



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Presentado por:

Alberto López Sotelo

Tutelado por:

José Carlos Laguna de Paz

Valladolid, 7 de Septiembre de 2015

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN	4
2 CONCEPTO	6
3 RAZÓN DE SER	10
4 SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE	15
4.1 Actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.....	18
4.2 Actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje	20
4.3 Actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos	22
4.4 Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales.....	23
4.5 Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos	25
4.6 Actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales	26
4.6.1 <i>En particular, la motivación de los actos discrecionales y su control judicial.</i>	28
4.7 Actos motivados en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.....	36
4.8 Los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva	37
5 SUS EXIGENCIAS	40

6 CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN: NULIDAD RELATIVA	43
6.1 La aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso.....	49
7 CONCLUSIONES.....	52
8 BIBLIOGRAFÍA.....	55

1. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública es “un centro de actividad institucionalizado como Poder público, personificado o integrado con autonomía en una persona jurídico-pública, subordinado a la Ley y de suyo sin potestad legislativa, sujeto a dirección política, sometido a control judicial y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha”¹. Según el artículo 103 de la Constitución española, la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. A nosotros nos interesa el servicio objetivo al interés general, ya que para cumplirlo es inevitable que se relacione con los ciudadanos, afectando a sus intereses, derechos y libertades, mediante la adopción de actos administrativos, ya que estamos hablando de un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, etc².

La Administración, cuando dicta un acto administrativo, puede hacerlo a favor o en contra del administrado, que puede ver su pretensión admitida o denegada por el órgano administrativo competente que toma la decisión. En el segundo caso, el administrado tiene derecho a defenderse y poner el correspondiente recurso administrativo (siempre que dicho acto sea recurrible en vía administrativa) o posteriormente, y si éste es desestimado, recurrir a la vía judicial con la correspondiente apertura de un proceso contencioso-administrativo. El particular, a la hora de defenderse, se basará en las razones que la Administración ha aducido para desestimar su pretensión y eso es lo que llamamos motivación del acto administrativo. Esta motivación es necesaria para no producir indefensión, es decir, una situación en la que la parte, en este caso el administrado, ve limitada su defensa, sea en vía administrativa o judicial, ya que la Administración al no motivar la resolución de que se trate no proporciona las razones por las cuales el derecho del administrado se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y éste no tiene fundamentos que oponer en su defensa al elaborar el recurso, lo que generaría a la vez la falta de tutela judicial efectiva reconocida en nuestra Constitución. Por otra parte, no siempre la Administración tiene esta obligación de motivar lo que resuelve, ya que algunas decisiones son totalmente regladas y al no haber

¹ MÁRTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid: Editorial TECNOS, 1986. Página 83.

² VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 2013. Página 23.

ningún atisbo de discrecionalidad no es necesaria la motivación al tener la decisión respaldo en la propia ley y no produciendo la correspondiente indefensión, como las autorizaciones administrativas, que son actos reglados favorables al administrado y no perjudiciales para terceros que no necesitan ser motivados.³

La motivación es una exigencia relativamente moderna. En el Antiguo Régimen ni siquiera se exigía en las sentencias judiciales, pues se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad en el Estado absoluto, que no tenía que dar explicaciones de sus actos y sentencias, sostenidas fuese cual fuese su contenido en la soberanía directa del monarca, el cual podía crear en cada caso una norma o decisión específica, sin someterse a leyes previas (Ley VII, Título XVII, del Libro XI de la Novísima Recopilación). En el Derecho administrativo la motivación se exigió en los reglamentos ministeriales dictados en desarrollo de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, de 19 de octubre de 1890⁴. Así, el reglamento de Gracia y Justicia dispuso que los acuerdos administrativos que pusieran término a una pretensión o expediente enunciarían los hechos y fundamentos legales o la doctrina pertinente, limitados unos y otros a la cuestión que se decidiera (Real Decreto de 17 de abril, artículo 66); y en el del Ministerio de la Guerra (Real Decreto de 25 de abril de 1890, artículo 23). Se obligaba a adicionar en la notificación de los acuerdos íntegros el informe o dictamen que lo hubiere motivado.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 partió del principio de la innecesidad de la motivación de los actos administrativos y limitó su exigencia a los actos que limitan derechos subjetivos; los que resuelven recursos; los que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; aquellos que debieran serlo en virtud de disposiciones legales; y, en fin, los acuerdos de suspensión de actos. La vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 54, ha ampliado la nómina de los actos necesitados de motivación, y que ahora comprende, además de los dichos: la adopción de medidas provisionales, los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos, los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales y los actos que

³ COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Aranzadi, 25ª Edición, 2014. Página 326

⁴ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1ª Edición, 2013. Página 58.

resuelven procedimientos de revisión de oficio, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.⁵

En el estudio de estos supuestos preceptivos legalmente analizaremos los problemas de los actos dictados en virtud de discrecionalidad técnica, donde el control judicial de la Administración, reconocido en el artículo 106 CE, es más complicado, igual que ocurre en la motivación de los actos que pongan fin a procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. Como supuesto especial no regulado por el Derecho administrativo, veremos la motivación en la potestad de indulto.

También veremos la naturaleza de la motivación como elemento del acto administrativo, donde existen variedad de opiniones sobre si se trata de un elemento formal del acto o un elemento sustancial o de fondo, las exigencias de la motivación, y, por último, las consecuencias de la falta de motivación.

2. CONCEPTO

Entrando en el concepto legal de motivación, como enuncian RAMÓN PARADA, GARCÍA DE ENTERRÍA y LUIS COSCULLUELA remitiéndose al artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la motivación es una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. La expresión “sucinta”, que contiene el citado artículo, no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de Junio de 1982, “la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad”. Otra sentencia significativa sobre el concepto de motivación es la del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2003, que entiende que “la motivación no significa un reconocimiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional ni meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la adecuación del acto al fin perseguido; por ello, para cumplir este requisito formal se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que éste se deduce y resulte adecuada la resolución”. Es decir, en la motivación, de manera sucinta hay que desvelar las razones que en virtud de los

⁵ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Páginas 58-59.

hechos concretos han aconsejado al órgano administrativo resolver en determinado sentido. La expresión “sucinta referencia a los hechos y supuestos de derecho”, dice el Tribunal Supremo en otra sentencia, de 5 de mayo de 1999, no permite a la Administración reducir el alcance de la motivación a “una genérica remisión al contenido de preceptos legales porque esa circunstancia no evita la indefensión del solicitante, que no puede llegar a conocer la razón cabal de la negativa, ni consiguientemente, argumentar con eficacia la impugnación de esa denegación”.

Lo que es pertinente para cumplir con el sentido del párrafo primero del artículo 54 LRJPAC es, como también ha señalado el Tribunal Supremo, “dar razón plena del proceso lógico y jurídico que determina la decisión”. En este sentido, como también ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de enero de 1998, “la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen”.⁶

La motivación, según JAIME RODRÍGUEZ ARANA, es “una manifestación de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa precisamente por el sentido racional del servicio al interés general que debe expresar toda manifestación de la actuación administrativa”. Desde una perspectiva amplia, el artículo 103 de la Constitución, al mandar que la actividad administrativa refleje siempre el servicio objetivo al interés general, está obligando a que todos los actos administrativos sean un exponente de ese servicio objetivo al interés general.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Aranzadi, 15^o Edición, 2011. Páginas 591-592. VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1^o Edición, 2013. Página 60. COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Aranzadi, 25^o Edición, 2014. Página 326. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo Tomo II. Iustel, 3^o Edición, 2009. Página 131. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Sistema de Derecho Administrativo. Pamplona: Editorial Cívitas, 1^o Edición, 2012. Página 296.

En Alemania, la exigencia de la motivación no conoce excepciones⁷, como podemos ver en el artículo 39 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, que es la Ley de Procedimiento Administrativo General Alemán, donde dice lo siguiente: “un acto administrativo por escrito o electrónico debe ir acompañado de razones. En la exposición de motivos, las razones jurídicas y fácticas básicas, debe ser comunicado lo que llevó a las autoridades a tomar su decisión. El razonamiento de los juicios también debe revelar los puntos de vista desde que utilizó la autoridad en el ejercicio de su discreción.”

Mientras, en el Derecho francés, fue regla tradicional la innecesariedad de la motivación⁸, regla abandonada con la Ley de 29 de julio de 1991 relativa a la motivación formal de los actos administrativos con las excepciones expuestas en el artículo 4, donde no se tiene la obligación de motivar en 4 casos donde que la motivación pueda: 1 ° poner en peligro la seguridad exterior del estado; 2 ° perjudicar el orden público; 3 ° violar el derecho al respeto de la vida privada; 4 ° ser una violación de las disposiciones de la materia de secreto profesional.

En el Derecho italiano se exige la motivación en los actos ampliativos de la esfera jurídica de los particulares que son desestimados, en los restrictivos, en los dictados en disconformidad con el parecer de órganos consultivos y, en general, en todos los actos que se consideran resoluciones, es decir, los que envuelven algún parecido con los juicios por darse alguna suerte de contradicción entre la Administración y el particular, como son, en todos caso, los actos resolutorios de los recursos administrativos⁹. Por su parte, la Resolución (77) 31 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1977 recomienda que en la legislación de los países europeos se recoja el principio de que “cuando un acto administrativo es susceptible de afectar a los derechos, libertades o intereses, el administrado deberá ser informado de los motivos sobre los que se funda. Esta información será facilitada por indicación de los motivos en el propio acto, bien a requerimiento del interesado, mediante comunicación escrita en un plazo razonable”.

Ahora bien, en el Derecho español, si nos situamos en una aproximación más concreta, resulta que la motivación es preceptiva en una serie de actos administrativos en los que por

⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 2009. Página 27.

⁸ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Página 59.

⁹ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Páginas 58-59.

razones de discrecionalidad o de restricción o limitación de las posiciones jurídicas de los particulares, la objetividad o racionalidad ha de ser expresada necesariamente. Además, junto a esta perspectiva, no puede olvidarse, como recuerda nuestro Tribunal Constitucional tempranamente, que en la propia motivación de los actos administrativos hay una razón de orden procesal: la defensa de los derechos e intereses legítimos del destinatario de un acto administrativo. La motivación no es sólo pura formalidad, no es sólo fórmula de estilo, ni cubrir el expediente.

La motivación es, según JAIME RODRÍGUEZ ARANA, una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una Administración pública, y de sus agentes, por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho¹⁰. Con razón se ha dicho que el grado de objetividad de una Administración pública se mide, entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos. En efecto, cuando se cuida la motivación, cuando las autoridades públicas encargadas de tal tarea han asumido la relevancia y trascendencia de su labor, se puede decir que nos encontramos ante una Administración que intenta servir objetivamente el interés general, siempre que no se dicten actos arbitrarios. La objetividad, característica constitucional de la actuación administrativa, se satisface a partir de la racionalidad. Por eso, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de marzo de 2004 dice que la motivación, como ingrediente formal del acto administrativo, se cumple si del contenido del acto se deducen las razones determinantes de lo resuelto en el mismo.

Desde una perspectiva más general, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005 señala que la motivación refuerza los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa y posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La motivación implica, pues, objetividad y efectividad de la tutela judicial. En el mismo sentido se pronunció el propio Tribunal Supremo a través de una sentencia de 29 de noviembre de 2006, al establecer que la motivación tiene por finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. La motivación, pues, continua esta sentencia, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española y, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia

¹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 2009. Página 27.

constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Además, esta resolución judicial, con buen criterio, recuerda que la obligación de motivar es consecuencia también del derecho a una buena Administración proclamado en el artículo 41 del Tratado de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando dispone que forma parte de tal derecho fundamental de la persona la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2000 también nos ofrece una completa definición de motivación: “El Ordenamiento jurídico viene exigiendo la motivación con relación a ciertos actos haciendo consistir aquélla en la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable”. En términos generales, toda la actuación administrativa, en la medida en que debe ser servicio objetivo al interés general, ha de ser razonada, ha de estar mínimamente motivada. Ahora bien, aun siendo esto así en general, el legislador ha querido ofrecer un régimen especial de motivación para una serie de actos en los que la necesidad de exteriorizar la racionalidad es siempre necesaria dada su conexión con la esfera jurídica del particular destinatario del acto administrativo. Tal régimen se encuentra en el ya citado artículo 54 de la LRJAPPAC, que analizaremos a fondo posteriormente.

