



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y A.D.E.

Discrecionalidad administrativa y  
control judicial

Presentado por:

***Patricia Verde Domínguez***

Tutelado por:

***José Carlos Laguna de Paz***

*Valladolid, 7 de julio de 2016*

## **AGRADECIMIENTOS.**

Quisiera expresar mi agradecimiento a mi tutor, José Carlos Laguna, por haberme aportado criterio y orientación en la realización de este Trabajo y haberme enseñado a apreciar el Derecho Administrativo, y a mis padres, por haberme brindado su apoyo durante mi etapa universitaria que con este Trabajo está llegando a su fin.

## **RESUMEN.**

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto examinar la discrecionalidad administrativa y su control judicial. Por una parte, el ámbito de decisión conferido por las normas a la Administración para la valoración del interés público puede entenderse como un fenómeno propio de las consecuencias jurídicas de las normas, de éstas y de los supuestos de hecho o exclusivamente de estos últimos; la aceptación de una u otra tesis supone la extensión o no de la discrecionalidad a los conceptos jurídicos indeterminados. Por otra, los artículos 24, 103.1 y 106.1 de la Constitución fundamentan el control de la actuación administrativa por los jueces y tribunales que, en el caso de la discrecionalidad, se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados, de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho. No obstante, la sustitución de la decisión impugnada por una decisión judicial puede comprometer el principio de separación de poderes mientras que su mera anulación puede desatender el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

**Palabras clave:** discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados, control judicial.

## ***ABSTRACT.***

*This Project aims to examine both administrative discretion and its judicial review. First, the power given by Law to the Administration to take decisions considering public interests may be understood as a characteristic either of the consequences of rules, also of their facts or just of them. Depending on the theory we assume, discretion would be extended to indeterminated legal concepts. Second, judicial review of administrative decisions is based on articles 24, 103.1 and 106.1 from the Spanish Constitution and is carried out mainly by the review of issues of Law, facts and general principles of Law. Nevertheless, replacing administrative decisions by others taken by judges may not be respectful with the principle of separation of powers whereas their mere annulation may not satisfy the fundamental right to the effective judicial protection.*

**Key words:** *discretion, indeterminated legal concepts, judicial review.*

# ÍNDICE.

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....</b>	<b>8</b>
2.1. Doctrina de la potestad.....	10
<b>3. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	<b>13</b>
3.1. Potestades regladas y potestades discrecionales.....	13
3.2. Concepto de discrecionalidad.....	16
3.2.1. <i>Tesis reduccionista</i> .....	17
3.2.2. <i>Teoría unitaria</i> .....	23
3.2.3. <i>Discrecionalidad en el supuesto de hecho (imperfecto)</i> .....	26
<b>4. CONTROL JUDICIAL.....</b>	<b>29</b>
4.1. El control de la discrecionalidad administrativa.....	29
4.2. Las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad.....	33
4.2.1. <i>El control de los elementos reglados</i> .....	34
4.2.2. <i>El control de los hechos determinantes: los conceptos jurídicos indeterminados y la mal llamada discrecionalidad técnica</i> .....	39
4.2.3. <i>El control por los Principios Generales del Derecho. La interdicción de la arbitrariedad</i> .....	43
4.3. Los límites no sustantivos: las garantías organizativas y procedimentales.....	50
<b>5. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.....</b>	<b>51</b>
5.1. Presupuestos constitucionales.....	51
5.2. La pluralidad de soluciones justas: ¿pueden los jueces y tribunales sustituir las decisiones discrecionales de la Administración?.....	53
5.2.1 <i>La sustitución como exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva</i> .....	55
5.3. El recurso de exceso de jurisdicción.....	57
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>60</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>62</b>

## 1. INTRODUCCIÓN.

Cuando Schwartz se pregunta *de qué trata verdaderamente el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad* y recoge sus palabras García de Enterría<sup>1</sup>, se pone de manifiesto la importancia y enjundia jurídica de uno de los aspectos que se abordan en este Trabajo de Fin de Grado -cómo y hasta qué límite puede el poder judicial controlar las decisiones administrativas discrecionales-, cuya explicación necesariamente supone que hayan precedido las relativas al alcance del principio de legalidad, como presupuesto de esta supervisión, y al significado de la propia discrecionalidad.

El **principio de legalidad** y su caracterización como vinculación positiva de la Administración al conjunto de ordenamiento jurídico, hoy recogidos en la Constitución, constituyen, respectivamente, una conquista del Estado de Derecho y el resultado de una evolución desde la consideración de la Ley, en sentido amplio, como un límite a la actuación administrativa hasta su concepción como presupuesto habilitante. Su articulación práctica se concreta en la atribución normativa de potestades, a las que, además, se calificará, en el primer epígrafe de este Trabajo, como potestades-función, por su ejercicio en aras del interés público.

En segundo lugar se aborda la gran discusión en torno a lo que es y lo que no es **discrecionalidad**, que comienza con una caracterización de las potestades regladas, cuyo contenido y posibilidades de ejercicio determina exhaustivamente la Ley, por oposición a las discrecionales, en las que la norma apela, parcialmente, a la estimación subjetiva de la Administración. A continuación se exponen las definiciones de discrecionalidad desde el punto de vista material, que aluden a la valoración de intereses que realiza la Administración, y teórico-normativo, que consideran la estructura de la norma jurídica que confiere la discrecionalidad a la Administración.

Esta vertiente permite distinguir tres tesis: la tesis reduccionista (para la que la discrecionalidad se encuentra en las consecuencias jurídicas de las normas), la tesis unitaria (que defiende la posibilidad de que la discrecionalidad se encuentre tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas) y la tesis de la discrecionalidad en el supuesto de

---

<sup>1</sup> B. Schwartz, *Administrative Law*, 3ª ed, Boston, 1991, p. 652, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 47.

hecho. Resulta de particular interés, por una parte, el corolario -o la otra cara de la moneda- de la primera de estas teorías: los **conceptos jurídicos indeterminados**, cuya exclusión de los supuestos de discrecionalidad administrativa se ha impuesto mayoritariamente en la doctrina con fundamento en la unicidad de solución justa (frente a la pluralidad que se reconoce en la discrecionalidad) y en el margen de apreciación (frente al margen de volición de la discrecionalidad) que requiere su aplicación cuando el concepto jurídico indeterminado recae sobre el llamado, por la teoría de los tres círculos de certeza, halo de incertidumbre. También puede la Administración hacer uso de un margen de apreciación en la elección de los criterios técnicos cuando se encuentre ante supuestos de la conocida como discrecionalidad técnica.

Delimitada la discrecionalidad, corresponde centrarse en su **control judicial**. Los artículos 24, 103.1 y 106.1 de la Constitución fundamentan, junto con otros preceptos de la legislación ordinaria, el control judicial de toda la actuación administrativa sin encontrar excepciones siquiera en la discrecionalidad o en los actos políticos o de gobierno. Mediante las técnicas del control de los elementos reglados, de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho, los jueces han supervisado tradicionalmente la actuación administrativa discrecional, si bien en la actualidad también aluden a los test de razonabilidad y proporcionalidad, además de a las garantías organizativas y procedimentales, que operan como límites no sustantivos.

No obstante, admitido el control de la discrecionalidad administrativa, el debate se suscita en torno al **objeto** de dicho control: ¿el respeto del ordenamiento jurídico por la actuación administrativa o el fondo de la decisión? El carácter estrictamente **legal** de este control y el **principio de separación de poderes**, que impide el traslado de competencias de titularidad de la Administración al juez, sustentan la polémica en torno a la simple anulación de las decisiones administrativas impugnadas y su sustitución por otras dictadas por el juez. En favor de la segunda alternativa se puede encontrar justificación en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en la delimitación que del proceso y del pronunciamiento judicial realizan las pretensiones, sin olvidar, en sentido inverso, que han de existir unos derechos subjetivos o intereses legítimos del recurrente que permitan sostener la sustitución.

En definitiva, en este Trabajo se aborda una de las cuestiones centrales del régimen jurídico-administrativo, cuya reflexión ha ocupado a doctrina y jurisprudencia, españolas y comparadas, obteniendo resultados no unánimes, repletos de matices y permanentemente sometidos a revisión. No es para menos, pues están en juego los derechos de los ciudadanos,

el principio de separación de poderes y, por ende, el respeto de la Constitución, garante del Estado de Derecho.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad constituye, junto con el principio de separación de poderes, el presupuesto fundamental sobre el que se asienta el Estado de Derecho. Esta conquista de las revoluciones liberales desarrolladas en Europa a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX supuso la **sujeción** de la Administración a las exigencias de la Ley, superando el modelo del Antiguo Régimen en el que, bajo la dirección del soberano y con la anuencia de los juristas de la época, actuaba al margen del Derecho. Esteve Pardo señala dos de las razones esgrimidas por los juristas de dicho periodo para justificar la apuntada desvinculación: la suprema Ley de la razón del Estado<sup>2</sup> y la posición trascendental y de no sujeción al ordenamiento que ostentaba el Monarca expresada mediante la máxima latina *rex legibus solutus* y extendida a sus agentes o mandatarios, tanto administrativos como judiciales.

Admitida la subordinación de la Administración Pública (de toda ella, de todos sus órganos) a la Ley, conviene aclarar la **amplitud** del término *Ley* en este contexto, que no se identificó con la norma emanada del Parlamento (*Ley stricto sensu*) salvo en sus orígenes. Por ello, la doctrina francesa, de mano de Hauriou, acuñó la expresión *bloque de legalidad*, que refleja de manera más notoria la alusión a todo el ordenamiento. Incluso, Merkl reserva la denominación de *principio de legalidad* a los supuestos en los que la medida de la actividad administrativa radica en la Ley en sentido estricto, adoptando el nombre de *principio de juridicidad* para aquellos en los que se hace referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto. No obstante, esta distinción, resulta, en opinión de parte de la doctrina (García de Enterría, Fernández Rodríguez), innecesaria, dada la generalidad con la que se asume la referencia al ordenamiento en su integridad.

La caracterización de la relación entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico requiere la consideración de dos concepciones del principio de legalidad. El planteamiento originario, ya recogido en el siglo XIX, sostiene un amplio reconocimiento del ámbito de actividad administrativa, cuyos únicos límites se encontrarían en las Leyes. En palabras de

---

<sup>2</sup>RUS RUFINO, Salvador; ZAMORA BONILLA, Javier. *La razón de Estado en la Edad Moderna. Razones sin razón* [en línea]. León, 1999. Disponible en: [http://www.uv.es/rseapv/Anales/99\\_00/A\\_257\\_La\\_razon\\_de\\_estado.pdf](http://www.uv.es/rseapv/Anales/99_00/A_257_La_razon_de_estado.pdf). [Consulta: 27 marzo 2016]. Por aportar una definición de este concepto, de las muchas que recogen estos autores al exponer su evolución, sirva la propuesta por Meinecke en su libro *La idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna: la máxima del obrar político y la ley motora del Estado*.

Georg Meyer y Gerhard Anschütz, la Administración estaría legitimada para realizar *no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice sino todo aquello que la Ley no le prohíbe*.

Frente a esta doctrina, conocida como de la **vinculación negativa**, o *negative Bindung* (Winkler), reaccionó el kelnesianismo y, en concreto, su principal administrativista, ya citado, Merkl, propugnando la habilitación de la actuación administrativa a través de una norma previa. La Administración encuentra legitimación para actuar, de acuerdo con esta doctrina de la **vinculación positiva** o *positive Bindung*, en la atribución normativa precedente y sólo en ella. En consecuencia, la Ley supone mucho más que un límite externo a su conducta: constituye el presupuesto o fundamento de su actuación. Esta interpretación, sostenida por reconocidos autores (Jesch, Carré de Marberg, Ballbé o García de Enterría, entre otros), se ha erigido como la preponderante en la actualidad.

La Constitución Española, que garantiza expresamente el principio de legalidad en su artículo 9.3, adopta esta concepción, como ya hicieran con anterioridad la Constitución Austriaca de 1920<sup>3</sup>, de notoria influencia keynesiana, o la Ley Fundamental de Bonn<sup>4</sup>. De este modo, el artículo 9.1 de la Constitución Española recoge la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos *a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*, haciendo expresa la alusión al *bloque de legalidad*, no sólo a la Ley en sentido estricto, y, más adelante, el artículo 103.1 insiste: *la Administración Pública (...) actúa (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*.

Esto no obstante, en relación con la asunción de la vinculación positiva por la Constitución, existe doctrina discrepante. En ella se encuadra la opinión de Santamaría Pastor, que reserva la vinculación positiva al ejercicio de potestades limitativas de los derechos de los administrados, sobre la base del artículo 53.1 de la Constitución<sup>5</sup>, y a las actuaciones administrativas de carácter prestacional que supongan un desembolso de fondos públicos. Pese a ello, con carácter general, se admite únicamente, a lo sumo, una mayor intensidad de vinculación positiva en los citados supuestos, sin que en los demás (es decir, en presencia de

---

<sup>3</sup> Artículo 18, en su traducción: *El conjunto de la actividad administrativa estatal sólo se podrá ejercitar en virtud de lo establecido en las Leyes*.

