



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE GRADO

Título
El control de la discrecionalidad
Autor/es
María Villoslada Gutiérrez
Director/es
Antonio Fanlo Loras
Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Titulación
Grado en Derecho
Departamento
Curso Académico
2012-2013



El control de la discrecionalidad, trabajo fin de grado de María Villoslada Gutiérrez, dirigido por Antonio Fanlo Loras (publicado por la Universidad de La Rioja), se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

MARÍA VILLOSLADA GUTIÉRREZ

Tutor

Prof. Dr. Antonio Fanlo Loras

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. EL CONCEPTO DE DISCRECCIONALIDAD ADMINISTRATIVA	3
2.2 Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados	7
2.3 Discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica.....	13
3. LÍMITES Y CONTROL DE LA DISCRECCIONALIDAD ADMINISTRATIVA	17
3.1 Límites de la discrecionalidad administrativa	18
3.2 Técnicas de control de la discrecionalidad administrativa	19
3.2.1 Evolución de las técnicas de control	19
3.2.2 El control de los elementos reglados: la desviación de poder	22
3.2.3 El control de los hechos determinantes	25
3.2.4 El control de los elementos discrecionales a través de los principios generales del Derecho 27	
a) <i>Principio de proporcionalidad</i>	28
b) <i>Principio de buena fe y confianza legítima</i>	31
c) <i>Principio de igualdad</i>	32
d) <i>Principio de interdicción de la arbitrariedad</i>	33
4. LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECCIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	36
4.1 Los presupuestos del debate.....	36
4.1.1 La legitimación de la discrecionalidad.....	37
4.1.2 El principio de legalidad del art. 103.1 C.E, el “judicialismo” del art. 106.1 C.E. y la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E.....	37
4.2 ¿El debate?	38
5. CONCLUSIONES	40
5.1 Breve recapitulación al hilo de la tan controvertida discrecionalidad técnica	40
5.2 Siguiendo la declaración de intenciones inicial.....	42
5.3 Desoyendo la declaración de intenciones inicial	43
BIBLIOGRAFÍA	45
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	47

1. INTRODUCCIÓN

Es difícil a estas alturas pensar que puede decirse algo original o útil sobre el poder discrecional de la administración, sobre todo si la labor que ahora me apremia no deja de ser un breve trabajo de investigación que sirve como punto final a los estudios de grado en derecho. No obstante espero no resulte baladí el objetivo que ahora me propongo, esto es, la sistematización de las opiniones doctrinales existentes sobre la discrecionalidad administrativa, que como tema central del derecho público¹ ha sido objeto de numerosos artículos, estudios y monografías, lo que si me permiten la feliz expresión, sirva de “coche escoba” para todos aquellos que se embarquen ahora en el estudio de una noción que el profesor LEGUINA² acertó en calificar como ambigua, cambiante y huidiza, que no se deja asir con facilidad y que parece desafiar con éxito asegurado todo intento de comprensión acabada y completa.

Siendo la discrecionalidad y su control por el poder judicial uno de los temas que han despertado mayor atención e interés entre los juristas, dando lugar a posturas tan opuestas que hace unos años hacía pensar que nos encontramos ante una polémica irreductible, resulta cuanto menos curioso que varios de los protagonistas de tan conocido debate hayan coincidido en replicar la expresión acuñada por HUBER³ cuando afirma que la discrecionalidad administrativa es “el caballo de Troya del Estado de Derecho⁴” y que por tanto es obligado reproducir antes de adentrarse en la precisión del concepto de discrecionalidad administrativa. No obstante debe prevenirse para aquellos escépticos que observen con temor que se atribuya a los administradores una

¹ SCHWARTZ se pregunta retóricamente en su *Administrative Law* ¿de qué trata el derecho administrativo sino del control de la discrecionalidad? Visto en GARCÍA DE ENTERRÍA *Democracia, jueces y control de la administración*, (Cizur Menor) Civitas, Navarra, 2009, pág. 47.

² LEGUINA VILLA en prólogo a *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, DESDENTADO DAROCA E., 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 29. Más en concreto la autora de la obra se refiere a la discrecionalidad como una realidad extraordinariamente escurridiza y compleja, cuyo estudio se ha convertido en una inacabada y quizás inacabable persecución del significado de un término de gran polivalencia y equivocidad.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo. Vol. I*, 15ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011, pág. 480, SANCHEZ MORÓN *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 92. BELTRAN DE FELIPE *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 21

⁴PAREJO en *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 pág. 277. asegura se explica que la discrecionalidad sea uno de los conceptos claves del Derecho administrativo en un Estado de Derecho dado que cada atribución de discrecionalidad a la administración pública representa la generación de un espacio de modulación de las exigencias propias del principio de legalidad de la actuación administrativa.

capacidad de decisión propia, que la discrecionalidad administrativa no es un elemento extraño ni opuesto al Estado de Derecho, y es a todas luces necesario⁵ para que la Administración pueda cumplir con la función de servicio a los intereses generales que se le ha encomendado por mandato constitucional, y es esta la postura que se mantendrá de ahora en adelante.

2. EL CONCEPTO DE DISCRECCIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Resulta imprescindible antes de adentrarse en la problemática de los límites de las potestades discrecionales y su control judicial intentar acotar el concepto de discrecionalidad administrativa, tarea para la que se va a prescindir, al menos en apariencia, de las aportaciones realizadas desde la Teoría General del Derecho⁶.

2.1 Potestades regladas y potestades discrecionales

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R *Curso de derecho administrativo. Vol. I...*cit. pág. 479 asegura que la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano y que este no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral. Es más, sería ilusorio pretender agotar el ámbito completo de la discrecionalidad.

⁶ El enfoque realizado desde esta disciplina se centra en el proceso de aplicación e integración del derecho desde un punto de vista más genérico. Por un lado desde el positivismo jurídico se asumía la discrecionalidad como un elemento inherente al proceso de aplicación del ordenamiento. KELSEN sostenía que la individualización del contenido de la norma al caso concreto es fruto de una decisión libre (discrecional) del órgano competente para aplicarla, tomada conforme a sus propios criterios morales y políticos y necesaria en la medida en que la norma carece de una capacidad de determinación plena. HART asumía la existencia de discrecionalidad como consecuencia, eso sí, de la vaguedad del lenguaje y de la incertidumbre que surge solo en algunas ocasiones en la interpretación de un concepto, en lo que él da en llamar casos difíciles, en los que es necesario acudir también a criterios extrajurídicos, dado que la solución no viene determinada por el ordenamiento (no dista esta concepción de potestad discrecional, salvando las distancias, de lo que sostuvo parte de la doctrina y jurisprudencia española hace un tiempo, teoría a la que parece se está volviendo, vid. Pág. 12 y 13 de este trabajo). Muy diferente fue la tesis mantenida por DWORKIN, para el que la discrecionalidad es un concepto relativo y no inherente a la aplicación del derecho, que depende en última instancia de determinadas normas o constricciones (sugiere como símil el agujero de una rosquilla, el espacio libre que las normas que dejan al titular de la potestad para tomar la decisión). Pueden encontrarse supuestos de discrecionalidad débil o fuerte en función de si el titular de la potestad de decisión debe tomarla conforme a criterios preestablecidos en el ordenamiento o criterios propios, entonces, entiende es erróneo afirmar la existencia de discrecionalidad (fuerte) en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por que la norma no regule todos los aspectos necesarios para la resolución del caso. El ordenamiento siempre proporciona una respuesta correcta, la más acorde con los propios criterios y principios que lo integran, siendo el margen de libertad que deja la norma al aplicador un mero espejismo si se vuelve la vista al conjunto del derecho. Pueden verse en cierto modo trazos de la tesis dworkiniana, con motivo del mecanismo de control de las potestades discrecionales a través de los principios generales del derecho. Sobre el particular DESDENTADO *Discrecionalidad administrativa...*cit. pág. 37 y ss.

La discrecionalidad administrativa surge como consecuencia de la regulación que la ley realiza de las potestades⁷ administrativas. Si la ley fija de manera agotadora todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo nos encontramos ante las llamadas potestades regladas, por el contrario, si se limita a fijar alguna de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, lo que es muy habitual⁸, remitiendo el resto a la apreciación o juicio de la Administración, hablamos de potestades discrecionales.

Esto supone que mientras en ejercicio de las potestades regladas la Administración se limita a constatar que se encuentra en presencia del supuesto de hecho definido en la norma y aplicar a tal efecto la consecuencia prevista en la ley mediante la técnica de la subsunción⁹, en el ejercicio de potestades discrecionales la Administración realiza una estimación subjetiva para completar los elementos predefinidos legalmente, esto supone atribuirle un margen de decisión para aplicar la ley en función de las circunstancias del caso concreto. En otras palabras, cuando las potestades que ostenta la Administración son regladas su margen de valoración es nulo, como ocurre por ejemplo en materia sancionadora, donde la constatación de la infracción debe seguirse obligatoriamente de la aplicación de la consecuencia dispuesta en la norma. Por el contrario, cuando la Administración ostenta potestades discrecionales sí que existe un amplio margen de valoración, como es el caso de la potestad reglamentaria, aunque para ser más exactos,

⁷ En palabras del profesor COSCULLUELA en *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. 23ª ed., Cizur Menor; Civitas, 2012, pág. 310. “*La potestad entraña, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado, no supone en ningún caso un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce*”. Algo que tendremos que tener presente posteriormente cuando hablemos del control por los tribunales tanto de las potestades regladas como de las potestades discrecionales. En cualquier caso conviene matizar que la discrecionalidad, en tanto en cuanto se trata de una potestad reconocida legalmente, es consecuencia de una decisión deliberada, de una remisión normativa consciente, como dice SANTAMARÍA PASTOR en *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pág. 338 “*la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere*”. En palabras del TS en STS 27 de marzo de 1984 “*la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto*”.

⁸ HARIOU M. escribió ya en 1903 que “*no hay actos discrecionales sino que existe un cierto poder discrecional de la Administración que aparece, en mayor o menor medida en todos sus actos y que consiste en la potestad de apreciar la oportunidad de las medidas administrativas*” apud BELTRÁN DE FELIPE *Discrecionalidad administrativa y constitución...*cit. pág. 22.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R. *Curso de derecho administrativo. Vol. I...*cit. pág. 478, califica esta operación como “automática”, matizando que los procesos interpretativos requiere habitualmente valoraciones que impiden utilizar con propiedad el término. En esta misma línea SÁNCHEZ MORÓN en *Derecho administrativo...*cit. pág. 92 denomina la tarea llevada a cabo por la Administración en estos casos como una pura ejecución.

debemos señalar que toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos reglados esenciales.

En puridad se debe hablar de elementos reglados, que están presentes en mayor o menor medida en toda actuación administrativa, y elementos discrecionales¹⁰. La discrecionalidad nunca es absoluta¹¹, como se predicaba antaño de los llamados actos políticos¹² o de gobierno, sino que será más o menos amplia en función de los elementos reglados configurados en la ley que atribuye esa potestad. Conviene traer a colación en este momento el preámbulo de la jurisdicción contenciosa administrativa de 1956 que establecía “*La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque (...) ha de referirse a alguno de los elementos del acto*” para a continuación admitir la impugnación jurisdiccional de los demás elementos del acto, esto es, los elementos reglados. Tesis¹³ que se reitera en la actual

¹⁰ Sobre el particular SANTAMARÍA PASTOR en *Principios de Derecho Administrativo General I...* cit. pág. 337 “*La discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio*” Establece una serie de elementos que son siempre reglados, a los que volveremos con motivo de la técnica del control de los elementos reglados, estos son; el hecho de la existencia de la potestad, el supuesto fáctico que legitima su empleo, la competencia y el fin de la potestad. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ T.R., op. cit. pág. 479, habla de cuatro elementos reglados en el ejercicio de toda potestad; su existencia, extensión, competencia para actuarla y la misión que se pretende alcanzar. Lo mismo LINDE PANIAGUA en *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4ª ed. Colex, Madrid, 2012, pág.273. COSCULLUELA en *Manual de Derecho Administrativo*, cit. pág. 318, afirma son siempre elementos reglados: la competencia del órgano que dicta el acto, el procedimiento para elaborarlo y aprobarlo, los hechos determinantes que posibilitan el ejercicio de la potestad y el fin, concretado en el interés público a satisfacer.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R op. cit. pág. 479 afirma que en aplicación del principio de mensurabilidad de todas las competencias públicas, la remisión de la ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial.

¹² STS de 26 de mayo de 1997 FJ 3 se pronuncia sobre la inexistencia de actos absolutamente discrecionales con motivo del recurso del acuerdo de una moción de censura interpuesta ante el presidente de un Cabildo Insular aun “*cuando se trate de actos políticos, la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obliga a asumir el control jurisdiccional, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política*” Un año después, con la promulgación de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa de 1998 se erradicó definitivamente la categoría de actos políticos por considerarla incompatible con el Estado de Derecho y con el art. 24 C.E. “*La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida «per se» del control jurisdiccional.*”

¹³ Sobre la evolución desde Reglamento de lo Contencioso-Administrativo de 29 de diciembre de 1890 (que reconocía la existencia de actos plenamente discrecionales ajenos a todo control judicial) hasta la vigente LJCA véase PARADA VAZQUEZ *Derecho Administrativo*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 105.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998 cuando puede leerse tras la afirmar que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos que anulen que “*esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales (...) mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad*” sobre lo que volveremos con motivo de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

También puede encontrarse en dicho preámbulo una definición de discrecionalidad administrativa “*la discrecionalidad administrativa surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún Órgano competencia para apreciar en un supuesto dado, lo que sea de interés público*”¹⁴”, aunque esa apreciación, que se realiza conforme a criterios extrajurídicos, como va a verse a continuación por contraposición con los llamados conceptos jurídicos indeterminados, consiste en una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles.

DESDENTADO¹⁵ agrupa la concepción de discrecionalidad que encontramos en el grueso¹⁶ de la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷, FERNÁNDEZ T.R., SANCHEZ MORÓN¹⁸, SANTAMARÍA PASTOR o PAREJO) como un fenómeno que se da como consecuencia de la relación entre la actividad administrativa y la ley¹⁹, así

¹⁴ El propio TS ha definido en ocasiones la potestad discrecional como la libertad de apreciación del interés general en cada caso concreto. Véase STS de 16 de julio de 1982. Ya desde antiguo muchos autores han definido la discrecionalidad en relación al interés general, entre otros GIANNINI, FORSTHOFF, HÄBERLE y con ciertas reservas NIETO, *apud.* BELTRÁN DE FELIPE op. cit. pág. 29. También MUÑOZ MACHADO remitiendo a lo dicho por los autores antes mencionados, define la discrecionalidad como la libertad para definir el interés general o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador; en *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, vol. I* 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, pág. 531.