3. SU RAZÓN DE SER

La motivación, como ha señalado atinadamente el Tribunal Supremo, es una exigencia constitucional que trae causa de los artículos 9, que sanciona el principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico así como la prohibición de la arbitrariedad, 103, que reclama el servicio objetivo al interés general así como el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, y al artículo 23.2 CE que dispone el principio de acceso en condiciones de igualdad a la función administrativa. Así, la sentencia de 29 de septiembre de 1988, señala que “cuando se dice

que la discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales —y ninguna decisión lo es de manera total— han de ser motivadas. Lo contrario chocaría con preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 —sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico; artículo 9.3 —interdicción de la arbitrariedad—; artículo 103 —sujeción plena a la ley, y, además, al derecho que es previo a aquélla—. Efectivamente, si convenimos, como decía LOCKE, que la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad¹¹, todos los actos del poder ejecutivo y de la Administración han de ser racionales. Por ello, también desde esta perspectiva más abstracta puede afirmarse que la exigencia de una justificación suficiente en los actos es inherente a la propia esencia y razón de ser de la Administración pública. El citado artículo 103.1 CE, al exigir la actuación de la Administración pública al servicio objetivo del interés general, está disponiendo claramente que la objetividad, esto es, la racionalidad, debe ser nota distintiva de la actuación administrativa, sea ésta por acto o por contrato. La Administración, sea cual sea su forma de expresión, siempre y en todo caso ha de atender a la objetividad. De lo contrario, si nos situamos en esquemas de subjetividad, de arbitrariedad, estaríamos violando nada menos que uno de los principios fundantes del Estado de Derecho. Desde otro punto de vista, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1990, llega a la misma conclusión al señalar que “las exigencias efectivas del Estado de Derecho han determinado el alumbramiento de técnicas que permiten el control judicial de la Administración (artículo 106, CE)”. Control judicial que a tenor de lo que establece este artículo constitucional, se proyecta más allá del control jurídico de la actividad administrativa al incluir el sometimiento de la propia Administración a los fines que la justifican. Como los fines que la justifican son fines de interés público y el interés público ha de gestionarse de forma objetiva, resulta que el Estado de Derecho reclama de la función administrativa una acción racional, objetiva, congruente con los fines de interés público que debe servir.

El alcance de la motivación, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1994, “debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa, con lo que la motivación del acto se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa”. Es decir, la motivación en cuanto exteriorización de los argumentos racionales del acto permite una mejor defensa del destinatario del acto encaminada, si es que el acto lesiona su posición

¹¹ LOCKE, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. México: Editorial S.L. FONDO DE CULTURA ECONOMICA DE ESPAÑA, 2005. Página 143.

jurídica, a recurrirlo sea en vía administrativa, sea en vía judicial. De esta manera, si es que se impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, se está lesionando un derecho fundamental de los que dan lugar, por mandato del artículo 62.1.a), a la nulidad absoluta, a la nulidad de pleno derecho. La perspectiva de la tutela judicial efectiva es tan importante como que afecta a un derecho fundamental de la persona. Sin embargo, la razón constitucional de la motivación reside en la exigencia de objetividad que ha de tener cualquier manifestación de voluntad de la Administración. Lógicamente, si tal objetividad acompaña a las actuaciones administrativas, entonces será más fácil, si se da el caso, impugnar o recurrir dicho acto porque las razones de su confección permiten la reacción jurídica en su contra.

El Tribunal Constitucional considera que el deber de motivación es un tema de legalidad ordinaria y, por tanto, sin acceso al recurso de amparo; pero sí alcanza relieve constitucional cuando se trata de actos que limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales.¹²

En lo relacionado a la naturaleza de esta exigencia del acto administrativo, la motivación en los distintos manuales siempre suele aparecer como un requisito de especial trascendencia, ya que es indudable su esencialidad en la mayoría de los actos administrativos, pero dentro de los requisitos de forma de los actos. Esto ha creado mucho debate entre autores y jurisprudencia en lo relativo a si se trata de un mero requisito de forma por lo cual sería anulable su incumplimiento o se trata de un requisito de fondo, lo que llevaría a la arbitrariedad en caso de no cumplimiento del requisito, algo prohibido en nuestra constitución. Este debate ha generado en la jurisprudencia pronunciamientos aparentemente contradictorios.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es *interna corporis*, no *externa*; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decir que la motivación no se cumple con cualquier forma convencional; por el contrario, la motivación ha de ser

¹² RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 1º Edición, 2009. Páginas 32-33.

suficiente como ya hemos analizado, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.¹³

Según SANCHEZ MORÓN, la motivación es un requisito esencial en los casos en que se exige, por eso un acto no motivado es, en apariencia, un acto arbitrario, si bien dicha apariencia queda despejada cuando la Administración aporta la motivación, incluso a posteriori, siempre que no limite las posibilidades de defensa del interesado. De ahí que en ciertos casos, no en todos, la jurisprudencia admita que el defecto de motivación del acto originario se subsana con la motivación del acto que resuelve el recurso de alzada o de reposición contra el mismo, cuando ello no supone la indefensión material de quien lo impugna.¹⁴

De acuerdo con la concepción clásica, ampliamente consolidada en nuestra doctrina y jurisprudencia, la motivación es un elemento puramente formal del acto que consiste en la exteriorización de las razones que justifican la decisión, esto es, en la expresión de un elemento sustantivo, o de fondo, que son los motivos. Por tanto, esta concepción distingue un elemento puramente formal, que es el acto de motivar, de un elemento sustancial o de fondo, que es la existencia de fundamentos en la propia motivación. Sin embargo, algunos autores, como TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ e IGARTUA E SALAVERRÍA¹⁵, consideran que la motivación es un elemento central en la distinción entre las decisiones administrativas arbitrarias y las que no lo son, y que la ausencia o insuficiencia de la motivación exigida por el artículo 54.f) de la LRJPAC implica ya, por sí misma, la existencia de una decisión basada en la exclusiva voluntad de quien la adopta y, por tanto, arbitraria.

Otros autores mantienen una tesis más matizada. Así FERNANDO PABLO y PONCE SOLÉ entienden que debe reconsiderarse la concepción tradicional de la motivación como elemento formal y afirman que cuando la decisión no se ha motivado o está insuficientemente motivada y en el expediente no existen elementos justificadores de la misma, la motivación se convierte en un requisito sustancial o de fondo y su ausencia o

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Aranzadi, 15ª Edición, 2011. Páginas 591-592.

¹⁴ SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo Parte General. Madrid: Editorial TECNOS, 6ª Edición, 2010. Página 242.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, Madrid: Cívitas, 2ª Edición ampliada, 1997. Páginas 82 y ss. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1ª Edición, 1998. Página 77.

insuficiencia determina que el acto deba considerarse materialmente contrario a Derecho por arbitrario. Por el contrario, si en el procedimiento existen elementos de juicio suficientes que respaldan la resolución, la motivación deberá considerarse un simple elemento formal.¹⁶

La propuesta de reconsiderar el carácter puramente formal de la motivación resulta ciertamente atractiva, dada la especial importancia que, sin duda, tiene la motivación para permitir a los ciudadanos un conocimiento de las razones justificativas que respaldan las decisiones discrecionales que les afectan, así como, en su caso, valorar la conveniencia de una impugnación de la resolución. Ahora bien, según EVA DESDENTADO DAROCA la consideración de la motivación como elemento sustantivo del acto no permite perfeccionar el control judicial de la actividad administrativa y, sin embargo, puede tener un efecto perjudicial para la adecuada resolución de los conflictos que genera el ejercicio de las potestades administrativas. Si consideramos que la ausencia de motivación cuando va acompañada de inexistencia de justificación en el expediente convierte a la motivación en un elemento sustantivo del acto, en el proceso contencioso-administrativo o bien habría que negar la posibilidad de que la Administración aduzca los motivos de la resolución o bien habría que permitir a la Administración defender su acto pero proceder en todo caso a la anulación del mismo por un vicio de fondo, incluso si en el curso del procedimiento administrativo de impugnación o del proceso se ha evidenciado que era materialmente correcto.

Creo que es, por tanto, preferible seguir manteniendo la concepción clásica de la motivación, que nos permite diferenciar nítidamente el elemento puramente formal de la motivación, del elemento sustantivo o de fondo, que son los motivos. Lo verdaderamente relevante desde la perspectiva del control de la arbitrariedad, no es tanto si el acto incluye o no la correspondiente motivación, sino si se encuentra o no debidamente respaldado por razones suficientes y atendibles. Un acto puede carecer de motivación, pero no de motivos. Y al revés, un acto puede estar motivado pero carecer de verdaderas razones justificativas. En el primer caso, nos encontramos ante un acto que no es arbitrario, aunque adolezca de un vicio formal. En el segundo, no existe vicio formal, pero sí un vicio de fondo que hace

¹⁶ FERNANDO PABLO, Marcos Matías. La motivación del acto administrativo. Madrid: Tecnos, 1993. Página 238.

PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Valladolid: Lex Nova, 2001. Páginas 518-519.

arbitrario al acto. Las consecuencias jurídicas son muy distintas y por eso no veo la pertinencia de confundir motivación y fundamentación (motivos). Si el acto es arbitrario incurre en un vicio de legalidad por vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución y es, por tanto, anulable. Si el acto adolece de un vicio formal podrá únicamente anularse cuando haya generado indefensión (artículo 63 LRJAPPAC) y en el caso de la falta de motivación por el hecho de no haber permitido al ciudadano conocer las razones que sustentan el acto y decidir con fundamento sobre la impugnación o no del acto administrativo, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁷

4. SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE.

Analicemos, a continuación el precepto que el legislador dedica a la motivación, que es el 54 de la LRJAPPAC, ubicado en el capítulo segundo del título quinto bajo la rúbrica de requisitos del acto administrativo. “1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
 - b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
 - d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.
 - e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
 - f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.
2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que

¹⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009. Página 87.

regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Como podemos apreciar el artículo 54 LRJAPPAC sólo exige la motivación para una serie de actos. Es evidente que una justificación mínima debe ser exigible a todos los actos administrativos en el Estado de Derecho (Art. 9.3 CE), sin perjuicio de que en determinados casos, debido a su especial relevancia, trascendencia o relación con los ciudadanos, ésta deba ser especialmente cuidadosa. Aunque sólo en ciertos supuestos la motivación sea preceptiva legalmente, hay muchos casos, como por ejemplo en las consultas voluntarias formuladas por los particulares a la Administración, donde el Tribunal Supremo afirma sin titubeos en la sentencia de 7 de Julio de 2009 que la Administración debe responder de forma motivada a estas consultas aún en ausencia de un procedimiento específico que canalice la solicitud. “La ausencia de procedimiento específico no impide que un administrado formule una solicitud a la Administración competente en cuanto a un beneficio contemplado en la legislación y que la Administración esté obligada a responder motivadamente”.

Otro supuesto relevante respecto a la motivación, no regulado por el Derecho Administrativo, es el indulto, potestad que no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno, tal como dispone el art. 30 de la Ley de 1870:

"La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el «Boletín Oficial del Estado»"

Es, pues, un acto del Gobierno que se exterioriza a través de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia y constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, ya que constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida en sede jurisdiccional, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción. Su concesión o denegación es un acto que no está sujeto a Derecho Administrativo (STS de 11 de diciembre de 2012), por tanto, no le son aplicables los mandatos de la Ley 30/92, debiendo, única y exclusivamente, ajustarse a las exigencias de la Ley de 1870, reguladora del Indulto, sin que, en todo caso, sea totalmente inmune a la revisión jurisdiccional.

Según constante jurisprudencia, tal revisión quedaba circunscrita a los límites y elementos reglados que, para el ejercicio de este derecho de gracia, establece la referida Ley de 1870: unos de naturaleza procedimental y otros de extensión de la gracia.

Dicha doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros: 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 2013, introduce, por vez primera (no obstante la dicción literal del art. 30 de la Ley de 1870 en su vigente redacción, que eliminó la exigencia de motivación de los Reales Decretos de concesión de indulto. Nunca se exigió para los Acuerdos de denegación), un elemento reglado de control que consiste en la necesidad de "especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública" que justifican el indulto, "control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente - cuyo contenido no podemos revisar - para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad".

La citada sentencia dice lo siguiente sobre la motivación de los actos de concesión de indulto:

"Tales razones han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos - que hemos de aceptar y no podemos revisar- la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la decisión adoptada guarda "coherencia lógica" con aquéllos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de "justicia, equidad o utilidad pública"), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, "tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - art. 9º.3 de la Constitución-, que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna".