<sup>4</sup> Artículo 20.3, en su traducción: *El poder ejecutivo y los tribunales están vinculados a la Ley y al Derecho*, redacción que, además, no deja lugar a dudas sobre la referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup> Dicho precepto dispone que *sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I*.

actividad administrativa distinta de la prestacional y de la ablatoria de derechos) se asuma una vinculación negativa.

Ballbe reflexiona en torno a la doctrina de la vinculación positiva contrastándola con la que existe entre los ciudadanos y la Ley. Cuando sus destinatarios son los ciudadanos, el Derecho pretende la conciliación de sus libertades recíprocas. Por ello, impone límites a sus conductas, (*permissum videtur in omne quod non prohibetur*: se ha de considerar permitido todo lo que no está prohibido), consagrando una vinculación negativa. Exactamente de manera opuesta opera la conexión entre la Administración y el ordenamiento jurídico (*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*: lo que no está permitido, debe entenderse prohibido). En consecuencia, la validez de los actos administrativos queda condicionada no a la inexistencia de un precepto que los prohíba sino a una disposición que contemple tal actuación.

## 2.1. Doctrina de la potestad.

El mecanismo técnico mediante el cual se articula el principio de legalidad consiste en la atribución normativa de **potestades** a la Administración. La definición más autorizada de potestad, no exclusivamente circunscrita al ámbito del Derecho Público, se debe a Santi Romano, que se refiere a ella como *el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin*. La potestad supone la atribución, por parte del ordenamiento, de un poder cuyo contenido el propio precepto limita. No se trata, en consecuencia, del presupuesto para una actuación administrativa libre, de acuerdo con la voluntad de quien en concreto ejerce la potestad sino que, como lo caracteriza Cosculluela Montaner, confiere un poder limitado y controlable<sup>6</sup>.

Su contraste con los **derechos subjetivos**, habitual en la literatura jurídica por constituir éstos también facultades de obrar conferidas por el ordenamiento, permiten perfilarlos claramente. El carácter general y repetible en sus posibilidades de ejercicio no lo comparte la potestad con los derechos subjetivos. Tampoco su origen, pues mientras la potestad lo encuentra directamente en la Ley, el derecho subjetivo no lo hace sino en una relación jurídica concreta, como un pacto entre contratantes. De este aspecto deriva otra diferencia: frente al carácter disponible de los derechos subjetivos, las potestades, con independencia de que su titular las ejerce o no o lo haga con mayor o menor frecuencia, son inalienables,

---

<sup>6</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Navarra: Cívitas, 2014, p. 311.

intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Finalmente, la potestad no se corresponde con un deber que ostente un correlativo sujeto pasivo, como en el caso de los derechos subjetivos, sino que el conjunto de particulares se encuentran en una situación de sujeción de carácter abstracto, sin que necesariamente la potestad vaya a incidir, apriorísticamente, en la concreta esfera jurídica de uno de ellos.

Sin perjuicio de las clasificaciones que pueden aplicarse a las potestades, alguna de las cuales se detallará más adelante, conviene por lo pronto apuntar que las potestades administrativas pertenecen, casi sin excepción, a la categoría de las **potestades-función**, caracterizadas por ejercerse en interés ajeno a su titular. Concretamente, las potestades administrativas se ejercen en interés público, siguiendo lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución Española (*La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales*). De esta afirmación extraen García de Enterría y Fernández Rodríguez una doble consecuencia: la Administración únicamente puede ejercer sus potestades en servicio del interés general y está obligada a ejercerlas cuando dicho interés lo demande<sup>7</sup>. Este sometimiento del ejercicio de la potestad al interés general refleja el significado de la idea lockeana de *trust*, que alude a la confianza que une al pueblo con sus gobernantes. García de Enterría destaca su carácter de gestores subordinados a la voluntad general del pueblo, diferente del papel de representantes que la Constitución les reconoce a las Cortes.

Afirmado, pues, que el presupuesto de la actuación administrativa radica en la **atribución** previa de una potestad por el ordenamiento jurídico, resta caracterizar dicha atribución. Por una parte, la norma puede realizar la atribución de modo expreso (explícito) o implícito (deducible de los fines que el precepto recoge, éstos sí, expresamente y de los cuales la actuación administrativa no puede apartarse<sup>8</sup>). En ningún caso ha de confundirse este supuesto con el de *lege silente*, dado que, en ausencia de otorgamiento de una potestad, la Administración no puede actuar.

Además, la potestad puede atribuirse específicamente (con precisión sobre sus objetivos) o mediante cláusulas generales que genéricamente recojan los cometidos que se le encargan a

---

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Cizur Menor, 2015, p. 483.

<sup>8</sup> A tal efecto, el artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: *El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos*.

la Administración, sin que esto suponga el otorgamiento de poderes ilimitados, pues, precisamente, los límites al poder son consustanciales al Estado de Derecho.

Por último, la autohabilitación no supone ninguna quiebra del principio de legalidad, de hecho, con cierta frecuencia la Administración incoa una innovación reglamentaria que le atribuya, sin exceder los límites de la potestad reglamentaria, nuevas potestades. Esta técnica, que respeta el principio de legalidad por la existencia de una previa habilitación para ejercitar la potestad reglamentaria, se conoce en la doctrina francesa como principio del *règlement préalable*, o principio del reglamento previo.

### 3. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

#### 3.1. Potestades regladas y potestades discrecionales.

A los efectos del control judicial de la Administración, resulta imprescindible la distinción entre las potestades regladas y las discrecionales. En las primeras, la Ley define perfectamente el contenido de la potestad y determina exhaustivamente todas sus posibilidades de ejercicio, agotándolas. La Administración, sin perjuicio de un proceso interpretativo que pueda incluir valoraciones (que no constituyan apreciaciones subjetivas), aplica las consecuencias jurídicas señaladas en la norma si constata el supuesto de hecho también recogido normativamente. Tal es el caso de la jubilación por edad de los funcionarios o de la liquidación de un tributo, donde no hay lugar para el juicio subjetivo de la Administración.

Por el contrario, al atribuir las potestades discrecionales a la Administración, el ordenamiento sí requiere en su proceso aplicativo dicha **estimación subjetiva**. Esta llamada de la norma a la estimación subjetiva de la Administración reviste carácter **legal** y **parcial**: no se trata de un supuesto de libertad de la Administración frente al ordenamiento sino de una remisión legal a una estimación subjetiva de la Administración a fin de que concluya la configuración del contenido de la potestad y de sus condiciones de ejercicio de acuerdo con las singulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Por lo que se refiere al carácter legal de la remisión, la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya despejaba dudas sobre el origen legal de la discrecionalidad, ofreciendo, además, la que, a efectos de este trabajo, constituye una primera definición de este concepto: *La discrecionalidad surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público (...)*. En opinión de Beltrán de Felipe, muchos autores han definido la discrecionalidad desde el punto de vista material en relación al **interés público** o **general**; entre ellos, Giannini, para quien este concepto comprende la *valoración o apreciación por la Administración del interés público*. Esto no obstante, la definición de discrecionalidad suscita un importante debate sobre el que descansa el objeto del epígrafe inmediatamente posterior que no debe, por lo tanto, entorpecer la sucinta caracterización que ahora se pretende.

Como reconoce otro apartado de la citada Exposición de Motivos, *la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque (...)*. Por el contrario, ha de referirse

*siempre a alguno o algunos de los elementos del acto*<sup>9</sup>. En otras palabras, las potestades discrecionales presentan siempre algún elemento reglado, pues el margen de decisión que le otorga la Ley a la Administración no puede afectar a la totalidad de la potestad. Sin perjuicio de otros que puedan serlo eventualmente en una determinada potestad, cuatro elementos reglados, en cuyo examen se profundizará al tratar el control judicial, resultan ineludibles en todo caso, a saber: la existencia de la potestad, su extensión (nunca ilimitada), la competencia para actuarla y su finalidad (siempre pública y determinada).

Pese a la aparente consistencia de la tradicional distinción entre potestades regladas y discrecionales, algunas reconocidas voces han contribuido a diluirla: Hauriou rechaza la existencia de actos discrecionales, reconociendo, en contrapartida, un poder discrecional de la Administración presente en todos sus actos, *en mayor o menor medida*. El poder discrecional consistiría para este autor en la *posibilidad de apreciar la oportunidad de las medidas administrativas*.

La oposición entre la sugerida identificación de la **oportunidad** con la discrecionalidad, por una parte, y la de la legalidad con las potestades regladas, por otro, se ha cuestionado por administrativistas españoles como Sánchez Morón, quien considera erróneo este contraste, incluso, desde el punto de vista dialéctico. La única contraposición que procede plantear frente a la legalidad reside en la ilegalidad, determinándose ambas por referencia al ordenamiento jurídico, que, en ocasiones (en los supuestos de discrecionalidad administrativa) puede desear que la Administración practique apreciaciones de oportunidad. De hecho, la discrecionalidad únicamente cabe en virtud de la Ley y en la medida en que esta lo haya dispuesto<sup>10</sup>.

En todo caso, lo que sí puede afirmarse con rotundidad es que las potestades discrecionales resultan **fundamentales en la actuación pública** en tanto ésta comprende acciones de gobierno. Parejo Alfonso le reconoce al Ejecutivo un ámbito de decisión propio, incluso expresado en términos discrecionales, como un atributo ordinario, alejado de todo carácter

---

<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Cizur Menor, 2015, p. 492. Estos autores hacen notar que el texto alude a un acto y no a una potestad en tanto versa sobre la impugnación, si bien este aspecto no altera la idea de fondo puesto que el ejercicio de una potestad tiene por resultado, precisamente, un acto.

<sup>10</sup> A este respecto se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de marzo de 1984, citada por Beltrán de Felipe, en los siguientes términos: *se trata de una dualidad simplista (...). La elección de oportunidades por la Administración equivale al ejercicio de la potestad discrecional... [que] hoy no existe al margen de la Ley sino justamente en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley lo haya dispuesto*.

excepcional. Sánchez Morón, por su parte, añade el matiz de la extensión de este espacio discrecional, que, en un Estado desarrollado, ha de caracterizarse necesariamente por su amplitud, mientras Bullinger subraya su necesidad en el seno de una Administración eficiente, confirmando su carácter ordinario en el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho<sup>11</sup>. Se trata, pues, de una realidad no patológica (Esteve Pardo) y manifiesta en el Derecho Público de los Estados (de hecho, *la primera condición de la vida del Estado*, en opinión de Waline), consecuencia de que las normas no puedan resolver la totalidad de las situaciones incluidas en su ámbito de aplicación, definiendo detalladamente toda la actuación pública. La Administración deviene entonces imprescindible para superar esa *nomocracia*, por emplear la expresión de García de Enterría y Fernández Rodríguez, cuyo juego automático no alcanza a las apreciaciones de circunstancias singulares y de oportunidad en el ejercicio del poder público.

En este sentido, comportan una mayor discrecionalidad, por su propia esencia, las potestades reglamentaria y organizativa. Así lo reconoce la breve Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1987, que, en su fundamento jurídico tercero, caracteriza de indudable la discrecionalidad presente en la potestad organizativa (y rechaza que ello suponga la exención del control judicial de dicha potestad); la de 11 de noviembre de 2008, que, en su fundamento jurídico segundo, se refiere a la inherente discrecionalidad que acompaña a la potestad reglamentaria o la de 3 de junio de 2015, que alude al amplio margen de discrecionalidad que comporta dicha potestad dado que su atribución se asienta sobre la previsión constitucional de dirección política del Gobierno (artículo 97 de la Constitución)<sup>12</sup>. A propósito de esta potestad, Sánchez Morón distingue los supuestos en los que el reglamento se dicta en ejecución o desarrollo de una Ley o como reglamento independiente, esto es, a iniciativa del titular de la potestad, advirtiendo un menor margen de discrecionalidad en el primero de los casos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa. (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41.

<sup>12</sup> La Sentencia continúa aclarando que dicho margen, por amplio que sea, no obsta para declarar la nulidad del reglamento si en la discusión de la adecuación a Derecho de la actuación administrativa, la Administración no aporta razones al objeto de sostener su legalidad.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 122.

Finalmente, la imposibilidad de declinar la discrecionalidad también encuentra justificación en términos de **justicia material** para autores como González García, quien reclama la necesidad de una valoración de la norma y de la realidad concreta, que sólo pueden llevar a cabo los órganos administrativos, al objeto de obtener una decisión justa. Sirvan de ejemplos destacables a estos efectos la concesión de una subvención o la imposición de una sanción administrativa.

