construido el edificio él solo y de forma muy notable. La prudencia y preocupación por el matiz de sus análisis hablan por sí solas, y su trabajo es y será una mina para cualquier investigación futura en España sobre la eterna cuestión de la discrecionalidad administrativa. Quizá se eche de menos una conclusión más rotunda y clara entre tesis doctrinales contrapuestas (ver este libro, Cap. V, última parte), entre las que él llama realistas (la Administración tiene un ámbito propio y libre de actuación) y las radicales (no hay diferencia esencial entre la discrecionalidad y los conceptos normativos indeterminados); es el precio que paga un análisis tan matizado.

2. Era mi intención haber escrito para tan espléndido libro un estudio preliminar donde se analizase con el debido rigor la doctrina y el Derecho Positivo sobre el tema de la discrecionalidad en países de nuestro entorno cultural, como son Alemania y Francia, con el contrapunto quizá del *status quaestionis* en el mundo anglosajón, porque se observará que este libro no tiene Derecho Comparado; quiero agradecer al Dr. Mozo que aceptase aquí mi sugerencia. Las referencias al Derecho Comparado son excepcionalmente difíciles; si ya es complejo exponer y criticar con rigor y profundidad una cuestión del propio Derecho nacional, exposición que no sea una simple glosa o repetición de la Ley, fácil es imaginarse la dificultad que entraña hacer una referencia correcta a problemas jurídicos (legislación, jurisprudencia, diversidad de pareceres doc-

trinales, práctica administrativa) de otros países. Desde luego, no es Derecho Comparado serio el resumir la opinión de un autor, aunque sea el más conocido y popular en el país: el Derecho Administrativo alemán no es lo que dice Forsthoff muchas veces, por poner un ejemplo realmente notable.

El director de esta tesis ha estudiado muchos años Derecho Público fuera de España, fundamentalmente en Alemania, y, por lo menos, cree que tiene el suficiente «olfato» para no cometer muchos errores a la hora de hacer referencias de Derecho Comparado, que son frecuentes en la doctrina española, y pocas de ellas exactas (1).

3. Era, pues, mi intención tratar de *captar* el problema de la discrecionalidad en diversos ámbitos jurídicos, tras un análisis que llevaría a comparar las cuestiones y las soluciones que se dan a éstas en diversos órdenes jurídicos. Así, estudiar cómo se ha formado el concepto «discretionary justice» en el Derecho norteamericano, que se define:

«Cuando los límites efectivos del poder de un órgano administrativo le otorgan la libertad de escoger entre varias opciones de actuación o no actuación» (2).

Siendo interesante en este contexto resaltar la distinción entre «reasonableness» y «rightness» que señalan la atribución a la Administración de determinar los hechos razonablemente, y a los Tribunales el derecho (3).

Hubiese sido mi deseo detenerme en el «pouvoir discrétionnaire» (4), la terminología y conceptos que se utilizan y han utilizado para explicar esta institución jurídica en el Derecho francés, y las oscilantes posturas entre el traslado de la discrecionalidad de la Administración, que

(1) Entre estos espectaculares errores que se pueden leer en la producción «científica» española, sea recordada aquí la visión que da tan distinguido y prestigioso jurista como es García de Enterría sobre el tema de la responsabilidad del Estado-Administración en Alemania (vid. mi *Derecho General de Organización*, 1971, págs. 282 y ss., nota), que desgraciadamente perdura en su —por otras razones muy notable— *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1967, págs. 308 y 309, cap. 19, II.3; hay edición posterior, pero parece ser que en este punto no hay modificación.

(2) Por ejemplo, K. C. Davis, *Discretionary Justice*, 1971, y del mismo autor, *Administrative Law Text*, 1972, pág. 91.

(3) Schwartz, *Administrative Law*, 1976, págs. 379 y ss. Este concepto de razonabilidad, o «uso razonable» es, por ejemplo, fundamental en el Derecho de Aguas californiano.

(4) Charles Eisenmann, *Droit Administratif*, tomo II, 1983, págs. 289 a 321, 655 a 674.

desaparece ante el control integral del Juez (5), y el intento de deslindar la legalidad y la oportunidad en la Jurisprudencia del Juez que fiscaliza la actuación administrativa (6).

4. Pero, sobre todo, me hubiese satisfecho enormemente exponer con la debida precisión el tratamiento jurídico del «Ermessen» y del «unbestimmter Rechtsbegriff», es decir, de la discrecionalidad y de los conceptos normativos indeterminados en la doctrina alemana, que, sin duda alguna, es la que presenta mayor riqueza en diversidad de trabajos, hasta tal punto que un especialista ha dicho que no se puede abarcar la cantidad de monografías y artículos dedicados a este tema, confesando que es prácticamente imposible superar la sutileza y matización que existe en la reflexión jurídico-teórica sobre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados (7).

Y a esta tarea hubiese sido necesaria porque la más reciente exposición que se nos ha dado de esta cuestión, no es correcta (8); pero una cosa son los proyectos y otra la realidad, y por ello me tengo que limitar aquí a hacer breves observaciones muy genéricas sobre cómo se puede enfocar la cuestión de la discrecionalidad y el control judicial en el moderno Estado Constitucional de Derecho de la Ley Fundamental española de 1978.

III. «FUNCION EJECUTIVA» (ART. 97 C.E.): ACTIVIDAD LIBRE, CREADORA Y DISCRECIONAL

1. El planteamiento correcto sigue siendo el análisis de la estructura lógica de la norma: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En

(5) *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*. Coloquio, 1977, págs. 86 y ss.; muy interesante el análisis de Pacteau sobre la fiscalización por parte del Juez de los motivos del acto administrativo discrecional, en págs. 203 y ss. de *Le Juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977.

(6) Pasbecc, *Revue de Droit Public*, 1980, págs. 803 y ss.

(7) Con toda modestia, y salvo error, creo que el autor de este prólogo fue el primer que habló en España de esta técnica jurídica, *Rev. de Administración Pública*, nº 34, 1961, pág. 49.