En definitiva, dicho control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de "justicia, equidad y utilidad pública", a las que se subordina su concesión.

Todo esto no es exigible a los actos denegatorios de indulto, donde nunca se exigió en la Ley de Indulto la necesaria motivación. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Septiembre de 2014 dice lo siguiente respecto a esto:

“La Jurisprudencia ha venido negando que el acto denegatorio del indulto sea controlable en cuanto al fondo por los Tribunales, precisamente porque el acto de denegación del indulto no se contrapone al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que de conformidad con los artículos 117 y 118 de la Constitución corresponde llevar a cabo por los Jueces y Tribunales. En otras palabras no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad”.

4.1 Actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

En primer lugar, según el precepto que comentamos, han de ser motivados “los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos”. La razón es obvia puesto que estamos ante actos administrativos desfavorables para los ciudadanos. Como han señalado GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, la motivación se exige, en este supuesto, a todo acto administrativo que suponga una limitación a la actividad del administrado que no estuviera prohibida o que estuviera condicionada a la adopción del acto. Se trata de motivación de actos, no de normas, y de actos que limiten derechos subjetivos, no de actos delimitadores, tal y como ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999, ya que los actos que delimitan nos muestran hasta dónde llega el derecho del administrado, en que consiste ese derecho y cuáles son sus límites, mientras que los actos que limitan derechos reducen la esfera de actuación del administrado en un derecho que antes podía ser ejercido plenamente hasta que fue dictado el acto que lo limitó, el cual debe ser motivado en virtud de este artículo 54.

Una sentencia que muestra esta exigencia de motivación es la de 10 de Diciembre de 2014 del Tribunal Supremo, donde se recurre en casación una sentencia de la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional donde se acuerda la liquidación y sanción en relación con el impuesto sobre Sociedades, por falta de motivación

de la dilación de 205 días de las actuaciones inspectoras, superando el plazo legal de 12 meses.

El acuerdo de liquidación, que es el acto administrativo definitivo que pone término al procedimiento, susceptible por ende de impugnación jurisdiccional, no hizo referencia alguna a las dilaciones en que supuestamente habría incurrido el comprobado ni, en general, explicó en lo más mínimo, como habría sido preceptivo, la razón por virtud de la cual el Jefe de la Oficina Técnica entra a practicar una liquidación tributaria después de haberse superado ampliamente el plazo de doce meses con que, por habilitación legal, cuenta para ello.

En estos casos, el acto administrativo de liquidación debe ser especialmente cuidadoso en la motivación de las circunstancias del procedimiento que le habilitarían para el mantenimiento del procedimiento abierto pese a la expresada superación de los doce meses (artículo 29.3 Ley 1/1998), para evitar la sospecha, que en casos como el presente puede ser vehemente, de que el plazo se reconstruye a posteriori, inventando o prolongando artificialmente las pretendidas dilaciones que se achacan a la actitud del contribuyente sin prueba alguna, con la sola finalidad, que no es legítima, de extender artificialmente el plazo máximo del procedimiento más allá de lo legalmente autorizado.

El Tribunal dice lo siguiente respecto a la motivación de este acto de liquidación:

“La motivación es preceptiva en los actos de gravamen, como sin duda lo son las liquidaciones tributarias y, en especial, lo es para justificar el acogimiento a una regla excepcional, la de prorrogar el plazo máximo de doce meses establecido en una norma con rango de ley. Así, conforme al artículo 54.1 de la Ley 30/1992 "1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos".

Es innegable la aplicación al caso debatido de este precepto, teniendo en cuenta que la motivación, como figura jurídica, no sólo desenvuelve sus efectos en el puro ámbito de la relación con el destinatario del acto, quien tiene derecho a conocer las razones que justifican el acto excepcional o agravatorio -aquí, la prórroga de un plazo legalmente tasado-, sino que tiene una dimensión institucional que trasciende el mero interés personal del legitimado en la relación jurídica, en la medida en que “la motivación es el canon para

determinar la conformidad del acto y su orientación a los fines que le son propios, tal como proclama el artículo 106.1 de la Constitución”.

Respecto a los actos favorables para los ciudadanos, la obligación de motivar de la Administración residirá en la discrecionalidad o no de la decisión. Si la decisión por la que se declara una situación favorable al administrado es totalmente reglada y no perjudicial para tercero, no será necesaria la motivación¹⁸, pero siempre que haya un atisbo de discrecionalidad, es decir, que haya más de una opción elegir por parte de la Administración, y que el acto favorable perjudique a un tercero, la resolución del acto deberá ser motivada, como después veremos en el epígrafe sexto.

4.2 Actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.

En segundo lugar, el artículo 54 LRJPAC se refiere a los “actos administrativos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje”. Es decir se trata de actos que tienen especial trascendencia por estar llamados a resolver procedimientos de revisión de oficio, procedimientos en los que es la propia Administración quien ha decidido, por cuenta propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, someter un acto administrativo que ha puesto fin a la vía administrativa o que no ha sido recurrido en plazo a revisión por entender que podría incurrir en nulidad de pleno derecho. El poder de autotutela que se le reconoce a la Administración es quien le otorga esta posibilidad de poder hacer justicia por sí misma, sin necesidad de que un juez le auxilie. La autotutela es la base en la que se justifica la revisión de oficio.

En este supuesto del artículo 102.1 de la LRJPAC la Administración, al comprobar que concurre una de las causas de nulidad de pleno derecho podrá de oficio anular el acto indicando la circunstancia que produce esta nulidad. En el apartado 3 del citado artículo nos habla del caso donde es el interesado el que pide a la Administración que se pronuncie sobre la existencia de un acto viciado de ilegalidad :” El órgano competente para la revisión

¹⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Aranzadi, 25º Edición, 2014. Página 326.

de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales". En este segundo caso la motivación será algo más extensa que en el primero, donde bastará con indicar que supuesto del artículo 62 es aplicable al acto en cuestión.

Igualmente, es ejercicio de poder discrecional, la resolución de un recurso administrativo, como son el recurso de alzada(114 LRJPAC) contra los actos que no pongan fin a la vía administrativa(los actos que ponen fin a la vía administrativa se encuentran numerados en el artículo 109 LRJPAC) e interpuesto frente al órgano superior jerárquico del que lo dictó, el recurso potestativo de reposición frente a los actos que ponen fin a la vía administrativa, cuya resolución corresponde al mismo órgano que dictó el acto y el recurso extraordinario de revisión contra los actos firmes en vía administrativa siempre que concurren las circunstancias enunciadas en el artículo 118 LRJPAC. En estos tres recursos administrativos es preceptiva una sucinta motivación por parte de la Administración, como también lo es en los actos que resuelven las reclamaciones previas, que son requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de Ley (artículo 120 LRJPAC), y en los procedimientos de arbitraje.

En todos estos casos donde la Administración resuelve parece razonable exigir la motivación, ya que se trata de un acto administrativo que dirime controversias o resuelve conflictos jurídicos que tiene un gran parecido con una sentencia. Los supuestos de hecho y los fundamentos de derecho conducen, a través de la razón y la lógica, a un determinado pronunciamiento, que en caso de desestimación de la pretensión del recurrente, debe ser convenientemente argumentado.

4.3 Actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

En tercer lugar nos encontramos con los actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. La exigencia legal de

motivación en estos casos no reclama demasiados comentarios ya que en estos supuestos en los que la decisión administrativa se aparta del precedente o desconoce los informes de órganos consultivos, el esfuerzo de racionalidad debe ser mayor para explicar el sentido de dicho acto administrativo. El Tribunal Supremo ha dejado bien claro que en los casos de renovación de concesiones de dominio público concurre tal obligación legal. Así, por ejemplo, la sentencia de 24 de febrero de 1999 dice que “los actos originarios impugnados debieron ser motivados, porque esa quiebra de anteriores renovaciones significaba dar al traste con el criterio seguido en actuaciones precedentes”. La jurisprudencia también ha exigido que se motiven los actos de trámite que integran el procedimiento y que se separan del mantenido en otros actos anteriores o de órganos consultivos (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1988) así como el caso del acto que se aparta de la propuesta de resolución (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988).

El precedente administrativo es la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma Administración en un supuesto o en una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara¹⁹. El precedente administrativo no tiene valor normativo por sí mismo, pues si lo tuviera la simple rutina administrativa podría consolidarse como norma, impidiendo o dificultando las variaciones de criterio que muchas veces son necesarias para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Por tanto, la Administración puede separarse de su precedente sin que ello suponga, de por sí, infringir una norma jurídica. Pero esto no quiere decir que el precedente administrativo carezca de valor jurídico. Al contrario, el valor jurídico del precedente administrativo es extraordinariamente importante porque la tarea administrativa es una tarea reiterada, conocida por los ciudadanos y, desde este punto de vista, previsible. En determinados casos, si concurren ciertas circunstancias, se actúa siempre en el mismo sentido. Si, repentinamente, en estos supuestos, se quiebra la confianza legítima, la buena fe de los ciudadanos en la racionalidad de la Administración sin explicación, entramos de lleno en el mundo de la arbitrariedad y la subjetividad, algo anticonstitucional en nuestro Estado de Derecho.

En cuanto a los órganos consultivos, son organismos que están especialmente capacitados para asesorar a otros por su estructura (colegiada) y por la preparación de sus elementos personales. Realizan su labor mediante dictámenes e informes, que son no preceptivos y no vinculantes, es decir, no obligatorios, y en muchas ocasiones estos órganos hacen llegar a

¹⁹ SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo Parte General. Madrid: Editorial TECNOS, 6º Edición, 2010. Página 94.

los órganos decisorios la opinión de los administrados porque en muchos de los órganos consultivos está prevista la participación orgánica de los administrados. La Administración no está obligada a pedir informe salvo cuando una ley así lo prevea, pero en el caso que la Administración lo pida o la ley así lo prevea, los actos administrativos dictados ignorando este dictamen o informe, como es lógico, deberán ir acompañados de una sucinta motivación que los justifique.

4.4 Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales.

En cuarto lugar, la LRJPAC extiende la motivación a los acuerdos de suspensión, cualquiera que sea el motivo de ésta. También es lógico que un acuerdo administrativo que resuelve un incidente de paralización provisional de los efectos de un acto administrativo sea objeto de una motivación esmerada. Efectivamente, en estos casos se ventila nada menos que la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, la detención provisional de los efectos de un acto que se presume que ha sido dictado de acuerdo con la presunción de legitimidad y legalidad, con la presunción de que está inspirado en razones de interés general, de ahí su fuerza de obligar. Y si la ejecutividad, como expresión de la autotutela administrativa se funda sobre la presunción de interés general que acompaña a los actos administrativos, cuando estos van a ser retrasados en su ejecutividad, es lógico que tal decisión se motive suficientemente en razones de interés general.

El artículo 111 de la LRJPAC establece que la interposición de cualquier recurso administrativo, salvo que una norma disponga otra cosa, no impedirá la ejecución del acto administrativo impugnado. Ello no obstante, la Administración puede acordar la suspensión de la ejecución hasta que se resuelva el recurso cuando de la misma pudiesen derivarse perjuicios para el particular que sean de imposible o difícil reparación, o cuando el recurso se funde en alguno de los motivos de nulidad de pleno derecho de los referidos en el artículo 62 LRJPAC. Para acordar o denegar la suspensión debe realizarse una ponderación, debidamente razonada, entre el perjuicio que se causaría al particular como consecuencia de la ejecución inmediata del acto recurrido y el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión. En cualquier caso, si la Administración no resuelve la petición de suspensión en un plazo de 30 días, se entiende suspendida la ejecución por silencio administrativo positivo.

En la vía jurisdiccional de recurso contencioso-administrativo es posible también que se

acuerde la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, como una de las medidas cautelares que posibilita la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima (artículos 129 y ss).

Por otro lado, las medidas provisionales del procedimiento administrativo son decisiones transitorias adoptadas en el seno de un procedimiento, o con carácter previo a su instrucción, por razones de urgencia o para proteger el interés general. Su finalidad es garantizar la eficacia de la decisión que finalmente se adopte durante la tramitación del procedimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 2007 dice lo siguiente respecto a estas medidas:

“Constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuere adoptada.”

