

acciones de condena (el demandado debe o bien obligarse a guardar silencio —en definitiva, emitir “un no hacer”—; o bien actuar en juicio, interponiendo la correspondiente demanda).

El segundo supuesto planteado por la autora hace referencia a las ejecuciones específicas con base en el art. 41 LH. Se reduce este tipo de ejecuciones al ejercicio de acciones de carácter real procedentes de derechos inscritos. Así, cuando el titular registral, es perturbado en su derecho, el Ordenamiento jurídico le faculta para iniciar directamente un proceso de ejecución sumario, en el cual existe, como es lógico, su mecanismo de defensa del ejecutado. En definitiva, el ejercicio de un derecho real con base en una calificación registral.

Por último la autora trata en la sección tercera de este capítulo un problema real que se produce en la práctica: no se debe confundir el expediente reparador del daño derivado de la imposibilidad “*in natura*” de cumplir una obligación específica con el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual conforme al art. 1.902 Cc. Si exigiéramos —como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo— al ejecutante que pruebe la existencia del hecho, el perjuicio y el nexo causal, ante una condena no dineraria de imposible cumplimiento, en la mayoría de los casos le dejaríamos insatisfecho en la tutela solicitada ante los tribunales y ganada en sentencia firme de condena.

En definitiva, y como corolario a la presente recensión del libro de la profesora Tapia Fernández, debemos decir que nos encontramos ante una gran obra, inédita en cuanto al tema, que constituirá, sin duda, un pilar básico en el cual debe apoyarse las futuras investigaciones que sobre el tema se realicen. Esto es, una obra que, aunque moderna en su concepción, debe ser considerada clásica para los estudiosos del Derecho procesal.

Carlos Gutiérrez González

ANTONIO MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.

Ciertamente, pocas cuestiones jurídico-administrativas pueden calificarse con tanta justicia de eternas e inacabables como los problemas que plantean los llamados poderes discrecionales de la Administración, aspecto fundamental de la vinculación de los poderes públicos a la norma jurídica; con parecidas palabras comienza el propio autor de este magnífico libro, originariamente tesis doctoral, justificando la elección de su tema. Por lo demás, las conclusiones que se obtie-

nen de la lectura de la minuciosa investigación de Antonio Mozo, no hacen sino confirmar aquél aserto.

Digamos ya que a pesar de su permanente actualidad y, consiguientemente, de la constante atención que la materia ha merecido a los especialistas del Derecho administrativo, estamos ante una aportación por muchas razones innovadora y en todo caso de obligado manejo para quien, a partir de ahora, pretenda acercarse al tema.

Creemos que, sin traicionar la unidad de propósito y los objetivos del autor, pueden diferenciarse en la obra tres partes desde el punto de vista sistemático; la primera (Capítulos I, II y III), dedicada al estudio del binomio actividad reglada - actividad discrecional de la Administración bajo la vigencia de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888, reformada en 22 de junio de 1894 (la "Ley Santamaría de Paredes"), siendo de esta última fecha también su Reglamento; legislación que, como es conocido, sólo permitía la fiscalización judicial de los actos administrativos cuando —además de otros requisitos— fuesen dictados en el ejercicio de "facultades regladas" (art. 1º de la Ley); de este punto, verdaderamente crucial para el devenir del control judicial de la Administración, arranca el análisis del Dr. Mozo Seoane, para comprobar el peso de semejante concepción en el sistema —es decir, en la formación del Derecho administrativo español— y la respuesta jurisprudencial a este rígido esquema legal.

Dos conclusiones, quizá, a destacar de esta rigurosa aproximación histórica: la concepción legal resulta radicalmente "formalista", lo que no quiere decir —como a veces se ha mantenido— que el control judicial esté limitado a "las formas" (competencia, procedimiento); la jurisprudencia española tuvo mayores logros fiscalizadores —¡olvidémonos de los socorridos "progresos" del Conseil d'Etat!— de lo que habitualmente se le ha reconocido.