(8) Sáinz Moreno, *Conceptos Jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1976. El valor especulativo de este libro está fuera de duda. Tan sólo se quiere subrayar aquí la dificultad de los análisis de Derecho Comparado y las graves deficiencias que se suelen encontrar en las exposiciones hechas a través de la simple y solitaria lectura de libros doctrinales, sin conocer debidamente el Derecho Positivo del país correspondiente. La imagen que se suele dar de corrientes doctrinales enumerando una lista de autores sin correcta apoyatura de obra y página —práctica española absolutamente insólita— es con

el supuesto de hecho jamás existe discrecionalidad, sino conceptos determinados e indeterminados de muy diversas clases, donde no hay discrecionalidad (libertad de actuación), sino interpretación, análisis racional de conceptos, examen empírico de hechos, etc. Propongo introducir las expresiones *discrecionalidad de decisión* y *discrecionalidad de elección* para el caso de que la norma o proposición jurídica otorgue a la Administración la libertad de decidir o la libertad de elegir entre diversas decisiones, respectivamente. Este dualismo parece consolidado en la doctrina alemana y es correcto y pedagógico su uso. Parece digno de ser subrayado que el análisis del Sr. Mozo haya confirmado lo que estaba en el aire: los casos de supuesta *desviación de poder* se pueden calificar de infracciones al orden jurídico establecido, de tal manera que un acto formalmente legal viciado por desviación de poder por ocultos motivos

frecuencia incorrecta. Sin querer abrumar, porque no es éste el lugar, sea indicado que las páginas que Sáinz Moreno dedica en su libro (páginas 224 a 252) son esforzadas, pero no acertadas: no se puede colocar en el mismo grupo (Sáinz Moreno, op. cit. págs. 239 y 243) a Rupp y Ossenbühl, cuando más bien lo que representan son dos posturas antitéticas en el tema de la discrecionalidad en Alemania; esto no sorprende porque Sáinz Moreno cita la obra de Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsvorschriftenlehre*, 1965 (en nota 79 de pág. 238) y la obra de Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968 (en página 246, nota 78), dos tomos de 300 y 600 páginas respectivamente, sin indicar las págs. correspondientes donde se encuentra la doctrina que está resumiendo o citando, lo cual es una forma de trabajar que no es usual en los ambientes científicos serios; esto recuerda a aquel profesor que citaba sobre un catálogo bibliográfico, lo que no es el caso de Sáinz Moreno, por descontento, aunque no hay duda alguna que las lecturas de estas obras que cita no han sido hechas con el debido reposo. Por citar una cuestión fundamental sobre esto, Ossenbühl critica (op. cit., pág. 314, nota 142) expresamente la tesis de Rupp, según la cual no hay más que una diferencia cuantitativa y no cualitativa entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de la norma. Cuando Sáinz Moreno publica en 1976 su libro, se habían producido en Alemania interesantes Sentencias; por ejemplo, en 1971 (ver la *Rev. Die öffentliche Verwaltung*, 1972, págs. 402, y ss.), que daban lugar a hablar de un renacimiento de la autorización a la Administración para su propia valoración, frente a la tendencia dominante de querer hacer desaparecer este margen de propia apreciación administrativa. Desde 1962, 1968 a 1976 se publicaron artículos de Ossenbühl, Kellner (y no el artículo mostrencamente citado de 1962, tras haber sido mencionado por Alejandro Nieto en *Revista de Administración Pública*, n.º 44, página 156), Rupp, Bachof, Bullinger (que pongo a disposición del lector interesado), por no citar más que los más representativos, en las Revistas *Die öffentliche Verwaltung*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, *Juristenzeitung* y *Neue Juristische Wochenschrift*, que en mi opinión era necesario haber incorporado a una exposición del Derecho y la doctrina alemana sobre la discrecionalidad. No se hace una crítica porque faltan 5 ó 10 artículos más o menos relevantes; todo trabajo es siempre incompleto; se subraya tan sólo que el análisis no refleja debidamente la situación jurídico-doctrinal en Alemania. Por cierto que «fiskalische Tätigkeit» de la Administración no es «actividad fiscalizadora» (así, Sáinz, op. cit., pág. 230, nota), sino la «actividad fiscal», del Fisco, esto es, la actividad jurídico privada patrimonial de la Administración (por ejemplo, Badura y otros, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1979, págs. 26 y ss.). En fin, espero que esta crítica no empañe la cordial relación que mantengo con tan distinguida persona.

perversos del órgano que lo dictó puede quedar más bien como una diversión profesoral (vid. este libro, cap. 8°).

2. Pero una vez dicho todo esto, vienen realmente los problemas, porque en primer lugar, aunque semánticamente la norma otorga una discrecionalidad de decisión o de elección a la Administración, se impone una interpretación teleológica y de ponderación de intereses, análisis sistemático e institucional de la norma que puede transformar el «podrá» en un «deberá». Además, no se puede negar que hay muchas normas o proposiciones jurídicas que no contienen un verdadero supuesto de hecho que *delimite* abstractamente un hecho físico —situación de hecho—, sino que lo que contienen son *cláusulas generales*, o sencillamente la simple autorización para que la Administración actúe cuando quiera o como quiera. Por ejemplo, cuando el art. 82 del Reglamento sobre armas y explosivos de 1944 preceptuaba que en las instancias solicitando licencia para arma corta:

«... se hará constar con todo detalle los motivos que alega como de necesidad de poseer armas cortas y teniendo en cuenta que la razón de defensa de su persona y bienes por sí solo no justificará la concesión de la licencia»,

y más adelante, en el mismo artículo, se dice que:

«La Dirección General de Seguridad, previos los informes y comprobaciones que crea pertinentes, concederá o no la licencia, según las circunstancias de cada caso»,

es evidente que aquí no existe *supuesto de hecho*, sino sencillamente una simple autorización a la Administración para que otorgue la correspondiente licencia cuando le parezca conveniente (el Reglamento de armas de 24 de julio de 1981, artículos 92 y ss., contiene sustancialmente la misma normativa, salvo la inclusión del adverbio: «... no justifica normalmente...»).

3. Dejando aparte este ejemplo y muchos otros que se podrían poner, hay que centrar la atención sobre la Constitución. El art. 97 de la Constitución Española otorga al Gobierno la facultad de «dirigir la política» interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado; además, se le otorga la facultad de ejercer «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria». El art. 106.1 otorga a los Tribunales la competencia para controlar la «potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa». Es evidente que gran parte de la compe-

tencia para «dirigir la política» se plasma, por descontado, en la facultad de presentar Proyectos de Ley (artículo 88), pero también en los Reglamentos *secundum, intra y praeter legem* (9). Esto quiere decir que, inevitablemente, la política cuando queda concretada en Reglamentos está sometida al control de los Tribunales. Pero hay mucha política que no queda reflejada en reglamentos, sino que se expresa en Acuerdos del Consejo de Ministros o en Decretos que no son reglamentarios.

No hay duda que toda «actuación administrativa» está sometida al control de los Tribunales, como preceptúa el artículo 106.1, ¿pero qué es «actuación administrativa»? La Constitución otorga al Gobierno, y lógicamente también a la Administración (arts. 97 y 103), la «función ejecutiva», que no puede ser la facultad de dictar disposiciones, puesto que ésta es la potestad reglamentaria, y tendrá que hacer referencia, por lo tanto, a la facultad de resolver, de decidir, de llevar a cabo actuaciones materiales.