Se encuentran reguladas en el artículo 72 de la LRJPAC donde dice que “el órgano competente para resolver un procedimiento ya iniciado, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”, por tanto se desprende de este artículo que se debe motivar el acuerdo por el que se establecen dichas medidas ya que no podrán ser adoptadas sin la existencia de “elementos de juicio suficientes”. Por último, en el apartado 3 del citado artículo, se establece la excepción, donde no se podrán adoptar estas medidas con motivación o sin ella cuando puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

4.5 Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

En quinto lugar, también han de motivarse los actos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. Es fácil deducir que el acto por el que se declara una

expropiación forzosa urgente deba ser especialmente motivado. En el mismo sentido, cuando de ampliar un plazo se trata, igualmente hay que explicar por qué se hace. En estos supuestos en los que la Administración ejerce poderes especiales, si cabe, la motivación es más relevante. Podría argumentarse que tales supuestos son, por su especial naturaleza, de discrecionalidad. Y como el precepto que analizamos exige la motivación en todas las manifestaciones de las potestades discrecionales administrativas (letra f del artículo 54.1 LRJPAC) se podría concluir que este supuesto, como otros del precepto, no es necesario por redundante. Es cierto, pero no lo es menos que siendo la mayor parte de los actos discrecionales, que se haga una mención a los más importantes no afecta al régimen general del artículo 54.1 LRJPAC. En estos supuestos, la motivación, dado que nos encontramos ante poderes discrecionales, habrá de venir fundada en razones de interés público. Es lógico puesto que, por ejemplo, la declaración de emergencia de una contratación administrativa vendrá aconsejada por razones concretas, detalladas, de interés público. Igualmente, la ampliación de un plazo en un determinado procedimiento habrá de atender a exigencias concretas de interés general, pues de lo contrario pareciera que no tendría sentido tal medida.

La urgencia según González Navarro “es una institución excepcional de la que paradójicamente se hace frecuente uso en el mundo de las relaciones jurídico-administrativas, unas veces por falta de conciencia de los riesgos que su abuso entraña y otras por inadaptación sobrevenida del procedimiento formalizado aplicable al caso, de acuerdo con la legislación vigente, para resolver de manera eficaz y justa el problema de que se trate.”²⁰

La tramitación de urgencia tiene su respaldo legal en el artículo 50 de la LRJPAC, en el cual se sostiene que “Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.” Dichas razones de interés público constituirán la motivación que exige el artículo 54 LRJPAC, ya que sin ellas no será posible modificar la duración del procedimiento administrativo. En el apartado segundo del artículo 50 nos habla de la imposibilidad de recurrir estos actos, al igual que veremos en la ampliación de plazos.

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Derecho Administrativo Español, tomo II. Pamplona: S.A. EUNSA, EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, 2º Edición, 1994. Página 186.

Respecto a la ampliación de plazos, su regulación se encuentra en el artículo 49.1 de la LRJPAC donde dice lo siguiente:

“La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.”

Esas circunstancias que aconsejan adoptar un acto administrativo por el que se acuerda una ampliación de plazos deberán constar en el cuerpo material del acto o en el expediente, siempre que no se perjudique a terceros. Estos acuerdos sobre ampliación de plazos o su denegación no serán susceptibles de recursos (artículo 49.3 LRJPAC).

4.6 Actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales.

En sexto lugar, el artículo 54.1 LRJPAC se refiere genéricamente a la motivación de todos los actos que se dicten en el ejercicio de poderes discrecionales. Si la motivación debería ser la regla general de acuerdo con la exigencia constitucional de servicio objetivo al interés general, cuando se trata de actos en los que la Administración dispone de un ámbito de libre apreciación tal obligación es mayor y de un alcance más concreto y específico. La motivación se expresa en el acto administrativo a través de la exteriorización de los criterios en los que basa su confección de acuerdo con las exigencias, concretas y específicas, del interés general. Pues bien, si resulta que los actos discrecionales no estuvieran suficientemente motivados, estaríamos en el reino de la arbitrariedad. Arbitrariedad que está prohibida por nuestra Constitución porque en el Estado de Derecho se sustituye, con carácter general, la subjetividad en el ejercicio del poder por la objetividad, la irracionalidad por la racionalidad. En sentido amplio, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 es bien clara cuando sostiene que “la discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, razonables, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio-cultural determinado, pero precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es lo que garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los

actos discrecionales, exigiéndose así una motivación suficiente, que al menos exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión, fórmula un tanto vaga si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la suficiencia”. La discrecionalidad del acto nunca es absoluta o total, pues siempre habrá algún elemento de naturaleza reglada, procedimental o formal. En estos casos, la motivación habrá de circunscribirse a esa zona de discrecionalidad, de manera que la luz se proyecte sobre las razones internas en cuya virtud la Administración ha operado en esa área de libre disposición de que disfruta en algunos casos con el fin de servir objetivamente el interés general. Como ha señalado también el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 1998, la Administración pública cuando procede en el marco de la discrecionalidad “ha de apreciar y considerar, con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, reflejando consecuentemente en la resolución, mediante una motivación suficiente y congruente las causas que determinen circunstancialmente, la concesión o no (sobre todo en caso de denegación) de la licencia o autorización”. He aquí algunos conceptos que son bien relevantes para comprender mejor el alcance de la motivación. Debe hacerse caso por caso, es decir, la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, por ejemplo, para jubilar a un funcionario no basta con invocar simplemente una razón de “incapacidad física”; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución. Es lo que suele llamarse en Derecho francés la prohibición de fórmulas *passé-partout* o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo. No hay fórmulas de estilo para motivar los actos porque, salvo que estemos en presencia de actos en masa, cada acto es cada acto, y cada acto se ha dictado con arreglo a unas determinadas circunstancias. Además, es menester que la operación jurídica de motivación se haga con ponderación y de forma congruente con las exigencias normativas y de interés general que siempre han de estar bien presentes en todas las cuestiones que se refieren al acto administrativo en general. La motivación según el artículo 54 LRJPAC y la jurisprudencia ha de ser, como ya hemos indicado, suficiente y congruente. Suficiente para que los particulares puedan conocer fácilmente las razones en las que se apoyó la Administración para resolver y congruente con el interés general porque la Administración ha de servir siempre de manera objetiva. Además, la jurisprudencia reclama de la operación de motivación un ejercicio jurídico de ponderación de intereses y, por supuesto, un contraste adecuado con el caso

concreto de que se trate. Es decir, cuando nos encontramos ante motivaciones genéricas, abstractas, que no hacen referencia alguna, o insuficiente, al caso concreto (STS de 16 de Junio de 2010), nos encontramos ante motivaciones que no cumplen los mínimos exigibles (quizá con la única excepción de los acuerdos de fijación del justiprecio expropiatorio por los Jurados Provinciales de Expropiación, acaso por tratarse de una motivación técnica más que jurídica). A veces, la Administración recurre a fórmulas de estilo previamente elaboradas para intentar cumplir con la motivación. Salvo que se trate de casos idénticos, lo lógico es que cada caso se trate individualmente y que también individualmente se proceda a la motivación correspondiente.

4.6.1 En particular, la motivación de los actos discrecionales y su control judicial.

El artículo 54 de la Ley 30/1992 enuncia, como ya hemos citado, los tipos de actos que deben ser objeto de motivación por la Administración, entre los cuales encontramos los actos discrecionales. Hay, no obstante, algunos supuestos no contemplados expresamente en el artículo 54 sobre los que se ha discutido si cabe extender o no la obligación de motivación y, por tanto, el control judicial sobre la misma. Tal es el caso de las decisiones administrativas que no son fruto del ejercicio de potestades discrecionales sino de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. La sentencia de 12 de diciembre de 2000, comentada críticamente por BOCANEGRA SIERRA y HUERGO LORA²¹, planteó este tema al hilo del control del Real Decreto 616/1999, de 16 de abril, por el que se nombró en su día al Fiscal del Tribunal Supremo. El nombramiento se había impugnado por falta de motivación. La Sala rechaza la obligación de motivar por entender que la potestad de nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo no tiene un carácter discrecional, pues se trata únicamente de la aplicación al caso del concepto jurídico indeterminado de “candidato más adecuado” y, por tanto, no resulta de aplicación el apartado f) del artículo 54 de la Ley 30/1992.

No es ésta la única argumentación que utiliza la sentencia para mantener la conformidad a Derecho de la resolución administrativa, y no es mi intención analizar ahora el acierto o el desacierto del juez, sino únicamente examinar el problema general planteado por la tesis

²¹ BOCANEGRA SIERRA, Raúl y HUERGO LORA, Alejandro. “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *REDA*, n. 111, 2001, Páginas 405 y ss.

conforme a la cual el ejercicio de potestades otorgadas por conceptos jurídicos indeterminados no requieren una motivación formal. La tesis es, desde luego, interesante, y parece lógica desde la perspectiva de la teoría clásica de la unidad de solución justa, de acuerdo con la cual hay una diferencia entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados y en éstos últimos hay siempre una única solución posible y no cabe una elección en sentido estricto entre diferentes alternativas, lo que implica que las potestades que exigen la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados han de considerarse potestades regladas y no potestades discrecionales, por lo que quedarían fuera del apartado f) del artículo 54 de la LRJPAC. Sin embargo, esta tesis no puede compartirse. Tradicionalmente, lo discrecional se ha venido explicando por contraposición a lo reglado, de tal forma que habría dos tipos de decisiones:

1. Las decisiones regladas, que aparecen reguladas de forma exhaustiva y detallada en la norma.
2. Las decisiones discrecionales, en las que la norma habilita al órgano competente para elegir entre varias opciones.

La cuestión se complica porque la regulación de las conductas de los sujetos no siempre responde a uno de esos modelos. En ocasiones, tiene un carácter intermedio, es decir, ni plenamente reglado, ni claramente discrecional, incluyendo únicamente un criterio genérico que requiere de posterior concreción, y esa tarea de concreción no viene necesariamente guiada por el ordenamiento jurídico. Puede ocurrir, por tanto, que la norma no pretenda atribuir un ámbito de decisión propio al operador jurídico, pero que éste para el desarrollo de su función se vea finalmente obligado a realizar una apreciación o elección dentro del marco de la pauta fijada por la norma, conforme a lo que MACCORMICK llama criterios justificativos de segundo orden²². Nos encontramos, por tanto, ante un tercer supuesto que podemos llamar discrecionalidad instrumental o débil, cuya diferencia con la discrecionalidad fuerte no es otra que la ausencia de la atribución de un poder de elección propio al titular de la potestad.

En los conceptos jurídicos indeterminados surge, normalmente, una discrecionalidad de este tipo. Una discrecionalidad débil, que aparece como algo inevitable debido a la ambigüedad o imprecisión del lenguaje. Aunque en ocasiones, cuando la norma utiliza cierto tipo de criterios jurídico-políticos (interés público, utilidad pública...), nos

²² MACCORMICK, Neil. "Legal Reasoning and Legal Theory", Clarendon Press, 1995. Página 103.

encontramos con una discrecionalidad fuerte, pues cabe deducir que el ordenamiento jurídico atribuye en estos casos a la Administración un auténtico margen de decisión, para que sobre la base de motivos de oportunidad, de apreciación de lo que es más adecuado para el interés público, decida lo que estime pertinente.

Pues bien, si esto es así, es evidente que los actos administrativos que aplican conceptos jurídicos indeterminados “jurídico-políticos” dan lugar a una verdadera discrecionalidad administrativa, a una discrecionalidad fuerte, pese a la existencia de conceptos indeterminados en la norma, y que es claramente aplicable el artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

En los demás casos, la aplicación del concepto jurídico indeterminado implica el ejercicio de una discrecionalidad, débil, pero que justifica igualmente la aplicación del artículo 54, porque se produce una opción compleja a favor de una determinada interpretación y aplicación del concepto que debe estar debidamente justificada. La exteriorización de la justificación de la elección mediante la motivación es esencial por los mismos motivos por los que lo es cuando se ejerce una discrecionalidad administrativa fuerte. Hay que tener en cuenta que la vaguedad del concepto hace difícil saber cuál ha sido la interpretación del precepto aplicada al caso por la Administración, con lo que, en ausencia de exteriorización de la fundamentación del acto, el particular se encontraría en una situación de clara indefensión y el control judicial se vería obstaculizado.

Una interpretación no literal, sino teleológica, del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992 debe llevar, pues, a su aplicación en los casos en los que se ejercen potestades que requieren la interpretación y aplicación de conceptos que presentan un alto grado de indeterminación.