¹⁵ DESDENTADO DAROCA E. *Discrecionalidad administrativa*...cit. pág. 54 y ss.

¹⁶ El traer a colación las definiciones aportadas por estos autores tiene su razón de ser en que fueron los protagonistas (T.R. FDEZ. y GARCÍA DE ENTERRÍA de un lado y SANCHEZ MORÓN y PAREJO ALFONSO del contrario) del debate que se suscitó en los años 90 sobre los límites del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R op. cit. pág. 483 *Verbatim* “*La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (...) no incluidos en la ley*”.

¹⁸ SANCHEZ MORÓN *Derecho administrativo. Parte general* cit. pág. 93 “*La discrecionalidad supone que dentro de los márgenes legales, puede optarse lícitamente por decisiones o soluciones distintas, siempre que sea para satisfacer el interés público, en atención a criterios no jurídicos (...)*”

¹⁹ DAVIS en su *Discretionary Justice* afirma “*Where law ends, discretion begins*” *apud* BELTRÁN DE FELIPE op. cit. pág. 30.

surge un “ámbito indiferencia” (dentro del cual la Administración puede elegir entre varias soluciones) de la no regulación de las condiciones de ejercicio de la potestad y la remisión a la apreciación de la propia Administración.

La idea básica que se observa cuando SANTAMARÍA PASTOR²⁰ habla de la discrecionalidad como la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa en el que “*la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas*” o PAREJO²¹ dice que la discrecionalidad “*consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección (...)dentro del cual pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable*” es que la norma dota a la Administración de un marco para la elección (aunque obviamente integrando la afirmación de la existencia de una “zona de indiferencia” y la facultad de elección de la Administración dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, para lo que resulta muy ejemplificador la idea del agujero de rosquilla aportado por Dworkin aunque con otros fines).

Debe entenderse que esta es la concepción más acorde con el actual art. 106. C.E. frente a otras más arcaicas y en cierto modo superadas, que hablaban de discrecionalidad como la característica de aquellos actos no susceptibles del control judicial²², como un ámbito de decisión libre. De hecho el TS en STS 12 diciembre de 2000 FJ5 ha utilizado una definición análoga “*la potestad propiamente discrecional encarna, frente a unos mismos hechos, la posibilidad de optar entre necesidades diferenciadas y todas de interés general; y la consiguiente libertad de elegir entre las distintas actuaciones administrativas que específicamente reclaman cada una de esas singulares modalidades de interés general*”.

2.2 Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados

En la mencionada sentencia del TS también puede leerse “*suele asimismo admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de*

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR en *Principios de Derecho Administrativo General* ... cit. pág. 338

²¹ PAREJO ALFONSO, haciéndose eco de lo dicho por H. U. Erichsen en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 121.

²² La tesis de la independencia de la Administración como respuesta a los excesos en el sometimiento de su actuación encuentra su máximo exponente en BULLINGER. La doctrina española ha recurrido a lo dicho por este autor con motivo del debate sobre los límites del control jurisdiccional, aunque es evidente que nadie puede sostener hoy en día la insusceptibilidad de control de la actividad administrativa. Visto en MUÑOZ MACHADO *Tratado de derecho administrativo*...cit. pág. 533.

elementos constitutivos de conceptos jurídicos indeterminados” que es ahora en lo que vamos a detenernos.

Como se decía *supra*, la discrecionalidad surge cuando la Administración al cumplirse el supuesto de hecho contenido en la norma, puede elegir entre distintos modos de actuar. MAURER²³ asegura que este fenómeno tiene lugar cuando la ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica²⁴ sino que autoriza a la Administración determinarla por sí misma, pudiendo referirse tanto a la necesidad de intervención (discrecionalidad de decisión) como por cuales de entre las mediadas posibles debe optarse (discrecionalidad de elección)²⁵. No faltaron sin embargo las teorías que limitaron la discrecionalidad al ámbito de los supuestos de hecho, más en concreto a su indeterminación²⁶.

En la actualidad²⁷ se han centrado los esfuerzos teóricos para reducir la discrecionalidad administrativa en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y paralelamente se ha podido observar como la jurisprudencia ha desplazado, en cierto modo, el control tradicional de las potestades discrecionales a través de la desviación de poder o la aplicación de los principios generales del derecho, al control de la decisión

²³ MAURER H. *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 167.

²⁴ Se acepta que la discrecionalidad opera respecto de la consecuencia jurídica y no el ámbito del supuesto de hecho (de ahí que una de las principales formas de su control vaya referida a los hechos determinantes). Véase STS 12 diciembre 2000 FJ 5.

²⁵ PAREJO op. cit. pág. 281, recibe esta distinción; la discrecionalidad opera en el plan volitivo, de suerte que la voluntad de la Administración queda libre para bien decidir si, concurriendo efectivamente el supuesto definido legalmente, actúa efectivamente o no (discrecionalidad de actuación); o bien optar por alguna de las diversas posibilidades igualmente legítimas previstas o admitidas por la ley.

²⁶ BACIGALUPO afirma que si la discrecionalidad versara sobre las consecuencias jurídicas la Administración podría optar por dar un trato diferenciado a situaciones iguales, lo que es inadmisibile. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 161 y ss. Visto en CASSAGNE J.C. *La discrecionalidad administrativa*, La ley, 3 de septiembre de 2008

²⁷ Es la doctrina alemana la que, principalmente en los años cincuenta, reduce la discrecionalidad a aquellos supuestos en los que las normas permiten a la Administración decidir en el plano de las consecuencias jurídicas de aplicación, como explica MUÑOZ MACHADO en *Tratado de derecho administrativo...cit.*, pág. 530 y ss., que hasta mediados del siglo XX la discrecionalidad era una categoría unitaria que se aplicaba a todos los casos en que existía indeterminación en las regulaciones legales, o simplemente omisión de cualquier regulación y que por ello requerían una actividad cognitiva de la Administración. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNANDEZ op. cit. pág. 484 remiten esta identificación de discrecionalidad con la utilización de “conceptos imprecisos” a la formulación clásica de discrecionalidad realizada por TEZNER.

administrativa basado en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado²⁸. Como se verá, los mecanismos de control “tangencial” de la discrecionalidad (que en cierto modo suponen un ejercicio digno del más experimentado funambulista, dado que se debe tener mucho cuidado en no caer en el resquicio de exención al control judicial que constituye el núcleo puro de la discrecionalidad), ha sido sustituido en muchos casos por la fiscalización de la correcta aplicación de un concepto jurídico indeterminado (donde la dificultad se reduce al control desde la perspectiva procesal de la prueba).

Nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuando la ley define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica, bien porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser bien precisados en su enunciado ya que no admite una cuantificación o determinación rigurosa²⁹ o bien porque el legislador ha tomado una decisión consciente de no acotarlos de manera precisa para permitir soluciones acomodadas a las circunstancias³⁰.

Son conceptos jurídicos indeterminados por ejemplo las expresiones buena fe, fuerza irresistible, interés social, justiprecio, legítima defensa o premeditación, cuya utilización como puede observarse es común en todas las ramas del derecho. La principal diferencia es que en el caso del derecho administrativo es la Administración la que aplica esos conceptos, pudiendo llegar a confundirse³¹ con el uso de potestades discrecionales en la práctica.

²⁸ Para mayor abundamiento pueden observarse la STS de 19 de julio de 2000 en la que el tribunal se detiene en la constatación de este fenómeno en la adjudicación de concursos, tradicionalmente considerado como el ejercicio de una potestad discrecional y que en la actualidad debe tener presente la llamada “oferta más ventajosa”, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado implica que solo existe una decisión de la Administración válida y posible.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R op. cit. pág. 481 y ss. Definen los conceptos jurídicos indeterminados por contraposición con los conceptos jurídicos determinados que se refieren a una realidad delimitada de manera precisa e inequívoca, como por ejemplo cuando la norma dice que el plazo para interponer un recurso de alzada es de 1 mes.

³⁰ PAREJO *Lecciones de derecho administrativo...*cit. pág. 279 realiza esta precisión sobre el uso deliberado de conceptos jurídicos indeterminados pese a no existir una imposibilidad para acotar todos los supuestos reales presentes y futuros, pero previamente matiza que el uso de esta técnica de delimitación normativa podría reputarse inconstitucional en la hipótesis extrema de que su indeterminación haga irreconocible los supuestos que comprenden.

³¹ La jurisprudencia así lo ha puesto de relieve, tómesese como ejemplo la STS de 6 de diciembre de 1986 CDO 3 que con motivo de la expulsión de un no nacional afirma “*supone una confusión entre los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales, perfectamente*

Se plantean en el plano teórico discrepancias sobre la naturaleza de estos conceptos jurídicos indeterminados, cosa que no ayuda especialmente a la consolidación de esta doctrina. SANTAMARÍA PASTOR³² distingue entre “*conceptos de experiencia social como temeridad o legítima defensa, y conceptos éticos como buena fe o justo precio*”, GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ³³ hablan de conceptos de experiencia (como premeditación o fuerza irresistible) y de valor (como buena fe o justo precio). Y PAREJO³⁴ que inicialmente resumió la tesis aportada por la doctrina alemana que diferencia entre los llamados “conceptos empíricos o descriptivos” que se refieren a objetos o acontecimientos de la realidad y por tanto susceptibles de ser percibidos o experimentados (por ejemplo condiciones climatológicas adversas), y los denominados “conceptos normativos o valorativos”, que se ofrecen desprovistos de cualquier referencia a la realidad y tienen por objeto integrar en el ordenamiento juicios metajurídicos (por ejemplo estado de la técnica). Más tarde ha ampliado esta última categoría y ha pasado a denominarla “conceptos-tipo” para dar cobertura a un conjunto de situaciones sustantivamente diversas (por ejemplo urgencia o interés público)

Al margen de estas discrepancias terminológicas relativas a los tipos de conceptos jurídicos indeterminado, parece que la diferenciación entre conceptos jurídicos indeterminados y potestades discrecionales está muy depurada en la teoría. Así mientras el uso de potestades discrecionales supone la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una única solución correcta (existe o no existe utilidad pública, se trata o no se trata de un justo precio).

El problema que plantea el uso de conceptos jurídicos indeterminados ha sido ilustrado perfectamente por la doctrina alemana a través de la teoría de los tres círculos de

diferenciados en defensa de una más acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna, según la cual los segundos se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que los primeros son configurados por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho”.

³² SANTAMARÍA PASTOR *Principios de Derecho Administrativo General I...* cit. pág. 338.

³³ GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ op. cit. pág. 482.

³⁴ PAREJO primero en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* cit. pág. 120. Su tesis actualmente expuesta en *Lecciones de derecho administrativo...* cit. pág. 279.

certeza. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado puede distinguirse una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa, la primera es segura en cuanto a la subsunción en el concepto del caso concreto y la segunda lo es en cuanto a la exclusión del concepto. Entre ambas encontramos una zona o halo de incertidumbre, más difusa en la que encontrar la solución justa es una tarea más difícil. Por ejemplo³⁵, en la aplicación de un concepto como el del art. 1.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español³⁶ no cabe duda alguna que un Palacio del s. XVII diseñado por un arquitecto famoso de la época es un inmueble de interés histórico-artístico (zona de certeza positiva) y que no lo es un edificio estándar que aloja unas oficinas administrativas (zona de certeza negativa). Sin embargo es dudosa la cualidad de inmueble de interés científico de un edificio universitario que alberga aulas y despachos de profesores, pero también unos laboratorios (halo de incertidumbre).

Es en el halo de incertidumbre donde se le reconoce a la Administración un “margen de apreciación” aunque eso no supone dar entrada a la libre voluntad de la Administración, tan solo reconocer un ámbito puramente cognoscitivo³⁷. Hete aquí otra de las diferencias esencial entre discrecionalidad, que nunca se sitúa en el plano cognitivo por hacerlo siempre en el volitivo (el propio de la consecuencia jurídica), y conceptos jurídicos indeterminados, que no admiten elementos de volición.

Las consecuencias de este contraste son evidentes; si la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados se trata de una actividad de cognición³⁸, de una aplicación e interpretación de la ley, el juez podrá realizar un control, por tratarse de un control jurídico, de los mismos, incluso dentro de ese margen de apreciación. Por el contrario, en la valoración realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad

³⁵ El ejemplo es de BACIGALUPO, *Las potestades administrativas en Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Vol. 3, Tomo 1: La actividad de las administraciones públicas : la forma*, VVAA coord.. Tomás Cano Campos, Iustel, Madrid, 2009, pág. 31.

³⁶ Art. 1.2 Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico “Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico”.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ op. cit. pág. 486.

³⁸ Sobre la diferenciación entre actividad de cognición y volición o entre margen cognitivo y volitivo, PAREJO en *Lecciones de derecho administrativo..cit.* pág. 281 “la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados radica en que éstos operan en el plano cognitivo y nunca admiten elemento de volición administrativa alguno (...) en cambio, la discrecionalidad nunca o solo excepcionalmente se da en dicho plano cognitivo, actuando más bien en el volitivo”.

discrecional habrán mediado criterios extrajurídicos (políticos, técnicos o de oportunidad) y el juez no podrá fiscalizar esa actividad más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento en su conjunto, no solo porque cualquier solución adoptada es igualmente justa por definición, sino también porque carece de parámetros para realizar tal juicio.

Con esta afirmación no se pretende negar ni mucho la fiscalización de los actos dictados por la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales, que se realiza conforme a técnicas que explicaremos en breve. Simplemente remarcar que el control jurisdiccional es un control en derecho que tiene por objeto comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la ley, no la oportunidad o acierto de la misma. Todo control (jurisdiccional) presupone la necesaria existencia de parámetros (jurídicos) y como afirma BACIGALUPO³⁹ en ausencia de parámetros no hay control sino decisión, lo que supondría que el juez no juzga sino que administra.

El problema si así quiere verse, que plantea la tesis de este autor al remitir el alcance del control jurisdiccional a la intensidad de programación que realiza el ordenamiento de la actividad administrativa, es que tanto el empleo por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados como la atribución de potestades discrecionales a la Administración, suponen una atenuación de la vinculación de la Administración a la ley y por ende que el control que sobre ellos pueden desplegar los órganos jurisdiccionales no será de máxima intensidad⁴⁰. Es decir, la falta de densidad normativa⁴¹ que apenas ofrece

³⁹ BACIGALUPO, *Las potestades administrativas* op. cit. págs. 14 y 15.