4. Tenemos aquí el lastre del lenguaje tradicional que distinguía entre *poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial*, y que por ello, bajo la expresión *poder ejecutivo*, abarcaba tanto al *Gobierno* como a la *Administración* (10). En una comprensión estricta, *función ejecutiva* debería ser la simple aplicación de las normas, leyes y disposiciones administrativas — a través de *resoluciones* concretas singulares o generales, contratos, o actuaciones materiales— que tiene como presupuesto a la función normativa-reglamentaria, consistente en dictar mandatos abstractos y generales (disposiciones, reglas, etcétera).

En una concepción más amplia, *función ejecutiva* puede referirse al concepto originario del *poder ejecutivo*, que absorbió aparentemente la idea de Gobierno, como una actividad libre y creadora, pero que indudablemente estaba latente en dicho concepto, junto, o más bien por encima, del concepto de Administración, o función encargada de ejecutar y aplicar las leyes. Así, pues, habría que enfrentar los conceptos de «función ejecutiva» y de «actuación administrativa»; sólo ésta está sometida al control de los Tribunales (art. 106.1 P.e.), pero la primera tan

(9) Vid. mi comentario al art. 97 de la Constitución, en los *Comentarios a la Constitución*, que publica EDERSA, en Madrid, de próxima aparición, el tomo correspondiente a este artículo.

(10) Perdóneseme que remita al análisis que llevé a cabo hace muchos años sobre Gobierno-Política y Administración, en mi *Derecho General de Organización*, 1971, págs. 245 y ss.; no recuerdo ahora ninguna lectura posterior sobre el tema digna de ser retenida. Vid. mi comentario al art. 97, antes citado, sobre la expresión «función ejecutiva» en el actual Derecho público español.

sólo lo estará en cuanto suponga una verdadera y simple «actuación administrativa», pero no en cuanto encarne el *viejo poder ejecutivo*, expresión del Gobierno y de la política.

5. Podría parecer paradójico que los Tribunales controlen un producto típico de la política, como es la potestad reglamentaria, y en cambio acuerdos, decisiones o actuaciones —al ser *función ejecutiva* en el sentido anteriormente mencionado, es decir, política— quedarían al margen del control judicial. Sin embargo, se puede salir al paso de esta observación notando que, salvo los Reglamentos *praeter legem*, los demás se elaboran en virtud del marco más o menos amplio que fija la ley; por lo tanto, hay un punto de referencia para una fiscalización judicial de dicha norma reglamentaria (11). En segundo lugar, la fiscalización judicial de Reglamentos es más el ruido que las nueces, y aunque en España es de los pocos países en que existe la impugnación directa abstracta de las disposiciones administrativas, el resultado es bastante estéril al respecto. Quien mucho abarca, poco aprieta. Donde la fiscalización judicial es realmente eficaz es en la resolución administrativa concreta, donde el Juez pone en juego no solamente la norma reglamentaria que le sirve de sustento a dicho acto, sino también la legislación, los principios generales del Derecho y todo el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto. La declaración de nulidad de los Reglamentos a través del control abstracto por parte de los Jueces es excepcional, aunque en ocasiones resulte espectacular, sobre todo con un nuevo orden constitucional.

6. El resultado es que se desgaja de la actuación del Consejo de Ministros, de los Ministros y de ciertas autoridades inferiores, de Gobiernos regionales y locales, una «actuación» que no es estrictamente «administrativa», sino *ejecutiva* en el sentido del *viejo poder ejecutivo*, es decir, una actuación política y por ello *discrecional* y no sometida al control de los Jueces (art. 106.1) (12). En esta «función ejecutiva» tendríamos la verdadera discrecionalidad porque en ella se plasma la capacidad de iniciativa, de libre configuración que tienen los poderes públicos. La

(11) Y esto sea dicho de paso: la Constitución preceptúa un simple control de la potestad reglamentaria por parte de los Tribunales frente a un mucho más intenso control de la «actuación administrativa»: su legalidad y su sometimiento a los fines que la justifican (108.1 C.E.).

(12) Nada tiene que ver esto con los clásicos *actos políticos del Gobierno* que siguen siendo perfectamente vigentes e infiscalizables por los Tribunales por mandato legal, que abarcan desde la declaración de relaciones diplomáticas hasta la disolución de la Cámara pasando por las más importantes decisiones económicas y financieras (art. 2, b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa).

gama de estos posibles actos es infinita y, desde luego, constituyen los más importantes y trascendentales para la comunidad nacional, regional o local: desde la fijación de zonas de desarrollo económico, establecimiento de líneas de crédito, creación de servicios de prestación social, construcción de obras, adquisición de suministros hasta la erección de un monumento conmemorativo o el cambio del nombre de las calles, pasando por la fijación de parques y jardines, campos de deportes, depuración y aprovechamiento de aguas residuales, ferias, mercados, exposiciones, etc.

No importa que formalmente, en el sistema español, todo acto jurídico que adopte la forma de Decreto, Acuerdo del Consejo de Ministros, Orden, Resoluciones, Acuerdos de órganos colegiados, etc., pueda ser impugnado en vía contencioso-administrativa por ser todos ellos Actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, o disposiciones de categoría inferior a Ley; se impone aquí una comprensión institucional del problema, y distinguir lo que es *función ejecutiva discrecional* de la mera «actuación administrativa», que aplica y ejecuta las normas preexistentes, con su delimitado supuesto de hecho y consecuencia jurídica, otorgando o denegando derechos subjetivos (13).

7. Hay un tema donde aparece con claridad este problema: se trata de la *demarcación o fijación de límites entre los pueblos* (agregación, segregación, unión). La jurisdicción contencioso-administrativa creada por las leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845 en los Consejos Provinciales y en el Consejo Real (después, Consejo de Estado) no incluyó como materia susceptible de impugnación contenciosa la alteración (unión, segregación, agregación) de términos municipales, pero sí el *deslinde* de los términos correspondientes a los pueblos y ayuntamientos, por considerar que aquí estaba en juego la «utilidad y conveniencia pública, variable (s) según las circunstancias y cuya apreciación corresponde a la Administración activa», ya que esta materia envuelve «cuestiones de orden público», que se deben resolver «teniendo presente tan sólo razones de conveniencia» (por ejemplo, Sentencia de 11 de noviembre de 1848 ó de 23 de mayo de 1849). Bajo el sistema de cláusula general de la ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888, texto de 22 de junio de 1894, que sólo utilizaba como criterio para hacer o no una cuestión susceptible de ser impugnada contenciosamente, su carácter *reglado o discrecional*, no dudaron los Tribunales en calificar de plenamente contenciosas todas las materias de *deslinde*, mientras que

(13) Cfr. este resultado con lo escrito hace más de catorce años sobre esta cuestión; vid. aquí *supra* 1, 1 a 4.

las resoluciones dictadas en los expedientes de segregación o agregación «corresponden en último grado a las exclusivas facultades de gobierno del Poder Ejecutivo», concluyendo que «por no vulnerar derechos particulares preexistentes están excluidas del conocimiento de ese Tribunal» (entre muchas, la Sentencia de 7 de marzo de 1897).