En este apartado sobre la discrecionalidad de los actos y su exigencia de motivación también vamos a analizar la noción de discrecionalidad técnica, que es una noción utilizada para hacer referencia a aquellos supuestos en los que la norma remite a conceptos indeterminados para cuya integración es preciso acudir a criterios o juicios técnicos. Estos conceptos pueden ser muy distintos (ruina, justiprecio, sustancia tóxica, mérito y capacidad), pero en algunos supuestos, no en todos, se considera que el control “a posteriori” de la resolución inicial adoptada por la Administración no puede ser objeto de un control pleno, sino únicamente de un control limitado, negativo, no sustitutivo. Como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a dos supuestos: el de la inobservancia de los elementos

reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto” (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 y 10 de octubre de 2000). El caso paradigmático es el de la calificación de pruebas, exámenes, oposiciones y concursos. Pero no es el único y lo que resulta interesante destacar es que este campo de discrecionalidad técnica difícilmente revisable por los tribunales está cambiando en sentido esperanzador y se observa una evolución positiva hacia unas mayores posibilidades de control.

Un sector en el que se advierte un giro importante es el de las valoraciones de aptitud física en las pruebas de acceso a puestos de guardia civil o policía. En los años noventa era fácil encontrar sentencias que invocando la discrecionalidad técnica del Tribunal Médico u órgano equivalente afirmaban la imposibilidad de proceder a un control pleno de la decisión administrativa de declarar al particular no apto para el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo.

Es paradigmática en este sentido, la sentencia de Madrid de 17 de octubre de 1998 relativa a la declaración del recurrente como no apto para el ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía por no haber superado la tercera prueba consistente en un reconocimiento médico. El tribunal médico había apreciado “escoliosis dorso-lumbar” con “dismetría MMII” por lo que le declaró no apto al concurrir una causa de exclusión contenida en la normativa aplicable. El recurrente negó en el proceso la existencia de este defecto físico y si lo padecía éste era tan leve que no le dificultaba en absoluto el desempeño del cargo de policía. A esos efectos el actor presentó un informe médico en el que se recogía que en la radiología aparecía una “leve escoliosis lumbar compensada, sin dismetría por tanto de miembros inferiores” y se concluía que “dada la edad del paciente, no es previsible una evolución negativa del proceso, por lo cual, se le puede considerar apto para cualquier actividad física que desee realizar”. El recurrente solicitó además el recibimiento del pleito a prueba y, concretamente, la realización de prueba pericial. La Administración se opuso al recurso afirmando que la decisión adoptada por el Servicio Sanitario Central de la Dirección General de la Policía se entronca dentro de la denominada discrecionalidad técnica y que no puede en base a un criterio subjetivo modificarse el criterio objetivo utilizado por el órgano administrativo actuante. La Sala aceptó esta tesis,

denegó mediante auto el recibimiento del pleito a prueba y rechazó el recurso de súplica en el que el recurrente aducía que la denegación le generaba una grave indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución ya que era imprescindible para acreditar el error en que incurrió el Tribunal Médico. La Sala justifica la denegación afirmando que “el Tribunal Médico que consideró no apto al recurrente para acceder a la Policía, era el único órgano competente para verificar esa valoración y, por tanto, la intervención de cualquier otro órgano o facultativo ajenos a dicho Tribunal Médico vulneraría la doctrina jurisprudencial de discrecionalidad técnica”. La sentencia se apoya también en esta doctrina para desestimar el recurso. Concretamente la Sala afirma que considera probado que el recurrente padece una escoliosis lumbar siendo únicamente controvertido si ello constituye un pequeño defecto físico o una disfunción suficiente para proceder a la exclusión del actor del proceso selectivo, pero considera que esa cuestión no puede ser dilucidada por el tribunal ya que entra dentro del “núcleo material de la decisión técnica” y ese juicio técnico no puede ser sustituido por un pronunciamiento de los Tribunales cuando ni se aprecia desviación de poder ni notoria arbitrariedad.

Esta injusta restricción del control judicial parece hoy ya superada. Los tribunales de lo contencioso-administrativo no se limitan al control de los datos físicos objetivos ni afirman la improcedencia de la prueba pericial. Al contrario, aceptan la posibilidad de anular e incluso sustituir la apreciación realizada por los órganos administrativos mediante una valoración conjunta y conforme a las reglas de la sana crítica de las pruebas aportadas al proceso.

El Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que pese a la presunción de legalidad de que gozan los diagnósticos emitidos por los Tribunales Médicos, en cuanto a la determinación del alcance y efectos de las enfermedades que ante ellos se aleguen, ello no es obstáculo para que los tribunales de la jurisdicción puedan modificar sus acuerdos, cuando la determinación del diagnóstico haya incidido en error de apreciación, ya que la presunción de acierto que acompaña a las decisiones de los tribunales médicos en modo alguno implica que las mismas sean vinculantes para la jurisdicción contencioso-administrativa. La presunción “*iuris tantum*” de los informes médicos oficiales no impide que prevalezca frente a ella el resultado de la prueba realizada en los autos, destacando la prueba pericial, ya que esta prueba practicada con todas las garantías establecidas en la legislación procesal tiene las mismas garantías de imparcialidad y objetividad que el acuerdo del Tribunal Médico, por lo que en caso de discordancia, el juez deberá valorar las distintas

pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. La aplicación de esta doctrina está llevando ahora no solo a la anulación sino también a la sustitución de la apreciación médica del órgano administrativo.

El ámbito de las oposiciones, concursos y evaluaciones académicas, que estudiaremos detalladamente en el epígrafe octavo, sigue, por el contrario, ofreciendo una mayor resistencia al control pleno. La línea jurisprudencial predominante afirma la imposibilidad de realizar en este ámbito un control de fondo y la necesidad de limitarse a un control mínimo que excluye la sustitución del órgano administrativo que lleva a cabo el juicio técnico por el poder judicial, el cual se detenía, en un primer momento, donde comenzaba la valoración técnica y se reducía a la comprobación de que se habían cumplido las garantías procedimentales y que no se ha incurrido en dolo, coacción o desviación de poder.

Sin embargo, en otras sentencias se aprecia una mayor apertura, al afirmarse la posibilidad de controlar la arbitrariedad de las apreciaciones, es decir, de verificar que son razonables y ponderadas y de anular errores manifiestos o evidentes de apreciación, lo que implica una ruptura de la clara delimitación entre los aledaños de la decisión (garantías procedimentales e igualdad de los candidatos) y el núcleo de la misma, pues si no se entra en el núcleo de la decisión, en el juicio técnico de la misma, difícilmente se podrá apreciar si la decisión es razonable o ponderada.

No obstante, lo cierto es que un análisis de las últimas sentencias sobre el control de los concursos de selección en el ámbito académico, pone de manifiesto que la doctrina sobre el posible alcance del control de la motivación y justificación de las valoraciones no es unánime, pues mientras que algunas sentencias lo rechazan, otras se adentran en el mismo.

Los argumentos en los que se basa la doctrina del control restringido del Poder Judicial son los siguientes:

- Habilitación especialísima
- Carácter técnico de la decisión
- Improcedencia de la prueba pericial
- Independencia de las comisiones de la evaluación

Un análisis crítico de cada uno de estos argumentos nos lleva a pensar que realmente carecen de fundamento jurídico. Es más, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la actividad administrativa (artículos 103 y 106 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) ya citados anteriormente imponen un control de este tipo de decisiones tan extenso como permita nuestro ordenamiento jurídico. Cabe la posibilidad de que las verdaderas razones de la limitación de este control judicial radiquen finalmente en un criterio de racionalidad económica, aunque el mismo se haya reconocido expresamente en muy contadas ocasiones.

Como afirma EVA DESDENTADO DAROCA²³, no es posible establecer una nítida distinción entre el “núcleo material” o esfera de estricta apreciación técnica de la decisión y sus “exteriores” elementos reglados. La arbitrariedad puede surgir como consecuencia de un error claro en la apreciación o evaluación de los méritos y capacidades de los candidatos y si ese error se demuestra aunque evidentemente se produce dentro del ámbito de la “apreciación técnica” tiene una clara trascendencia jurídica, pues implica la vulneración de un principio general del Derecho, del principio que proscribe la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio de las potestades administrativas. Admitido esto, parece irremediable reconocer también la pertinencia de la prueba pericial, pues, en muchos casos, será imprescindible para poder demostrar en el proceso la existencia de un error manifiesto de apreciación.

También hay un claro problema para la motivación de los nombramientos de los altos cargos del Poder Judicial, que según la propia legislación son adoptados por el Consejo General del Poder Judicial mediante el procedimiento de votación secreta, el cual constituye un obstáculo para un adecuado cumplimiento de las obligaciones de motivar y llevar a cabo un correcto un control judicial.

Este carácter secreto del voto implica sencilla y llanamente la imposibilidad de conocer las razones y la valoración comparativa desde la perspectiva del mérito y capacidad de los curricula que ha llevado finalmente el nombramiento.

Nuestros tribunales han hecho hincapié en el estricto cumplimiento de las garantías formales y procedimentales. Exigen una exhaustiva motivación a la Comisión de Calificación e insisten en la importancia de los criterios de selección que pueden seguirse en

²³ DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009. Páginas 89-91.

la sesión de debate del Pleno²⁴. Sin embargo, ni una ni otra garantía son equivalentes a una correcta motivación y justificación del nombramiento. La motivación y la justificación que hace la Comisión de Calificación lo es del informe de propuesta de nombramiento, que no tienen carácter vinculante y de cuyo sentido podría separarse legítimamente la decisión final del Pleno. El escollo tampoco lo salvan las valoraciones que puedan hacer algunos vocales del Pleno en la sesión de debate, porque los que intervienen en el debate lo hacen a título personal, sin que reflejen ni puedan reflejar el fundamento de la resolución finalmente adoptada como consecuencia de la votación secreta que tiene lugar “a posteriori”.

El problema no es la discrecionalidad ni el carácter colegiado del órgano decisor ni siquiera la suficiencia o insuficiencia de la motivación-elemento formal. En el ámbito universitario ni la discrecionalidad propia de los concursos no baremados, ni el carácter colegiado de las misiones, ni el carácter sucinto de la motivación de la resolución final impiden un control de arbitrariedad (cosa distinta es que las posibilidades de un control pleno se encuentren con el más que discutible escollo de la noción de la discrecionalidad técnica). Cada miembro de la Comisión tiene que emitir un informe que recoge las razones del voto emitido y que se integra en el expediente. Y esto, que no ocurre en este caso por el carácter secreto del voto, es de extraordinaria importancia, porque como establece el citado artículo 54 de la Ley 30/92, en su apartado segundo, la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen su convocatoria, y que puede ser sucinta, pero, en todo caso, deben quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Sólo de esta forma podrá controlarse “a posteriori” que se hayan tenido debidamente en cuenta los criterios de mérito y capacidad así como que no haya incurrido en arbitrariedad, irracionalidad o desviación de poder. Y sólo de esta forma puede superarse el control puramente formal al que se encuentran en la actualidad necesariamente nuestros tribunales en este campo. El carácter secreto del voto impide un control de fondo de la decisión final adoptada por el Consejo General del Poder Judicial (por ejemplo, un control de la existencia de errores de apreciación) y obliga a limitarse, en su caso, a una retroacción de actuaciones para que vuelva a resolverse adoptándose a las correspondientes garantías. Pero

²⁴ J. HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales», *RVAP*, n. 77, págs. 53 y 54; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Cívitas, Madrid, 1º Edición, 2007. Páginas 285 y ss.

puede ocurrir que se adopte de nuevo la misma resolución con las mismas o nuevas irregularidades formales, lo que obliga a plantear un nuevo recurso que sólo podrá pronunciarse sobre los aspectos procedimentales retrotrayendo una vez más las actuaciones, y la situación puede generar unos costes del control excesivamente elevados para obtener el mismo resultado. Por otro lado, en todo caso, la imposibilidad del control judicial de fondo constituye una evidente merma en el control de que los nombramientos se realicen conforme a criterios de mérito y capacidad y en la garantía de los intereses de los afectados.

En definitiva, el caso de los nombramientos de altos cargos del Poder Judicial muestra que, en ocasiones, las limitaciones a un control adecuado de la motivación y justificación de las decisiones administrativas no provienen de una autorrestricción de nuestros tribunales, sino de la existencia de obstáculos que se encuentran en la propia legislación. La adopción de decisiones administrativas mediante el procedimiento de votación secreta debería eliminarse, en mi opinión, de nuestro ordenamiento jurídico, porque no es coherente con el principio de transparencia administrativa, con la obligación de motivación y con los principios de mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad.