La que podríamos llamar segunda parte (Capítulos IV, V, VI y VII), aborda el tema ya a partir de la vigente Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa, de 27 de diciembre de 1956, que supuso un cambio radical en la consideración del viejo dualismo potestad reglada - potestad discrecional, abandonando sencillamente la distinción como base del acceso jurisdiccional al control de la actuación administrativa; este trascendental avance, tan reclamado judicial y doctrinalmente, no hizo más que abrir nuevas perspectivas: si discrecionalidad no es sinónimo de inimpugnabilidad, es preciso sin embargo *definir*, delimitar el concepto de lo discrecional, puesto que en el viejo sistema —como en este trabajo demuestra cumplidamente— el criterio delimitador era puramente negativo (lo no reglado).

¿Qué es la discrecionalidad?, ¿cuándo actúa discrecionalmente la Administración?, ¿son realmente fiscalizables los "elementos discrecionales" de esta actuación?. Las respuestas que se dan a todas estas cuestiones son objeto de una consideración crítica en esta parte, que constituye por tanto, como puede adivinarse, el "grueso" del estudio.

Para centrar el tema, se estudia (Capítulo IV) de manera breve pero muy precisa el significado del Principio de legalidad de la Administración, con una visión claramente crítica del sentido que a este fundamental postulado se viene dando en la “doctrina dominante” —el de la denominada “positive Bindung”—, reclamando, por contra, el verdadero significado de aquél, expuesto hace más de diez años entre nosotros por Gallego Anabitarte (“Ley y Reglamento en el Derecho público occidental”, 1971); se exponen (Capítulo V) las posturas más destacadas de los autores españoles sobre el concepto de la discrecionalidad, con una muy especial atención a lo que se titula el “impacto” de la teoría de los conceptos jurídicos —normativos, prefiere decir el autor— indeterminados, doctrina que sin duda ha polarizado modernamente los intentos de precisión de lo que sean las facultades discrecionales, sin conseguir, sin perjuicio de su virtualidad, clarificar totalmente la cuestión precisamente en los casos extremos —o “supuestos límite”— de indeterminación (valoraciones, por ejemplo), que son los más necesitados de esa clarificación. Todos estos problemas son recogidos también en su reflejo jurisprudencial (Capítulo VI), con la solución que desde su insustituible visión “tópica” ofrecen los jueces; con todo este bagaje, en el que desde luego no faltan apuntes críticos, el autor afronta su propia concepción del tema (Capítulo VII), a la que después nos referiremos en sus líneas esenciales.

Hasta aquí lo que, siguiendo una terminología también aceptada por Mozo, podemos llamar la “delimitación formal” del concepto de discrecionalidad; el lógico colofón a este desarrollo lo constituye el denso y extenso último Capítulo (VIII), dedicado a la “delimitación material”, esto es, a las técnicas específicas de control de las potestades administrativas de contenido discrecional, “a cuyo servicio están —se nos dice— los demás aspectos del tema”: sería, en nuestra particular sistematización, la tercera parte, si bien claramente unida por su objetivo a la anterior. Los medios de fiscalización analizados son los clásicos: desviación de poder, control de los hechos determinantes y principios generales del Derecho, en una perspectiva, como no podía ser menos, preferentemente jurisdiccional, quiero decir, más apegada si cabe a la estricta disección de la doctrina jurisprudencial en su principal tarea de sujetar a la Administración dentro de los límites de la legalidad; en este sentido, resulta muy interesante el “ataque” que se plantea, frente a una arraigada línea judicial, contra la vieja técnica de la desviación de poder, de la que aquí se predica su naturaleza de “simple aplicación errónea o indebida de la norma”, postulando en consecuencia su abandono y clara superación por parte de los otros dos instrumentos fiscalizadores.

Así pues, nos encontramos ante una monografía francamente completa y sin duda enriquecedora para el debatido tema de la discrecionalidad administrativa; por lo pronto, viene a llenar un vacío: el de un estudio rigurosamente ceñido a la evolución del concepto en Derecho español en todas sus vertientes, para saber donde estamos y cómo hemos llegado, en una materia —como tantas otras, pero ésta especialmente— en la que hemos dependido en exceso de referencias foráneas, no siempre exactas cuando no claramente extrañas. Por eso, decía antes que el trabajo será de lectura imprescindible desde ahora para referirse al tema. Insustituible, desde luego, en el examen que realiza a la jurisprudencia: este