⁴⁰ BACIGALUPO *Ibidem.* pág. 30. Nos detenemos ahora en explicar brevemente la tesis de este autor por tratarse de un ejemplo representativo de la doctrina que centra sus esfuerzos en explicar como la operatividad de los controles jurisdiccionales existentes depende de los distintos grados de discrecionalidad ante los que nos podemos encontrar, *iter* explicativo que nosotros no vamos a seguir llegado el momento de sintetizar las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa. Afirma el autor que el control jurisdiccional del ejercicio de potestades regladas es un control de máxima intensidad o positivo, por el contrario el control de potestades que conceden a la Administración un margen de apreciación es un control de intensidad limitada o negativo. Al ejercer un control positivo el juez podrá no sólo anular la actuación administrativa, sino ordenar su sustitución por lo que proceda en derecho. Cuando el control es negativo se limitará a la comprobación de que se ajusta a los límites impuestos por la ley y al conjunto de principios que integran el ordenamiento jurídico, y si la Administración los desborda el juez podrá anular la decisión administrativa pero no su sustitución por otra. Resulta a mi modo de ver innecesario recordar, que la aplicación de un concepto jurídico indeterminado solo da lugar a una única solución correcta y que si bien el juez no puede sustituir la decisión administrativa, en la aplicación de un concepto binario, la anulación es más que determinante.

parámetros jurídicos al aplicador en ambos casos, le obliga a recurrir necesariamente a criterios extrajurídicos e impone un control jurisdiccional limitado (negativo)⁴² basado en cánones muy similares, lo que supone un acercamiento peligroso entre la naturaleza del margen de apreciación de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. (Podría llegar a pensarse que se ha trasladado el problema desde la inicial exención de control de las potestades discrecionales, pasando por la dificultad de control de las potestades, a la ardua tarea de delimitación de la zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados).

Es especialmente patente este acercamiento entre la discrecionalidad y el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, así como la artificiosidad de la distinción entre el margen de volición y el margen de cognición, en la llamada erróneamente discrecionalidad técnica, donde la determinación de la concurrencia del supuesto de hecho *requiere de un gran volumen de información compleja o de conocimientos, métodos y criterios técnicos, científicos o de otra índole no jurídica*⁴³.

2.3 Discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica

En el margen de apreciación que provocan en su zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados que remiten a criterios o parámetros propios de conocimientos especializados, aparece un abanico más o menos amplio de posibilidades legítimas de decisión por lo que respecta a la concurrencia o no del supuesto de hecho.

El TS ha señalado, con motivo del control de la actividad evaluadora de los órganos de selección de candidatos para la provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la

⁴¹ No podemos obviar tampoco que “*la discrecionalidad depende de la densidad con que el legislador se haya ocupado de decidir lo que conciernen al interés general*” Verbatim MUÑOZ MACHADO op. Cit. Pág. 531.

⁴² Sobre la teoría de la habilitación normativa y la existencia de un margen de apreciación de la Administración revisable por los Tribunales solo de manera limitada ver MAURER op. cit. pág. 176 y ss. Aunque no es necesario irse a la doctrina alemana (si bien es en ella donde encontramos una modulación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados o incluso una vuelta a la doctrina unitaria de la discrecionalidad) GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ en op. cit. pág. 486 y 487 reconocen que en aquellos conceptos que implique juicios de valor de naturaleza técnica o política, se le reconoce cierta presunción a favor de la apreciación de la Administración de manera que se limita las posibilidades del control judicial a la fiscalización de los límites o de los excesos en los que la Administración haya podido incurrir (un control legal negativo).

⁴³ Verbatim PAREJO en *Lecciones de derecho administrativo...*cit. pág. 280.

función pública (ejemplo habitual de decisión técnica), en la sentencia ya mencionada de 12 de diciembre de 2000, que *“en esta materia no hay un elenco de variados intereses públicos entre los que deba optarse, sino uno solo: el mejor desempeño de la plaza a la que se refiere el nombramiento (...)ese “candidato más adecuado” es, pues, el concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida el Gobierno. Por tanto, la libertad reconocida al Gobierno no es propiamente una manifestación de discrecionalidad administrativa, sino una habilitación para que desarrolle el margen de apreciación que resulta inevitable en la tarea de individualización de ese “candidato más adecuado”*.

El control de la discrecionalidad técnica se trata, al igual que los demás supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, de un control negativo y debe reducirse a dos operaciones, la observancia de los aspectos de carácter reglado y el control de la arbitrariedad y del error ostensible o manifiesto en la apreciación técnica⁴⁴. Sería absurdo afirmar lo contrario porque los órganos jurisdiccionales están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos, y son ciertamente incompetentes para realizar valoraciones de naturaleza técnica por carecer de los conocimientos técnicos suficientes⁴⁵.

⁴⁴ Esta ha sido la postura mantenida tanto por el TC en STC de 14 de diciembre de 1991 que analizaba el alcance de las competencias de las comisiones de reclamaciones reguladas en la Ley para la reforma universitaria y por el TS en SSTs de 13 de julio de 2011 y de 28 de noviembre de 2011. Es de resaltar que tras la STS de 16 de febrero de 2011 el tribunal parece haber introducido una novedad en el criterio que había sostenido hasta ese momento que le impedía acceder al núcleo duro que constituye el juicio técnico. De este modo el TS abre la puerta al enjuiciamiento de las resoluciones que ponen fin a los procesos selectivos en los casos en los que la materia objeto de las pruebas de selección sea jurídico. Para mayor abundamiento GONZÁLEZ ALONSO en *“La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo”* en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, Nº 58, 2012, pág. 17-27 realiza un análisis de las distintas fases que ha experimentado la fiscalización de la discrecionalidad técnica de los procedimientos de selección de personal al servicio de las AAPP.

⁴⁵ La brevedad de la explicación tiene su razón de ser en que todavía no es el momento de detenerse en los límites del control jurisdiccional de la actividad administrativa. En suma el control a realizar por el órgano jurisdiccional de los llamados “aledaños” del “núcleo material de la decisión”, como puede verse en STS de 17 de diciembre de 2012, FJ 7, son la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, que se explicarán *infra*. Además es preferible no entrar en la contradicción que plantea que los órganos jurisdiccionales no entren a enjuiciar la decisión técnica tomada por la Administración en los concursos y oposiciones más allá de las técnicas mencionadas y sin embargo no tengan problema en control y sustituir resoluciones de los jurados de expropiación, que son igualmente comisiones de carácter técnico (STS de 21 de marzo de 1997) Algunos autores como COSCULLUELA op. cit. pág. 316, afirman que la discrecionalidad técnica es perfectamente revisable en cuanto al fondo si

No puede acabarse este epígrafe dedicado a la discrecionalidad técnica sin prevenir de la existencia de un sector de la doctrina que la considera un tipo especial de discrecionalidad⁴⁶. O incluso puede encontrarse autores como T.R. FERNANDEZ⁴⁷ que la califica de *concepto odioso porque se puso en circulación un día con el único propósito de cerrar el paso al control jurisdiccional de las decisiones de la Administración en cuya base se encuentra un juicio o una valoración de carácter técnico*.

La imagen que mejor ilustra la encrucijada que supone la conceptualización de la discrecionalidad técnica es la de un diagrama de Venn, formado por dos círculos que representan la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación que puede encontrarse en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los llamados casos difíciles. En la zona en que se solapan ambos círculos podríamos situar la discrecionalidad técnica⁴⁸.

De este modo puede encontrarse jurisprudencia como la sentencia STS de 12 de diciembre de 2012 (que ha servido de *iter* explicativo del concepto de discrecionalidad⁴⁹) que sitúan la libertad reconocida a la Administración (órgano de

mediante prueba se demuestra el error técnico cometido, como en los supuestos en los que la Administración se ha apartado sin base del informe o propuesta técnica.

⁴⁶ SANCHEZ MORÓN en *Derecho administrativo* cit. pág. 94 habla de la discrecionalidad técnica con motivo de la clasificación de las diferentes modalidades de potestades discrecionales.

⁴⁷ T.R. FERNANDEZ en *De la arbitrariedad e la Administración*, 5ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 253. Sigue en su crítica con la afirmación de que la discrecionalidad técnica implica una *contradictio in terminis*; discrecionalidad y técnica son conceptos que se repelen mutuamente.

⁴⁸ Se volverá más tarde sobre este punto en la pág. 43 de este trabajo.

⁴⁹ No podemos concluir con ella sin mencionar la crítica realizada por BOCANEGRA SIERRA R. y HUERGO LOBA *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*, Civitas, REDA nº 111 págs. 405-428. que encuentran que la inclusión del nombramiento discrecional en la ámbito de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (“candidato más adecuado) para salvar así las necesidades de motivación (una vez que ha resultado insostenible la tesis de que se deben a motivos de confianza) un argumento infundado (utilizado *contra civem* por primera vez) y capaz de inutilizar todos los avances acumulados en las últimas décadas a cerca del control jurisdiccional de la discrecionalidad, que pueden verse explicados de manera muy clara en STS de 17 de diciembre de 2012 mencionada *supra*, donde puede leerse “una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de

selección) para determinar cuál es el “candidato más adecuado” en los procesos para la provisión de puestos en la función pública, dentro de la delimitación del concepto jurídico indeterminado en la zona de incertidumbre. Y jurisprudencia, como la STS de 9 de abril de 2012, en que se sitúa la valoración realizada por la Administración (comisión técnica) de las distintas propuestas presentadas en un concurso público, dentro del ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas a la Administración en el LCSP vigente en ese momento (y le permite no tener en cuenta exclusivamente el criterio económico a la hora de valorar “la propuesta más ventajosa”)

Esto hecho puede llevar a dos conclusiones en cierta manera opuestas. Por un lado, la que sostendrán aquellos que no vean flaquezas en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados; esto es, potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados no son conceptos excluyentes y puede aparecer simultáneamente en el caso concreto. Por ejemplo, no podemos ocultar que el TS habitualmente recurre al concepto jurídico indeterminado de la “proposición más ventajosa” para controlar las adjudicaciones de concurso.

Por otro lado, la que suscribirán aquellos que se han hecho eco de las deficiencias que plantea la distinción de conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa en la práctica⁵⁰. La triada de diferencias que se predicen se diluye en los llamados casos difíciles, donde las cualidades de ese margen de apreciación que se reconoce al aplicador del concepto jurídico indeterminado, se asemejan mucho a las que se predicen de las potestades discrecionales. Es decir; supone la aparición de una libertad de apreciación entre todas las variantes posibles de la “única solución justa” que se estiman legítimas dentro del halo de incertidumbre, supone la necesidad de acudir a criterios no exclusivamente jurídicos para delimitar el supuesto de hecho y por último

arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate” (bien es cierto que el fondo se refiere a una adjudicación pública).

⁵⁰ Otro de los problemas que se generó al hilo de la presentación en términos idénticos del margen de apreciación y las potestades discrecionales es el de la inclusión del “interés general” en la extensa lista de conceptos jurídicos indeterminados. Dado que la discrecionalidad administrativa es definida habitualmente como la libertad para apreciar el interés general en el caso concreto se corría el riesgo de que gracias a la apertura al control jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados desapareciera la categoría de discrecionalidad administrativa. La reflexiones realizadas sobre este presupuesto por SAINZ MORENO, FERNÁNDEZ FARRELLES Y BELTRÁN DE FELIPE son resumidas por MUÑOZ MACHADO bajo el título “la crisis derivada del exceso” en *Tratado de derecho administrativo...cit.*, pág. 546.

implica la reducción del control realizado por los órganos jurisdiccionales a un control negativo (cuando el principal logro de la introducción de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es permitir la realización del mismo control a la aplicación de los conceptos vagos que el que se despliega cuando la Administración ejerce potestades regladas). En palabras de DREYER⁵¹ “*la potestad discrecional, el margen de apreciación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva (...) se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión de ejecutivo*”

3. LÍMITES Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El último paso para acotar el concepto de discrecionalidad es prevenir que no se trata ya de un término análogo al de libertad plena o poder omnímodo, ni mucho menos puede significar una actuación arbitraria de la Administración.

El principio de interdicción de la arbitrariedad proclamado en el art. 9.3 de nuestra carta magna constituye uno de los límites por antonomasia del abuso que la Administración pueda hacer de las potestades discrecionales reconocidas en la normativa específica. Y de la máxima “discrecionalidad no es arbitrariedad”⁵² se deducen una serie de consecuencias en orden al control judicial de la discrecionalidad administrativa.

El binomio límites-control que ahora se presenta obedece a la necesidad de establecer un nuevo *iter* discursivo en este tramo de la exposición y no con la intención de reducir tan al extremo la problemática de la fiscalización de la actuación administrativa. Si bien es cierto, como señala BACIGALUPO⁵³ el entero sometimiento de la actividad administrativa al control judicial es el correlato de su vinculación a ley y al Derecho. Siendo este sometimiento una de las manifestaciones más relevantes del Estado de Derecho y del principio de legalidad, podría concluirse que el principio de interdicción de la arbitrariedad (correlato del anterior) representa la parte más externa del “donut” que proponía Dworkin para explicar la discrecionalidad. En otras palabras; arbitrario es lo contrario a las leyes, aquello que se fundamenta en el mero capricho del sujeto que adopta la decisión, el antónimo de “conforme a derecho” que es el *prius* de toda

⁵¹ Visto en MUÑOZ MACHADO op. cit. pág. 549. También en esta obra se menciona como la doctrina italiana distingue entre *discrezionalità pura* y *discrezionalità técnica*.

⁵² En SSTS de 23 de marzo de 1990 FJ 3 de la sentencia apelada y 20 septiembre de 1994 FJ 2.

⁵³ BACIGALUPO op. cit. pág. 14.

decisión tomada al abrigo de potestades discrecionales, será entonces el principio del art. 9.3 CE el primer y último límite de la discrecionalidad administrativa⁵⁴.

3.1 Límites de la discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad es un núcleo de poder de elección final rodeada por un marco de restricciones. Estos límites pueden encontrarse en las específicas normas que regulan cada tipo de actuación discrecional, pero también el ejercicio de la discrecionalidad está sometido a límites jurídicos generales. Incluso es habitual toparse con límites que la propia Administración se ha impuesto⁵⁵ a través del establecimiento de criterios-guía en circulares o instrucciones internas⁵⁶, así como por la autovinculación de los precedentes⁵⁷. Finalmente puede apuntarse que el eventual número de alternativas entre los que la Administración puede elegir en un determinado caso puede verse reducido

⁵⁴ No es descabellada esta disquisición; T.R. FERNANDEZ en *De la arbitrariedad e la Administración*, 5ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 80, propone el principio de interdicción de la arbitrariedad como punto de partida de la nueva dogmática de la discrecionalidad que los principios constitucionales exigen.