4.7 Actos motivados en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

En séptimo lugar, el legislador dispone que habrán de motivarse los actos que deban serlo en virtud de las correspondientes disposiciones legales o reglamentarias. Un ejemplo de estos actos obligados a motivar por una norma sería la denegación de licencias de edificación y uso del suelo (Artículo 188 apartado 3 sobre el régimen jurídico de las licencias urbanísticas del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo) donde dice” Todas las denegaciones de licencias urbanísticas tienen que estar motivadas”.

Otro ejemplo es el artículo 39 bis de la LRJPAC, que dispone lo siguiente en su apartado 1: “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.”

4.8 Los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.

El apartado segundo del artículo 54 de la LRJAPPAC, ya citado por su estrecha relación con la discrecionalidad técnica de los actos administrativos, regula la motivación de los actos que pongan fin a procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, que ha de realizarse “de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias”, aunque en todo caso deben quedar acreditados en el procedimientos –no necesariamente en la motivación formal- los fundamentos de la resolución que se adopte. En estos supuestos, es evidente que el alcance y la extensión de la motivación serán bien diferentes de los casos normales u ordinarios, ya que se trata de casos de motivación muy compleja donde no basta con la sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de ahí su especial tratamiento separándolos de los otros supuestos²⁵. La LRJPAC reconoce, que en estos supuestos, debido a la naturaleza de las potestades ejercidas por la Administración, la obligación de motivación externa exige modulaciones que pueden preverse en la propia normativa específica.²⁶ La gran diferencia con los supuestos del primer apartado es la potestad ejercida por el órgano administrativo, que no se limita a aplicar un precepto legal sino a llevar a cabo un juicio técnico valorando los méritos y aptitudes de los concursantes, por lo tanto es razonable que la exigencia de motivación sea prevista en las normas que regulen las convocatorias.

Por ejemplo, en un tribunal de selección de personal al servicio de la Administración pública, la motivación se realiza en virtud de los criterios previamente establecidos proyectados sobre los ejercicios de cada opositor. Así, la motivación resultará de las notas o comentarios de los miembros del Tribunal que se recogerán en las actas de las sesiones y, también, de las anotaciones que realizan los citados miembros del tribunal de selección en relación con las diferentes intervenciones de los candidatos. De lo contrario, si no se acreditaran las razones de las decisiones del Tribunal, aunque hayan sido expresadas oralmente en las deliberaciones, ante los terceros o interesados en el procedimiento, se estaría procediendo en un marco de oscuridad, misterio o enigma que choca frontalmente con los postulados del Estado de Derecho y que precisamente la motivación de los actos administrativos pretende combatir. En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido, por sentencia de 29 de mayo de 2001, que “la Administración ha de expresar las razones que le

²⁵ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Página 58.

²⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009. Páginas 89-91.

inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos”. Además, “la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, con tal exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuales han sido los datos determinantes de la decisión”. En estos supuestos en que la fundamentación de la decisión se hace en función de puntuaciones o calificaciones, tales puntuaciones o calificaciones han de realizarse a partir de los criterios previamente determinados que son aplicados sobre cada uno de los concursantes, sin que sea suficiente la mera exposición de las notas correspondientes sin soporte motivador, como podemos ver en la recientísima sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Marzo de 2015 sobre control de oposiciones, donde afirma que “cualquier aspirante tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que le hayan sido aplicadas por el Tribunal Calificador. Esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones. Una vez planteada esa impugnación, como aquí aconteció, no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, o, como aquí sucedió, manifestar el Tribunal que la solicitud ha sido desestimada. Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables:

a) Los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conduce, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.

Por todo ello resulta patente que faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario.

Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses.”

Por lo tanto podemos ver que se ha avanzado en el tema de la no invocación de la discrecionalidad técnica que veíamos anteriormente, para “salir del paso” por parte del Tribunal Calificador, pudiendo el administrado saber las razones y los criterios de valoración que se han utilizado para calificar sus capacidades, no teniéndose que conformar con la simple puntuación numérica del Tribunal.

Otro ejemplo reciente para apreciar bien la postura del Tribunal Supremo en estos casos es el de la sentencia de 10 de Abril de 2012, donde un aspirante en el proceso selectivo de acceso al Cuerpo Superior del Tribunal de Cuentas se vio eliminado en su tercer ejercicio por el Tribunal Calificador, ante lo que interpuso recurso de alzada desestimado por el Pleno del Tribunal de Cuentas afirmando que: " las normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica ". Ante esto interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo aduciendo violación del artículo 54 de la LRJPAC y del artículo 22.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo : " Los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados. La motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria". La parte recurrente reclamaba una motivación más amplia que la mera puntuación numérica, considerada insuficiente por el Tribunal Supremo ya que una vez planteada la impugnación frente a ella, la ausencia de una valoración del ejercicio del recurrente con expresión de las razones por las que se fija la concreta puntuación por cada uno de los miembros concurrentes, determina una ausencia de motivación.

Concluía el Tribunal: “La simple expresión de una puntuación final en una parte de la oposición, excluyendo las valoraciones del ejercicio desarrollado, supone la falta de la debida motivación ante el cuestionamiento planteado ya que esa calificación no se sustenta en juicios concretos situados en el tiempo y descritos mínimamente, lo cual es inadmisibles”.

Por lo tanto el recurso contencioso fue estimado y se acordó la retroacción de actuaciones al momento oportuno a fin de que por parte de los miembros del Tribunal de la Selección competente se llevase a cabo la motivación suficiente de las calificaciones otorgadas al actor en el tercer ejercicio de la prueba selectiva.

Podemos sacar de este análisis como conclusión que, en muchos casos es permitido la simple puntuación numérica, véase mismamente la puntuación de un examen universitario, el alumno de primeras se tiene que conformar con la mera consignación numérica pero posteriormente si acude a la revisión el profesor está obligado a proporcionarle las razones por las cuales su examen se corresponde con la puntuación obtenida.

5. SUS EXIGENCIAS

En este punto de nuestro estudio vamos a analizar primero donde podemos encontrar la motivación dentro de la estructura de un acto administrativo y los casos donde la motivación se considera suficiente por parte de la Administración y el correspondiente debate respecto a ellos.

En primer lugar nos preguntaremos si la motivación ha de constar necesariamente en el cuerpo del acto administrativo o puede estar incluida en el expediente sin estar necesariamente en la parte dispositiva de dicho acto. La jurisprudencia ha entendido que aunque lo normal es que la motivación se encuentre en la redacción material del acto, es posible que sea fácilmente deducible del conjunto del expediente. Es más, puede que la motivación sea *in aliunde*, es decir que, que se encuentre en las memorias del expediente en cuestión, algo que quien conozca el funcionamiento ordinario y real de la Administración sabe que ocurre muchas veces. El propio Tribunal Supremo, sentencia de 21 de enero de 2003, ha entendido que la motivación “puede hacerse bien directamente bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en el expediente”. En el mismo sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008 recuerda que la motivación de los actos administrativos debe integrarse con los documentos obrantes en el expediente, de manera que la obligación de motivación de los actos discrecionales queda cumplida si con tal documentación los afectados conocen las razones que han llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución y ello les permite adoptar una adecuada defensa de sus intereses.

En estos casos, el particular habrá de tener acceso al expediente porque si el interesado no tiene posibilidad de acceso a él estamos en un caso de indefensión material. En cualquier

caso, lo mejor siempre es que la motivación se encuentre en el texto final del acto administrativo pues de esta manera en el cuerpo del acto estaría todo lo relevante desde el punto de vista jurídico.²⁷

Aclarada la situación de la motivación en los diferentes actos, vamos a ver cuál sería una motivación suficiente y los diferentes casos complejos que genera esta cuestión.

La motivación de los actos es, más que una cuestión de orden cuantitativo, una materia que debe resolverse desde la perspectiva cualitativa. La motivación, pues, no se acredita con una prolija y larga explicación, sino con los argumentos apropiados al caso concreto, que en muchos casos podrán realizarse en breves líneas. Será la naturaleza de cada caso la que determine la extensión de la motivación. Como regla, la clave reside en explicitar convincentemente desde el punto de vista racional, las causas que han aconsejado que, por ejemplo, un poder discrecional se concrete en un sentido determinado.

El alcance de la motivación puede ser, por tanto, diverso, dado el carácter heterogéneo de las propias potestades discrecionales, pero lo que es ineludible es el cumplimiento del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Hay que insistir una vez más en que el control de la motivación y el control de los motivos o la fundamentación de la resolución son dos cosas distintas y que, por tanto, el hecho de que la obligación de motivar pueda ser en determinados casos más limitada no impide, aunque lo pueda dificultar, el control de la arbitrariedad. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo y también el Tribunal Constitucional con ocasión del control de la conformidad de determinados ceses de puestos de libre designación a la libertad sindical.

La jurisprudencia en estos casos es interesante, pues pone de manifiesto que aunque no exista una obligación de motivar externa o ésta esté sustancialmente limitada por la regulación específica, el afectado por la decisión administrativa siempre podrá intentar evidenciar la existencia de arbitrariedad en la adopción de la resolución. Así, en el caso de ceses que afectan a representantes sindicales, el Tribunal afirma que también en supuestos como éste, en que juega la facultad de libre cese como consecuencia del libre nombramiento, procede el examen de si aquél se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar el derecho fundamental, “para lo cual y por razón asimismo de dicha especial situación, debe partirse de la presunción de legitimidad de ejercicio de la referida facultad

²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 1º Edición, 2009. Página 37.

en el plano de la legalidad ordinaria pero con la correlativa exigencia de que el recurrente que alega vulneración de este derecho fundamental, acredite la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de una discriminación por razones sindicales”. Las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales determinan entonces que “incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental”. Si el recurrente consigue poner de manifiesto un panorama discriminatorio, la Administración deberá exteriorizar las razones que justifican la resolución y que evidencian que el cese no se ha debido a motivos ilícitos. Si la Administración no las exterioriza es evidente que el juez o tribunal pueden llegar válidamente a la convicción de que la resolución fue discriminatoria.

La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el derecho fundamental a la libertad sindical es perfectamente trasladable a otros supuestos de ilegalidad y de gran interés para el control de la arbitrariedad. Ciertamente, la limitada extensión de la obligación de motivación en algunos casos dificulta la oposición e impugnación de la resolución por los interesados, pero no la hace necesariamente imposible, entre otros motivos, porque hay que entender que las razones que respaldan la decisión deberían, al menos, figurar en el expediente. Las circunstancias concurrentes pueden permitir además, al recurrente la alegación de determinados indicios que creen un panorama de arbitrariedad. Por ejemplo, imaginemos que en un caso de nombramiento de libre designación, existe una notable diferencia entre los méritos presentados por el recurrente y el candidato elegido, y que a ello se suman continuas irregularidades en perjuicio del recurrente, la existencia de informe favorable al nombramiento de éste y la ausencia en el expediente de dato justificativo alguno del nombramiento del otro candidato. El simple carácter ampliamente discrecional de la decisión no es suficiente, entonces, para superar los indicios de arbitrariedad. Corresponde a la Administración la carga de probar o alegar los motivos que justifican suficientemente su decisión y destruyen el panorama creado. De lo contrario, el juez o tribunal podrá llegar a la conclusión de que la resolución incurrió en error, desviación de poder o arbitrariedad.²⁸

6. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN: NULIDAD RELATIVA.

²⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009. Páginas 111-112.

Antes de entrar en las consecuencias de la falta de motivación vamos a ver en que consiste la invalidez de los actos administrativos y sus clases.

La invalidez puede definirse como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos. Como ocurre con toda enfermedad, la crisis puede superarse por el transcurso del tiempo o por aplicación de una terapia adecuada o ser de tal entidad que el acto termina sin remedio fuera del mundo de los vivos. Y esto es así porque se entiende que unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad que cura el simple transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros están aquejados de la nulidad absoluta o de pleno derecho, lo que conduce irremisiblemente a la anulación del acto²⁹.

El artículo 62 de la LRJPAC comprende los siguientes supuestos de nulidad de pleno derecho:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Por el contrario, la anulabilidad es la regla general, puesto que son anulables “los actos que infringen el ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder” (artículo 63 LRJPAC).

Además de estas dos categorías de invalidez, la Ley encuadra en una tercera, la irregularidad no invalidante, los actos con vicios menores, es decir, el “defecto de forma que no prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, ni provoque la indefensión de los

²⁹ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Página 108.

interesados”, así como a los actos “realizados fuera del tiempo establecido, salvo que el término sea esencial” (artículo 62.2 y 3 LRJPAC).

