



## INFORME DE LA ASESORIA JURÍDICA DE [PIENSA] SOBRE DISCRECIONALIDAD, ARBITRARIEDAD Y ACTOS ADMINISTRATIVOS VERBALES

De todos es sabido que las administraciones públicas están sometidas a la Constitución, a la ley y al derecho (art. 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)).

El principio de legalidad es un principio constitucional básico que no debe ser eludido en ningún supuesto. La propia Constitución en su artículo 9.3 establece textualmente que *“3. La Constitución garantiza el **principio de legalidad**, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la **interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.**”*

Dice el DRAE de la ARBITRARIEDAD *“**que es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.**”*

Según el DRAE es DISCRECIONALIDAD *“**la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas**”,* es decir, que el acto administrativo será discrecional cuando exista cierto margen de libertad en la comprensión y posterior aplicación de una norma; cuando la norma jurídica prevea al menos dos posibles actuaciones sin que ninguna de ellas se imponga de forma obligatoria, o cuando la norma se limita a señalar determinados fines sin especificar los medios para alcanzarlos.

Por tanto, el fundamento de esta facultad administrativa está en la propia legislación, es decir, el acto administrativo, la decisión del órgano, tiene que tener un fundamento o una previsión legal (léase normativa).

La discrecionalidad no se entiende, por tanto, sin el principio de legalidad, y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia. Y, como consecuencia de la propia indefinición, el rasgo diferenciador de un

acto discrecional (en contraposición a la arbitrariedad, ajena al derecho) es la MOTIVACIÓN, la justificación de los motivos del acto; ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión.

Así, el art. 54.1 LRJPAC dice textualmente que, *“Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:...f) **Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.**”*

La diferenciación de ambos conceptos entronca directamente con la otra cuestión planteada: **LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS VERBALES.**

El artículo 55 de la LRJPAC, establece textualmente que *“1. **Los actos administrativo se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión**”*; es decir, que **la norma general es que los actos administrativos se produzcan por escrito**, ya que esas otras formas *más adecuadas de expresión*, se refieren a la expresión gráfica (símbolos y logotipos), contenida en el Decreto 245/1997, por el que se aprobó el Manual de Diseño Gráfico para aspectos puramente formales.

El propio artículo 55 comentado, prevé en su apartado 2 lo siguiente: *“En los casos en los que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, **la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede.**”*; conforme a ello, cuando un funcionario reciba una orden (de trabajo) verbal cuyo contenido se estime no conforme a derecho, se podrá solicitar por escrito la ratificación de la orden recibida, con la debida fundamentación legal de la misma.

Al hilo de lo anterior, cabría aclarar que, conforme a lo establecido en el artículo 98 de la **Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía**, *los órganos superiores y directivos de la Junta de Andalucía, impulsarán y dirigirán la actividad administrativa* mediante los siguientes instrumentos administrativos de relación y organización:

**2. Las circulares** son normas internas dictadas por los órganos superiores y directivos encaminadas a recordar a los órganos y unidades que de ellos dependen la aplicación de determinadas disposiciones o a establecer su interpretación a fin de que sean objeto de una aplicación homogénea en Andalucía.

**3. Las instrucciones** son normas internas dirigidas a establecer pautas o criterios de actuación por los que han de regirse las unidades dependientes del órgano que las dicta.



**4. Las órdenes de servicio** son reglas de actuación u órdenes específicas que se dirigen a un órgano jerárquicamente inferior para un supuesto determinado.

**5. Las circulares, instrucciones y órdenes de servicio** no serán objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, a excepción de los supuestos previstos en una norma o cuando así se decida por la persona titular de la Consejería correspondiente al estimarse conveniente su conocimiento por la ciudadanía o por el conjunto de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía.

A tenor de lo explicado, repetimos: **cuando un funcionario reciba una orden (de trabajo) verbal cuyo contenido se estime no conforme a derecho, se podrá solicitar por escrito la ratificación de la orden recibida, con la debida fundamentación legal de la misma.**

Sevilla, octubre de 2014.



MODELO DE SOLICITUD:

AL SEÑOR DIRECTOR DEL IES....., DON.....

(o AL SEÑOR INSPECTOR DE EDUCACIÓN, DON.....)

DON fulano de tal y tal, con D.N.I. núm. ----- y N.R.P. -----, perteneciente al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, con destino en el I.E.S. ----- de -----,

EXPONE:

Que habiendo recibido de Vd. la orden (indicación, o lo que constituya el acto administrativo en sí) de ----- (descripción de lo que se haya ordenado o indicado) de forma verbal, y entendiendo que ello implica la realización de una actividad (o función, o responsabilidad, ect.) a la que no estoy obligado, es por lo que, y de conformidad con el artículo 55 de la LRJPAC,

SOLICITA:

Que dicha orden sea ratificada por escrito con la debida fundamentación o motivación jurídica, entendiendo no recibida la misma, caso de no ser ratificada.

En ----- a ---- de ---- de dos mil ----.