⁵⁵ Un claro ejemplo lo representa la STS de 21 de septiembre de 1993 en el que puede observarse como el *quantum* de libertad del que goza una Administración puede disminuir por su propia actividad, al ir introduciendo en el conjunto del ordenamiento pautas o criterios que después serán de necesaria observancia. El tribunal FJ 3 dice que la discrecionalidad es “*profunda en el momento inicial de la redacción*” del plan de urbanismo, pero “*después, una vez elegido el modelo y fijados los criterios de la ordenación propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión del planificador; las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia*”

⁵⁶ DESDENTADO op cit. pág. 188 y ss. Reconoce la autora la contradicción que supone la adopción de directrices que guíen las decisiones de las autoridades administrativas con la propia naturaleza de la discrecionalidad. Pero no quita “*que el conocimiento por parte de los interesados de la existencia de una directriz (...) genera en los mismos una expectativa legítima de que la decisión que resuelva su caso será acorde con los criterios establecidos en la directriz*” y que por tanto si la Administración deja de aplicar esos criterios-guía deberá justificar esa inaplicación (la vinculación será entonces relativa).

⁵⁷ DESDENTADO *ibídem*. pág. 184 y ss. Matiza que a pesar de que el precedente administrativo carece de valor normativo, posee cierto valor vinculante para la Administración de manera que “*la actuación anterior de la Administración condiciona la actuación presente de la misma exigiéndole un contenido similar para casos similares*”. Bien es cierto que las exigencias del principio de igualdad operarían como un límite cuando la Administración ejerce una potestad discrecional en relación con un supuesto similar a otros que ya resolvió y que afectaban a diferentes administrados. Y que cuando la cuestión que ha de resolver respecto de un determinado administrado ya fue objeto de decisión respecto al mismo en un momento anterior, la vinculación del precedente no deja de ser expresión del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, por lo que este límite en el ejercicio de potestades discrecionales que realiza la autora podría incluirse en el límite general que se supone la sumisión a los principios generales del derecho.

por otros factores no jurídicos, ya sean políticos, sociales, económicos u organizativos⁵⁸ (que es en última instancia la razón de ser de las potestades discrecionales) y en los que no obstante, no vamos a entrar.

SANCHEZ MORÓN⁵⁹ clasifica los límites jurídicos generales de la discrecionalidad administrativa en dos grupos; los límites que tiene carácter sustantivo (derivan de dos de los elementos reglados que concurren en toda decisión discrecional y del obligado respeto a los principios generales del Derecho) y los límites que tienen carácter formal (competencial, organizativo y procedimental).

De este modo, cualquier potestad de la Administración, incluidas las de carácter discrecional está condicionada a la concurrencia, de los hechos a los que se refiere y del fin de interés público a que debe atender, y solo podrá ejercerse por el órgano competente e idóneo, a través del procedimiento establecido y motivando expresamente la decisión que se adopte. Es a día de hoy jurisprudencia consolidada la que reconoce la posibilidad de fiscalizar la observancia de estos límites en toda decisión de la Administración. Ese control se realiza a través de diversas técnicas que son el correlato de los límites antes mencionados: hablamos del control de los *hechos determinantes*, de la *desviación de poder*, de la racionalidad y razonabilidad de las decisiones discrecionales (que muchos autores enlazan con el control de la suficiencia de motivación y las técnicas de interdicción de la arbitrariedad) y de la sumisión al resto de *principios generales del derecho* (proporcionalidad, igualdad, confianza legítima, buena fe e interdicción del enriquecimiento injusto)

3.2 Técnicas de control de la discrecionalidad administrativa

3.2.1 Evolución de las técnicas de control

El derecho no es una ciencia exacta y la tarea del control jurídico no es una operación matemática. Conviene por ello detenerse brevemente en el proceso de consolidación jurisprudencial⁶⁰ que estas técnicas han experimentado desde la apertura que realizó el

⁵⁸ DESDENTADO *ibídem*. Pág. 148.

⁵⁹ SANCHEZ MORON *Derecho Administrativo...* cit. págs. 98 y ss.

⁶⁰ T.R. FERNANDEZ afirma en *De la arbitrariedad...* cit. pág. 31, la historia del progresivo hallazgo de técnicas de control de poder discrecional de la Administración es la historia misma de la jurisdicción contencioso-administrativa. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Problemas de derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 45, asegura que el recurso del exceso de poder ha sido el gran laboratorio donde se ha gestado el Derecho Administrativo moderno.

Consejo de Estado francés con el llamado *excès de pouvoir*. Al fin y al cabo como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA⁶¹ es, la lucha por la reducción de las inmunidades del poder y la constante resistencia que la Administración ha puesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, la historia misma del Derecho Administrativo.

Dice T.R. FERNANDEZ⁶² “*en el principio fue la exención*”. La discrecionalidad se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio⁶³ y no cabía recurso alguno frente dichos actos. Esto fue así hasta principios del s. XIX, momento en que el Consejo de Estado francés⁶⁴ admite una excepción a la inmunidad de la Administración con la creación del recurso de “exceso de poder”, que permitía la impugnación de los actos de autoridad basada en un vicio de *incompetencia del órgano* que había dictado el acto.

Al control de legalidad sobre la competencia (poco más tarde equiparado al *vicio de forma*) siguió la técnica de la *desviación de poder*, que permitía fiscalizar el fin seguido en la decisión adoptada por el órgano al que se había conferido la potestad discrecional. Llegado el fin de siglo, la vía excepcional que era el *excès de pouvoir* se había generalizado hasta incluir la impugnación de los actos de gestión. El paso siguiente fue la extensión del recurso hacia el *control de los hechos* (a partir del *arrêt Benjamin* el Consejo de Estado entro a *verificar la correcta aplicación* de conceptos como seguridad o salubridad, lo que paralelamente en Alemania se consiguió gracias a la introducción de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados previamente explicada).

La técnica de control de la discrecionalidad basada en los *principios generales de Derecho* aparece a mediados de s. XX, para finalmente incorporar la técnica del *balance de costes-beneficio* (que no deja de ser una concreción del principio de

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA en “Lucha contra las inmunidades del poder”, *RAP*, núm. 38, mayo-agosto 1962, pág. 166.

⁶² T.R. FERNANDEZ *ibidem*. pág. 32. El estudio evolutivo que ahora sigue está tomado del manual que el mismo autor comparte con GARCÍA DE ENTERRÍA; *Curso de derecho administrativo*, cit. pág. 489.

⁶³ Son actos de imperio aquellos en los que la autoridad no esta sujeta al control del poder judicial, por contraposición a los llamados actos de gestión que si lo están.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA en *Problemas de derecho público...*cit. pág. 35, encuentra los orígenes del contencioso administrativo en el Consejo de Estado francés, órgano administrativo especializado aunque inicialmente en la forma (obligada en virtud del principio básico de separación de autoridades y de “*Juger l’Administratio c’est encore administrer*”) de “justicia retenida” (el consejo propone y el gobierno decide) hasta que en 1872 se da el paso a un sistema de “justicia delegada”. De todos modos ya afirmó en su *Lucha contra las inmunidades...* cit. pág. que es esta radicación del sistema de control en el propio aparato administrativo (y en su propio interés) lo que supone la consagración definitiva y lo que impulsa el desarrollo y extensión del sistema contencioso.

proporcionalidad) aplicada principalmente en materia de expropiación forzosa, con el *arrêt Ville Nouvelle Est* de 1971.

En esa fecha, en España, la Ley de la jurisdicción de 1956 ya había desterrado la irrecorribilidad de los actos discrecionales que por principio establecía la Ley de Santamaría de Paredes. Sin embargo, existía todavía un grave retraso en el Derecho Administrativo español que había ignorado prácticamente toda la evolución jurisprudencial francesa, algo que queda patente si se recuerda que la técnica de la desviación de poder fue formulada por primera vez con la mencionada ley⁶⁵ de 1956 o que fue entonces cuando se erradicaron las restricciones probatorias que suponía una concepción de la jurisdicción puramente revisora de lo actuado.

En suma se observa como los primeros pasos hacia la reducción de la discrecionalidad se dan en torno a la existencia de elementos reglados en todo “acto discrecional”, para poco después incluirse el fin de las potestades discrecionales en esa lista de elementos reglados. También se considera el control de los hechos determinantes un control sobre un elemento de carácter reglado, que es la siguiente técnica que el Consejo *d’Estat* incorpora y la que en este orden se va a explicar. Al control del “error manifiesto en la apreciación” le es coetánea en su nacimiento la técnica de los conceptos jurídicos, pero ya se explicó previamente la problemática que su puesta en práctica incorpora, por lo que la última técnica a detallar va a ser la de los principios generales de derecho, que es la que más extensas posibilidades de control aporta, dado que incide tangencialmente en el “núcleo duro” de la discrecionalidad⁶⁶ y por ende la que más dificultades plantea a la hora de poner un límite a la labor judicial de fiscalización.

A continuación se procederá a exponer cada una de estas técnicas siguiendo el orden cronológico de aparición arriba detallado; el control de los elementos reglado presentes en toda actuación administrativa, incluidos el fin de la atribución de la potestad discrecional, el control de los hechos determinantes (verificación y valoración) y el control a través de los principios generales del derecho.

⁶⁵ Resulta cuanto poco curioso que esta técnica se incorporara al derecho administrativo español por vía legal y no jurisprudencial.

⁶⁶ Dice PAREJO ALFONSO en *Lecciones de derecho administrativo...*cit. pág. 280, que la peculiaridad principal de estas técnicas consiste precisamente en su límite en la medida en que “*su virtualidad real es la de cernir los elementos en realidad no discrecionales incrustados en la potestad-competencia discrecional*” y asegurar el respeto del umbral legítimo de la estricta discrecionalidad; el núcleo de la misma.

3.2.2 El control de los elementos reglados: la desviación de poder

No plantea especial problema el control de los elementos reglados que junto con los discrecionales integran la potestad. Se procederá a la anulación de todo acto dictado sin el abrigo de potestad alguna, o por un órgano⁶⁷ que ha incurrido en un vicio de incompetencia o que no ha seguido las reglas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad. Pero también puede anularse la decisión tomada en virtud de una potestad discrecional para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó o para supuestos de hecho no incluidos en el ámbito de la potestad; son el control del fin y de los hechos determinantes los que más conflictos plantean en la práctica, en tanto en cuanto comportan mayor flexibilidad para los órganos jurisdiccionales a la hora de valorar la correcta actuación de la Administración (correlato del margen de apreciación del que estas gozan), como por las dificultades de prueba que plantean.

Como ya se precisó previamente, la razón de ser de la libertad de elección que atribuyen las potestades discrecionales a la Administración, es la necesidad de apreciar el interés público en el caso concreto, no obstante, ese interés público aparecerá claramente delimitado en la norma⁶⁸ que atribuye esa potestad. De tal forma que la Administración incurrirá en la infracción de los artículos art. 63.1 LPC⁶⁹ y 70.2 LJCA tanto cuando

⁶⁷ SANCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo...*cit. pág. 101, al hilo de los elementos reglados de carácter organizativo y procedimiento, reflexiona sobre la idoneidad de los órganos a los que se atribuye la competencia para ejercer cada tipo de facultad. Afirma “*el correcto ejercicio de la discrecionalidad se juega muchas veces en la práctica según a quien corresponda la decisión*”, la competencia debe atribuirse a órganos de naturaleza política cuando se trate del ejercicio de la discrecionalidad política, órganos dotados de independencia funcional, cuando sea preciso evitar cualquier interferencia ideológica o partidista en la decisión, u órganos técnicos (especializados e imparciales), si la discrecionalidad a ejercer tiene este carácter. Por ello los órganos judiciales “*deben ser minuciosos al examinar la naturaleza de los órganos administrativos de decisión, su composición y la designación de sus miembros, así como las posibles causas de abstención*”.

⁶⁸ Ya se ha hablado de BACIGALUPO, y su concepción tanto de los conceptos jurídicos indeterminados como la remisión al criterio de la Administración de la delimitación de la consecuencia jurídica en el caso concreto en lo que llama normas de programación condicional (discrecionalidad). Es interesante mencionar en este momento, que este autor ve en los supuestos en que el ordenamiento renuncia a una programación condicional de la actuación administrativa y opta por programarla meramente por fines, el más amplio margen de decisión que el ordenamiento puede otorgar a la Administración. En obra citada, pág. 18.

⁶⁹ Art. 63.1 LPC Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Art. 70.2 LJCA La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Aunque resulta todavía más relevante que esta técnica de control ha quedado constitucionalizada en el art.

persiga fines particulares, lícitos o ilícitos, como cuando la actuación administrativa persiga fines públicos prohibidos por la norma o que difieran de los fijados por el ordenamiento jurídico⁷⁰.

En palabras de T.R. FERNANDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA⁷¹ “*los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad*” y el acto en cuestión deberá ser anulado.

Por otro lado esta técnica de control en tanto que entra a considerar las verdaderas intenciones de la Administración al ejercer las potestades que el ordenamiento le otorga, supone una fiscalización muy penetrante⁷², a la vez que problemática desde el punto de vista de la prueba. Por ello debe puntualizarse que la desviación de poder es un vicio de estricta legalidad, y el control se realizará mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales⁷³.

La mejor jurisprudencia, en aras de una mayor operatividad de la técnica de la desviación de poder, ha venido reduciendo las exigencias de rigor probatorio, que

106.1 C.E. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

⁷⁰ STS 3 de julio de 2001 enumera en FJ 2 las notas características de la desviación de poder y los pronunciamientos del tribunal en que se fijaron, para concluir con la más definitoria de todas “*es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio (...) esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella*”. Este resumen de la jurisprudencia sobre la desviación es invocado frecuentemente, véase más recientemente STS 19 julio 2010 FJ 2 destaca sus ideas principales: diversidad de órganos administrativos que subjetivamente ejercen las potestades administrativas; posibilidad de que la actividad administrativa se manifieste de manera activa o pasiva; posibilidad de apreciar la desviación de poder tanto en la actividad discrecional como en la reglada; posibilidad también de su concurrencia con otros vicios de nulidad del acto; dificultad de la prueba y admisión de las presunciones; carga probatoria de quien invoque el vicio, sin perjuicio de su alteración en función de la mayor facilidad probatoria y el principio de buena fe; y necesidad de constatar la disfunción existente entre el fin objetivo querido por el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano decisorio.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, cit. pág. 492.

⁷² COSCULLUELA en *Manual de Derecho Administrativo...* cit. pág. 319.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R., *Ibidem*. pág. 494. Sigue “*Lo que está en juego es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia administración. Por eso es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente*”.

independientemente de la presunción de validez de los actos administrativos⁷⁴, incumbe a quien alega el vicio de legalidad⁷⁵. De este modo, no se exige una prueba plena, sino que basta la prueba indiciaria, por presunciones o circunstancial, de suficiente entidad para fundamentar la convicción moral del órgano judicial de la existencia de la desviación. No es suficiente para constatar la existencia de desviación, alegar meras conjeturas o suposiciones, simples irregularidades formales o hechos sin suficiente trascendencia⁷⁶.