Por lo tanto los defectos de forma, como la falta o la insuficiencia de motivación, sólo invalidan el acto cuando carecen de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o producen indefensión de los interesados. De no ser así, la Administración podrá subsanar estos defectos sin necesidad de anular el acto viciado, mientras que el acto motivado arbitrariamente será anulado en todo caso por infracción del artículo 9 de nuestra Constitución. Todo esto siempre contando que no se dé ninguno de los supuestos del artículo 62, como podría suceder en el caso de los actos que imponen sanciones administrativas que lesionan derechos y libertades fundamentales, que serían nulos de pleno derecho.³⁰

Los vicios de nulidad no son convalidables y los actos afectados por ellos son susceptibles de revisión de oficio. Los vicios de anulabilidad son subsanables. Por ello, se establece un límite temporal para hacerlos valer. Si éste transcurre, el vicio desaparece. Si la Administración considera que un acto suyo es anulable no puede anularlo directamente, sino que debe, después de declararlo lesivo para los intereses públicos, recurrir contra el ante los tribunales, que será quienes decidan.

En cuanto a los efectos, los de la nulidad se retrotraen al momento en que se dictó el acto - ex tunc- mientras que los de la anulabilidad se producen a partir de su declaración -ex nunc.

Según JAIME RODRÍGUEZ ARANA, el cual relaciona esta cuestión con la ya analizada sobre el debate entre requisito formal o de fondo, la ausencia de motivación, cuando es preceptiva legalmente, puede entenderse como un vicio merecedor de nulidad de pleno derecho, pues provoca indefensión y se conculca así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en aplicación del artículo 62.1.a) de la LRJPAC. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la falta de motivación es determinante de anulabilidad, sobre todo porque es una jurisprudencia en la que la posibilidad de que la ausencia de motivación lesione un derecho fundamental se considera quizás un tanto exagerada al aplicar, por razones históricas, la doctrina de la indefensión, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1992, situación que, con la Constitución en la mano, puede considerarse como un claro supuesto de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al quedarse el particular sin los argumentos para impetrar la tutela judicial a que

³⁰ VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013. Página 109.

siempre tiene derecho. Si se considera que la motivación no es más que un requisito formal de los actos administrativos en los que legalmente sea procedente, entonces su ausencia o deficiente formulación es merecedora de la sanción de la anulabilidad, nulidad relativa o, en todo caso, constitutiva de irregularidad no invalidante. El deslinde de ambos conceptos, como señala una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1988, se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado. Ahora bien, si admitimos que estamos ante una cuestión material, de fondo, y se produce una lesión de derechos fundamentales con su omisión, entonces, como también admiten GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, podríamos estar ante un supuesto de nulidad absoluta del artículo 62.1.a) de la LRJPAC.³¹ Esta doctrina, sin embargo, cuenta con el no pequeño obstáculo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue considerando en general que la motivación es un requisito formal (sentencia de 26 de noviembre de 1987). En sentido contrario, encontramos una sentencia de 20 de noviembre de 1998 que entiende, con toda lógica jurídica, que la omisión de la motivación “puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución”. Para esta sentencia, la motivación no es un requisito formal, sino “que lo es de fondo porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, necesarios para que la jurisdicción contencioso administrativa pueda controlar la actividad de la Administración”. El argumento fundamental para considerar que la motivación no es sólo un requisito formal reside en que la principal nota que la Constitución atribuye a la Administración es la del servicio objetivo al interés general. Y en esta tarea la motivación de los actos es sencillamente esencial para tal servicio objetivo al interés general. Como ya vimos anteriormente, la jurisprudencia respecto a esto es contradictoria y la mejor forma de entender el tipo de requisito que es la motivación es diferenciando el elemento formal, que es la motivación en sí misma, del elemento sustancial o de fondo, que son los motivos o fundamentos, como bien explica EVA DESDENTADO DAROCA.³² Por lo tanto, como ya hemos explicado al inicio del apartado, la falta de motivación produce anulabilidad o nulidad relativa, sin perjuicio de que en alguna ocasión pueda producir nulidad de pleno

³¹ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 1º Edición, 2009. Páginas 28-29.

³² DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009. Página 87.

derecho. El defecto formal producirá anulabilidad cuando haya indefensión del administrado y el defecto material o de fondo produce anulabilidad en todo caso, ya que el acto es contrario al ordenamiento jurídico por arbitrario (artículo 9.3 CE).

Vamos a analizar un par de sentencias relativas a la falta de motivación donde podremos apreciar la postura del Tribunal Supremo en este aspecto.

La primera es de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 2013 que de forma contundente sienta criterios sobre el momento de motivar y las consecuencias de la falta de motivación en tiempo y forma.

El caso concreto versaba sobre la denegación de la renovación de un Concierto Educativo por la Administración autonómica. Recordemos que el Concierto educativo en la medida que supone financiación autonómica para Centros privados está supeditado a que resuelva la carencia de plazas escolares (artículo 48.3 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación). Pues bien, en el expediente administrativo obraban tres informes de la Inspección educativa favorables a la conveniencia de contar con tales centros concertados; curiosamente, la Resolución comunicada al centro educativo no citaba ni se apoyaba en tales informes (los ignoró) y se limitaba a la denegación del Concierto invocando motivación genérica. Al plantearse el recurso contencioso-administrativo contra tal denegación, la Administración despierta y se apresura a suministrar a la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia otros informes de la Inspección educativa que explican y fundamentan el criterio denegatorio.

La respuesta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo es la siguiente:

«Efectivamente en nuestro caso la Consejería de Educación se ha limitado a afirmar de manera apodíctica que los centros para los que se pretende el concierto no satisfacen necesidades educativas y que no dispone de dotación presupuestaria. Pero no ha justificado ni lo uno ni lo otro. De hecho, en los informes de la inspección educativa de los centros “Moratalaz”, de 22 de febrero de 2.006, “La Serna”, de 23 de febrero de 2.006, y “Molino de Viento”, de 20 de febrero de 2.006 (documentos 4, 5 y 6 del expediente administrativo), se dice con toda claridad que todos ellos cubren necesidades de escolarización.

Por supuesto estos informes podían no haber sido aceptados en la resolución final. No eran vinculantes y la Administración podía haber expuesto razones concretas por las que a

pesar de lo que en ellos se decía los centros no cubrirían necesidades de escolarización. Pero lo único que hizo en las resoluciones denegatorias notificadas a CIFASA fue desestimar las solicitudes de Concierto apelando a esos dos criterios antes dichos. Pero son afirmaciones efectuadas en el vacío, que no van acompañadas en el expediente de ninguna prueba o informe contrario a los anteriormente citados y que por tanto no pueden ser admitidas, porque no permiten ni a los interesados conocer las razones de la decisión administrativa ni, desde luego, a este Tribunal controlar si esas razones concurren o no y si, por tanto, la decisión es conforme o no con el ordenamiento jurídico.

Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringió el artículo 54, apartados 1.a) y 2, de la Ley 30/1992. Sin que pueda admitirse el recurso al informe de la inspección educativa para justificar la disponibilidad de plazas vacantes y la consiguiente inexistencia de necesidades de escolarización. Primero, porque es un informe elaborado por la Administración en fase de prueba y, por tanto, después del acto impugnado por lo que lógicamente no puede servir de motivación a éste, ni siquiera por referencia. Y segundo, porque en él se limita a afirmar la inspección, nuevamente de manera apriorística y carente de toda prueba, que “el alumnado susceptible de ser escolarizado” en esos tres centros “tiene suficiente oferta de puestos escolares para las enseñanzas de 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria, no sólo en las localidades en las que se encuentran ubicados cada uno de los centros en los que se solicita el concierto sino también en las localidades de las que procede el resto del alumnado”. Pero no aporta ninguna prueba de ello.»

Por tanto debe quedar claro que no procede convalidar o “remendar” la motivación administrativa con la aportada en vía judicial porque tal y como nos recuerda el fragmento de la sentencia transcrita se trataría de “informe elaborado por la Administración en fase de prueba y, por tanto, después del acto impugnado, por lo que lógicamente no puede servir de motivación a éste, ni siquiera por referencia”. De esta motivación extemporánea hablaremos con detalle en el siguiente subapartado.

La conclusión final del Sala del Tribunal Supremo tiene interés añadido porque no se limita a estimar el recurso y disponer la retroacción de actuaciones para que la Administración incorpore la motivación sino que se pronuncia sobre el fondo del derecho reclamado, y así dispone la nulidad de la Resolución denegatoria y concede el Concierto educativo, lo que por otra parte resulta congruente con la única prueba válida obrante en el expediente, consistente en los informes de la propia Administración favorables a la renovación que prefirió “ignorar” al tomar su decisión.

Hemos de recordar que la falta de motivación, como regla general, es motivo de anulabilidad (no en casos de sanciones, por ejemplo, donde al estar en juego un derecho fundamental se produce la nulidad radical), y cuándo se aprecia tal vicio los Tribunales por elementales exigencias de economía procesal y tutela judicial efectiva, deberán declarar la invalidez de la Resolución y además adentrarse a reconocer directamente el derecho si constan en los autos datos y pruebas para tomar la decisión directamente sobre el fondo.

En la segunda sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Junio de 2015, se aprecia falta de motivación en una resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Conserjería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias donde se denegó una solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años de edad solicitada por un funcionario del grupo A de la Administración de Canarias que acababa de cumplir los 65 años por “razones de carácter económico, derivados de la persistencia de la actual crisis, que ha mermado considerablemente los ingresos de las Administraciones Públicas”, mientras que en la tramitación del expediente administrativo se pusieron de manifiesto también razones operativas referidas a la inexistencia de necesidades asistenciales del servicio al haberse iniciado tareas tendentes a reorganizar las distintas áreas que conforman el Centro Directivo donde prestaba servicios el recurrente, que pasaban por la redistribución de personal adscrito a otras unidades.

Ante esto se interpuso por el funcionario recurso de casación, donde el Tribunal Supremo dice lo siguiente: “El Derecho de la crisis no es un paspartú que permita enmarcar cualquier acto, máxime cuando se ejercita la autotutela administrativa para denegar a un funcionario público la prórroga que prevé el artículo 67.3 de su Estatuto básico y que se debe denegar, o aceptar, con una motivación fundada legalmente y que responda a los hechos determinantes que se invocan. La Administración recurrida no ha cumplido la carga de motivar la denegación de la solicitud exteriorizando una causa de la misma que sea válida en Derecho. Las supuestas razones económicas argüidas son insuficientes en el marco legal aplicable, por genéricas e inconcretas.”

“En cuanto a las razones operativas, además de completamente indefinidas y con cierta proyección de futuro, no son atendibles en cuanto se derivan de unas tareas de reorganización que se afirman expresamente iniciadas pero no concluidas y que pasan por redistribuir personal adscrito a otras unidades que no se determinan, desconociéndose en

qué consisten o cómo se va a llevar a cabo tal redistribución, así como el personal y unidades afectadas”.

Por lo tanto, la Sala del Tribunal anula la resolución impugnada por falta de motivación y concede al funcionario la prolongación de su servicio activo hasta la edad de setenta años. También impone las costas procesales a la Administración demandada por los perjuicios económicos sufridos por el funcionario en el curso del proceso, cuestión que analizaremos en el siguiente epígrafe, concretamente cuando la Administración motiva, pero en vía contenciosa, es decir, después de ser impugnada por el particular en vía administrativa su primera resolución, la cual no estaba suficientemente motivada.

6.1 La aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso.

En este apartado vamos a tratar de aclarar los casos de motivación extemporánea, en los que la Administración no motiva sus actos o los motiva insuficientemente, siempre en los casos donde hay que motivar, en el proceso administrativo sino que lo hace más adelante cuando el particular impugna en vía contenciosa, que es cuando la Administración aprovecha para incluir nuevos motivos en la contestación a la demanda, supuestos engarzados con una posible condena en costas a la Administración. Ya hemos visto en el epígrafe anterior que si la Administración no motiva sus decisiones de forma racional desde el principio, es decir, desde la primera resolución, el Tribunal Supremo puede imponer las costas procesales a la propia Administración demandada, pero ¿Qué sucede cuando el particular en su primer recurso administrativo no tuvo constancia de los motivos de la resolución para atacar al órgano administrativo?