### 3.2. Concepto de discrecionalidad.

La presentación de un concepto de discrecionalidad constituye una ambiciosa tarea que, como demuestra el epígrafe anterior, puede llevarse a cabo desde un punto de vista **material**, es decir, por referencia a su objeto o contenido. Como se indicó entonces, Giannini la define como la *valoración o apreciación por la Administración del interés público* que le obliga a ejecutar una ponderación de intereses encontrados en una situación de tensión dialéctica: un interés primario, que se corresponde con el interés general, y uno o varios intereses secundarios, de carácter público o privado, que pueden ser preteridos si se alcanza el primero.

Asimismo, se encuentra reflejo de estas concepciones en la doctrina alemana: Forsthoff califica de conceptos de valor el interés público, el interés del Estado y el bien común, arguyendo la necesidad de discrecionalidad en su apreciación. En España, Nieto destaca la vinculación entre discrecionalidad e intereses generales, pese a que considera estos últimos inaprehensibles, y García de Enterría se remite a la definición de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Administrativa de 1956, ya citada anteriormente, cuyas palabras suscribe por considerar que recogen *lo esencial* de la discrecionalidad administrativa.

No obstante, el concepto de discrecionalidad también se ha tratado desde una perspectiva **teórico-normativa**, esto es, atendiendo a su localización en la estructura de la norma jurídica. Siguiendo a Bacigalupo Sagesse<sup>14</sup>, las opiniones doctrinales vertidas a continuación se exponen siguiendo dicho criterio. De este modo, bien puede sostenerse que la discrecionalidad se incardina exclusivamente en la consecuencia jurídica de la norma (así lo mantiene la llamada tesis reduccionista, que se completa con la teoría del margen de apreciación), bien que se

---

<sup>14</sup> BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

encuentra tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica (tesis unitaria) o bien que se limita al supuesto de hecho (al que considera imperfecto).

Sin embargo, no puede obviarse, aunque no se incardina exactamente en los grupos de este esquema, la llamada **discrecionalidad conformadora** que concurre cuando la norma le impone a la Administración la consecución de unos determinados fines en una materia (el trazado de una carretera, por hacer nuestro el ejemplo propuesto por Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach). A tal fin, la Administración ha de llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto, a la luz de las circunstancias, con el objetivo de adoptar, justificadamente, la prevalencia de unos intereses sobre otros (en ejemplo empleado, la protección del medio ambiente, la seguridad vial y la economía del gasto público, por citar tres de ellos). Se trata de una discrecionalidad particularmente intensa, si bien la Administración continúa sin ser totalmente libre<sup>15</sup>: le vinculan la citada justificación sobre la ponderación de intereses y los requisitos formales (reglas de competencia y procedimiento).

### 3.2.1. Tesis reduccionista.

La postura predominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas desde los años sesenta del siglo pasado limita el fenómeno de la discrecionalidad al ámbito de las **consecuencias** de las normas jurídico-administrativas, erradicándolo, por lo tanto, de su supuesto de hecho. Esta teoría del *Rechtsfolgeermessen* que han sostenido autores como Hermann Reuss, Dietrich Jesch o H.J. Wolf recoge una triple posibilidad de indeterminación de la consecuencia jurídica generadora de discrecionalidad: que la adopción de la consecuencia jurídica prevista en la norma sea facultativa; que la norma contemple varias consecuencias alternativas cuya adopción sea preceptiva o facultativa, o que la norma no predetermine el contenido de una consecuencia jurídica de adopción preceptiva o facultativa.

Desde el punto de vista gramatical, las tres alternativas se traducen en formulaciones condicionales de las normas habilitantes. Esto no obstante, se aprecian algunas diferencias: concurriendo el supuesto de hecho, la primera de las alternativas (siguiendo el orden en que se han indicado en el párrafo anterior), afirma que la Administración *podrá* adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma, sin obligarle a ello, mientras que, en el segundo

---

<sup>15</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 103.

caso, la Administración *deberá* o *podrá* adoptar una consecuencia u otra, y, en el tercero, *deberá* o *podrá* adoptar la consecuencia jurídica *que estime oportuna*.

En consecuencia, no sólo una cópula facultativa entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (*podrá*) determina la atribución de una potestad discrecional sino que puede existir discrecionalidad obligando a la adopción de alguna consecuencia jurídica (lo que se expresa en la norma habilitante mediante la forma *deberá*): se tratará de una discrecionalidad de elección y no de actuación, pero, en cualquier caso, de discrecionalidad para esta teoría.

La discrecionalidad administrativa se entiende, pues, como un **margen de volición**, dado que, una vez verificada la presencia de un hecho subsumible bajo el supuesto fáctico normativo a través de un proceso meramente cognitivo, la Administración cuenta con un margen para optar, de un lado, entre actuar y no actuar (**discrecionalidad de actuación**), y/o, de otro, si ha elegido actuar o si está obligada a ello, para optar entre distintas consecuencias jurídicas (**discrecionalidad de elección**). Todas las alternativas que no rebasen el límite de discrecionalidad que confiere la norma resultan plenamente conformes con el principio de legalidad, precisamente, porque es el ordenamiento el que confiere, y por lo tanto permite, dicha discrecionalidad.

Esta teoría cuyos presupuestos acaban exponerse caló en la doctrina y jurisprudencia españolas, que, sin embargo, la enfocaron mayoritariamente desde otra perspectiva<sup>16</sup>. Bacigalupo Sage se ilustra esta discrepancia refiriéndose a la postura española como *la otra cara de la moneda*. Los defensores de la teoría reduccionista en España enfatizaron no que la discrecionalidad administrativa radicase en las consecuencias jurídicas de las normas sino en que los conceptos que constituían el supuesto de hecho no podían otorgarla ni aun tratándose de **conceptos jurídicos indeterminados**.

Partiendo de este supuesto, numerosos autores españoles se han esforzado por diferenciar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, diferencia que, tradicionalmente, se ha tomado como un axioma pero que, como se tratará de explicar más adelante, cabe cuestionar o relativizar.

---

<sup>16</sup> Excepciones a esta generalización se encuentran en las opiniones doctrinales de Gallego Anabitarte y Mozo Seone, que sí han enfatizado la limitación del fenómeno de la discrecionalidad a las consecuencias jurídicas de las normas, más que el de los conceptos jurídico indeterminados y su control judicial.

Al aludir a la realidad, la Ley puede emplear conceptos determinados, que delimiten con precisión el ámbito de la realidad al que se refieren, o indeterminados, en caso contrario, esto es, cuando la Ley no establezca con exactitud esos límites. El propio concepto no admite una cuantificación o determinación más rigurosa, que habrá de ser precisada en el momento de su aplicación. Así ocurre una vez que la norma jurídico-administrativa declara la jubilación cuando el funcionario *padezca incapacidad permanente en el ejercicio de sus funciones* (y no *cumpla sesenta y cinco años*, que es un concepto determinado), al obligar al pago de un *justiprecio* o si ordena la adjudicación del contrato a la *oferta más ventajosa*. También en otras ramas del Derecho se encuentran con frecuencia este tipo de conceptos: buena fe, negligencia (propios del Derecho Civil), alevosía, nocturnidad (en el Derecho Penal), relevancia de las pruebas, medidas adecuadas para promover la ejecución (en el ámbito procesal), etc.

Autores como García de Enterría y Fernández Rodríguez, entre muchos otros, defienden la doctrina de la **unicidad de solución justa** en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, bajo la convicción de que, en una circunstancia concreta, su determinación o cuantificación no supone una pluralidad de alternativas igualmente aceptables<sup>17</sup>: la única solución justa deriva de la subsunción de los hechos en la previsión normativa mediante un proceso lógico-jurídico. Por el contrario, la discrecionalidad consiste en una libertad de elección entre alternativas igualmente válidas desde el punto de vista jurídico (*indiferentes jurídicos*) cuyo ejercicio requiere criterios extrajurídicos (de índole económica, de oportunidad política, etc.) que apelan al juicio subjetivo de la Administración, si bien no pueden en ningún caso exceder de la remisión legal. En ello insiste Sainz Moreno, que destaca que, en los supuestos de discrecionalidad, la norma atributiva de potestad no detalla el criterio que la Administración ha de seguir en su decisión, contrariamente a lo que sucede en relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

Por su parte, Nieto García incide en la naturaleza de la operación que ha de realizar la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional (volitiva) frente a la necesaria cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados (intelectiva) mientras Parejo Alfonso se refiere a los planos en los que cada uno de estos fenómenos se encuadra: *la discrecionalidad*

---

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Cizur Menor, 2015, p. 496. Estos autores aclaran que la unicidad a la que se refieren no significa que sólo una conducta o situación merezca el calificativo del concepto jurídico indeterminado sino que, considerada una sola y concreta conducta o situación, el concepto jurídico indeterminado se da o no se da, lo que requiere su apreciación mediante juicios disyuntivos.

*se nunca se sitúa en el plano cognitivo (...), por hacerlo siempre en el volitivo, [que es] el propio de la consecuencia jurídica, según la estructura teórica clásica de las normas (afirmación en la que se aprecia claramente su postura a favor de la tesis reduccionista)*<sup>18</sup>.

En todo caso, la llamada tesis reduccionista puede resumirse en torno a dos premisas: el **margen de volición** del que dispone la Administración al aplicar las consecuencias de las normas jurídico-administrativas y el **procedimiento estrictamente cognitivo** que se requiere para apreciar el supuesto de hecho en la realidad, en unas circunstancias concretas. El segundo de estos requisitos no supone, empero, que el ejercicio de la discrecionalidad impida la existencia de márgenes en el ámbito de la aplicación o apreciación del supuesto de hecho. Se trata de márgenes cognitivos, para los que se ha acuñado el término de **márgenes de apreciación**. Perfectamente compatibles con la discrecionalidad desde la perspectiva reduccionista precisamente porque, incidiendo en el ámbito del supuesto de hecho, no conllevan discrecionalidad, se le reconocen a la Administración a la hora de subsumir las circunstancias concretas bajo los conceptos jurídicos indeterminados que puedan constituir el supuesto de hecho.

El margen de apreciación, reconocido por la doctrina alemana (*Beurteilungsspielraum*) y asumido por la española, opera en lo que se conoce como zona o **halo de incertidumbre** de los conceptos jurídicos indeterminados. A este respecto (también a los efectos de su control judicial), resulta preciso repasar la **teoría de los tres círculos de certeza**, introducida en España fundamentalmente por Sainz Moreno. A tenor de esta teoría, la estructura de un concepto jurídico indeterminado, al ser aplicado en unas circunstancias concretas, consta de una zona de certeza positiva, en la que no cabe duda sobre la solución justa *porque el grado de coincidencia social y científico es claro e indiscutible* (Esteve Pardo); una zona de certeza negativa, claramente excluida del concepto jurídico indeterminado, y un halo de incertidumbre, que comprende aquellos casos en los que no resulta evidente si el hecho se incluye en el supuesto fáctico de la norma.

Cuando en la aplicación del concepto jurídico indeterminado la Administración se encuentra con esta zona de incertidumbre necesariamente ha de hacer uso de un margen de apreciación, que evidencia la dificultad de acercarse con total exactitud a esa única solución justa. A este respecto, Sainz Moreno, que reconoce esta dificultad y la necesidad del margen de

---

<sup>18</sup> BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 121 y 123.

apreciación en los casos que recaen en el halo del concepto, mantiene que dicho margen no se halla relacionado con la discrecionalidad, dado que opera sólo cuando no resulta factible demostrar la solución más ajustada al concepto. Esta opinión concuerda con la de Parejo Alfonso, que encuentra en las dificultades e incertezas del proceso de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados a los responsables de la introducción del **margen de apreciación**.

No obstante, el primero de los argumentos que cuestiona la distinción prácticamente axiomática entre las categorías de discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados tiene que ver, precisamente, con el margen de apreciación. Frente a las numerosas opiniones doctrinales que apoyan la concepción del margen de apreciación como un mero margen de cognición, suenan algunas voces defendiendo la tesis contraria. Entre ellas, la de Sánchez Morón, que apunta a la **incompatibilidad de la unicidad de la solución justa con el margen de apreciación** reconocido a la Administración: admitiéndose la existencia de este margen, la Administración podría aplicar el concepto de distintas formas jurídicamente válidas, lo que resulta contradictorio con la unicidad de la única solución justa y, al mismo tiempo, es propio de la discrecionalidad<sup>19</sup>. Este autor admite que la discrecionalidad es menor en el halo de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados que en otros casos (como en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por ejemplo) pero sin negar que en todo caso se trate de supuestos de discrecionalidad administrativa.

También en esta línea, Beltrán de Felipe alega la dificultad de encontrar la única solución justa que anule la discrecionalidad presente en algunos conceptos jurídicos indeterminados: no en todos sino en aquellos en los que la densidad normativa, los criterios y reglas interpretativas presentadas por el Derecho resultan escasas<sup>20</sup>. Fernández Farreres reconoce la corrección formal del criterio de la solución única frente a la pluralidad de soluciones como distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad propiamente dicha pero rechaza que resulte siempre posible u operativo en la práctica<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 117.