Estas dificultades en la prueba de la divergencia de fines han llevado a los tribunales a puntualizar que la desviación de poder debe ser enjuiciada sólo tras comprobar que el acto enjuiciado no incurre en otro vicio de legalidad⁷⁷.

⁷⁴ Un procesalista como CORDÓN MORENO en *El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales*, Revista jurídica de Castilla y León, nº1 septiembre de 2003, pág. 158, recuerda que hoy está admitido que esa presunción de legalidad del acto administrativo desplaza al recurrente la carga de accionar, pero no la de probar que se rige por las reglas generales.

⁷⁵ Como señala la STS de 23 de junio de 1987 FJ 4, *“la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra”*

⁷⁶ SSTS de 2 de febrero de 1996, de 25 sept. 2000, o 23 de junio de 2003 (tomadas GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R., op. cit. pág. 498). En STS 18 de junio de 2001 se desestima la pretensión casacional del recurrente (anulación de los acuerdos adoptados por el Ayto. que establecieron los niveles retributivos del Alcalde y los Concejales) porque no se han invocado elementos de justificación objetivos suficientes para construir la presunción que pretende obtenerse. FJ 6 *“Hemos declarado que es grave la dificultad de una prueba directa de la desviación de poder, por lo que resulta perfectamente viable acudir a las presunciones. Mediante ellas, partiendo de unos datos acreditados, puede llegarse, apreciando la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, a la conclusión de que la Administración ha perseguido un fin distinto del previsto en la norma (...) No puede aceptarse este argumento (...) Sólo consta, según la sentencia, el apartamiento de unos criterios para la fijación de las retribuciones que son subjetivos pero no están respaldados por las normas legales”* FJ 8 *“Las proporciones de la retribución acordada a favor de los cargos municipales, salvo en casos en que resulte manifiesto el abuso, debe considerarse que se mueven dentro de los parámetros de la actuación discrecional de los poderes públicos responsables, la cual está sujeta a la crítica pública y al control por el cuerpo electoral”*.

⁷⁷ Afirma COSCULLUELA op. cit. pág. 320, *“solo cuando se cumple esa legalidad extrínseca cabe entrar en el enjuiciamiento de los fines que el acto pretende”* remitiendo a STS 25 septiembre 1995 que en FJ 5; *“puede considerarse como jurisprudencia consolidada que la desviación de poder, comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad, pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación el sentido teleológico de la actividad administrativa”* matiza a continuación, *“aunque pueda concurrir con otros vicios de nulidad del acto, es independiente de éstos, habiendo señalado la jurisprudencia (STS 10 noviembre 1983) que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término”*. No quiere decir esto que solo sea posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurra ningún otro vicio de legalidad, como interpretan, para calificarla de errónea, GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R., op. cit. pág. 494, de la sentencia apelada en STS de 29 septiembre de 1992 FJ4 *“la parte demandante invoca*

Además de que, dado que la desviación de poder encierra un elemento de ilicitud subjetiva⁷⁸, que es más extraño a la función habitual de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, que a otras como la penal, no sorprende como señala COSCULLUELA⁷⁹ que muchos abogados opten por utilizar la vía penal del delito de prevaricación “*en vista de que las facultades instructoras del juez penal permiten obtener más fácilmente pruebas de los fines ilícitos perseguidos en el ejercicio de potestades*”.

3.2.3 El control de los hechos determinantes

La discrecionalidad administrativa opera respecto de la consecuencia jurídica y no sobre el supuesto de hecho (pese haberse mantenido posiciones doctrinales contrapuestas como ya se indicó *ut supra*). Por tanto los hechos determinantes en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad; “*los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración*”⁸⁰ como ha reiterado el TS hasta la más reciente STS 20 abril de 2011, FJ 6.

expresamente que la licencia fue otorgada con desviación de poder (...) debe proclamarse prioritariamente que la actuación administrativa de otorgamiento de dicha licencia incurre en infracción del ordenamiento jurídico por vulneración directa de la legalidad aplicable, y no son apreciables por ello los rasgos de identidad de la figura que se esgrime en tanto (...) es definida por el citado art. 83.3 de la Ley Jurisdiccional como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, lo que supone según acabada jurisprudencia, un acto ajustado a legalidad que sin embargo no responde en su motivación interna a la finalidad de promoción del interés público que la norma conlleva”.

⁷⁸ SANCHEZ MORÓN *Derecho administrativo...* cit. pág. 99. En esta línea DESDENTADO op. cit. pág. 217 afirma “*Esta concepción subjetiva es lo que ha determinado, sin duda alguna, la escasa aplicación de esta técnica y la reticencia de los tribunales contencioso-administrativos a emplearla para anular actos administrativos*” en tanto que requieren para su constatación de una indagación de las intenciones ocultas que han movido a la Administración, por lo que propone un abandono de esta concepción a favor de una concepción objetiva más operativa.

⁷⁹ COSCULLUELA op. cit. pág. 320.

⁸⁰ La técnica de control de los hechos determinantes es la utilizada con mayor frecuencia por los órganos jurisdiccionales, como puede apreciarse en la compilación jurisprudencial realizada por GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 496-497, SSTs de 27 de mayo de 1998, 21 septiembre de 1993, 30 mayo 1998, 13 junio 1984, 12 diciembre 1979, 1 de junio de 1973, 20 de octubre de 1966, 6 de febrero de 1963 y la más temprana de 6 de julio de 1959. Evidentemente antes de la promulgación de la Ley de la jurisdicción de 1956 debido a la idea imperante del recurso contencioso administrativo como una especie de segunda instancia, las posibilidades de prueba de los hechos eran demasiado limitadas como para hacer valer esta técnica.

Resulta muy reveladora la expresión utilizada por GARCÍA DE ENTERRÍA⁸¹ “*el milagro no tiene cabida en el derecho administrativo, la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra*”.

El órgano jurisdiccional controla la exactitud de los hechos determinantes de la concreta actuación administrativa, puesto que un posible error sobre los hechos invalidaría el ejercicio de la potestad. La prueba de la existencia del presupuesto objetivo debe figurar en el expediente administrativo⁸², esto es los que verifica el órgano jurisdiccional con la aportación de prueba realizada por el que alega la inexactitud. No obstante el control judicial no se detiene en la verificación de la existencia de los hechos determinantes, se extiende a la apreciación que la Administración lleva a cabo de esos hechos, “*de suerte que cuando se aprecia una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico*”⁸³.

Es en la calificación jurídica de esos hechos donde aparecen las dificultades, ya que a diferencia de la verificación de su existencia, no es posible llegar a una conclusión exacta. No es extraño que en la delimitación del supuesto legal aparezcan conceptos jurídicos indeterminados, y como ya se explicó, en la subsunción de los hechos en ese supuesto legal la Administración goza de un cierto margen de apreciación⁸⁴.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA *Sobre las inmunidades...*cit. pág. 170

⁸² MUÑOZ MACHADO op. cit. pág.571, afirma que es cierto que se reconoce una presunción de certeza en la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos administrativos, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que cabe desmontar si la decisión técnica se funda en patente error, debidamente acreditado por la parte que la alega. Algo que parece evidente sobre todo tras la promulgación de la C.E. pero que requirió sin ir más lejos, un pronunciamiento del TC de 26 de abril de 1990 para limitar el alcance del art. 154.3 de la entonces vigente LGT que decía que las actas extendidas por la Inspección de Tributos hacían prueba de los hechos que motiven su formalización; subrayó que tienen el valor de un elemento probatorio más, pero no puede reconocérseles un valor determinante y absoluto.

⁸³ DESDENTADO op. cit. pág. 214.

⁸⁴ En STS 22 marzo de 1997 el tribunal anula la decisión adoptada por la Administración (desestimado la solicitud formulada por un matadero de Calahorra, para acogerse a los beneficios del Gran Área de Expansión Industrial de Castilla-La Vieja y León) por considerar que erró en la apreciación de los hechos (incidencia positiva en el desarrollo regional), aunque el Tribunal entiende que la determinación de los beneficios debe ser realizada por la propia Administración. Es frecuente encontrar pronunciamientos judiciales en los que el órgano jurisdiccional encuentra errónea la valoración de las circunstancias especialmente en materia de licencias de armas donde la anulación de la decisión administrativa es más determinante, en tanto que binaria la decisión; véase STS 3 de mayo de 1991 (comienza el FJ 1 “*la valoración de las circunstancias exigen, por razón del interés general, una atribución de facultades*”

También aparece ese margen de apreciación en el concepto interés público (el concreto prefijado en la norma que otorga la potestad, eso sí), que es el eje sobre el que pivota la apreciación de la desviación de poder (explicada previamente). Por consiguiente, es posible hablar de una mayor flexibilidad en el control jurisdiccional de estos elementos, que si bien de carácter reglado en el caso del fin o ajenos en teoría a todo arbitrio en el caso de la verificación de los hechos determinantes, no permiten por las circunstancias expuestas, una constatación automática e inequívoca de su correcta observancia en la actuación de la Administración.

3.2.4 El control de los elementos discrecionales a través de los principios generales del Derecho

El control de fondo de la decisión discrecional a través de los principios generales del Derecho, afirma SANTAMARÍA PASTOR⁸⁵ supone un salto cualitativo capital sobre las anteriores y CORDÓN MORENO⁸⁶ apunta que son la vía abierta para el desarrollo de la técnicas de control en el futuro.

La sujeción a los principios generales del derecho sigue imperando incluso cuando la ley otorga a la Administración una potestad discrecional, que como ya se ha reiterado a lo largo de este trabajo, no supone en ningún modo un poder absoluto, mucho menos si se atiende a la carácter informador del ordenamiento que corresponde a dichos principios, ex. Art. 1.4 C.c. Más gráfica resulta todavía la definición dada por el TS⁸⁷ en “*los principios generales del derecho son la atmósfera en que se desarrolla la vida*

discrecionales a favor de la autoridad concedente (...) únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla la ha utilizado, en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, teniendo, en consecuencia, la decisión administrativa discrecional que fundarse en una situación fáctica probada”. Para concluir “ni puede ser calificado el peticionario de la autorización como peligroso, a la vista de la resultancia del expediente, ni cabe reputar como eficaz causa, determinante de la resolución denegatoria, la conducta relacionada en el informe de antecedentes de la Guardia Civil, por lo que no concurriendo la objetivación del riesgo” ...); o STS 8 de marzo de 1993 (en el FJ 4 puede leerse “la Administración ha utilizado en el presente supuesto su potestad discrecional sin fundamento en unos hechos determinantes, objetivos y suficientes para legitimar la resolución denegatoria adoptada”). Estos supuestos evidencian los peligros de un uso abusivo de esta técnica, que comportaría según SANCHEZ MORÓN y DESDENTADO un control de elementos de oportunidad ínsito en la decisión discrecional de no ceñirse a la apreciación del error manifiesto. Visto en MUÑOZ MACHADO op. cit. pág. 567.

⁸⁵ SANTAMARÍA PASTOR op. cit. pág. 339.

⁸⁶ CORDÓN MORENO op. cit. pág. 150.

⁸⁷ STS de 18 de febrero de 1992, FJ 4 Más en concreto, la parte recurrente invocaba el principio de proporcionalidad para evitar la demolición de una nave construida en suelo no urbanizable protegido de interés agrícola sin la preceptiva licencia.

jurídica, el oxígeno que respiran las normas”, también aquellas que atribuyen a la Administración una potestad discrecional.

A pesar de lo literaria que suena esta definición, los principios generales del Derecho no consisten en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral, ni mucho menos de la discreción del juez, sino en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones⁸⁸. No obstante, esta técnica debe utilizarse con cautela, cuando la infracción de un principio sea inequívoca, o de otra forma se corre el peligro de sustituir la decisión discrecional de la Administración por el criterio subjetivo del juez⁸⁹.

No es posible realizar un análisis minucioso de la totalidad de los principios generales que aparecen en la jurisprudencia, por solo se van a exponer aquellos que son utilizados con mayor frecuencia en la valoración de la legalidad de la actuación administrativa, con especial detenimiento en el principio de interdicción de la arbitrariedad por las razones que se dieron más arriba.

a) Principio de proporcionalidad

Uno de los principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia administrativa⁹⁰, es el de proporcionalidad, que deriva del art. 106,1 de la Constitución que al dibujar el

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R., op. cit. pág. 500. Al fin y al cabo estos autores son los más interesados en despejar cualquier duda sobre el exceso de control judicial que supone esta técnica, para adelantarse a las posibles críticas de autores más escépticos en cuanto a los límites de la fiscalización de las actuaciones administrativas. Por ello a continuación puede leerse en la obra *“el control a través de los principios generales no consiste en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio”*.

⁸⁹ MARTIN-RETORTILLO L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, nº100-102, págs. 1083-1099. Véase nota al pie 115.

⁹⁰ SSTs; 6 de diciembre 1986 (se discute la denegación de la licencia de primera utilización de un edificio por exceder los términos – volumetría- previstos en la normativa pese a tener base en la ilegalidad de la licencia de obras previamente concedida), 7 febrero 1987, (sobre la denegación de una licencia provisional de obras para colocar una cubierta hinchable fácilmente inflamable), puede leerse en FJ 1 *“los medios utilizados por la Administración han de ser proporcionados, no excesivos, en relación con la finalidad perseguida”*) 16 octubre 1989 y 3 diciembre 1991 (también sobre licencias de obras provisionales, ha de decirse que su otorgamiento es de carácter reglado, por lo que podrían parecer no bien traídas al caso, pero el hecho de que se recurre al margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados para explicar estas denegaciones no deja de probar las dificultades que aparecen en el uso de estos conceptos); *“las licencias provisionales constituyen, en sí mismas, una manifestación del principio de proporcionalidad en un sentido eminentemente temporal: si a la vista del ritmo de*

control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican; *“aunque normalmente este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida⁹¹”*. Bien es cierto que la jurisprudencia del TC⁹² ha dicho que el principio de proporcionalidad *no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales”*.

DESDENTADO⁹³ desglosa el principio de proporcionalidad en otros tres principios para facilitar la comprensión de este límite al ejercicio de potestades discrecionales, y el correlativo control que realizan los tribunales cuando acuden a él. Así, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo deben controlar la conformidad de las decisiones administrativas con el principio de idoneidad, de intervención mínima y de proporcionalidad en sentido estricto. Si la decisión adoptada no es idónea para la consecución del fin debe ser anulada⁹⁴, si la Administración no se ha guiado por el criterio de la alternativa menos gravosa⁹⁵, debe anularse la resolución administrativa, y

ejecución del planeamiento, una obra o uso provisional no va a dificultar dicha ejecución, no sería proporcionado impedirlo, siempre sin derecho a indemnización cuando ya no sea posible su continuación”), 14 noviembre 2000 (con motivo de la resolución de un contrato de prestación del servicio de grúa por incumplimiento del contratista del pliego de condiciones) y más recientemente en STS de 27 de enero de 2012 (en materia sancionadora es habitual que el juzgador pondere las circunstancias concurrentes para comprobar si, en función de los hechos probados y de su calificación jurídica, la sanción impuesta se ajusta a la gravedad propia de la infracción, aunque la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional la frecuencia de su uso requiere su mención) .