Por último, el sistema de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que rechaza el burdo dualismo de dos bloques, por un lado los actos *discrecionales* y por otro los actos *reglados*, afirmando que en todo acto existen elementos reglados, permitió que finalmente los Tribunales de lo contencioso conociesen plenamente de la resolución —normalmente por Decreto del Consejo de Ministros— de los expedientes de alteración de términos municipales. Pero aquí la solución no podía ser otra que la afirmación reiterada de los Tribunales de que el Gobierno posee en esta materia no ya una «laxitud o amplitud interpretativa» de los criterios legales —«necesidad o conveniencia económica o administrativa»— que fundamentan la resolución de estos expedientes, sino que el Tribunal declara sin tapujos que estamos ante un margen «de pura discrecionalidad» (entre muchas Sentencias: 9 de mayo de 1957, Az. 1454, 18 de marzo de 1959, Az. 1387, 1 de abril de 1976, Az. 2195, 3 de noviembre de 1978, Az. 4019). En una palabra, se confirma aquí que estamos ante una facultad ejecutiva discrecional en el sentido que se ha desarrollado anteriormente, y no ante la típica «actuación administrativa»: la primera está sometida a la fiscalización del Tribunal en sus aspectos externos (fundamentalmente el procedimiento, por cierto que esto también lo hacían los Tribunales bajo el sistema de Ley de 1888-1894), mientras que la segunda está sometida al pleno control del Tribunal contencioso-administrativo.

Este es un buen ejemplo de la hegeliana «astucia de la idea»: la relación Tribunal contencioso-alteración de términos municipales, permanece esencialmente igual, pese a las diferentes leyes regulando la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV. «ACTUACION ADMINISTRATIVA» (ART. 106.1 C.E.): CONTROL JUDICIAL INTEGRAL

1. Si se recapitula lo dicho hasta aquí, obtenemos los siguientes resultados:

a) La existencia de los clásicos actos políticos del Gobierno con más o menos matices sigue siendo indiscutible.

b) La verdadera discrecionalidad de la Administración como actividad libre y creadora, expresión de la prerrogativa de intervención y conformación de la realidad social, se encuentra en un aspecto de la *función ejecutiva* que ejercen todos los poderes públicos, desde el Consejo de Ministros hasta los Alcaldes y que es diferente de la «actuación administrativa» (arts. 97, 2ª frase, 106.1 de la Constitución Española).

c) En esta *función ejecutiva* resuena el viejo concepto de *poder ejecutivo* que abarcaba tanto al Gobierno como a la Administración.

d) La expresión de esta *función ejecutiva* en formas jurídicas como Decretos, Ordenes, Acuerdos, etc. supone que dichos actos como actos de la Administración sujetos a Derecho Administrativo, son formalmente impugnables en vía contenciosa, pero aquí los Tribunales no ejercen un control, como ocurre en el caso de la *actuación administrativa*, sino tan sólo fiscalizan los aspectos externos (procedimiento, competencia).

2. El contrapunto de estos resultados es, naturalmente, que la estricta «actuación administrativa» que supone la aplicación de la norma —delimitado supuesto de hecho y consecuencia jurídica— a los casos concretos, denegando y otorgando derechos subjetivos, está sujeta al pleno control de los Tribunales. Poco importa aquí que la norma contenga cláusulas generales en el supuesto de hecho, conceptos normativos vagos e imprecisos, verbos o expresiones como «podrá», «según lo estime conveniente», «potestivamente», «discrecionalmente»; en todas estas actuaciones administrativas que terminan en una denegación u otorgamiento de un derecho subjetivo a un ciudadano, no existe el más mínimo ámbito o reducto propio de apreciación libre por parte de la Administración, protegido por una supuesta «discrecionalidad técnica» u otra zarandaja semejante. *Todas las ponderaciones administrativas sobre el interés público, las circunstancias del caso, etc.; están sometidas al control pleno e integral por parte de los Jueces de lo contencioso-administrativo.* Los razonamientos, motivos, consideraciones que han llevado a la Administración a otorgar o denegar un derecho subjetivo en un caso concreto, tienen que ser racionales, sometidas a la sana crítica, a la lógica, de manera que el Juez de lo contencioso pueda mentalmente seguir el argumento del órgano administrativo: si no lo puede hacer, está constitucionalmente obligado a anular el acto. Ningún acto administrativo otorgando o denegando un derecho subjetivo queda libre de la íntegra fiscalización por parte del Juez, cualquier que sea la formulación que contenga la norma para su aplicación. El fundamento de esta tesis se encuentra en el art. 106.1 de la Constitución y de los principios inmanentes a un Estado

de Derecho que somete la actuación administrativa «a la Ley y al Derecho» (art. 103.1).

3. A este resultado se pueden hacer las siguientes apostillas:

a) El análisis de la *estructura lógica de la norma* con sus diferentes posibilidades (más o menos determinación del supuesto de hecho, y existencia o no de discrecionalidad de actuación o de elección) permite situar institucionalmente el control de los Tribunales —que siempre será íntegro sin respetar ningún ámbito propio de la Administración— en su justo término, según el tipo de norma jurídica: en un caso será total en cada elemento normativo, mientras que en otro consistirá fundamentalmente en comprobar la razonabilidad y satisfactoria motivación para la sana crítica de la decisión administrativa.

b) En un Estado de Derecho fundamentado en los principios de *legalidad, previsibilidad, mensurabilidad, seguridad*, se plantea la constitucionalidad de multitud de disposiciones legales y administrativas, cuya redacción viola estos principios al no contener criterios suficientemente explícitos, para la denegación u otorgamiento de derechos subjetivos, produciendo una inseguridad jurídica en el ciudadano y una excesiva carga en el control judicial. Sin más valor que el de un ejemplo, el artículo 82 del Reglamento sobre armas y explosivos anteriormente citado (*supra*, III n° 2), suponía en realidad una prohibición general con autorización «discrecional». Dejando de lado que esto solamente se puede hacer por Ley y no por Reglamento, la norma debería especificar los criterios para ese otorgamiento «discrecional», que permitiría un control tanto administrativo como judicial más satisfactorio, impidiendo arbitrariedades y favoritismos.