<sup>20</sup> BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 161.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho administrativo 1*. Navarra: Civitas, 2014, p. 499.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 6 de marzo de 2015, en relación con la inclusión de unos terrenos dentro de la categoría de suelo no urbanizable protegido, se refiere a la naturaleza reglada de los conceptos jurídicos indeterminados, si bien contemplando la posibilidad de que en su apreciación se introduzca habitualmente un porcentaje de discrecionalidad *en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa* (también en este sentido, sentencias del T.S. de 31 de diciembre 1988, 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1996).

Asimismo, se pronuncia en favor de la tesis de unicidad de solución justa cuando de conceptos jurídicos indeterminados se trata: sirva como ejemplo, en materia de obtención de la nacionalidad, su Sentencia de 5 de junio de 1999, en la que, al calificar la buena conducta cívica como un concepto jurídico indeterminado, rechaza que la Administración pueda actuar con discrecionalidad *ya que ha de optar, al decidir, por la única solución justa*, y, en el ámbito tributario, su Sentencia de 22 de enero de 2015, donde explica la trascendencia tributaria como un concepto jurídico indeterminado en cuanto no se encuentra definido exhaustivamente en la letra de la norma pero también en cuanto sólo puede reconducirse, al aplicarse, a una única solución jurídicamente admisible (de nuevo, rechaza que se trate de una potestad discrecional puesto que no existe un margen de maniobra que le permita a la Administración optar entre indiferentes jurídicos).

La necesidad por parte de la Administración de recurrir a **criterios científicos o técnicos** en aplicación de una disposición normativa incita a que a veces se aluda a la existencia de una discrecionalidad en las valoraciones técnicas. La doctrina italiana ha tratado el tema de la **discrecionalidad técnica** en profundidad<sup>22</sup>, de modo que puede citarse para empezar la definición propuesta por Cammeo, que se refiere, bajo ese rótulo, a los supuestos de aplicación por parte de la Administración de una norma imprecisa que no le permite, sin embargo, actuar acorde a su propia voluntad sino a determinados criterios técnico-administrativos.

Por su parte, Presutti descarta la apreciación del interés público en el ejercicio de la discrecionalidad técnica; por el contrario, defiende un juicio de medida e intensidad en torno a un atributo de la norma imprecisa objeto de aplicación (la discrecionalidad técnica aparece entonces cuando la Administración ha de valorar la gravedad de una conducta a la hora de

---

<sup>22</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Cívitas, 1997, pp. 29 y ss.

imponer una sanción disciplinaria, por ejemplo). De esta manera, se diluye la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados dado que no se alude a criterios técnicos en sentido estricto sino a hechos opinables, de acuerdo con la crítica de Marzuoli.

Un paso más en la delimitación de la discrecionalidad técnica lo supone su consideración como un género particular, dentro de la clase más amplia de los conceptos jurídicos indeterminados, en virtud de su necesidad de apreciación mediante criterios técnicos (químicos, por ejemplo, para determinar la toxicidad de una sustancia) alejados de las valoraciones de oportunidad. Conforme a esta corriente impulsada por Giannini, la norma se remite a una actuación técnica, vinculada por criterios de este carácter, en la que no cabe discrecionalidad administrativa, la cual, sin embargo, sí puede operar con posterioridad a dicha apreciación. Este planteamiento consagra la incompatibilidad, extendida en la doctrina española (García-Trevijano, Sainz Moreno), entre los términos *discrecionalidad* y *técnica*. La discrecionalidad también es rechazada, coherentemente con su planteamiento que ya se ha expuesto, por García de Enterría, que hace extensiva a la discrecionalidad técnica la unidad de solución justa que propugnaba sobre los conceptos jurídicos indeterminados, al considerar la discrecionalidad administrativa comprendida dentro de ellos.

Desdentado Daroca se detiene en la naturaleza de las apreciaciones y valoraciones técnicas, ya que la considera determinante para aclarar la inexistencia de discrecionalidad. Así, caracteriza los criterios técnicos como conocimientos científicos objetivos pertenecientes a cualquier rama del saber que cierran la puerta a las preferencias del operador técnico que desempeña tales apreciaciones al permitir su contraste intersubjetivo. No obstante, no siempre arrojan una respuesta unívoca, lo que obliga a reconocer una cierta *discrecionalidad instrumental* (un **margen de apreciación**, otra vez) en torno a la elección de los propios criterios en favor de la autoridad administrativa. En consecuencia, no se contempla un margen de auténtica libertad decisoria y la Administración habrá de justificar sus decisiones en todo caso sobre dichos conocimientos científicos.

### 3.2.2. Teoría unitaria.

Al cuestionar la distinción categórica entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados, la perspectiva más extendida en la doctrina alemana hasta la década de los cincuenta del siglo XX parece repuntar. Desde esta concepción, la generación de discrecionalidad no se reserva en exclusiva a la indeterminación de las consecuencias

jurídicas de las normas sino que también se reconocen márgenes de decisión en el ámbito del supuesto de hecho. La teoría unitaria, si bien partiendo de esta premisa, admite algunas variantes: por una parte, cabe considerar *ciertos* conceptos jurídicos indeterminados como habilitaciones discrecionales; una segunda modalidad, sin embargo, los engloba a todos ellos como habilitaciones discrecionales.

Ehmke, como máximo exponente de esta última concepción, esgrime tres argumentos de carácter lógico-normativo al objeto de defender la **imposibilidad** e **inoportunidad** de la distinción entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. En primer lugar, mantiene la imposibilidad de diferenciar el supuesto de hecho de las consecuencias jurídicas de una norma; incluso, argumenta la existencia de normas sin supuesto fáctico, como las que atribuyen potestades mediante directrices generales. La réplica a este argumento resulta bastante inmediata, pues la atribución de potestades mediante directrices generales que sustituyan a unos concretos presupuestos no implica la inexistencia de un supuesto de hecho en la norma: únicamente reflejaría un menor grado de regulación o determinación del supuesto fáctico mas no su inexistencia.

En segundo lugar, Ehmke se refiere a la quiebra de la unidad de las normas. De nuevo, este argumento no resulta muy convincente sino más bien contradictorio, pues, si como sostiene Ehmke para defenderlo, la Administración puede optar por no aplicar la consecuencia jurídica de la norma antes incluso de haber intentado subsumir el hecho en su supuesto fáctico, proporciona simplemente un ejemplo de discrecionalidad en la consecuencia jurídica.

Finalmente, arguye la inconsistencia de que la calificación de un concepto como discrecional o reglado dependa de su ubicación en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica, pues no habría más que modificar ligeramente la estructura de la norma para ampararse en una u otra situación sin que el fondo de la norma experimentase un cambio sustantivo. Por emplear el ejemplo con el que él mismo lo ilustra, una norma de policía puede haber sido redactada por el legislador en los siguientes términos *siempre que se produzcan perturbaciones que lo hagan necesario, la policía intervendrá* o en estos otros *en caso de que se produzca perturbaciones, la policía adoptará las medidas necesarias*<sup>23</sup>.

Pese a lo cierto de la intercambiabilidad que sostiene Ehmke, este argumento no echa por tierra toda la construcción reduccionista, pues ésta se basa no sólo en que la indeterminación

---

<sup>23</sup> Comparte el argumento de la intercambiabilidad Schuppert, que además califica de *parentesco estructural* a la vinculación entre el margen de apreciación y la discrecionalidad.

se encuentre en las consecuencias jurídicas (y no en el supuesto de hecho) sino también en la comprensión de la discrecionalidad administrativa como margen de volición para elegir aplicar o no la consecuencia jurídica y/o para decidir cuál aplicar.

Además de sus repercusiones en el ámbito del control judicial, este autor mantiene la inoportunidad de la distinción dado que resulta posible que los conceptos jurídicos indeterminados (incluso, llega a sostener que también los determinados) le confieran a la Administración una mayor libertad de actuación que la atribuida por normas con la *cópula podrá*.

Junto a la posición de Ehmke, otros autores alemanes se han centrado en torno a las **afinidades estructurales** entre la discrecionalidad (a la que a partir de ahora habrá que calificar como *discrecionalidad stricto sensu*) y los demás tipos de discrecionalidad administrativa, ambos englobados como manifestaciones del **margen de decisión** del Ejecutivo. Así, Dreier alude a este margen, necesario en la práctica para la tarea de ejecución de la Ley pese a la apariencia de una detallada regulación normativa, como desencadenante de una independencia de la Administración que muchos creían superada con el constitucionalismo moderno. En el desempeño de su actividad, la Administración puede verse en la obligación de llevar a cabo concreciones normativas, elecciones entre varias alternativas o ponderaciones y composiciones de intereses, contribuyendo a la conformación del Derecho, de manera decisiva, además.

También relativizan la distinción discrecionalidad/conceptos jurídicos indeterminados autores como Schmidt-Aßmann o Herdegen. Este último se fundamenta en la **plena equiparación** de la discrecionalidad (concebida como indeterminación en las consecuencias jurídicas) con el margen de apreciación (que puede necesitarse en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados), conclusión que alcanza en virtud de un triple análisis: su finalidad coincidente (la concreción de normas abiertas); los rasgos jurídico-metodológicos de su aplicación (el ejercicio de ambos requiere la ponderación de intereses contrapuestos) y los vicios jurídicos en que pueden incurrir.

Por su parte, la jurisprudencia alemana, si bien con carácter excepcional, ha admitido la discrecionalidad simultánea en las consecuencias jurídicas y en el supuesto de hecho cuando éste contiene conceptos jurídicos indeterminados. Estas normas, a las que ha calificado como **normas de acoplamiento**, a la vez habilitan para la adopción o determinación de la consecuencia jurídica y contienen en su supuesto fáctico conceptos jurídicos indeterminados cuyo papel consiste en orientar el ejercicio de la citada discrecionalidad.

En España, la doctrina mayoritaria mantiene la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, pese al replanteamiento que la cuestión ha experimentado en Alemania, cuna, precisamente, de los conceptos jurídicos indeterminados. Como ya se especificó al tratar el margen de apreciación, adonde es preciso remitirse, Sánchez Morón discrepa en este punto, afirmando la naturaleza discrecional del margen de apreciación. Por su parte, Igartua Salaverría distingue dos modalidades de discrecionalidad: interpretativa (presente cuando el supuesto de hecho contiene conceptos jurídicos indeterminados) y estratégica (para los supuestos de indeterminación en las consecuencias jurídicas).

Aun en el seno de la tesis unitaria, cabe plantearse una postura contraria a las mencionadas anteriormente: si éstas apostaban por flexibilizar la tradicional diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados reconduciendo éstos a aquella, otras se decantan por aproximar el ejercicio de la discrecionalidad al de los conceptos jurídicos indeterminados, bajo la convicción de su **aplicación reglada**. Se proponen, en consecuencia, dos modalidades de aplicación reglada, si bien esta idea asume un concepto de aplicación del Derecho más amplio que el que habitualmente se emplea. A este respecto, Rupp defiende un proceso cognitivo tópico-teleológico, y Lohmann y Soell, una superación teleológica de las lagunas normativas.

### *3.2.3. Discrecionalidad en el supuesto de hecho (imperfecto).*

Finalmente, cabe reconocer una tercera concepción de discrecionalidad para la cual ésta opera exclusivamente en el ámbito del **supuesto fáctico** de las normas jurídico-administrativas. El supuesto de hecho se considera, de conformidad con esta teoría, inexistente o imperfecto, consecuencia de su ausencia o de la insuficiencia o imprecisión de los criterios determinantes de la aplicación de la norma. Ante esta situación, la Administración ha de establecer o precisar, según el caso, en sede aplicativa, los presupuestos de su actuación, que resultan inexistentes o imperfectos en su configuración normativa<sup>24</sup>. Esta tarea de **perfección o integración** del supuesto de hecho para concretar o adoptar los

---

<sup>24</sup> BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa. (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 182. Este autor reconoce como máxima expresión de esta concepción de discrecionalidad las normas de programación final (como las que suelen regular la actividad conformadora o planificadora de la Administración), pues al carecer de supuesto de hecho en sede normativa, la Administración ha de crearlo en sede ejecutiva.

criterios determinantes de la aplicación (o no) de una consecuencia jurídica constituye la primera de las operaciones que requiere la aplicación de una norma habilitante de discrecionalidad. El carácter propiamente discrecional de esta operación contrasta con el reglado de la tarea posterior: la **subsunción** del supuesto bajo los criterios que la Administración ha concretado anteriormente.