⁹¹ En la misma STS de 18 de febrero de 1992, FJ 4.

⁹² STC de 28 de marzo de 1996 FJ 3.

⁹³ DESDENTADO op. Cit. pág. 163 y ss., dice que el principio de idoneidad impone a la Administración la elección del medio más adecuado para alcanzar el fin. El principio de intervención mínima determina que dentro de las diferentes medidas adecuadas para la consecución del fin, la administración debe elegir aquella que sea menos lesiva para los intereses de la comunidad. El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige el examen del contenido y efectos de la medida elegida, para determinar si los efectos negativos de la misma guardan una relación razonable con la importancia del fin. En esta línea señala MUÑOZ MACHADO op. cit. pág. 591, son los tres test que aplica ordinariamente la jurisprudencia comunitaria europea.

⁹⁴ STS 25 de mayo de 1993 se recurría una declaración de urgente ocupación, de una finca situada en el parque de Doñana, acordada por el Consejo de Ministros, se revoca por la *falta de aptitud de los bienes que se declaran de urgente ocupación para satisfacer la «causa expropriandi»* que resulta de las prevenciones que establece el Plan Rector sobre el uso a que debe destinarse el Palacio de Doñana.

⁹⁵ STS 30 diciembre de 1991 FJ 5 estima el recurso porque *“existiendo un inmueble de propiedad municipal perfectamente idóneo, y en paridad de circunstancias, para la finalidad cultural de utilidad*

por último, sí tras el examen de la decisión adoptada por la autoridad administrativa de forma aislada, se encuentran desventajas que no compensan las ventajas de la satisfacción del fin, también debe procederse a la anulación⁹⁶.

No resulta fácil este control, ya que las diferentes alternativas suelen presentar ventajas e inconvenientes muy diversos y el riesgo de sustitución judicial de la decisión discrecional administrativa se juega en un margen muy estrecho. Pueden apreciarse especialmente en materia urbanística y de ordenación del territorio, ámbito en el que la Administración goza con más amplias potestades, como se han introducido pautas para la realización de esta operación, desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental, incluso por la propia autoridad en el marco del procedimiento. Véase por ejemplo la necesidad de valorar la alternativa cero en las evaluaciones estratégicas de planes y programas⁹⁷ o la valoración de impactos recogidos en el TRLEIA⁹⁸, que en cuanto supone un requisito más para la aprobación de los mismo, podría decirse que suponen un mecanismo de inclusión del principio de proporcionalidad en los elementos reglados que presiden la actuación administrativa.

El principio de proporcionalidad que se acaba de explicar, opera en dos tipos de supuestos⁹⁹; con carácter ordinario, *“en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables”* y con carácter excepcional y *“en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los*

pública perseguida es claro que no concurre en el supuesto aquí contemplado, la «necesidad concreta de ocupación» del bien expropiado de propiedad privada, ni el mismo es «estrictamente indispensable» para el fin de la expropiación”

⁹⁶ Sobre esta técnica se hablo *supra* al hilo de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que recurría al control del coste-beneficio. El TS la ha puesto en práctica, por ejemplo, en la famosa STS 16 de febrero de 1988 que ponderaba el emplazamiento de un centro de rehabilitación de toxicómanos en un lugar próximo a un centro escolar.

⁹⁷ Ex art. 8 Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; *“es preciso efectuar la valoración atendiendo al principio de proporcionalidad (...). Lo que nos lleva a la necesidad de efectuar una comparación entre la finalidad a que obedece la instalación del Centro Integral referido, imprescindible en toda Sociedad y sobre todo en la española, dada la situación actual, porque también los drogadictos y los toxicómanos han de estar protegidos por el artículo 15 y la salud es un derecho que tienen reconocido en el artículo 43 de la Constitución, y la que surge del derecho del niño y del adolescente a no ser atacado en su integridad física y moral, cuando hayan de acudir a los Centros docentes”*

⁹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero Aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. El estudio de impacto ambiental realizado por el propio promotor del proyecto debe contener un estudio de las principales alternativas, impactos y medidas compensatorias, ex. Art. 7.

⁹⁹ Misma sentencia que ha guiado el desarrollo de este epígrafe; STS de 18 de febrero de 1992, FJ 4.

supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado”.

b) Principio de buena fe y confianza legítima

El principio de buena fe no solo aparece ligado al principio de proporcionalidad, también al principio de confianza legítima. Tan es así que a menudo se solapan o se confunden en uno. El TS ha dicho *“es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado”*¹⁰⁰.

Los principios de buena fe y confianza legítima son de necesaria observancia por las Administraciones Públicas *ex. art. 3.1 LPC*; impide a la Administración todo engaño o maquinación en sus relaciones con los administrados y el defraudar injustificadamente las expectativas que ella misma ha despertado o alentado en los particulares. Aunque matiza el TS *“el principio de protección de la confianza legítima del ciudadano en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela”*¹⁰¹, lo que supone circunscribir a unos términos muy concretos la apreciación de los límites que imponen

¹⁰⁰ STS 27 de abril de 2007 Debe señalarse también, que prosigue el Tribunal *“no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado”* ya que es solo en el ejercicio de potestades discrecionales donde el principio de confianza legítima se hace visible. En esta línea la STS de 18 de abril de 2007 *“El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán, constituye en la actualidad (...) un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación”*

¹⁰¹ En STS de 4 de marzo de 2005, la recurrente alega una vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima por el retraso en la fijación del justiprecio por parte del Jurado de Expropiación *“por cuanto la paralización generaba una confianza sobre la improcedencia de la expropiación”*, en este caso el TS rechaza el motivo *“no puede decirse que el retraso haya podido generar confianza legítima alguna que pueda entenderse como renuncia a una potestad ya ejercitada, desde luego, no puede decirse, ni se menciona siquiera, que la actora haya organizado su actividad confiando en el no ejercicio de la potestad”*.

estos principios reduciendo, al menos en el control ejercicio a través de estos principios, las críticas de que consisten en una indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral.

La jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos ha venido aplicando el principio de buena fe¹⁰², incluso antes de la promulgación de la Constitución, aunque es el principio de igualdad el que con más frecuencia ha sido invocado para introducir una medida de las potestades administrativas¹⁰³.

c) Principio de igualdad

El principio de igualdad también está expresamente recogido en la C.E. ex. Art. 14. Siendo considerado como uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho, y debido a su carácter transversal, es frecuentemente invocado en todos los órdenes jurisdiccionales, no solo en el contencioso-administrativo, por lo que la explicación que ahora sigue no pretende ser muy exhaustiva.

La invocación del principio de igualdad para controlar los posibles abusos de la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales está muy ligada, como ya se mencionó *supra*, a la vinculación de la Administración a sus propios precedentes, que debe actuar con imparcialidad para garantizar la igualdad en el trato a los administrados.

¹⁰² En SSTs de 23 de diciembre de 1959, 27 diciembre 1966, 13 de mayo de 1971 (tomadas GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 500) y posteriormente en STS de 5 de febrero de 1981 resolvía el recurso contra una resolución del M.º Comercio desestimatoria de recurso de alzada que confirmaba el plazo de 15 días de validez de unas licencias para la importación, cuando lo habitual era conceder un plazo de 50 días. En el cdo. 3º *“que si la actuación del M.º Comercio al acortar el plazo de validez de la licencia es cierto que se ejercita dentro del marco de las potestades discrecionales y lo es asimismo que la vigente LJCA no excluye de su fiscalización los actos discrecionales, obligado será perfilar los condicionamientos a que deberá quedar sometida esta facultad de excepción, con el fin de evitar (...) que cuando esa prerrogativa se ha excedido en sus facultades habrá dado vida a un acto administrativo que de contrario habrá nacido viciado para su posible efectividad y ejercicio, debiendo para ello rechazarse abiertamente una concepción arbitraria del contrato del Estado porque si bien obedece a razones de alta política comercial destinadas a la regularización de los precios del comercio exterior (...)no permite en manera alguna que de esos cambios no se haga en tiempo y forma (...)evitando sorprender con la lesión de los intereses económicos de los particulares todo ello en razón a un elemental principio de buena fe”*

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 501. Menciona SST 24 de diciembre de 1956 y 22 mayo 1967 en materia de licencias de construcción.

No obstante es doctrina reiterada del TS que “en la ilegalidad no puede invocarse la igualdad”¹⁰⁴.

Los problemas que plantea en la práctica judicial esta técnica de control se manifiestan del lado de la prueba ante las dificultades que encuentra el que alega este vicio para encontrar un término comparativo válido. Esto es, está íntimamente ligada a la realidad fáctica del caso concreto, por lo que los límites al control judicial de actuación administrativa están perfectamente acotados¹⁰⁵.

Una aplicación del principio de igualdad como criterio reductor de la discrecionalidad administrativa se da por ejemplo en la STS de 11 diciembre 2012¹⁰⁶, que sirve para reducir la discrecionalidad de la que goza la Administración en el ejercicio de la potestad de autoorganización (típicamente citada como una de las expresiones más claras y típicas del poder discrecional).

d) Principio de interdicción de la arbitrariedad

El principio de interdicción de la arbitrariedad engloba en una acepción amplia, al resto de principios hasta ahora mencionados; lo desproporcionado, lo discriminatorio, lo contrario a la buena fe no es razonable, no es racional, es arbitrario¹⁰⁷. Aún es más; si la

¹⁰⁴ STS 6 de junio de 2011 FJ 3, el motivo de recurso era la denegación de autorización para la realización de unas obras de acceso a una carretera estatal, el tribunal desestima el recurso porque “no se ha demostrado de contrario que la Dirección General de Carreteras haya autorizado dichos accesos ni que, en segundo lugar, los mismos se encuentren en situación idéntica a la de la actora, a lo que se suma, en tercer y último lugar, que la Administración ha hecho uso de una potestad discrecional debidamente justificada en el nuevo proyecto de reordenación de la vía”.

¹⁰⁵ En la STS 24 de mayo 2012 el recurrente aduce que los terrenos de su propiedad, que generan el "efecto isla" al quedar rodeados de suelos urbanizables, pero de la prueba practicada se desprende que los terrenos reúnen las características que integran el concepto legal de terreno forestal. “En el ejercicio de la potestad para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planteamiento urbanístico, la Administración goza de un margen de discrecionalidad” pero “su clasificación como suelo no urbanizable de protección forestal resultado de las indicaciones contenidas en la Declaración de Impacto Ambiental lo que significa que nos encontramos ante una determinación de carácter reglado”

¹⁰⁶ Con motivo de un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a plan de ordenación de recursos humanos del servicio de salud del Principado de Asturias el Tribunal dice “La llamada potestad de autoorganización de los Servicios de Salud no puede prevalecer sobre los derechos más elementales que proclama la Constitución Española, lo que significa que trabajar en las llamadas “áreas periféricas”, jamás puede implicar un plus de puntuación en relación con el resto de las Áreas de Salud” en tanto que el “plus” ó prioridad que se concede al primar determinadas áreas sanitarias, no se ajusta a criterios de igualdad, mérito y capacidad.

¹⁰⁷ La vinculación entre la idea de arbitrariedad y las de racionalidad y razonabilidad es constante en la jurisprudencia, en STC 16 noviembre de 1992 FJ2 “Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no

realidad de los hechos no ha sido respetada, si la Administración se ha desentendido del peso jurídico que el ordenamiento otorga a los diferentes factores del caso concreto, si la valoración de esos factores lleva a un resultado inconsistente con la realidad de los hechos o ajeno al fin de la norma que otorgaba la potestad, la actuación de la administración habrá sido arbitraria. En otras palabras, es el principio consagrado en el art. 9.3 de la C.E., que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas, el que en última instancia permite trazar la, a veces fina, frontera que separa la discrecionalidad legítima de la arbitrariedad prohibida¹⁰⁸.

Esta compleja y frecuentemente peligrosa operación se lleva a cabo a través del llamado doble test de racionalidad y razonabilidad¹⁰⁹ (con el que el tribunal decide comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir a un buen y coherente administrador)¹¹⁰, para cuya realización es imprescindible que la autoridad

puede considerarse fundada en Derecho y lesiona por ello el derecho a la tutela judicial efectiva” aplicada a la propia resolución judicial, no puede obviarse que el art. 9.3 se refiere a todos los poderes públicos. Es frecuente también encontrarla en la jurisprudencia del TS; dice en sentencia de 7 de abril de 1997 que la demolición de un edificio no estaba justificada considerándola viciada por infracción del ordenamiento jurídico que establece la prohibición de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas, a tenor del artículo 9.3 de la Constitución evitando así que la Administración urbanística traspase los límites racionales, en que debe discurrir toda actividad discrecional, y evitando que llegue a decisiones carentes de una justificación razonable.

¹⁰⁸ No se va a entrar en las dificultades que plantea la conceptualización del término arbitrariedad, pero para facilitar la comprensión de lo que a continuación sigue y a los meros efectos de la limitación con el término discrecionalidad, a la postre antagónicos; “*arbitrario es aquello que no es resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento, sino fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta una decisión*”, Verbatim MUÑOZ MACHADO op. cit. pág. 582.

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 505. Se trata de un ejercicio de confrontación de razones (las de la Administración y las del Tribunal) pero dicha confrontación no es simétrica, ya que la Administración es libre de elegir el tipo de razones que hayan de servir de soporte a sus decisiones mientras que los Tribunales no pueden utilizar para justificar las suyas más que con razones del Derecho. Un ejemplo aplicado es la STS de 10 de mayo de 2000 con el motivo de la denegación de una solicitud de reversión de unos terrenos expropiados. Más recientemente este test realizado por el órgano *ad quo* es confirmado en STS de 5 de julio de 2010 que se refiere al *ius variandi* de la Administración en el ejercicio de sus potestades de planificación urbanística.