4. Las consecuencias prácticas de este planteamiento quizá no sean tan grandes como a primera vista pudiera pensarse, al compararse estas afirmaciones con las tesis defendidas por aquellos que, en general, mantienen que la norma otorga a la Administración una autorización o delegación para otorgar o denegar «libremente» derechos subjetivos. Aun partiendo de la postura aquí mantenida, de cien actos administrativos que fuesen sometidos a control, la inmensa mayoría serían probablemente confirmados, porque el Juez podría sin dificultad llevar a cabo el proceso mental que condujo a la decisión administrativa impugnada. La trascendencia, sin embargo, teórico-estatal es enorme: el estilo y el ambiente jurídico público de una comunidad estatal en la cual rige el principio de que el ciudadano tiene el derecho de pedir al Juez —y éste el deber de hacerlo— el control integral de cualquier denegación u otorgamiento de

derecho subjetivo que le afecte, son radicalmente diferentes de aquella comunidad en la que rige el principio de ámbitos propios y exentos al control judicial en la actuación administrativa.

V. CONCURSOS DE MERITOS ENTRE CATEDRATICOS Y AGREGADOS: EL TRIUNFO DE LA DISCRECIONALIDAD

1. Como colofón de estas observaciones que hubiesen querido ser mucho más matizadas y rigurosas conviene hacer referencia a una cuestión de cierta trascendencia académica. Se trata de la resolución de los concursos de traslado entre Catedráticos y acceso entre Agregados al Cuerpo de Catedráticos. El art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre normas para la provisión de cátedras vacantes dice lo siguiente:

«La referida Comisión especial deberá emitir propuesta razonada, apreciando conjuntamente los méritos de los concursantes, tanto en lo que se refiere a su antigüedad en el escalafón como en lo relativo al tiempo de servicio efectivamente prestado en la Cátedra o en aquellos servicios que llevan consigo la excedencia especial, así como lo que toca a su labor docente, pedagógica, investigación y otros trabajos científicos en la disciplina, que es objeto de la Cátedra que va a cubrirse y, en su caso, la superioridad del título académico».

Si se desglosan los criterios que deben presidir la propuesta razonada sobre un determinado candidato, se obtiene:

— Antigüedad en el escalafón.

— Tiempo de servicio efectivamente prestado en la Cátedra (incluyendo servicios que llevan consigo la excedencia especial): es evidente que este criterio no coincide con el anterior, ya que el candidato ha podido estar mucho tiempo en situación de excedencia voluntaria o supernumerario.

— Labor docente y pedagógica (aquí fundamentalmente se tendrá en cuenta la carrera docente tanto como Catedrático como Profesor Adjunto o Ayudante, el carácter, dedicación plena o exclusiva, los programas de la asignatura, etc.).

— Labor de investigación y otros trabajos científicos (aquí, fundamentalmente, la Ley está pensando en las publicaciones, en las que se

materializa esa labor de investigación).

El art. 6° del Decreto de 8 de mayo de 1969, que reguló los concursos para cátedra entre Agregados, establece en su artículo 6°:

«El Tribunal deberá emitir propuesta razonada por escrito apreciando conjuntamente los méritos de cada concursante en lo relativo al historial universitario, trabajos realizados y labor pedagógica en la disciplina...»

La Orden del 19 de mayo de 1969 y la de 6 de mayo de 1975, añadieron:

«...se considerará como mérito especial el tiempo de permanencia activa en dicho cuerpo de Profesores.»

No olvidando que cuando se dicta este Decreto de 8 de mayo de 1969 era necesaria una permanencia de por lo menos cinco años de servicio activo como Profesor Agregado para poder acceder a Catedrático, los criterios entre su art. 6 y el mismo número de la Ley de 24 de abril de 1958, son evidentemente idénticos: historial académico y antigüedad, labor docente y pedagógica e investigadora. El mérito especial de la permanencia activa para el supuesto del concurso entre Agregados para acceder a Catedrático tenía su explicación en el requisito originario, anteriormente mencionado, de los cinco años de permanencia en el servicio activo como Profesor Agregado para participar en el concurso.

2. El Tribunal Supremo en varias ocasiones y en Sentencias muy notables dejó bien claro que el mandato legislativo o reglamentario de emitir «propuesta razonada» por escrito *apreciando conjuntamente* los méritos de cada concursante, de ningún modo supone una *apreciación genérica y global* del conjunto de los méritos (sin especificar), sino que es preciso valorar *individualmente* cada uno de los criterios valorativos. Y dicha valoración individualizada y concreta debe *consignarse en la motivación* del acto que no puede consistir en ningún modo en meras afirmaciones *vagas y genéricas* (Sentencias de 31 de marzo de 1966, Az. 1927, 21 de marzo de 1968, Az. 4129, y 22 de diciembre de 1975, Az. 4745). Estas exigencias jurisprudenciales en la aplicación de esta normativa no son más que producto de una comprensión racional y sana de lo que es un concurso de méritos, porque de otra manera es mejor eliminar cualquier norma que fije criterios para la resolución de un concurso, y decir sencillamente que el Tribunal o Comisión encargado de resolver el concurso, lo haga según le parezca conveniente.

3. Cuando la competencia para resolver los posibles pleitos pasó del Tribunal Supremo a la Audiencia Nacional, con ocasión de la creación de este órgano jurisdiccional (Decreto-ley 1/1977 de 4 de enero), una primera Sentencia de este Tribunal de 14 de noviembre de 1978 —sobre un concurso de traslado entre Catedráticos— dio lugar a pensar que se iba a seguir la misma concepción jurídica (recogida esta Sentencia casi todos sus considerandos en este libro, cap. 8º, «Los hechos como presupuesto...»), al final de este subepígrafe).

Efectivamente, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional declara que:

«...el ámbito de la revisión jurisdiccional no queda limitado al examen de la legalidad extrínseca del acto combatido, sino que trasciende del mero control de la legalidad del procedimiento y da alcance a todo su contenido...»

Y más adelante, al comentar el art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958, la Sala indica:

«...(su) simple lectura y sin mayor esfuerzo cabe deducir que la discrecionalidad técnica que se confiere a la Comisión especial tiene una cierta medida, que no se reconoce una discrecionalidad pura y absoluta y no tal y sin más, lo que permite al titular un control judicial de la misma porque, aunque haya una sola apreciación conjunta en ella hay que integrar valores muy diversos: los unos de naturaleza objetiva y previamente determinados como la antigüedad en el escalafón, otros, de apreciación subjetiva como el valor de los trabajos científicos en la disciplina, pero siempre a través de una razonable ponderación, lógica, que impida que el criterio último de juridicidad consista en aquel único juicio subjetivo, esto es, hay una cierta parcela reglada como en toda facultad discrecional ocurre, que no impide el control, aunque lo pueda dificultar...».