De nuevo entre la doctrina alemana se hallan autores que comparten claramente este enfoque. Con rotundidad por primera vez se posiciona así Schmidt, quien equipara la determinación (en términos de contenido, finalidad y medida) de la consecuencia jurídica de una norma que otorga discrecionalidad a la de la consecuencia de una norma atributiva de una potestad reglada. El margen de libertad de la Administración se encuentra en el supuesto de hecho en los casos de discrecionalidad, pues de sus criterios (de los del supuesto de hecho) depende la aplicación o no de la consecuencia jurídica, de acuerdo con un proceso tan automático como el que se practica con las normas que atribuyen potestades regladas (constatación del supuesto fáctico y aplicación automática de la consecuencia jurídica). La concreción del supuesto de hecho normativo por la Administración opera, así, como una transformación de la cópula *podrá* al imperativo *deberá*, pues una vez completado o creado el supuesto de hecho, imperfecto en sede normativa, sin más que constatarlo en la realidad, la Administración aplicará la consecuencia jurídica.

Por su parte, los conceptos jurídicos indeterminados no se confundirían con la discrecionalidad, dado que es propio de ésta que el presupuesto de hecho de su norma habilitante no se encuentre legalmente contemplado, al menos en parte, ni siquiera en forma de concepto jurídico indeterminado<sup>25</sup>.

Para Koch, no obstante, la diferencia resulta del todo improcedente desde otra perspectiva. Cuando la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados se produce en su zona de incertidumbre, dicha aplicación supone un verdadero ejercicio de discrecionalidad. Considerando los términos en que se ha definido la discrecionalidad (como integración o perfeccionamiento del supuesto de hecho mediante el establecimiento total o parcial de criterios), la misma situación se plantea cuando la aplicación del concepto jurídico indeterminado no recae en las zonas de certeza positiva o negativa, pues sólo para estas zonas

---

<sup>25</sup> Procede en este caso recordar la reflexión de García de Enterría, que destaca los conceptos jurídicos indeterminados como una técnica empleada por las Leyes, por lo que algunos autores (Wolff, Bachof) se refieren a ellos como *conceptos legales indeterminados*.

prevé el legislador un **criterio de aplicación**. De nuevo, deviene necesario que el órgano administrativo actuante adopte un criterio de aplicación, criterio que no se deduce de la norma puesto que de ningún modo se encuentra en ella sino que se adopta libremente.

## 4. CONTROL JUDICIAL.

### 4.1. El control de la discrecionalidad administrativa.

La discrecionalidad administrativa y su reflejo en los llamados actos de imperio gozaron tradicionalmente de una **completa inmunidad** frente al poder judicial al no preverse su impugnación mediante el recurso contencioso-administrativo. El recurso de exceso de poder (*excès de pouvoir*) se convirtió en una pionera excepción a esa inmunidad en la Francia del primer tercio del siglo XIX, si bien sumamente limitada, dado que el motivo de impugnación (*apertura*, en la terminología francesa) sólo podía radicar en la **incompetencia** del órgano que dictaba el acto, permaneciendo, por lo tanto, el fondo del acto intangible. Pronto se incorporó el vicio de **forma** como motivo de impugnación, bajo la convicción de que las disposiciones legales que atribuían competencias indicaban también, imperativamente, el cauce formal por el que debían ejercerse. Finalmente, la desviación de poder se erigió como una tercera vía desde la que atacar la inmunidad de los actos discrecionales, entendiendo que las Leyes en ningún caso autorizaban a los órganos administrativos a apartarse del **fin** previsto en la norma.

En España, la Ley Santamaría de Paredes, de 1888, preveía un ámbito reducido para el contencioso administrativo que la jurisprudencia española en principio interpretó estrictamente. No obstante, no ignoró del todo la senda abierta por el *excès de pouvoir* francés sino que reconoció un pronunciamiento anulatorio de los actos que incurriesen en los conocidos como **vicios de orden público**. Se trataba de ciertas irregularidades, en concreto, copiando el modelo francés, las de falta de forma e incompetencia, cuya especial gravedad suplía la falta de jurisdicción de los Tribunales para enjuiciar los actos discrecionales. Hubo que esperar hasta la Ley de 1956 para encontrar positivizada la fiscalización del **fondo** de los actos discrecionales, lo que supuso un nuevo planteamiento del control de la discrecionalidad administrativa.

Actualmente, el juicio de oportunidad que supone la discrecionalidad sobre cómo servir a los intereses generales no sólo no define un ámbito exento de fiscalización judicial sino que se asienta sobre las previsiones **constitucionales** de los artículos 24.1 (*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*), 103.1 (*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*) y 106.1 (*Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el*

*sometimiento de ésta a los fines que la justifican*), que subraya con una referencia expresa como objeto susceptible de control, la potestad reglamentaria (ejemplo paradigmático de potestad discrecional) y como técnica de control, la desviación de poder<sup>26</sup>. Algunos matices se precisan en torno a estos preceptos.

En primer lugar, el artículo 106.1 afirma rotundamente el control de la Administración por parte de los jueces, si bien no aclara su caracterización. En tanto el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho se configura constitucionalmente (artículo 103.1) como pleno, sin que permanezcan espacios exentos de cobertura jurídica, la **plenitud** del control judicial hace referencia no a su intensidad y alcance sino a la ausencia de excepciones a éste, lo que permite la impugnación por vía de recurso de las decisiones administrativas. A este respecto, resulta importante destacar, como hace Beltrán de Felipe<sup>27</sup>, que el consenso radica en la vertiente cuantitativa del control, que se concreta en la posibilidad de **recurir** las decisiones administrativas, mientras el debate descansa en la vertiente cualitativa, esto es, en determinar, admitido el recurso, hasta dónde llega la fiscalización.

Algunos autores (Truchet, Sainz Moreno) extraen de este mismo precepto la fiscalización de las valoraciones de oportunidad realizadas en virtud de los intereses generales habida cuenta de su juridificación. De hecho, Fernández Rodríguez identifica en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa una doble dimensión: la **institucional**, derivada del mandato de servicio a los intereses generales (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución), y la **individual**, que consiste en una garantía con rango de derecho fundamental de los derechos e intereses legítimos de todos y que no es otra que la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Estos preceptos se citan en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2015, de 25 de febrero: la falta de previsión de una garantía contencioso-electoral en la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, no impide la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que la Administración siempre actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución). Por otra parte, califica de *auténtica cláusula regia del Estado de Derecho* la previsión del artículo 106.1 del mismo Texto (Fundamento Jurídico octavo).

<sup>27</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 76.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 128.

Efectivamente, la intensidad del control a la que antes se aludía se encuentra en consonancia con la **tutela judicial efectiva**, pues éste ha de alcanzar hasta allí donde sea necesario para garantizar dicha tutela a los ciudadanos que alegan una conducta antijurídica de la Administración, proveyéndoles de una respuesta razonada y fundada en Derecho a las pretensiones que deduzcan. Ha de subrayarse lo **jurídico** de este control, pues el contraste de la actuación administrativa se realiza frente a una norma jurídica (no se fundamenta en soluciones o valoraciones preferibles con arreglo a otros criterios), así como el derecho coexistente de la Administración demandada y de otras partes codemandadas si las hubiera, desde luego, a la tutela judicial efectiva y a los intereses generales a los que la Administración sirve.

A la referencia a la tutela judicial, que se encuentra recogida en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, también recurren la jurisprudencia y doctrina alemanas, y sobre ella se volverá en este trabajo al tratar la extensión de los poderes del juez. Empero, ya en este momento no puede eludirse la afirmación de Fernández Rodríguez que resume que los beneficios del control judicial de la Administración (particularmente, de la exigencia de motivación) no sólo repercuten en el interesado al garantizarle la tutela judicial efectiva sino también en el conjunto de la **sociedad**: *juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*<sup>29</sup>.

A nivel infraconstitucional, la previsión de control judicial de la actuación administrativa se recoge tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 8: *Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa*), como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (artículo 1.1: *Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación*) y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (artículo 107.1: *contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición...*).

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 126.

En este contexto normativo, queda privada de utilidad, a los efectos del control judicial, la calificación de los actos como **políticos** o **de gobierno**, pues su exención del control judicial se ha superado en todos los niveles: legal, jurisprudencial y doctrinal<sup>30</sup>. La doctrina de los actos políticos, de origen francés, identificaba como tales los actos dictados por la Administración en atención a un fin político, independientemente del objeto material sobre el que recayesen. La Exposición de Motivos de la LJCA 1956 justificaba su exclusión del control judicial al amparo de la función política a la que servían (no porque se les considerase como un subgrupo dentro de los actos discrecionales, que, de hecho, no se hacía<sup>31</sup>) aunque, como apunta Fernández Farreres<sup>32</sup>, bien mirado, esta teoría conduciría a la calificación de todos los actos administrativos, o de la práctica totalidad, como actos políticos.

García de Enterría sostiene la naturaleza mixta (política y administrativa) del Gobierno, excluyendo del régimen jurídico del Derecho administrativo los actos constitucionales (actos de relación entre los altos órganos del Estado, sujetos a criterios de oportunidad política) y los actos internacionales (imputados al Estado en cuanto participante en las relaciones internacionales y sometidos a la Constitución y al Derecho internacional público). Esta tesis puede discutirse partiendo de que los citados actos constitucionales bien lo son administrativos (aunque con un procedimiento muy elemental o con una amplia discrecionalidad) o bien son actuaciones de la Administración sometidas al Derecho Parlamentario o Constitucional (pero que no por ello pierden su carácter administrativo).

En todo caso, la inmunidad frente al poder judicial de cualquier acto administrativo ha quedado absolutamente superada: el artículo 26.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, lo aclara en estos términos: *el Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación*. La LJCA 1998 también lo adelanta en su Exposición

---

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 24.

<sup>31</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 105. Estos autores señalan que los actos políticos no se consideraban discrecionales ya que no se dictaban por órganos estatales en el ejercicio de competencias administrativas sino por el Gobierno como órgano colegiado en el ejercicio de su competencia constitucional de dirigir la política del Estado (artículo 97 de la Constitución) o por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en su función homóloga.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho administrativo 1*. Navarra: Civitas, 2014, p. 499.

de Motivos (*semejante principio* [el de sometimiento pleno de los poder públicos al ordenamiento jurídico] *es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental immune al derecho*<sup>33</sup>), antes de recogerlo en el cuerpo de la Ley (artículo 2.a: *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*).

#### 4.2. Las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad.

La sistematización de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa puede abordarse distinguiendo para empezar el control de los conceptos jurídicos indeterminados del de la discrecionalidad en sentido estricto. Algunos autores (García de Enterría, Fernández Rodríguez) reconducen esta tarea a la de delimitar la discrecionalidad separándola de aquello a lo que no consideran como tal, lo que traslada el problema del control de la discrecionalidad a la discusión sobre su **definición**. Desde esta perspectiva, las técnicas de control a las que habría de referirse en este apartado quedarían reducidas a tres (el control de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho), no obstante, aceptada la relatividad de la distinción que se proponía en epígrafes anteriores, el control de la discrecionalidad puede plantearse en sentido amplio incluyendo en el control de los hechos, el de los conceptos jurídicos indeterminados como fenómeno presente en el presupuesto de las normas atributivas de discrecionalidad.

Por otra parte, Fernández Rodríguez pone de manifiesto el **exceso** verbal que se comete al referirse al control de discrecionalidad sobre los elementos reglados del acto y a la existencia y calificación de los hechos determinantes: en los tres casos se trata de decisiones previas a

---

<sup>33</sup> La Exposición de Motivos continúa: *en realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.*

la actuación administrativa que no conllevan discrecionalidad alguna<sup>34</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Requena López, que destaca que se trata de exigencias compartidas por cualquier acto administrativo<sup>35</sup>.

#### 4.2.1. *El control de los elementos reglados.*

Como se ha mencionado en apartados anteriores, aunque se predique el carácter discrecional de una potestad, cuatro elementos reglados se encuentran siempre presentes, y su control es el que ahora compete. En efecto, se trata en primer lugar de la **existencia** de la potestad misma<sup>36</sup>, atribuida por una norma a la Administración conforme a las notas que ya se citaron, de modo que si la Universidad de Valladolid decidiese la expropiación de unos terrenos, el juez constataría la falta de atribución de la potestad expropiatoria, pues ésta se reserva a las administraciones territoriales, que revisten supremacía general. El segundo de los elementos reglados radica en la **extensión** (nunca absoluta) de la potestad, y el tercero, en la **competencia** para actuarla, pues la norma se la otorga a un ente concreto y, más específicamente, a un órgano determinado.

El control de la regularidad en el ejercicio de potestades discrecionales presenta, sin embargo, mayor enjundia al acercarse al **fin** de la potestad, en torno al cual se erigió la doctrina de la **desviación de poder** del Consejo de Estado Francés. Una de las primeras plasmaciones de este hallazgo jurisprudencial se encuentra en *l'arrêt Lesbats* (1864), en la que el Consejo de Estado sentenció que el prefecto debía ceñirse a regular los accesos y estacionamientos en las estaciones de trenes en interés de la policía y no para asegurar la perfección de un contrato entre una compañía ferroviaria y una empresa de vehículos públicos.