¹¹⁰ Esta técnica del control de razonabilidad trae su origen en la jurisprudencia inglesa que habla de “*accepted moral standards*” (*apud* BELTRÁN DE FELIPE op. cit. págs. 96 y ss.), consiste en un control de los límites negativos de la decisión discrecional, un control de coherencia (que no incurre en decisiones absurdas), pero no supone una extralimitación del tribunal que debe mantenerse al margen del núcleo de la discrecionalidad en palabras de DESDENTADO op. cit. pág. 235 “*el juicio de razonabilidad no es un juicio de optimización*”. Curiosamente un autor como SANCHEZ MORÓN *Derecho administrativo*...cit. pág. 100, que centro especialmente sus esfuerzos en advertir de los peligros de esta técnica en cuanto a que podría significar una sustitución del tribunal, no descarta el control de

administrativa aporte las razones justificativas de su decisión, esto es que cumpla con la inexcusable obligación de motivación¹¹¹.

Dice T.R. FERNANDEZ¹¹² que la motivación es el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario y por ello “*si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho*”. Pero ¿qué se debe entender por suficientemente motivado? Aquella decisión que incorpore razones de fondo que la justifique, como dice DESDENTADO¹¹³ “*la legitimidad de la decisión discrecional, en cuanto que su contenido no está determinado por el ordenamiento, depende de la existencia de un discurso justificativo que la respalde*” que opere “*como garantía de excusión de la arbitrariedad*”. Por tanto podríamos resumir lo dicho en dos premisas “lo no motivado es arbitrario¹¹⁴” y “motivar es justificar”¹¹⁵. Sin embargo, no es tan sencillo en la práctica judicial aplicar estas máximas, ya que existen decisiones no motivables o poco motivables. Y más se complica todavía si se tiene en cuenta que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa.

El control de razonabilidad permite a los tribunales anular aquellas decisiones absurdas o irrazonables. El problema reside en determinar qué es lo racional en cada caso, no hay mera arbitrariedad por el mero hecho de que existan otras decisiones más razonables,

racionalidad cuando la decisión tomada por la Administración aparece desprovista de razón o incurre en un manifiesto error por irrazonable.

¹¹¹ Ex. Art. 54 LPC.

¹¹² T.R. FERNANDEZ *De la arbitrariedad...* cit. pág. 82.

¹¹³ DESDENTADO op. cit. pág. 161.

¹¹⁴ Esta opinión puede resultar un tanto excesiva. Algunos autores como SANCHEZ MORÓN en *Discrecionalidad administrativa* cit. pág. 191 y 192 matiza “*el incumplimiento de este requisito (puramente formal) no quiere decir que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a derecho, por eso afirmar que lo no motivado es ya por este hecho, arbitrario constituye una notoria exageración (...) pues lo que importa es determinar si la decisión es o no jurídicamente correcta desde el punto de vista sustantivo*”. En esta misma línea también BELTRÁN DE FELIPE op. cit. pág. 52 califica la falta de motivación como un indicio importante de arbitrariedad y sigue “*lo que resulta indudable es que la arbitrariedad ha de referirse al fondo de la decisión, no a la forma de producirse o manifestarse*”.

¹¹⁵ SANCHEZ MORÓN *Ibidem*. “*no puede tener el mismo alcance las exigencias de motivación de los actos concretos o singulares que la de los actos generales y complejos (...) no es lo mismo la motivación de una decisión técnica (...) que la de un acto de pura discrecionalidad política (...) es decir lo que la ley exige es una motivación adecuada a la naturaleza de cada acto discrecional (a la par que sucinta siempre)*”.

lógicas o convenientes (desde una perspectiva estrictamente jurídica, eso sí) que la que la Administración ha adoptado (entiéndase, considerando otros criterios extra-jurídicos).

Es claro entonces, que ante la falta de pautas que guíen al juez a la hora de decidir si una decisión es o no irrazonable, se corre el riesgo de que este acuda a criterios subjetivos y la tarea de los tribunales no consiste en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar a otro resultado, sino en verificar que en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado los límites que la ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar esa libertad de elección. Es en suma, el propio art. 9.3 al que hasta ahora se ha remitido para justificar las diferentes técnicas de control de la discrecionalidad, el que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos, inclusive el poder judicial, y es por ello por lo que los órganos jurisdiccionales deben ser especialmente cautelosos al aplicar las técnicas hasta ahora expuestas, dado que no están exentos de tomar decisiones tan arbitrarias como aquellas que pretenden sustituir¹¹⁶.

4. LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

4.1 Los presupuestos del debate

Se han expuesto a lo largo de este trabajo los puntos clave del debate que protagonizaron a finales del siglo pasado PAREJO ALFONSO y SANCHEZ MORÓN por un lado, que sostenía la tesis de que es necesario que se respete un cierto ámbito de actuación administrativa libre, y por otro GARCÍA DE ENTERRÍA y especialmente T.R. FERNANDEZ, que abogaban porque el juez en su crítica pueda llegar tan lejos como el derecho le permita. Conviene ahora realizar una breve recapitulación de las bases de la discrecionalidad sobre las que se centra la polémica, que ciertamente han aparecido de manera un tanto dispersa debido a las necesidades de conceptualización

¹¹⁶ Puede observarse como el TC anulaba dos resoluciones porque la facultad de apreciación reconocida al órgano judicial “*no podía confundirse con meramente discrecional*”, así mismo puede observarse como se utilizan mecanismo de control similares a los teorizados respecto a la discrecionalidad administrativa y como el TC llega afirmar que existe un margen de apreciación del juzgado “*indisociable de su función*”, lo que guarda grandes similitudes con la discrecionalidad administrativa; STC de 24 de julio de 1981 y de 1 de junio de 198.. Vid. MARTÍN-RETORTILLO op.cit.

del término discrecionalidad y de pretenciosa simplificación de cómo se controla el contenido de una decisión discrecional desde el punto de vista exclusivo del derecho.

4.1.1 La legitimación de la discrecionalidad

La existencia de un margen de libertad para que la Administración pueda valorar las circunstancias de oportunidad de cada caso, en atención a criterios no jurídicos, es primero, una necesidad impuesta por la incapacidad del legislador para prever esas circunstancias, y segundo una exigencia para garantizar el correcto desempeño de la función pública de servicio a los intereses generales.

Por tanto, dos de los elementos a tener en cuenta antes de entrar en el debate de ¿hasta dónde en nombre del derecho, los tribunales pueden llevar la fiscalización de la discrecionalidad? Es primero que la discrecionalidad administrativa es el resultado de una delegación legislativa¹¹⁷ y segundo que es inherente a la discrecionalidad un elemento de oportunidad.

No es correcto por tanto partir de una especie de prevención apriorística frente a la Administración o de la presunción moral de que esta actúa mal, y que por ello es necesario reducir más y más sus poderes¹¹⁸. Además el juez no goza de esa legitimidad ciertamente política de la que goza la Administración, sino que su legitimidad es de tipo “jurídico-objetivo” y en ese sentido debe desplegar su control (control de legalidad, no control de oportunidad¹¹⁹).

4.1.2 El principio de legalidad del art. 103.1 C.E, el “judicialismo” del art. 106.1 C.E. y la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E.

Existe un sometimiento pleno de la actividad Administrativa a la ley y al derecho. Este es el resultado de un proceso histórico de conquista del poder por el derecho, que se plasma en los art. 103.1, 106.1 C.E. y especialmente en el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 C.E. que debe ser el punto de partida de la dogmática del

¹¹⁷ Llega a asegurar SANCHEZ MORON en *Discrecionalidad administrativa...*cit. pág. 106 que las potestades gubernativas y administrativas no derivan de la ley, sino directamente de la Constitución, empezando por la potestad reglamentaria del art. 97 y la iniciativa pública en la actividad económica del art. 128.2. Esta afirmación puede resultar tal vez un tanto exagerada.

¹¹⁸ SANCHEZ MORÓN *Ibidem* . pág. 101.

¹¹⁹ Dice no obstante, en este sentido T.R. FERNANDEZ *De la arbitrariedad...*cit. pág. 88 que la distinción entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro, y el dilema creado en torno a ellas un falso dilema.

control judicial de la discrecionalidad administrativa en relación con el resto de principios y reglas contenidos en el ordenamiento (Esto simplemente quiere decir que el control judicial es un control de juridicidad, no de mera legalidad)

Esta estrecha vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico es la manifestación lógica del Estado de Derecho, para cuya puesta en práctica es necesario, en aras de una completa protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, que todas las decisiones administrativas sean susceptibles del control judicial (garantía de cumplimiento del art. 24. C.E.). El problema entonces se reduce a cuál es la extensión de los poderes del juez ¿ha de limitarse a anular el acto que encuentre disconforme con el ordenamiento jurídico o puede sustituir la decisión administrativa enjuiciada por la suya?¹²⁰

4.2 ¿El debate?

Como se ha podido ver el problema no es tanto si se admite o no el control judicial de las decisiones tomadas en el ejercicio de potestades discrecionales, sino más bien con qué criterios se aplica y cuáles son los límites del control judicial de la actividad discrecional.

Por tanto, puede resultar un tanto decepcionante llegados a este punto observar que la tan anunciada polémica sostenida por la doctrina administrativa a finales de s.XX. estuvo motivada más bien por las diferencias en los presupuestos teóricos para llegar a los posibles resultados del control judicial¹²¹, esto es, la anulación y la sustitución de la decisión administrativa. (Estos presupuestos son los que se han explicado *supra*)

Por un lado un sector de la doctrina representado por PAREJO ALFONSO y SANCHEZ MORÓN¹²² abogaban por la prudencia y autolimitación de los poderes del juez, y entendían que la tesis “radical” sostenida sobre todo por T.R: FERNANDEZ

¹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 508.

¹²¹ Como señaló ATIENZA en *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica* en REDA nº 85, pág.5-26.

¹²² SANCHEZ MORÓN *Discrecionalidad administrativa...cit.* pág. 92 dice los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o no jurídicos “de donde deriva la necesaria cautela y autolimitación en el uso de técnicas (razonabilidad, proporcionalidad, concreción de conceptos indeterminados, etc.) que más fácilmente pueden encubrir una apropiación por los órganos judiciales del propio ámbito de lo discrecional, atribuido por las leyes a la Administración”.

estaba llevando a un control constitucionalmente excesivo de la Administración; doctrina contraria a la división de poderes proclamada en la C.E.

Por otro lado T.R. FERNANDEZ sostuvo en el trabajo *Arbitrariedad y discrecionalidad* que desencadenó la polémica, que la C.E. no había modificado la configuración del poder discrecional de la Administración, ni le había aportado una legitimación que no tuviera, sino que la verdadera innovación de la Constitución consistiría en haber erigido al juez en guardián del legislativo y del ejecutivo.

GARCÍA DE ENTERRÍA también dedicó sus palabras a demostrar que el hecho de que los titulares últimos de la Administración tengan un origen democrático no tiene ninguna incidencia sobre el alcance del control judicial. Más en concreto, ante la crítica de que la tesis que comparte con T.R. FERNANDEZ (defienden el máximo control judicial) está mal fundada en el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (porque es un principio demasiado abstracto y general, también aplicable al poder judicial) ha respondido que: cuando el juez reprocha arbitrariedad a la Administración no lo hace de una manera estimativa y por simple convicción subjetiva, sino que está aplicando la ley y el derecho, y *por tanto cuando el juez aplica el principio de interdicción de la arbitrariedad no está desconociendo la función política que dentro del conjunto constitucional corresponde a la Administración*¹²³.

En este punto, la polémica resultaba un tanto baldía, en tanto que lo que se achacaba a T.R. FERNANDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA es que su activismo judicial suponía reconocer una ilegítima inmiscusión al poder judicial en la función propia de los órganos políticos y administrativos, pero no se negaba en ningún momento la necesidad de fiscalizar la actuación de la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales¹²⁴.

En lo que respecta a la tan temida sustitución de la decisión administrativa por la decisión judicial, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNANDEZ¹²⁵ consideran que en

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA en *Democracia, jueces..*cit. pág. 163 Sigue diciendo que carece de sentido proclamar que esta práctica supone un atentado a la independencia y responsabilidades propias de los órganos políticos y administrativos

¹²⁴ PAREJO ALFONSO en *Administrar y juzgar...* cit. pág. 129 dice “*la reconstrucción del problema del control judicial del poder administrativo en un Estado de las características del actual debe hacerse desde el doble principio de la plenitud de dicho control, es decir de la inexistencia de zonas o ámbitos de exención....*”

¹²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA E y FERNÁNDEZ T.R, op. cit. pág. 508.

ocasiones no es suficiente la anulación de la decisión administrativa y debe procederse a la sustitución de la decisión si tras dirimirse la controversia existe una única solución posible.

PAREJO para sorpresa de aquellos que esperaban que negara la posibilidad de sustitución de la decisión administrativa, reconoce que es posible cuando se trata de una decisión tomada en el ejercicio de potestades regladas cuyo ejercicio no exige más que una tarea de interpretación y aplicación, e incluso admite de manera poco clara¹²⁶ esa sustitución en el ejercicio de potestades discrecionales, *cuando excepcionalmente la situación fáctica del caso pueda (por sus características) determinar una reducción total de la discrecionalidad*¹²⁷. Lo que lleva (bien es cierto en un ejercicio un tanto desmesurado de generalización) al mismo punto, no es posible la sustitución del núcleo o del fondo de la discrecionalidad, esto es la elección entre alternativas justas en función de su oportunidad, salvo que cuando se compruebe si existe un verdadero margen de apreciación en el caso concreto, se llegue a la conclusión de que solo hay una solución posible, por lo que no se va a profundizar más en ello.

5. CONCLUSIONES

5.1 Breve recapitulación al hilo de la tan controvertida discrecionalidad técnica

- I. No es posible como ha quedado patente a lo largo de estas páginas realizar una conceptualización inequívoca del término discrecionalidad administrativa. Si que se pude sin embargo extraer *cuatro notas básicas del concepto*, estas son:
 - Implica una valoración por la Administración del interés público.
 - Su ejercicio supone una posibilidad de elección entre una pluralidad de soluciones justas desde la perspectiva del Derecho.
 - Esa libertad de elección se funda no solo en criterios jurídicos, también extra jur
 - Discrecionalidad no es arbitrariedad.
- II. Esos criterios extrajurídicos muchas veces incluyen en ellos un elemento político o de oportunidad que impone una limitación a la revisión jurisdiccional, en todo caso la

¹²⁶ ATIENZA op. cit. pág. 8.

¹²⁷ PAREJO ALFONSO en *Administrar y juzgar...* cit. pág. 124.

fiscalización del ejercicio de las potestades discrecionales se realiza a través de las técnicas jurisprudencialmente perfeccionadas de control de los hechos determinantes, de los elementos reglados, incluida la desviación de poder, así como el control a través de los principios generales del derecho.