Frente a una interpretación que pretendiese diluir cada uno de los criterios del art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958, anteriormente reseñados, en la «apreciación conjunta», la Sentencia resalta los diversos y diferenciados valores que existen en dicha apreciación, unos objetivos y otros subjetivos, exigiéndose en su integración una «razonable ponderación lógica», para impedir que el criterio subjetivo se convierta en el único. En otro Considerando, más adelante, la Sentencia se refiere todavía con más precisión a ese juego entre la apreciación conjunta y los diversos criterios señalados en la Ley, porque es un hecho que frecuentemente

las comisiones especiales han pretendido bajo el recurso a la «apreciación conjunta», imponer un simple *acto de voluntad* en el que no existe en absoluto ninguna consideración y ponderación de los criterios exigidos por la Ley, para fundamentar la propuesta razonada que haga la Comisión. En este sentido la Sentencia sale al paso con una afirmación de gran trascendencia al enfrentarse con la *alegación del recurrente según la cual la motivación del acto impugnado, es incorrecta e indebida, siendo la conclusión que al no ajustarse a las bases del concurso, se produce una concreta vulneración de la Ley de 24 de abril de 1958*. Pues bien, en este punto dice la Sentencia:

«Cuestión que merece nuestra preferente atención, como punto decisivo que es, y que acometemos afirmando que la obligada apreciación conjunta de méritos exige previamente un análisis y ponderación por separado y singular de cada uno de ellos, no como si constituyeran una serie de sumandos que determinarían fatalmente un resultado final, puesto que no existe previo baremo, sino como datos imprescindibles de los que partir, que es imposible ignorar en su propio valor, para realizar después una cuidadosa ponderación conjunta de los méritos alegados; y por ello se impone su análisis por separado, para saber la cantidad y calidad de los méritos, determinantes, en cierta medida, a través de la técnica de la valoración conjunta, del resultado final, en una operación lógica, de conjunción, enlace y combinación de elementos».

La apreciación conjunta, pues, no puede ser una excusa para no valorar cada uno de los criterios, sino que éstos deben ser objeto de un análisis individualizado, y aunque no se sumarán uno a otro para fijar un *resultado final*, es evidente que dicho resultado estará determinado por una operación lógica, ponderada, de conjunción y enlace de los diferentes elementos en el que consistirá esa apreciación conjunta. Esa apreciación conjunta deberá ser, pues, lógica y ponderada, con lo cual es bastante irreal aceptar, por ejemplo, que un candidato aventaje a otro en todos los criterios y que, sin embargo, no sea propuesto. La apreciación conjunta, pues, no puede *desvirtuar* o estar *en contradicción* con la valoración que se ha hecho de cada uno de los criterios en cada uno de los candidatos, porque la propuesta debe ser razonada, y difícilmente hay razonamiento cuando la elección recae sobre un candidato que es inferior a otro en la mayoría de los criterios, salvo una ponderada y lógica argumentación.

4. Pues bien, en Sentencias posteriores la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha cambiado radicalmente su criterio. Por ejemplo, en la Sentencia de 2 de junio de 1980 (se trataba de

un concurso de acceso, sometido a las normas anteriormente expuestas de 8 y 29 de mayo de 1969 y 6 de mayo de 1975), la Sala estimó adecuada a derecho la resolución del concurso en virtud de la siguiente motivación:

«...la mayoría del Tribunal estima que valorados conjuntamente los méritos de todos los concursantes en lo relativo al historial universitario, trabajos realizados y labor pedagógica en la disciplina, destaca el excelente historial de los Doctores propuestos, la especial calidad de su producción científica y la seriedad de su labor pedagógica».

Se habían presentado unos ocho candidatos y fueron elegidos dos, y por toda motivación la Comisión especial dio la arriba transcrita. Obviamente, aquí no existe motivación de ningún tipo, sino tan sólo se repiten los criterios legales de valoración que la normativa impone al Tribunal o Comisión Especial. Aquí, técnico-jurídicamente y para cualquier observador neutral, no hay ni rastro de una «propuesta razonada», valorando y ponderando los méritos de cada uno de los concursantes, y, además, tal como exigía la propia Sala en su Sentencia de 14 de noviembre de 1978, con un análisis «por separado y singular de cada uno de los méritos» (14).

(14) Las Sentencias sobre esta materia sólo pueden recurrirse en apelación, alegando desviación de poder (Ley Jurisdiccional 94.1 a) y 2); es por ello de temer que la línea jurisprudencial que se destaca en las páginas siguientes no será revisada por el Tribunal Supremo. De todas formas, la alegación de «desviación de poder» da pie para que la Sala V del Tribunal Supremo lleve a cabo una fiscalización general del acto impugnado, lógica consecuencia, y loable intento, de salvar el lecho de Procusto de tal alegación (vid. Az. n.º 454 de 1983; muy lúcida la expresión: «... se impone, pues, en el presente caso un detenido análisis de la desviación de poder a través de diversos aspectos... configurados como infracciones de procedimiento» que han podido servir «de apoyo para que la Administración... no haya cumplido el fin específico que le exige el ordenamiento jurídico que no es otro que el de la provisión de la Cátedra en cuestión por el más idóneo de los concursantes admitidos por reunir los requisitos legales»). La Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 1980, citada en el texto, fue recurrida, ya que se alegó desviación de poder al proponer la Comisión o Tribunal Especial como Catedrático a un Agregado que se encontraba en «excedencia especial»: lo cual parece, razonablemente, un contrasentido institucional. El Tribunal Supremo declaró, sin embargo, la inexistencia de tal desviación de poder (Az. 6669, de 1982); la Audiencia Nacional, por su parte, tampoco habrá apreciado este vicio, pero dejó dicho que «todo lo más que podría discutirse es acerca de si quien está en tal situación impide la participación en el Concurso e imposibilita, consiguientemente, el acceso a la Cátedra». Así, pues, se deja entrever la posible ilegalidad de la actuación por una incorrecta «aplicación de normas que rigen la materia», pero esto nada tiene que ver con el «indebido ejercicio de potestades administrativas», es decir, con la desviación del poder. Con todo respeto, esta argumentación o concepción de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional supone una notable limitación del control judicial de la actuación administrativa.

5. En la Sentencia de 4 de febrero de 1983, la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional se encontró con un Acta del Tribunal o Comisión Especial, que resolvía otro concurso de acceso, más detallada, pero en la que tan sólo se hacía referencia a algunos de los candidatos y no a todos (la norma dice apreciar los méritos de *cada concursante*). Pero, además, la motivación de la mayoría de la Comisión para proponer a uno de los candidatos no suponía una propuesta razonada, sino tan sólo un acto de voluntad:

«...la mayor antigüedad de éstos (se refiere a otros candidatos) no alcanza a compensar la mayor calidad científica y número de publicaciones del Dr... que estiman los proponentes que es la más relevante de todos los concursantes».