---

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 124.

<sup>35</sup> REQUENA LÓPEZ, Tomás. *Jornadas sobre "Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración". La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Administración Pública, 2003, p. 65. Siguiendo a este autor, el supuesto de hecho previsto en la norma condiciona toda la actividad administrativa; la previsión del órgano competente se encuentra prevista con carácter en el artículo 53.1 LRJPAC, y la interdicción de la desviación de poder en el artículo 53.2 y 63.1 del mismo Texto y en el 70.2 LJCA.

<sup>36</sup> ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 131: (...) *para el control de este elemento reglado se diseñó la técnica de control de los hechos determinantes.*

No obstante, su asentamiento definitivo en la jurisprudencia francesa se produjo en la década siguiente, en un contexto en que, tras la guerra franco prusiana (1870-1871), la Hacienda Pública francesa se encontraba gravemente dañada. Por ello, el Gobierno galo, con ánimo de incrementar sus ingresos, aprobó primero una tasa de elevada cuantía que gravaba la fabricación y comercialización de cerillas, y, poco después, convirtió estas actividades en un monopolio público decretando la expropiación de todas las fábricas existentes que, hasta la fecha, habían ejercido su actividad bajo autorización. Los justiprecios resultantes de aquellas empresas que no habían renovado su autorización en el momento de la expropiación eran irrisorios y desacordes con el valor real de las instalaciones en funcionamiento, lo que condujo a algunos de los propietarios a recurrir esta decisión administrativa. El Consejo de Estado, en dos sentencias de 26 de noviembre de 1975, estimó las pretensiones de los recurrentes anulando los actos administrativos bajo la convicción de que la Administración había empleado sus potestades en materia de instalaciones *peligrosas, incómodas e insalubres* para fines distintos de los previstos por el ordenamiento.

Desde entonces, el Consejo de Estado ha venido identificando tres categorías de desviación de poder, según el acto administrativo no responda a fines de interés público, obedezca a fines de interés público distintos de aquellos que las normas prevén o disimule su contenido real bajo una falsa apariencia que le hubiese permitido acudir a un procedimiento con menores formalidades o garantías.

Esta técnica se expandió por Europa, comenzando por Alemania e Italia, a finales del siglo XIX y principios del XX, plasmándose en España por primera vez como técnica diferenciada de la más amplia de exceso de poder, en el artículo 331 del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, aprobado por Real Decreto Ley de 8 de marzo de 1924, que contemplaba la impugnación de los arbitrios con fines no fiscales cuando dichos fines no perteneciesen a la competencia de los Ayuntamientos o cuando no fueran congruentes con el arbitrio. Más adelante, en 1929, el proyecto de Ley sobre el contenido, límites y garantías de la función judicial recogía la desviación de poder como motivo de impugnación del recurso de nulidad. La Constitución de la República Española de 1931, remitía a la Ley el establecimiento de recursos contra actos discrecionales que adoleciesen de desviación de poder (artículo 1.019), mientras la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 positivizó con carácter general esta técnica definiéndola en su artículo 83.3: *Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico.*

En cuanto a los textos legales vigentes, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aporta una definición legal de desviación de poder: *el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*. En cuanto la Administración se aparta de los fines con que las normas le atribuyen las potestades (a las que, por esa presencia imprescindible de una finalidad, se las ha denominado potestades-función), el acto ejercitado en virtud de aquellas deviene ilícito, constituyendo un motivo de impugnación a través del recurso contencioso administrativo, según contempla el mismo artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, que articula la previsión constitucional expresada en el mencionado artículo 106.1.

Chinchilla Marín destaca el **ánimo predeterminado** de la Administración de perseguir un fin distinto del que el Derecho le asigna y que se identifica (según acepta la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia) con la causa o razón del acto, pues, en ausencia de tal intencionalidad, el acto no goza de licitud pero por haber incurrido en un error de hecho o de derecho a dilucidar en el control de los hechos determinantes (no por el vicio de desviación de poder)<sup>37</sup>. En cuanto a su naturaleza, comparte con García de Enterría y Martín-Retortillo el carácter estrictamente **legal** de este vicio, dado que el cumplimiento del fin previsto en la norma habilitante se verifica con criterios jurídicos, no morales; además, la Administración no es susceptible de tener una conciencia ética, lo que hace prácticamente imposible referirse a una moralidad administrativa.

Concorre desviación de poder tan pronto como el fin pretendido por la Administración diverge del fijado en la norma habilitante<sup>38</sup>, sin necesidad de que el primero sea privado (móviles personales del agente o de la autoridad administrativa, como preferencias políticas, venganza etc. totalmente ajenas al interés general que la Administración debió perseguir) ni coexista con otras infracciones en un mismo acto. Esto no obstante, en caso de concurrir con otros vicios de legalidad, se discutirán éstos primero al objeto de evitar el enjuiciamiento sobre la desviación de poder si la nulidad se declara con base en ese otro motivo, pues el

---

<sup>37</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Madrid: Cívitas, 1999, pp. 118-119.

<sup>38</sup> La STS (Sala 3ª) de 17 de septiembre de 2015 lo recoge en los siguientes términos: *es necesaria la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que cabe apreciar tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella.*

verdadero problema que suscita esta técnica de control radica en su dificultad probatoria, que conduce a la mayoritaria desestimación de los recursos. La doctrina del Tribunal Supremo ha apelado a la *convicción moral que se forme el Tribunal*, admitiendo presunciones a este respecto siempre que se acrediten los hechos de que parte la inferencia y el enlace lógico, ambos requisitos exigidos normalmente al aportar presunciones en juicio.

Del mismo modo, cualquier órgano de la Administración puede incurrir en desviación de poder; tanto en un acto administrativo como en una omisión por parte de la Administración Pública (supuestos de deliberada pasividad con fines distintos de los establecidos en la norma cuando tiene deber de actuación positiva); tanto en el ejercicio de potestad discrecional (más habitual) como en el de una potestad reglada<sup>39</sup>.

La técnica de la desviación de poder también se ha positivizado en el Derecho Comunitario, consecuencia de que los ordenamientos nacionales de los seis Estados fundadores contemplaran esta técnica cuando entre 1951 y 1957 se firmaron los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha quedado recogido en el segundo párrafo del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al regular el recurso de anulación<sup>40</sup>. De la previsión comunitaria, destaca en primer lugar una gran diferencia con sus homólogas nacionales: este vicio teleológico concurre cuando el acto persigue fines distintos de los fines comunitarios alegados por el órgano actuante, sin que revista importancia la finalidad prevista para la potestad que se ejercita.

En segundo lugar, por más que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiera a éste como un vicio propio de autoridades administrativas, no se ha planteado restricción alguna respecto de los actos de las autoridades legislativas; incluso, las resoluciones judiciales del Tribunal General (susceptibles de casación en virtud del artículo 256.1 TFUE) y del Tribunal de la Función Pública (artículos 9 a 13 del Anexo I del Protocolo número 3 de los Tratados)

---

<sup>39</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Madrid: Cívitas, 1999, pp. 84 y ss. Esta autora apunta que la desviación de poder apareció originariamente como una técnica de control de los actos administrativos que escapaban a la fiscalización judicial (discrecionales). Sostiene su extensión a los actos discrecionales autores como Clavero Arévalo o González-Berenguer y, tras una jurisprudencia dudosa, se admite su aceptación por el Tribunal Supremo.

<sup>40</sup> *A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.*

pueden incurrir en este vicio<sup>41</sup>. Por otra parte, pese a que no se encuentra previsto en los Tratados, la Comisión puede alegar desviación de poder en los actos de los Estados que vulneren el Derecho Comunitario, como de hecho ocurrió cuando en 1994 Grecia, empleando una facultad claramente excepcional prevista en el Tratado de la Unión Europea, prohibió el comercio con Macedonia vía el puerto de Tesalónica como mecanismo de presión en su conflicto bilateral (muy alejada, por lo tanto, del fin comunitario con el que se previó). Por el contrario, el TJUE ha descartado que en las decisiones de la Comisión de incoar un recurso por incumplimiento frente a un Estado concorra desviación de poder, pues resulta indiferente el concreto interés comunitario que insta a la Comisión a actuar en aras de proteger el cumplimiento de los Tratados.

Finalmente, el problema de la prueba que se ha mencionado en los derechos nacionales se reproduce de manera similar en la Unión Europea. La dificultad de aportar pruebas concretas (*indicios objetivos, oportunos, concordantes y concluyentes*<sup>42</sup>) que fundamenten la inexistencia abstracta de un interés comunitario conduce habitualmente a la desestimación de este motivo.

El Convenio de Derechos Humanos también recoge el vicio de desviación de poder en relación con las restricciones de derechos, al indicar su artículo 18 que no podrán ser aplicadas *más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas*. Se trata sin duda de una garantía de los derechos del Convenio de carácter más restrictivo que la desviación de poder comunitaria de acuerdo con la caracterización que de ella ha aportado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: según su jurisprudencia, sólo puede ser probada si la autoridad se mueve exclusivamente por razones ilícitas. Además, el TEDH no entra habitualmente a considerar el fondo de la desviación de poder, bien porque aprecia la inexistencia de violación de derechos o bien porque estima el recurso por otros motivos concurrentes.

---

<sup>41</sup> BUSTILLO BOLADO, Roberto O. “La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, número 188, 2012, p. 89. Esta conclusión la extrae el autor al entender que se trata de organismos comunitarios destinados a producir efectos jurídicos a terceros y que el TJUE, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, no ha descartado esta posibilidad.

<sup>42</sup> BUSTILLO BOLADO, Roberto O. “La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, número 188, 2012, p. 20: considerando número 49 de la STJUE de 15 de mayo de 2008 (España v. Consejo de la Unión Europea).

Pese a todo, la operatividad de esta técnica de control se ha reducido notablemente, habida cuenta de la mayor eficacia de otras. La propia doctrina francesa se refiere a este fenómeno como *le déclin du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation*.

#### 4.2.2. *El control de los hechos determinantes: los conceptos jurídicos indeterminados y la mal llamada discrecionalidad técnica.*

El **presupuesto fáctico** que concurre en la realidad y que coincide con el supuesto de hecho de la norma habilitante justificando el ejercicio de la potestad escapa del objeto de la discrecionalidad de la Administración. La existencia de una vacante (como posible supuesto fáctico de una convocatoria de un concurso-oposición) o el exceso de velocidad de un vehículo (como presupuesto de hecho para el ejercicio de la potestad sancionadora) constituyen realidades cuya concurrencia no decide (no puede decidir) la Administración. Más aún, debe **acreditarlas** suficientemente para legitimar su intervención discrecional, lo que excluye actuaciones administrativas sobre conjeturas o presunciones no demostradas o sobre afirmaciones no contrastadas. Consecuentemente, se prevé la **impugnación y prueba** de los hechos en el recurso contencioso-administrativo tal y como se manifiesta en la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Esta idea, expresada en el artículo 60.3 de la citada Ley en los siguientes términos *Se reabrirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de especial trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito*<sup>43</sup>, se hereda de la LJCA de 1956, constituyendo una verdadera reacción frente a la equiparación del recurso contencioso-administrativo a una segunda instancia o casación que considera probados los hechos declarados y sólo se ocupa de la legalidad de la actuación administrativa. Su Exposición de Motivos da cuenta detallada de este extremo: *[Se] configura la Jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de Administración pública sujetos al Derecho administrativo. Conserva una terminología (...) que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo. (...) Esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una*

---

<sup>43</sup> Este precepto *in fine* contempla un matiz para las sanciones (administrativas o disciplinarias), ordenando la reapertura del proceso a prueba siempre que exista disconformidad en torno a los hechos (sin el requisito, por lo tanto, de la apreciación del tribunal sobre su trascendencia para la resolución del litigio).

*segunda instancia: por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes. (...). El proceso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación sino propiamente una primera instancia jurisdiccional.*

La prueba de los hechos se practica de acuerdo con las normas procesales sin reconocerles a las declaraciones de los agentes o a las actas de la Inspección de Tributos (artículo 154.3 Ley 58/2003, de 13 de diciembre, General Tributaria) un valor probatorio tal que invierta la carga de la prueba. Como han tenido ocasión de aclarar los Tribunales Supremo y Constitucional, respectivamente (el segundo de ellos, incluso, discutió sobre la constitucionalidad del citado precepto de la LGT, que, finalmente, quedó a salvo), constituyen un elemento probatorio más que ha de ser valorado conjuntamente con cualesquiera otros que se aporten.

En lo relativo a la **valoración** o *apprezzamento* (no a la mera existencia) de los hechos determinantes, la jurisprudencia reconoce que el empleo de criterios técnicos o políticos justifica la limitación de su control al **error manifiesto de apreciación**, esto es, al *error que resulte a primera vista para cualquier persona razonable o pueda ser desvelado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente y una demostración sólida, firme, rigurosa y sustancialmente incontestable*<sup>44</sup>, so pena, en caso contrario, de atacar la oportunidad implícita en la discrecionalidad para valorar la mejor solución en aras del interés público.