- III. Cuando el margen del que dispone la Administración surge de la necesidad de remitir a juicios técnicos o científicos (independientemente de si se opta por incluir este margen dentro del inherente al halo de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados o se considera una variante de la propia discrecionalidad administrativa), formulados por un órgano especializado de la Administración (en razón de su mayor capacitación y cualificación técnica) también deben los órganos jurisdiccionales *respetar los límites que impone la naturaleza jurídica del control que despliegan*. O de otro modo rebasaría los límites propios de la función jurisdiccional, sustituyendo el juicio técnico de los órganos de la Administración por su propio y subjetivo criterio e inmiscuyéndonos así indebidamente en el ejercicio de funciones administrativas que no les corresponden.

El control de legalidad que si que puede desplegar el órgano jurisdiccional sobre la actuación administrativa ha de estar referido en la verificación del cumplimiento de los elementos reglados que legalmente constituyan presupuesto necesario para el ejercicio de una potestad tal, como lo son los requisitos de índole formal (competencia orgánica, procedimiento...), la concurrencia de las circunstancias o hechos determinantes de aquél, la adhesión a los mismos fines que persiga la norma atributiva de la potestad (pues de otro modo incurriría la Administración en desviación de poder) o el respeto de los principios generales del Derecho que informan todo el ordenamiento jurídico y configuran, junto con las más concretas determinaciones de la legislación aplicada en cada caso o momento, el marco normativo de referencia al que debe ajustarse la Administración para que pueda considerarse conforme a Derecho su actuación.

Considerando estos últimos principios, el juez o tribunal podría declarar ilegal y anular una decisión administrativa discrecional de carácter arbitrario, por carecer de fundamento objetivo o razonable, desproporcionado, discriminatorio o contrario a la buena fe o cualesquiera otros principios jurídicos generalmente reconocidos. Para lo que se requiere conocer las razones o criterios en que descansa la voluntad o juicio de la Administración, para lo que está obligada a motivar suficientemente todos sus actos discrecionales.

Sería ilógico no obstante, negar el acceso al juicio técnico (por ejemplo el realizado por los tribunales calificadoros de concursos y oposiciones) cuando los conocimientos necesario para calificar las pruebas son los propios de la preparación cualificada de los jueces y tribunales. Así mismo como plantea COSCULLUELA podría ampliarse el ámbito de revisión de los tribunales de lo contenciosos administrativo si se admitiera que mediante la prueba es perfectamente demostrable el error técnico cometido en el juicio técnico.

- IV. En cualquier caso, el *control* realizado por el órgano jurisdiccional es de *tipo negativo*, o sea anulatorio, no pudiendo sustituir la decisión tomada por el órgano administrativo entre los indiferentes jurídicos del caso concreto (si se entiende que la discrecionalidad técnica es una variante de la discrecionalidad administrativa) o en el margen de aplicación de un concepto jurídico indeterminado (si se suscribe la tesis contrapuesta). Empero, podrá el juez sustituir la resolución administrativa si por las circunstancias fácticas del caso concreto el margen de apreciación reconocido a la Administración se hubiera reducido a una única solución correcta.

5.2 Siguiendo la declaración de intenciones inicial

- V. Nada nuevo puede añadirse para arrojar luz sobre el escabroso tema de la discrecionalidad administrativa. La concepción de la Administración que se ha sostenido por los teóricos del derecho desde el surgimiento del principio de separación de poderes y el propio estado de Derecho, está enraizada en la desconfianza que en épocas históricas anteriores generó la acción del ejecutivo, y esta se plasma a la perfección en la continua necesidad que existe en la doctrina jurídica de *reducir al mínimo necesario el margen de libertad de decisión de la autoridad político-administrativa*.
- VI. Por otro lado, no solo los excesos en sus atribuciones han preocupado a la doctrina, también entre los que centran el paradigma de la discrecionalidad administrativa en la legitimidad de la que goza el poder ejecutivo para realizar las funciones que tiene encomendadas, has surgido la necesidad de *reducir los posibles excesos que el poder judicial pudiera cometer en el ejercicio de su función revisora*.
- VII. Puede resultar un tanto inocente la postura, si así puede llamarse, que sostengo; *confiar* en que tanto los órganos de poder ejecutivo como los del poder judicial actúen conforme

a los límites que constitucionalmente les vienen impuestos. En la medida que solo en el caso por caso puede dilucidarse si esos límites han sido excedidos toda discusión alejada de la realidad fáctica resulta, hoy en día, yerma.

Más debe preocupar los *riegos* que suponen *al efectivo* (que no pleno como se suele denominar) *control judicial de las Administraciones*, la huida de los entes públicos al derecho privado o el encubrimiento de actos administrativos con leyes singulares, que plantean los problemas de control en otros términos. O más recientemente las dificultades que suponen para la correcta revisión de la actuación administrativa, que el acceso de los administrados a la justicia venga de la mano del pago de unas cuantiosas tasas judiciales, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter subjetivo del recurso contencioso administrativo.

5.3 Desoyendo la declaración de intenciones inicial

Se ha intentado a lo largo de estas páginas reproducir de manera equilibrada las diferentes posturas mantenidas por la doctrina en los puntos más controvertidos de la discrecionalidad administrativa. Esta pretendida prudencia ha podido resultar en cierto modo pernicioso en algún punto, como por ejemplo en el debate doctrinal todavía a día de hoy existente, sobre la inclusión de la discrecionalidad técnica en el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados o su categorización como otra modalidad de discrecionalidad administrativa. Por ello solo ahora me permito incorporar mi visión al respecto.

Las dificultades para encontrar un marco exacto a la discrecionalidad técnica son un claro ejemplo de la artificialidad del debate doctrinal a cerca de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Lleva esta problemática al fenómeno que se explico desde la teoría del derecho hace tiempo por DWORKIN y HART (si se realiza un visión integradora de ambas teorías); que los procesos aplicativos de normas abiertas o vagas que dejan diversas opciones al operador pueden concluir, en los “casos simples” con la interpretación de la norma, por lo que se hablaría de discrecionalidad débil (de carácter meramente instrumental) y en los “casos difíciles” en los que la norma no ha facilitado criterios de experiencia (programación normativa más débil) con una operación no puramente jurídica en la que se recurre a la voluntad del operador (en tanto que debe aplicar criterios propios) y en la que la decisión tomada por él es

insustituible (ya que se trata de una discrecionalidad finalista). Esta última discrecionalidad fuerte es la que ostentan los órganos administrativos en los supuestos que se asocian al ejercicio de potestades tradicionalmente discrecionales, como la potestad de planeamiento o la de auto organización. La discrecionalidad débil es la que ostenta no solo los órganos administrativos, sino los órganos judiciales en los supuestos en los que deben aplicar conceptos jurídicos indeterminados.

Que la discrecionalidad sea más débil o más fuerte depende de la densidad de la programación normativa, y el correlato control del ejercicio de esas potestades también será más intenso cuando la discrecionalidad sea más débil porque la norma facilita criterios y pautas que aplicar en el supuesto concreto. Ahora bien, la baja densidad normativa de una norma puede obedecer a dos razones, que se deba a una imposibilidad material de prever y valorar de manera minuciosa todas las circunstancias que eventualmente puedan aparecer en el caso concreto, o que sea fruto de una deliberada remisión al criterio de la Administración, esto es, una discrecionalidad instrumental y un discrecionalidad finalista respectivamente. Este tipo de discrecionalidades podrían simplificarse con el nombre de *discrecionalidad jurídico-técnica*¹²⁸, en el primer supuesto, y *discrecionalidad socio-política* en el segundo. Es evidente que cuando el operador jurídico hace uso de criterios de oportunidad, no podrá entrar el juez a sustituirlo (si realizar el pertinente control de legalidad, de observancia de los límites normativos), sin embargo cuando la resolución sea el resultado de un juicio jurídico-técnico, la nota objetiva de dicha operación la hace accesible al control pleno del órgano judicial (claro está, que con los límites que las garantías del procedimiento y la práctica de la prueba imponen).

¹²⁸ Discrecionalidad jurídico-técnica en el sentido de que el legislador remite a la apreciación y valoración de conceptos jurídicos o técnicos, fácilmente objetivables. Y discrecionalidad socio-política queriendo referirse a aquellos supuestos en el que el legislador remite a la apreciación y valoración de criterios de oportunidad de naturaleza política, social o cultural.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA RODRÍGUEZ M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica”, en Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 85, 1995, pág. 5-26.
- BACIGALUPO SAGGESSE M., “Las potestades administrativas”, en AAVV (coord. T. CANO CAMPOS), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Vol. 3, Tomo 1: La actividad de las administraciones públicas : la forma* , Iustel, Madrid, 2009, pág. 13-41.
- BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BOCANEGRA SIERRA R. y HUERGO LOBA “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad : su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, en Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 111 pág. 405-428.
- CASSAGNE J.C., “La discrecionalidad administrativa”, en *La ley*, 3 de septiembre de 2008.
- CIRIANO VELA C., *Administración económica y discrecionalidad: (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CORDÓN MORENO en “El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº1 septiembre de 2003, pág. 141-170.
- COSCULLUELA MONTANER L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. 23ª ed., (Cizur Menor) Civitas, 2012.
- DELGADO BARRIO J., *El control de la discrecionalidad del planteamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- DESDENTADO DAROCA E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., en *De la arbitrariedad e la Administración*, 5ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo. Vol. I*, 15ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011.

- GARCÍA DE ENTERRÍA E., “Lucha contra las inmunidades del poder”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962.
- *Problemas de derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.
- *Democracia, jueces y control de la administración*, (Cizur Menor) Civitas, Navarra, 2009.
- GONZÁLEZ ALONSO A., “La doctrina de la discrecionalidad técnica a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo”, en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, Nº 58, 2012, pág. 17-27.
- LINDE PANIAGUA E., *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4ª ed. Colex, Madrid, 2012
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, en *Revista de Administración Pública*, nº100-102, diciembre 1983, págs. 1083-1099.
- MAURER H., *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MUÑOZ MACHADO S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, vol. I* 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006.
- PARADA VAZQUEZ R., *Derecho Administrativo*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PAREJO ALFONSO L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SAINZ MORENO F., “Reducción de la discrecionalidad : el interés público como concepto jurídico”, en Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº8, 1976, pág. 63-94.
- SANCHEZ MORÓN M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 24 de julio de 1981 <i>Discrecionalidad judicial</i>	RTC\1981\30
STC de 1 de junio de 1982 <i>Discrecionalidad judicial</i>	RTC\1982\30
STC de 28 de marzo de 1996 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RTC\1996\55
STC de 14 de diciembre de 1991 <i>Discrecionalidad técnica</i>	RTC\1991\215
STC de 16 noviembre de 1992 <i>Interdicción arbitrariedad</i>	RTC\1992\184
STC de 28 de marzo de 1996 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RTC\1996\55

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 5 de febrero de 1981 <i>Principio de buena fe</i>	RJ 1981\356
STS de 16 de julio de 1982 <i>Discrecionalidad e interés general</i>	RJ 1982\5444
STS de 27 marzo 1984 <i>Discrecionalidad en virtud de la ley</i>	RJ 1984\2535.
STS de 6 de diciembre de 1986 <i>Conceptos jurídicos indeterminados</i>	RJ 1982\7908
STS de 7 febrero 1987 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1987\2908
STS de 23 de junio de 1987 <i>Facilidad de la prueba</i>	RJ 1987\6525
STS de 16 de febrero de 1988 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1988\1418
STS de 28 de febrero de 1989 <i>Discrecionalidad en virtud de la ley</i>	RJ 1989\1158
STS de 16 octubre 1989 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1989\7368
STS de 23 de marzo de 1990 <i>Discrecionalidad no es arbitrariedad</i>	RJ 1990\2669.
STS de 3 de mayo de 1991 <i>Control de los hechos determinantes</i>	RJ 1991\3814
STS de 3 diciembre 1991 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1991\9389.
STS de 30 diciembre de 1991 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1992\388
STS de 18 de febrero de 1992 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1992\2904.
STS de 29 septiembre de 1992 <i>Desviación de poder</i>	RJ 1992\6991
STS de 8 de marzo de 1993 <i>Control de los hechos determinantes</i>	RJ 1993\1626
STS de 25 de mayo de 1993 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 1993\ 3797
STS de 21 de septiembre de 1993 <i>Limites discrecionalidad</i>	RJ 1993\6623
STS de 20 septiembre de 1994 <i>Discrecionalidad no es arbitrariedad</i>	RJ 1994\7131

STS de 25 septiembre 1995 <i>Desviación de poder</i>	RJ 1995\6836
STS de 21 de marzo de 1997 <i>Expropiación, revisión juicio técnico</i>	RJ 1997\1932
STS de 22 marzo de 1997 <i>Control de los hechos determinantes</i>	RJ 1997\2056
STS de 7 de abril de 1997 <i>Interdicción arbitrariedad</i>	RJ 1997\2642
STS de 26 de mayo de 1997 <i>Control de los actos políticos</i>	RJ 1997\4532
STS de 10 de mayo de 2000 <i>Interdicción arbitrariedad</i>	RJ 2000\5585
STS de 19 de julio de 2000 <i>Conceptos jurídicos indeterminados</i>	RJ 2000\7428
STS de 14 noviembre 2000 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 2000\9614
STS de 12 diciembre de 2000 <i>CJI, discrecionalidad técnica</i>	RJ 2001\522.
STS de 3 de julio de 2001 <i>Desviación de poder</i>	RJ 2001\6576
STS de 18 de junio de 2001 <i>Desviación de poder</i>	RJ 2001\6066
STS de 4 de marzo de 2005 <i>Principio de buena fe</i>	RJ 2005\3325
STS de 18 de abril de 2007 <i>Principio de buena fe o confianza legítima</i>	RJ 2007\4260
STS de 27 de abril de 2007 <i>Principio de confianza legítima</i>	RJ 2007\5798
STS de 5 de julio de 2010 <i>Interdicción arbitrariedad</i>	RJ 2010\6005
STS de 19 julio 2010 <i>Desviación de poder</i>	RJ 2010\6497
STS de 13 de julio de 2011 <i>Discrecionalidad técnica</i>	RJ 2011\6479
STS de 28 de noviembre de 2011 <i>Discrecionalidad técnica</i>	RJ 2012\3492
STS de 16 de febrero de 2011 <i>Discrecionalidad técnica</i>	RJ 2011\1512
STS de 20 abril de 2011 <i>Control de los hechos determinantes</i>	RJ 2011\4312
STS de 6 de junio de 2011 <i>Principio de igualdad</i>	RJ 2011\5038
STS de 27 de enero de 2012 <i>Principio de proporcionalidad</i>	RJ 2012\3692
STS de 24 de mayo 2012 <i>Principio de igualdad</i>	RJ 2012\7012
STS de 11 diciembre 2012 <i>Principio de igualdad</i>	RJ 2013\754
STS de 17 de diciembre de 2012 <i>Control de la discrecionalidad técnica</i>	RJ 2013\1045