Ni el propuesto tenía más publicaciones, lo cual era fácilmente comprobable en la Hoja de Servicios, con la adjunta relación de publicaciones y la mayor calidad científica tendría que ser explicitada de alguna manera. Todo esto con más razón cuando el candidato propuesto era autor tan sólo de un libro —una coyuntural monografía sobre Derecho Urbanístico—, mientras que alguno de los candidatos postergados era autor de tres monografías de historia y de dogmática jurídica sobre la materia, editor de repertorios legislativos, traductor de obras extranjeras con una superioridad abrumadora en la diversidad y cantidad de sus publicaciones sobre el candidato propuesto, y en su trayectoria académica. Amén de que la norma exige tener en cuenta no la antigüedad, sino la permanencia activa en el Cuerpo, el historial universitario (desde cuando se es ayudante, qué cargos se han ejercido en la Universidad, la dedicación, los estudios en el extranjero, etc.) y la labor pedagógica (programa publicado o impartido por el candidato, tipo de exámenes, clases prácticas y seminarios, etc.), todo lo cual, naturalmente, estaba acreditado de forma diferente, con mayor o menor extensión por algunos de los candidatos, en sus correspondientes Memorias y documentación adjunta.

Pues bien, la Sala da por buena esta motivación y en este contexto se permite decir que el Tribunal que resolvió el concurso actuó de acuerdo a Derecho, ya que:

«...está dentro de las facultades regladas, aunque discrecionales del Tribunal para decidir analizando los méritos de cada concursante».

Evidentemente, esta frase no se entiende: algo no puede ser reglado y discrecional al mismo tiempo. Y, en segundo lugar, la Sala de la Audien-

cia Nacional rechaza cualquier posibilidad de modificar la motivación dada por el Tribunal o Comisión especial, ya que considera que hay un «estudio y valoración minuciosa de los méritos, tal como consta en el Acta», lo cual realmente es difícil de aceptar tras lo dicho anteriormente, concluyendo la Sala que carece de consistencia la pretensión de que:

«...la Sala sustituya el criterio científico y especializado del Tribunal por el suyo propio... sin una base firme que demuestre el error del Tribunal que resolvió...»

Dejando de lado la falta de precisión de la argumentación de la Sala, es evidente que aquí estamos ante una clara autorrestricción del control jurisdiccional, porque éste no puede anular el acto administrativo —la llamada propuesta razonada— sólo cuando encuentre un error. El Tribunal de lo contencioso está obligado a comprobar si se ha llevado a efecto por el Tribunal o Comisión Especial la valoración por *separado* o *singular* de cada uno de los méritos o requisitos que exige la norma, de cada uno de los concursantes, para asegurar que la *apreciación conjunta*, al integrar valores muy diversos, lo ha hecho a través de una *razonable ponderación lógica*, de manera que se impida que el criterio último sea un *único juicio subjetivo*. Así, la Sentencia anteriormente transcrita de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1978, y así el sentido común y una racional comprensión del control de los Tribunales de la «actuación administrativa».

6. En la Sentencia de 31 de octubre de 1984, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional tuvo que resolver un concurso de traslado entre dos Catedráticos en el que el Tribunal o Comisión Especial que lo resolvió propuso a un candidato en virtud de la siguiente fundamentación:

«Atendiendo al conjunto de los criterios que se establecen en la Orden (esto es un error, quiere decir Ley, vid. supra aquí n.º. 1) de 24 de abril de 1958 y además por ser el único candidato que ha sido profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid durante varios años».

Esta propuesta viola el art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958 porque no hay una valoración separada y singular de cada uno de los méritos o criterios valorativos, sino una remisión genérica a dicha norma, quedando oculto cuál ha sido el procedimiento racional y lógico a través del cual los mencionados señores han llegado a la conclusión de que el candidato propuesto era superior al postergado; este proceder está en la

antípoda de las determinaciones jurisprudenciales, bien expresas, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en su sentencia de 1978 (aquí *supra*, números 2 y 3).

Para hacernos una idea de la gravedad de esta cuestión hay que subrayar: el candidato postergado tenía una *antigüedad* superior en nueve años al propuesto; en cuanto al tiempo de *servicio efectivamente prestado* en la Cátedra, el candidato postergado tenía cinco años y cuatro años y un mes como supernumerario, mientras que el propuesto ni un día había prestado los servicios en su Cátedra, sino que había pasado a la condición de supernumerario inmediatamente; en cuanto a la *labor docente y pedagógica*, al candidato postergado tenía seis años más, habiendo ejercido, además, el cargo de Decano. En cuanto a la *labor de investigación* y otros trabajos científicos, que frente al dato objetivo y cuantificable de los elementos anteriores sería susceptible de una valoración propia y técnica de la Comisión, consta en el Acta que:

«...no se ha hecho ningún comentario sobre que la calidad de los trabajos de los aspirantes fuese superior uno al otro...»

La Comisión, pues, renuncia aquí a ejercer ese supuesto derecho propio e insustituible de valorar los méritos científicos; en esta cuestión, sin embargo, era un dato objetivo que el candidato postergado presentaba 24 publicaciones (una monografía, dos folletos publicados independientemente, dos libros colectivos dirigidos por él, y el resto artículos de revistas); el candidato elegido: 11 publicaciones, dos en prensa, pero ningún libro.

Este es un resultado extraordinario al que conduce esta línea jurisprudencial: de acuerdo con la Ley, un candidato es superior a otro en todos los criterios, y en el único elemento susceptible de una valoración de la Comisión, ésta no se pronuncia. Sin embargo, se resuelve el concurso de méritos a favor del segundo. Además, la Comisión se inventa un criterio en el que parece fundamentar su decisión: el candidato propuesto había sido Profesor en el Centro al que pertenece la vacante objeto de este concurso. No hay ni una norma sobre el concurso de traslado o de acceso entre Profesores que considere un mérito haber sido durante años ayudante o adjunto de la Universidad en la que se quiere cubrir la vacante de Cátedra.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, al resolver este recurso, deja bien claro que el art. 6 de la Ley de 1958:

«...no significa que los miembros de dicha Comisión Especial hayan de hacer una puntualización por separado de cada uno de los elementos meritorios a tener en cuenta, y ni mucho menos reflejarlos en el Acta con esa separación valorativa, sino que, haciendo una apreciación conjunta de los criterios que dicha legislación establece, produce cada miembro también conjuntamente un juicio interno de valor que puede coincidir con un todo con los demás componentes de la Comisión Especial, produciéndose así una voluntad colegiada de éste...»