El control de los hechos determinantes exige detenerse en la aplicación por la Administración de los **conceptos jurídicos indeterminados**, pues, con ellos, la norma habilitante puede delimitar las potestades o imponer ciertos límites: expropiar bienes y derechos *por causa de utilidad pública e interés social*, intervenir en *situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública* etc. De este modo, si no concurre dicha causa o situación, no se le permite a la Administración expropiar ni habilitar los medios necesarios para contrarrestar la catástrofe, pues constituyen el presupuesto de la actuación Administrativa. En consecuencia, deviene de gran importancia, pudiendo desde luego convertirse en objeto de litigio, la apreciación de los hechos por la Administración.

Como se ha explicado al tratar el alcance de la discrecionalidad administrativa, numerosos autores, entre los que se encuentra García de Enterría, no encuentran en esta apreciación

---

<sup>44</sup> Sánchez Morón, M. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 154. Además, este autor destaca la naturaleza discrecional de la valoración de los hechos, excepción hecha en los supuestos en los que sólo cabe una única valoración precisa de éstos.

necesaria una potestad discrecional ni siquiera cuando la aplicación del concepto jurídico indeterminado recae sobre la zona de incertidumbre: el único privilegio de que goza la Administración radica en su apreciación previa de los hechos y presunción de legalidad de la dicha apreciación. Desde luego, la fiscalización por el juez ante un eventual recurrente de que, de manera legítima, sostenga la apreciación contraria, no se discute, no trasciende al debate sobre la extensión de los poderes del juez en el control de la actuación discrecional de la Administración puesto que no hay resquicio de discrecionalidad (hay únicamente apreciación). La tarea del juez enjuiciadora del supuesto de hecho sobre el que el concepto jurídico indeterminado se asienta no reviste carácter político: no se trata de una valoración política o de oportunidad sino jurídica<sup>45</sup>.

No obstante esta característica común a toda fiscalización judicial de este tipo de conceptos, se plantea una distinción en torno a su carácter de conceptos de experiencia o de valor: mientras los primeros se ventilan en la apreciación de los hechos, los segundos han requerido por parte de la Administración un juicio de valor, técnico (como a la hora de decidir sobre el *impacto ambiental*) o político (al pretender la *utilidad pública*, por ejemplo), cuyo límite reside en la manifiesta falta de objetividad y en la arbitrariedad. Trayendo a colación la teoría de los tres círculos de certeza que proponía Sainz Moreno, una valoración de la Administración que incurra en la zona de certeza negativa infringe los límites de discrecionalidad que el concepto jurídico indeterminado conlleva, por lo que habrá de calificarse como contraria a Derecho. En opinión de Sánchez Morón, el juez ejerce un control completo sobre la concreción que la Administración ha realizado del concepto jurídico indeterminado a través de su margen de apreciación, estudiando si resulta posible reconducir la zona de penumbra o halo del concepto, en el que opera dicho margen, a la zona de certeza positiva. Se trata, en consecuencia, de reducir la zona de incertidumbre, reconduciendo el caso concreto a una u otra zona de certeza.

De este modo, el margen de apreciación no consiste en un feudo de discrecionalidad inaccesible al juez: efectivamente, supone un problema de dificultad de control, pero de control en cualquier caso. El juez lleva a cabo un control jurídico revisando la aplicación inicial del concepto jurídico indeterminado y comprobando si los límites del margen de

---

<sup>45</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 149: *Como dicen con toda rotundidad Wolff, Bachof y Stober, "la interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica"*.

apreciación se han trasgredido, todo lo cual se presume *iuris tantum*, pero, al amparo del núcleo del concepto (que indica hasta dónde se extienden sus límites), puede apreciar una prueba en contrario que destruya la presunción.

Por otra parte, precisa un planteamiento separado el control judicial de la ya explicada **discrecionalidad técnica**, que no resulta descartable a la luz del artículo 24.1 de la Constitución, dado que éste no restringe las pretensiones que pueden formularse sustrayéndolas de su conocimiento por parte de jurisdicción contencioso administrativa<sup>46</sup>. El medio procesal apropiado para cuestionar la juridicidad de la decisión administrativa (con base en criterios técnicos y científicos) radica en la prueba pericial que los Tribunales han de valorar conforme a la sana crítica.

Desdentado Daroca rechaza en estos supuestos de discrecionalidad técnica (o discrecionalidad instrumental jurídico-técnica, como se refiere a ella) la existencia de un núcleo discrecional dentro del cual puedan ampararse soluciones jurídicamente indiferentes y por ello insiste en que el ordenamiento jurídico, y en concreto los preceptos constitucionales que se han citado como presupuesto del control judicial con carácter general (24.1, 103.1 y 106.1), imponen un control judicial pleno de estos actos administrativos<sup>47</sup>. No obstante, en opinión de Fernández Farreres<sup>48</sup>, que recoge al respecto varias Sentencias del Tribunal Constitucional, es la discrecionalidad técnica de la Administración la que debe decidir cómo satisfacer los intereses generales, por lo que el control de su decisión sólo puede recaer sobre el error manifiesto en la apreciación técnica y sobre la arbitrariedad. En este sentido, Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach añaden que la presunción de validez de que gozan todos los actos administrativos (artículo 57.1 LRJPAC: *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que*

---

<sup>46</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Cívitas, 1997, p. 143.

<sup>47</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Cívitas, 1997, p. 149. En opinión de esta autora, las únicas razones que pueden apuntar hacia una exención de control judicial (pleno) en estos supuestos son de índole extrajurídica: bien se debe a criterios económicos o bien, como sostiene Muñoz Machado, al efecto negativo que supondría la acumulación de asuntos en los tribunales sobre su adecuado funcionamiento.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho administrativo 1*. Navarra: Civitas, 2014, p. 459.

*se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*) se mantiene también en las decisiones discrecionales técnicas de la Administración<sup>49</sup>.

#### 4.2.3. *El control por los Principios Generales del Derecho. La interdicción de la arbitrariedad.*

La vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico incluye en la actualidad la sujeción a los Principios Generales del Derecho, que condensan sus valores jurídicos materiales. La superación del positivismo se desarrolló en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, durante la V República, y en España se plasmó en la LJCA de 1956, cuya Exposición de Motivos reza exactamente: (...) *lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas sino que se extiende a los principios (...)*. Tras la promulgación de la Constitución, la jurisprudencia constitucional afirmó el *valor aplicativo y no meramente pragmático* de los Principios Generales del Derecho y el Tribunal Supremo ha condenado en distintas ocasiones los actos de la Administración contrarios al principio de buena fe, al principio de proporcionalidad en materia sancionadora y al principio de igualdad, entre otros<sup>50</sup>. A este respecto, Sánchez Morón encuentra el mayor de los problemas de esta técnica de control en la definición exacta del contenido de cada principio, pues esta carencia puede contribuir al detrimento de la previsibilidad del Derecho<sup>51</sup>.

Entre los Principios que enumera sistemáticamente el artículo 9.3 se encuentra la **interdicción de la arbitrariedad** de los poderes públicos, cuya garantía se refuerza por la calificación de España como un Estado de Derecho (*hay un margen de apreciación más allá del cual no es preciso ceder porque el Estado de Derecho (...) impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad*) y por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues

---

<sup>49</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 89.

<sup>50</sup> La STS (Sala 3ª) de 28 mayo de 2015 se refiere a los principios de buena fe e igualdad a propósito de la anulación de varias preguntas en unas pruebas selectivas para el ingreso por libre acceso al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa: *entendemos que esa discrecionalidad ha sido ejercida dentro de límites razonables, de buena fe y forma igualitaria para todos los aspirantes que se encontraban en situación equiparable* (Fundamento Jurídico cuarto).

<sup>51</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 139.

remite a los Jueces y Tribunales la tarea de corregir la arbitrariedad, revisando que la decisión administrativa se fundamenta en criterios políticos, económicos o sociales.

En consecuencia, la propia Constitución obliga a los jueces a distinguir categóricamente entre discrecionalidad legítima y arbitrariedad prohibida y, a tal efecto, éstos recurren en primer lugar a examinar la **motivación** de la decisión adoptada. Para Fernández Rodríguez la base de la motivación de los actos discrecionales no se ampara exclusivamente en la exigencia del artículo del artículo 54.1.f) de la LRJPAC<sup>52</sup> sino que se apoya sobre la propia interdicción constitucional de la arbitrariedad, dado que la ausencia de motivación supone que la decisión no tiene otro sustento que la voluntad o capricho del funcionario, lo que coincide, precisamente, con la arbitrariedad, prohibida en el Estado de Derecho<sup>53</sup>.

Efectivamente, se trata de dos conceptos antagónicos, como se aprecia en términos de motivación: mientras el primero (la discrecionalidad) se halla cubierto por una motivación, que pese a que pueda discutirse, siempre es considerable, el segundo (la arbitrariedad) carece de toda motivación razonable o cuenta con una motivación escasamente contrastada o en todo punto inauténtica. La apelación al carácter discrecional de la decisión, el silencio en torno a las razones que la fundamentan o su incongruencia con los hechos de los que se parte se encuentran constitucionalmente prohibidos en tanto constituyen supuestos de arbitrariedad que no respetan el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho<sup>54</sup>.

La citada referencia expresa a la motivación de los actos discrecionales que realiza la LRJPAC recoge una reiterada jurisprudencia (sirva como ejemplo la Sentencia de 3 de diciembre de

---

<sup>52</sup> REQUENA LÓPEZ, Tomás. *Jornadas sobre "Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración"*. *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Administración Pública, 2003, p. 63. A propósito de la previsión legal de motivación de los actos discrecionales (artículo 54.1.f) Ley 30/92), este autor muestra su disconformidad, pues no comparte la necesidad de motivar un acto favorable para el interesado y, de ser desfavorable, la obligación de motivar se impone en la primera letra del citado precepto

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 221, citando a García de Enterría: *Lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es justamente la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejercite por la sola voluntad del agente o por su capricho simplemente*.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 81, citando las Sentencias de 21 de noviembre de 1985 y de 13 de julio de 1984.

1986) que concuerda con la tesis de autores como Fernández Rodríguez, para quien los actos discrecionales requieren una motivación en mayor medida que los actos reglados en tanto el poder discrecional está obligado a dar cuenta de efectivo servicio a la función para la que fue creado (tal y como se deriva de su condición de poder funcional) y de su conformidad a Derecho. De hecho, en opinión de este autor, cuanto mayor sea la libertad de actuación de la Administración, la mayor discrecionalidad con la que ésta pueda operar, con mayor cuidado ha de realizarse su motivación.

La motivación se erige como una garantía para el ejercicio del derecho de defensa, dado que facilita el control de la decisión mediante un proceso contradictorio ante una instancia neutral (los jueces), pero no sólo: excede la tutela judicial efectiva del interesado alcanzando a la sociedad entera, pues, al imponer una justificación en cada decisión administrativa, la Administración ha de valorar más pausada y reflexivamente sus decisiones y las consecuencias de éstas. Es en el marco de esta exigencia de motivación en el que este autor afirmaba que *juzgar a la Administración* [obligándole a motivar sus decisiones] *contribuye también a administrar mejor*<sup>55</sup>. En este aspecto se manifiesta el principio democrático que procura la transparencia de la Administración en el ejercicio de los poderes que se han de ejercitar en interés de otros.

No obstante, Sánchez Morón destaca el carácter formal de este requisito, que le lleva a calificar de exagerada la afirmación de que una decisión discrecional no motivada es necesariamente arbitraria<sup>56</sup>. Desde su punto de vista, el defecto de motivación ha de provocar la anulación del acto administrativo en tanto no le permita al órgano jurisdiccional conocer las razones que justifican la decisión administrativa pero *per sé* no le exime de indagar dichas razones y de no declarar la anulación si las deduce y entiende ajustadas a Derecho<sup>57</sup>.

La motivación debe comprender las razones que justifican la actuación de la Administración al objeto de que el destinatario del acto administrativo pueda impugnarlo si lo considera contrario a Derecho. Dicha exigencia de motivación puede quedar plenamente satisfecha aun siendo escueta, sin embargo, esta observación no exime a la Administración de aportar todo

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 126.

<sup>56</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 83. Así lo afirma, entre otros, este autor.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 160.

el material probatorio que obra en el expediente y del cual se extraen las razones citadas en la motivación, de hecho, su ausencia, al igual que la de la propia motivación, constituye un supuesto de arbitrariedad.

La presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos no le permite a la Administración eludir el deber de motivación: la finalidad de la citada presunción radica exclusivamente en asegurar la ejecutividad del acto y trasladarle al particular la carga de impugnarlos sin que ello suponga su suspensión.