era —según reconoce el autor— el principal objetivo de la investigación y lo que, en efecto, marca la línea metodológica de la misma; son más de quinientas las sentencias estudiadas, minuciosamente desgranadas las más importantes de ellas, sobre los más diversos sectores de la actuación administrativa: policía en general, dominio público, concursos de méritos, exámenes y calificaciones académicas, transportes por carretera, derribo de fincas urbanas, contratación, urbanismo, régimen disciplinario..., ámbitos con tradicional presencia de facultades discrecionales más o menos reconocidas; no se trata, sin embargo, de una ordenación o sistematización de las resoluciones judiciales en las distintas materias, sino de su verdadero *análisis* en relación con el aspecto de la discrecionalidad que en cada momento interesa (manifestación, límites, concepto, alcance, fiscalización). Nada, pues, del tan habitual “estilo descriptivo”; muy al contrario, la exposición está llena de matices, incluso a veces resulta difícil de lectura —obliga, cuando menos, a un esfuerzo de atención— para ir atando cabos: gana, por contra, la riqueza de sugerencias.

Todo ese precioso material se recoge en un “Apéndice de jurisprudencia”, cronológico y sistemático; y aquí, sí, un amistoso reproche: la falta de remisión de las sentencias al lugar en que son estudiadas en el texto, lo que haría mucho más útil e interesante la recopilación.

La “tesis” del Prof. Mozo es, a la postre, la defensa de la discrecionalidad de la Administración, de su realidad jurídico-positiva y aún de su necesidad por el papel reservado a los órganos administrativos en el proceso de ejecución de la norma; a este resultado le conducen tanto su verificación del comportamiento judicial frente al actuar más o menos libre de la Administración como sus propias reflexiones teóricas sobre el problema; combate, por ello, las doctrinas que pretenden eliminar, todo ámbito o reducto de discrecional actuación administrativa, fundamentalmente en dos frentes: la doctrina de los conceptos normativos o jurídicos indeterminados, que no atrae a su campo a los supuestos de discrecionalidad, eliminándola bajo el postulado de la “unicidad de solución justa”, sino que justamente, y sólo, la delimita y rechaza como manifestación legal distinta, conferidora de una *expresa delegación* a favor de la Administración para actuar con cierto grado de libertad; y, como derivación de ello, la no consideración del *interés público* como un medio de control de la actividad discrecional, sino como el fundamento de ésta cuando la norma atribuye al órgano administrativo su conformación.

Toda la construcción se apoya, a su vez, en un método básico, común en la doctrina alemana sobre el tema y que aquí se incorpora: la *estructura lógica de la norma*, que se defiende como el único camino para comprender el problema de la discrecionalidad y sus manifestaciones; frente a la estructura del acto administrativo, que es el planteamiento habitual en la doctrina española, residuo del proceso de evolución de la lucha contra las viejas potestades discrecionales, inmunes, y cuyo lastre parece todavía pesar, según el autor, hasta el punto de llevar a identificar en el fondo discrecionalidad con inimpugnabilidad, cuando aquella opera, hoy, dentro de unos estrictos límites legales, por referencia a los cuáles es siempre controlable.

Sin duda, cualquier opción en este terreno seguirá siendo polémica. Aquí se elige una, y seguramente no la más cómoda.

En cualquier caso, a la vista de los resultados, hay que agradecer al Prof. Gallego Anabitarte, director en su día de la tesis doctoral y ahora prologuista del libro, que "embarcase" a su discípulo en tan difícil tarea, según nos cuenta en el Prólogo; prólogo que, por cierto, no solamente sirve de presentación al libro sino que contiene también unas muy interesantes propuestas sobre el tema del poder discrecional en el marco de la Constitución de 1978.

Angel Menéndez Rexach

LEYES CIVILES FORALES. Colección de Textos Legales, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1984, 6ª ed., 812 págs.

El presente volumen constituye una nueva edición (la 6ª) de las *Leyes civiles forales* que viene editando, dentro de la colección "Textos Legales", el Departamento de Programación Editorial del BOE. La presentación ha sido especialmente cuidada en lo que se refiere a su distribución, sumarios, texto legales, índices analíticos, etc. Un volumen, en suma, de muy fácil manejo y que reúne todas las características deseables en este tipo de ediciones.

Su contenido está integrado por los arts. 13 a 16 del Código civil, la Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, la Compilación del Derecho civil de Cataluña, la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, la Compilación del Derecho civil de Aragón y la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.