Esta afirmación está en la antipoda de la mantenida por el Tribunal Supremo y por la rotunda Sentencia de la Audiencia Nacional de 1978 (aquí, números 2 y 3), pero supone, sobre todo, confirmar la plena autonomía del *acto de voluntad* de los miembros de una Comisión o Tribunal Especial que juzga un concurso de méritos. La propuesta razonada valorando los méritos de cada uno de los concursantes ha sido sustituida por un *desnudo acto de voluntad* de un órgano colectivo que, diga lo que diga, actúa conforme a Derecho según esta línea jurisprudencial, en virtud de esa subjetiva apreciación conjunta. En un extraordinario procedimiento de metamorfosis, la superioridad en todos los criterios de méritos fijados por la Ley, que ostenta un candidato, desaparece ante la *apreciación conjunta* que hace la Comisión de los méritos del otro candidato. Aquí apreciación conjunta quiere decir sencillamente que la Comisión puede hacer lo que quiera, y por eso se puede hablar aquí del triunfo de la *soberanía* de las Comisiones que juzgan los concursos de méritos y del triunfo de la *total discrecionalidad*. El Tribunal de lo Contencioso renuncia a cualquier control serio de actuación administrativa.

Con qué precisión quería evitar este resultado la Sentencia de 14 de noviembre de 1978 de la Audiencia Nacional (vid. *supra* aquí, número 3): hay que valorar por separado y singularmente cada uno de los méritos; no, desde luego, para después sumarlos y obtener un resultado final, sino para saber su cantidad y calidad, porque esto va a determinar, evidentemente, el resultado que se hará a través de la valoración conjunta de todos los méritos «en una operación lógica de conjunción, enlace y combinación de elementos». Frente a esto, la línea jurisprudencial que se impone significa que lo blanco se hace negro, a través del poder tautomárgico de la apreciación conjunta de la valoración subjetiva de los miembros de la Comisión.

7. Y así, este proceso culmina en la Sentencia de 15 de enero de 1985 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. La Comisión o Tribunal Especial que había resuelto el concurso se reunió en determinada fecha, constandingo en el Acta que se «procede al exa-

men de los indicados informes de las documentadas solicitudes de los aspirantes», y a continuación transcribe literalmente las cuatro líneas del art. 6º. del Decreto de 8 de mayo de 1969 reiterado en la Orden del 29 del mismo mes (*supra*, aquí núm. 1). Pues bien, el Acta de la siguiente y última sesión de esta Comisión recoge que «tras un amplio cambio de impresiones en que cada miembro del Tribunal emite la opinión que le merece la labor de cada opositor, se considera que todos ellos están capacitados para ocupar las cátedras objeto de este concurso de acceso». Aquí tenemos el típico proceder criticado por la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (aquí, núm. 2), según la cual no es válida una apreciación genérica y global del conjunto de los méritos, sino que hay que hacer una valoración individualizada y concreta que quede consignada por escrito en el Acta.

Pero es que, además, ya no existe ni una valoración genérica de los candidatos propuestos, sino que tras ese «amplio cambio de impresiones» se procede a una *votación* que da lugar a elegir los candidatos. El concurso de méritos ha quedado sustituido por una simple *votación*, un crudo acto de voluntad que no se motiva ni se razona. El concurso de méritos se convierte en una oposición, pero sin ejercicios públicos. Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que esa propuesta razonada u opinión que tiene cada miembro de la Comisión de los diferentes candidatos, se concreta en el voto, que es por esencia el acto de más pura voluntad:

«...se pasó... por el Tribunal juzgador, como también consta detenidamente reflejado en Acta, a proceder a emitir su opinión respecto de cada opositor mediante el voto nominal que tales miembros del Tribunal realizaron como valoración de los antecedentes anteriormente estudiados...»

La evolución termina aquí: pocas veces se ha visto en la historia del Derecho una transformación tan notable del mandato legal que obliga a una propuesta razonada donde se aprecian conjuntamente los méritos de los concursantes, sin ser lícito utilizar apreciaciones genéricas y globales, sino que es obligado llevar a cabo un análisis y ponderación, por separado y singular, de cada uno de estos méritos, lo cual no supone que el resultado final sea una serie de sumandos, sino una ponderación conjunta de estos méritos analizados, que determinarán, a través de la valoración conjunta, el resultado final en una operación lógica, tal como ha destacado la jurisprudencia anterior. De esta decisión así formada y motivada, se ha llegado a la simple y cruda resolución del concurso de méritos por medio de una votación, sin ningún tipo de motivación, lo cual

consagra la total *discrecionalidad* de las Comisiones o Tribunales Especiales llamados a resolver concursos de traslado entre Catedráticos, y, hasta hace poco, de acceso al Cuerpo de Catedráticos.

8. Vienen ya de lejos los problemas que ha habido en España sobre la provisión de Cátedras; los Reyes Católicos en 1494, y después Felipe II, tuvieron que prohibir, y reiterar la prohibición, de «dádivas, sobornos y negociaciones» en el nombramiento de los Catedráticos. Independientemente de que las Sentencias anteriores, y todas las demás hayan sido justas, y que un control integral por parte de los Tribunales de lo contencioso hubiese confirmado la misma elección que llevó a cabo la Comisión o Tribunal Especial, lo importante es subrayar que el poder judicial quiere practicar aquí voluntariamente una auto-restricción en su facultad fiscalizadora. Esta postura no está de acuerdo con la Constitución, que otorga a los Tribunales la competencia de controlar la actuación administrativa (art. 101.1 C.E.).

Quizá con buen instinto los Tribunales en España no quieren entrar en este avispero de conflictos que surgen entre los grupos, grupúsculos, escuelas y demás, que existen en la Universidad. Es posible que esta actitud sea prudente, pero independientemente de los preceptos constitucionales que otorgan a los españoles una tutela efectiva, por parte de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses, de lo que hay que hablar es de la vida misma. Muy pocas posibilidades tiene el estudiante independiente, con una ética insobornable de vocación, y no de éxito, de encontrar la posición que merece en la Universidad española, dominada por el principio de la cooptación por y de la mediocridad. Pobre aspirante si tiene la desgracia de practicar una disciplina dominada por una escuela mayoritaria a la que no pertenece: tendrá que cambiar de asignatura o renunciar a ser él mismo. La falta de escrúpulos de los Tribunales de oposiciones y de concurso de méritos para apoyar al candidato predestinado no tiene límites.

En este panorama, que los Tribunales de Justicia reafirmen su plena competencia para el control integral de la resolución administrativa de cualquier concurso de méritos (dejamos ya como imposible el concurso-oposición), supondría una esperanza.