Para poder responder a esta cuestión debemos analizar si el acto incurre en vicio formal pero por otro lado es conforme a derecho, porque no tendría mucho sentido estimar el recurso por vicio de forma anulando el acto cuando la Administración va a volver a dictar el mismo acto solo que subsanando ese vicio de forma que adolecía, lo que generaría un coste procesal elevado para llegar a la misma conclusión.

En estos casos es más perjudicial en la primera resolución la motivación inadecuada que la propia ausencia de motivación, puesto que desorienta al destinatario del acto, haciéndole creer que el acto tiene unos fundamentos determinados y condicionando de este modo su decisión de impugnarlo o no, mientras que luego una vez iniciado el proceso, se ponen de manifiesto otros motivos.

En cuanto a las sentencias en las que se plantea expresamente el problema de si es posible tener en cuenta, para decidir si el acto impugnado es conforme a Derecho, argumentos no incluidos en la motivación, se trata de una jurisprudencia indecisa. No sólo la conclusión alcanzada varía de unos casos a otros (a veces se tienen en cuenta esos nuevos motivos y a veces no), sino que también lo hacen los argumentos utilizados. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1995 rechaza la invocación de nuevos motivos, ya que los argumentos alegados por el Abogado del Estado, “en todo caso, para ser tenidos en consideración, deberían haber sido recogidos por la Administración en la resolución objeto del recurso”. También podemos apreciar esto en la ya anteriormente citada sentencia de 19 de Febrero de 2013 del Tribunal Supremo sobre la denegación de renovación de un Concierto Educativo donde la Administración incluyó un informe como soporte de su decisión en fase judicial, en fase de prueba concretamente, no siendo aceptado por el TS aduciendo que no procede convalidar o “remendar” la motivación administrativa con la aportada en vía judicial porque se trata de “informe elaborado por la Administración en fase de prueba y, por tanto, después del acto impugnado, por lo que lógicamente no puede servir de motivación a éste, ni siquiera por referencia”.

En muchas otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo acepta examinar determinados argumentos en defensa de la validez del acto, a pesar de no haber sido incluidos en la motivación. A veces, el pretexto que permite al Tribunal tener en cuenta los nuevos argumentos sin desdeñarse de la jurisprudencia que sostiene que el desconocimiento de los motivos del acto impugnado ocasiona indefensión al recurrente es el hecho de que los nuevos argumentos, aun no figurando en la motivación, ya le eran conocidos al demandante, al haber sido utilizados en el procedimiento administrativo.

En otros casos la jurisprudencia prescinde de esta posible justificación y simplemente pasa a examinar si el contenido del acto es conforme a derecho o no sin plantearse si la motivación ha sido tardía o no invocando normalmente el principio de economía procesal, y por tanto, de prioridad de los pronunciamientos sobre el fondo frente a la anulación por motivos formales.

Aunque pueda parecer que esta doctrina opera siempre *contra civem*, al dejar sin sanción el incumplimiento del deber de motivar y frustrar las expectativas del recurrente de obtener la anulación de un acto cuya motivación se apoya sólo en argumentos insuficientes o erróneos, lo cierto es que, en muchas ocasiones, la admisión de nuevos argumentos

favorece al particular. Ello sucede cuando los nuevos argumentos no son fundados y el Tribunal anula el acto rechazando los argumentos anteriores y posteriores. Si el Tribunal se negase a examinar los nuevos argumentos, y anulara el acto ante la insuficiencia de los fundamentos indicados en la motivación, dejaría abierta la vía a la Administración para que dictase de nuevo el acto, apoyado en los motivos no examinados por el Tribunal, lo que obligaría al particular, si quiere obtener la anulación del acto, a iniciar un nuevo proceso. En cambio, la anulación del acto tras examinar todos sus posibles motivos impide que vuelva a ser dictado, en aplicación del principio de cosa juzgada.

Más interés tienen las sentencias que se apoyan, para justificar la admisión de nuevos motivos, en la delimitación del objeto del proceso contencioso, sosteniendo que si la pretensión formulada es la anulación de un acto administrativo determinado, es pertinente el examen de cualquier argumento que pueda justificar la producción del acto, sin que pueda omitirse el examen de cualquier argumento sea tardío o no. El argumento es especialmente interesante porque las sentencias que excluyen el examen de nuevos motivos también lo hacen aludiendo al objeto del proceso y a su carácter revisor, es decir, a que viene delimitado por el acto impugnado, tal como fue dictado por la Administración.

Estos nuevos motivos, como hemos visto, son admitidos en muchos casos pero esto deja algo indefenso al particular, el cual no ha tenido fundamentos para defenderse originariamente y su recurso ha sido desestimado cuando en realidad tenía razón, ya que ante falta de motivación se debe anular el acto viciado. Por esta razón, la desestimación del recurso interpuesto contra un acto que deba ser obligatoriamente motivado suponga condena en costas a la Administración, siempre que la desestimación se apoye en argumentos que no hayan sido dados a conocer al particular en la motivación del acto. Esta solución aúna el estímulo a la Administración para que cumpla con esmero su obligación de motivar los actos administrativos y la eficacia en la compensación al particular, sin que se produzca menoscabo alguno al interés público, menoscabo que sí se produciría si se anulara por razones formales un acto ajustado a Derecho en su contenido y que, con toda probabilidad, volvería a dictarse.

Según ALEJANDRO HUERGO LORA, la eficacia en la compensación al particular se deriva del carácter automático de la condena en costas a partir de la fundamentación de la sentencia en un motivo invocado por vez primera en el proceso (sin necesidad de seguir un procedimiento específico para obtener una indemnización), y de que su objeto es

justamente el daño que la motivación inadecuada ha producido al particular, es decir, los gastos procesales. Para encontrar amparo legal en esta condena en costas a la Administración nos vamos al artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, donde se puede condenar en costas a la parte que ha actuado con mala fe o temeridad. Viendo que no se puede hablar de temeridad, podremos hablar de mala fe de la Administración reservándose argumentos para el proceso en vez de indicarlos en la motivación del acto, como exige el artículo 54 de la LRJPAC. Un ejemplo de esto lo podemos ver en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1993, en la que se condena en costas a la Administración, a pesar de que se inadmite el recurso interpuesto contra un acto suyo, debido a que había sido la propia Administración la que, al indicar erróneamente que un acto de trámite era recurrible, había dado lugar a la interposición de un recurso inadmisibile.

La misma contradicción se da cuando la Administración indica unos fundamentos concretos en la motivación del acto (o no indica ninguno) y después, en el escrito de contestación, invoca argumentos nuevos en defensa del acto impugnado. De no aceptarse esa interpretación por el órgano jurisdiccional, se llegaría a un resultado insatisfactorio, puesto que el recurrente debería cargar con sus costas por el principio de vencimiento, es decir, se imponen las costas a la parte que ha visto rechazada su pretensión, a pesar de haber sido la conducta antijurídica (e impune) de la Administración la que ha ocasionado el pleito.³³

7. CONCLUSIONES

1. La Administración Pública tiene la obligación de motivar, con una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, las decisiones que entren en los supuestos regulados en el artículo 54 de la LRJPAC con el fin de no producir la indefensión del administrado y así evitar la arbitrariedad (Art. 9.3 CE), que es algo contrario a nuestro Estado de Derecho y al deber de la Administración Pública de servir objetivamente al interés general (Art. 103.1 CE). Esto quiere decir que en los casos donde no se dan los supuestos del citado artículo la Administración no tiene por qué motivar sus actos, como en el caso de los actos reglados favorables al administrado no perjudiciales para terceros. Aparte de los supuestos del artículo

³³ HUERGO LORA, Alejandro. “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”. Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998. Páginas 89 y ss.

54.1, la Ley 30/1992 en el apartado segundo del mismo artículo trata de forma especial la motivación de los actos que pongan fin a procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, debido a la complejidad de la motivación en estos casos, que se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

2. Dentro de la motivación podemos distinguir dos elementos, el puramente formal que consiste en motivar una decisión, es decir, en cumplir con el deber de motivar, el cual de no cumplirse produciría anulabilidad del acto siempre que haya indefensión del administrado y el otro elemento sustancial o de fondo, que son los motivos expresados en esa motivación-elemento formal, los cuales de no ser fundados serían arbitrarios y producirían nulidad relativa. En el primer caso se retrotraen las actuaciones para que la Administración subsane el defecto formal, pero en el segundo caso, al ser arbitrario el acto, al no contener motivos fundados se anularía el mismo, obligando a la Administración a dictar el acto de nuevo y en casos excepcionales, los propios Tribunales podrían declarar el derecho para el particular, siempre que no haya discrecionalidad.
3. El deber de motivar no se cumple recurriendo a cualquier fórmula convencional, sino que la motivación ha de ser suficiente, dando razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Respecto a su alcance debe ser tan extensa como exija el caso concreto y puede encontrarse tanto en el cuerpo del acto como en los informes que lo acompañan en el expediente (*motivación in aliunde*).
4. La falta de motivación produce nulidad relativa como regla general, es decir, anulabilidad del acto dictado, y excepcionalmente, si se da alguno de los supuestos del artículo 62 LRJPAC, podría producir nulidad de pleno derecho. Si el acto carece de motivación-elemento sustancial o de fondo, es decir, está motivado pero los motivos aducidos carecen de fundamento, estamos hablando de un acto arbitrario y anulable en todo caso por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 9.3 CE), mientras que si el defecto de motivación es formal y no de fondo, la

Administración podrá subsanarlo, solo produciéndose la nulidad relativa en caso de indefensión del administrado (artículo 63.2 LRJPAC).

5. La Administración debe ser controlada por los Tribunales(artículo 106 CE), los cuales en ocasiones pueden anular(y en algunos casos, sustituir) la decisión tomada por la Administración cuando esta peca de arbitrariedad o cuando no motiva de forma adecuada decisiones que requieren motivación suficiente para que el particular pueda impugnar con conocimiento, pero hay casos donde entra en juego la discrecionalidad técnica debido a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados(mérito y capacidad), como en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, que al realizarse un juicio técnico por parte del órgano calificador, impiden un control de fondo, limitado a revisar las garantías procedimentales.

6. Por último, nos vamos a los casos donde la Administración aporta la motivación, pero no en su primera resolución ni en el recurso administrativo interpuesto por el particular, sino en fase contenciosa, lo que puede perjudicar al administrado, que no pudo conocer los motivos que fundamentaron la decisión en primera instancia. La consecuencia de esto será la retroacción de las actuaciones para que la Administración incorpore la motivación (si existe defecto de forma y siempre que no haya producido indefensión) o la anulación del acto si este es arbitrario. Además, si el Tribunal correspondiente lo estima conveniente puede imponer las costas a la Administración por actuar con mala fe escondiendo los motivos al momento de dictar el acto, como dice el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

8. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

BOCANEGRA SIERRA, Raúl y HUERGO LORA, Alejandro. “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *REDA*, n. 111, 2001, Páginas 405 y ss.

- COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Aranzadi, 25ª Edición, 2014.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 84-2009, Páginas 85-120.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, Madrid: Cívitas, 2ª Edición ampliada, 1997.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Sistema de Derecho Administrativo. Pamplona: Editorial Cívitas, 1ª Edición, 2012.
- FERNANDO PABLO, Marcos Matías. La motivación del acto administrativo. Madrid: Tecnos, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Aranzadi, 15ª Edición, 2011.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Derecho Administrativo Español, tomo II. Pamplona: S.A. EUNSA, EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, 2ª Edición, 1994. Página 186.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales», *RVAP*, n. 77, Páginas 53-54.
- HUERGO LORA, Alejandro. “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”. Revista de Administración Pública, núm. 145, 1998, Páginas 89-115.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional. Madrid: Cuadernos Cívitas, Cívitas, 1ª Edición, 1998.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. La motivación en los nombramientos discrecionales, Cívitas, Madrid, 1ª Edición, 2007.
- MACCORMICK, Neil. “Legal Reasoning and Legal Theory”, Clarendon Press, 1995.
- MÁRTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. Introducción al Derecho Administrativo. Madrid: Editorial TECNOS, 1986.

PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Valladolid: Lex Nova, 2001. Páginas 518-519.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo Español Tomo II: Acto administrativo, procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa. El Ferrol: NETBIBLO S.L., 1º Edición, 2009.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo Parte General. Madrid: Editorial TECNOS, 6º Edición, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo Tomo II. Iustel, 3º Edición, 2009.

VÁZQUEZ PARADA, José Ramón. Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias S. L., 1º Edición, 2013.