Por otra parte, la **razonabilidad** de las decisiones administrativas no reviste rango constitucional, sin embargo, suele vincularse a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Siguiendo en su definición a Beltrán de Felipe, consiste en la constatación, por parte de los tribunales, de que la actividad administrativa se ha desarrollado conforme al interés público y reflejando una interpretación sostenible de la Ley<sup>58</sup>. No ha de perderse de vista el riesgo implícito en esta técnica de control basada en el ajuste al interés público, pues, aunque esta cuestión desencadena un amplio debate doctrinal, puede adelantarse su empleo como pretexto para invadir esferas de legítima decisión de la Administración. La solución se encuentra, en opinión de este autor, no en relación con su admisión o rechazo sino más bien en torno a los criterios con los que se aplica, y siempre dirigida a alzarse como un test negativo de control que compruebe si la solución elegida es indiferente para el Derecho o resulta rechazable por éste debido a su irrazonabilidad.

Esta técnica procede del Derecho anglosajón, en concreto, su origen radica en el asunto *Associated Pictures Houses Ltd vs. Wednesbury Corporation*, de 1948, en el que se discute la iniciativa de una autoridad local de permitir a los propietarios de las salas de cine decidir sobre la apertura los domingos por la tarde pero prohibiendo, al amparo de una Ley que permitía imponer condiciones a esta autorización, la entrada a los menores de quince años incluso acompañados. Los recursos fueron interpuestos por los propietarios de las salas de cine y desestimados en primera instancia. En apelación, Lord Green, el presidente del Tribunal, señaló que, aunque la autoridad local se había mantenido dentro de los términos de su

---

<sup>58</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 96.

competencia, había llegado a una conclusión *tan irrazonable que ninguna autoridad razonable la habría adoptado*<sup>59</sup>.

En la doctrina española, Fernández Rodríguez se refiere a la incoherencia de la solución elegida por la Administración por su notoria falta de adecuación al fin de la norma<sup>60</sup>. Sánchez Morón alude a las decisiones irrazonables como aquellas *manifiestamente carentes* de explicación desde el punto de vista del interés público<sup>61</sup>.

Por su parte, los órganos judiciales han de aplicar este test tras haber obtenido un resultado desfavorable para la Administración en otro anterior: el de **racionalidad**. Esta previa verificación de la libertad decisoria de la Administración en relación con los límites legales que la acotan comprende la comprobación por parte de los tribunales de los siguientes extremos: primeramente, si la realidad de los hechos que justifican la intervención administrativa se ha respetado o, por el contrario, la Administración los ha desfigurado; en segundo lugar, si ha considerado todos los factores jurídicamente relevantes en el caso o, si, a la inversa, ha tenido en cuanto algún factor que no mereciese tal calificativo<sup>62</sup>; en tercer lugar, si ha observado la ponderación que el ordenamiento jurídico otorga a cada uno de esos factores (por ejemplo, en el enfrentamiento entre una libertad fundamental y una legislación ordinaria), y, finalmente, si, ante su igual valoración por el ordenamiento, ha justificado la

---

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 197. En SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 70 se señala que existe irrazonabilidad cuando la actuación administrativa *is so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority* (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corpn* (1948)).

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 237.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 70. Trasladados al Derecho continental, los supuestos que comprende la irrazonabilidad británica en opinión de este autor se concretan en motivos erróneos (*wrong motive*), desviación de poder (*improper purposes*), mala fe, abuso de poder e, incluso, ausencia de proporcionalidad

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 236. Este autor cita como ejemplo de factor cuya relevancia no se ha considerado la peligrosidad de una fábrica junto a la que establecer una guardería (STC de 15 de diciembre de 1986) y como factores irrelevantes pero atendidos como si lo fueran los antecedentes delictivos en el ámbito de la seguridad vial a la hora de denegar una licencia de caza (STC de 3 de mayo de 1985).

preponderancia de uno de ellos de manera lógica y consistente a tenor de los hechos concurrentes.

Otro parámetro de control de la actividad administrativa, más incisivo que el de razonabilidad, radica en el principio de **proporcionalidad**. Este principio, importado del Derecho alemán, arraigado en la jurisprudencia española e incluso recogido en algunos preceptos legales (como el artículo 131 LRJPAC, al graduar las sanciones administrativas según su gravedad), ha de guiar la actuación discrecional administrativa, de modo que los jueces, en virtud del mismo, pueden anular lo manifiestamente desproporcionado, sin embargo, como explica Sánchez Morón, destacando su carácter negativo, no han de aplicarlo realizando su propia valoración de intereses y justificando su proporcionalidad.

Este autor distingue dos variantes del principio de proporcionalidad: la primera atiende a la relación adecuada entre los medios de intervención elegidos y el fin de dicha intervención; la segunda, a la preferencia de la decisión más favorable para el particular en tanto menos lesiva de sus derechos e intereses. No obstante, esta última formulación no opera en todo caso en el marco de un Estado Social, donde los intereses individuales no gozan de primacía, sin más, en perjuicio de los intereses generales, como ocurre en un Estado liberal, sino que su reconocimiento se circunscribe a los supuestos de previsión legal expresa y a aquellos en los que intervienen las libertades públicas y los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. El valor preferente que les otorga el ordenamiento a tales derechos y libertades públicas y que no revisten, por ejemplo, los intereses patrimoniales, junto con la deducción del principio de *favor libertatis* a tenor del artículo 10.1 de la Constitución, justifican la operatividad del principio de proporcionalidad de acuerdo con su segunda acepción<sup>63</sup>.

Otro principio al que también se ha recurrido en aras del control de discrecionalidad es el de **confianza legítima**, como se refleja en la STC 270/2015, de 17 de diciembre. De acuerdo con esta sentencia, la sustitución del régimen de tarifas por un nuevo sistema de retribución de las energías renovables llevada a cabo por el Real Decreto Ley 9/2013 se entiende compatible con el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima: el sector se encuentra sujeto a una fuerte intervención administrativa por el modo en que incide en los intereses generales, por lo que los cambios legislativos, dirigidos a adaptarse a la cambiante

---

<sup>63</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 156.

realidad sectorial, resultan previsibles. Así, el principio de confianza legítima, como corolario del de seguridad jurídica, no puede bloquear la regulación existente sino que resulta compatible con los cambios legislativos previsibles y debidos a las exigencias del interés general. En concreto, la modificación del régimen retributivo *no se considera imprevisible para un operador prudente y diligente*, atendiendo a las circunstancias económicas de déficit persistente en el sector eléctrico<sup>64</sup>.

Por poner otro ejemplo, la STS de 12 de abril de 2012 apela al principio de confianza legítima al controlar el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración puesta de manifiesto en el dictado del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. El recurso a la seguridad jurídica para frenar la modificación normativa resulta inapropiada en el sector de las energías renovables, dado que en él se suceden los ajustes conforme cambian las circunstancias económicas generales y del sector. En concreto estas circunstancias hacían *previsible* la necesidad de dichos cambios, lo que basta para desvirtuar el principio de confianza legítima; no obstante, incluso era asumida por la mayor parte de los productores de energías renovables<sup>65</sup>.

También se someten al control por los principios generales del Derecho las **decisiones discrecionales de las autoridades europeas**. Tal discrecionalidad se manifiesta, por ejemplo, cuando la Comisión, velando por los intereses generales que ella misma aprecia, elabora las propuestas de legislación que remite al Parlamento y al Consejo o cuando, en el ámbito de competencia, elige el sector en el que iniciar una investigación para detectar comportamientos anticompetitivos o le propone al Consejo categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en virtud del artículo 107.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Del mismo modo, en materia medioambiental, el Parlamento y el Consejo gozan de discrecionalidad para alcanzar los objetivos recogidos en el artículo 191 del mismo Texto, en virtud del primer apartado del precepto siguiente.

Además de los principios específicos de cada materia, el control de las actuaciones discrecionales se lleva a cabo, como se señalaba anteriormente, de acuerdo con los principios generales del Derecho, entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad, que requiere que las medidas adoptadas resulten adecuadas para alcanzar el fin para el que están

---

<sup>64</sup> STC 270/2015, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico séptimo.

<sup>65</sup> STS de 12 de abril de 2012, Fundamento Jurídico sexto.

previstas; no obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ocasiones reduce la intensidad de esta exigencia, verificando únicamente que la medida adoptada no resulte *manifiestamente inapropiada*<sup>66</sup>.

#### **4.3. Los límites no sustantivos: las garantías organizativas y procedimentales.**

Finalmente, junto a estos límites sustantivos al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, Sánchez Morón reconoce otros, de carácter **organizativo** y **procedimental**, que presentan, frente a los anteriores, la ventaja de no trasladar el problema de la discrecionalidad a los jueces, eludiendo el debate sobre la extensión de su decisión<sup>67</sup>. A pesar de la formalidad aparente de estos límites, ha de destacarse de ellos su papel para valorar el acierto de la actuación administrativa en la tarea de servir a los intereses generales.

Así, en primer lugar, las **garantías organizativas** incluyen no sólo las reglas de competencia, composición y funcionamiento de los órganos administrativos que toman las decisiones discrecionales sino también su idoneidad, que resulta de especial importancia, aunque no sólo, en los supuestos de (mal llamada) discrecionalidad técnica. La imparcialidad y cualificación de los órganos que deciden o que informan la decisión devienen fundamentales en estos casos, como expresa la jurisprudencia relativa a las decisiones de los Jurados de Expropiación. Estas garantías no abundan en el Derecho español, sin embargo, sí merece una mención el Consejo de Estado en su tarea de órgano consultivo orientado a orientar hacia el interés general.

De manera similar se reclama atención hacia las **garantías procedimentales**, cuya comprobación por el juez puede esclarecer que la decisión administrativa se haya forjado correctamente, en atención a todos los factores implicados y valorados de manera adecuada. De ello derivan la esencialidad a los derechos de audiencia y de participación en los procedimientos administrativos, recogidos, incluso, a nivel constitucional (artículo 105.a y c).

---

<sup>66</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Discretion and judicial review in European environmental Law*.

<sup>67</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 142 y ss.

## 5. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.

### 5.1. Presupuestos constitucionales.

De conformidad con lo explicado en el epígrafe anterior, el control judicial de la actuación administrativa, incluyendo desde luego la de carácter discrecional, se asienta sobre las previsiones constitucionales de los artículos 24.1, 103.1 y 106.1, que recogen el derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva**, por lo que se refiere al primero de ellos, y las **funciones de la Administración y de los jueces y tribunales**, en lo que toca a los otros dos. Precisamente, en torno a estos mismos extremos articula Sánchez Morón su argumentación acerca de la extensión de los poderes del juez en el ejercicio del control de la discrecionalidad administrativa<sup>68</sup>: de un lado, identifica el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva con la obtención de una respuesta a las pretensiones que se deduzcan razonada y fundada en Derecho; de otro, y revistiendo la misma importancia, reafirma el valor de distinguir los poderes del Estado bajo la convicción de que su confusión perjudicaría gravemente el orden jurídico constituido.

El primero de los aspectos apuntados configura el carácter estrictamente **legal** de este control, lo que excluye la posibilidad de que el juez falle basándose en criterios económicos, políticos o de cualquier otra índole, y le obliga, por el contrario, a contrastar la actuación administrativa con las previsiones normativas de acuerdo con las técnicas apuntadas en el epígrafe anterior. De este modo, el acierto técnico, la bondad política o la idoneidad económica que aprecie el juez en la decisión recurrida no pueden en ningún caso fundamentar su pronunciamiento, pues provocaría que desempeñase el papel que le corresponde constitucionalmente a la Administración.

Esta conclusión conduce inmediatamente al segundo de los extremos citados anteriormente: el control judicial de la actuación administrativa ha de respetar el **principio de separación de poderes**. Por ello, el juez ha de limitarse a actuar como un administrador negativo: no toma decisiones en lugar de la Administración sino que le indica a ésta cuáles no puede adoptar.

Sánchez Morón propone una metáfora con la función del Tribunal Constitucional como enjuiciador de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales y resulta incluso más

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 147-148.

evidente aún cuando la adecuación constitucional que estudia es la de una Ley. Su función consiste, como en el caso de los jueces que supervisan la discrecionalidad administrativa, en un control negativo, por lo que si en el primero de los casos se excediese proponiendo valoraciones de pruebas o realizando consideraciones sobre la interpretación de la legalidad ordinaria, o en el segundo supuesto, tras haber declarado la inconstitucionalidad de un precepto, legislase positivamente, invadiría las funciones que le corresponden a los poderes judicial y legislativo, respectivamente.

Desde esta perspectiva, la supervisión de los jueces no puede implicar un traslado de potestades administrativas hacia el poder judicial que, en último extremo, desemboque en un gobierno de los jueces. Como apunta García de Enterría, los jueces no están capacitados para gobernar y su función, aunque forma parte del gobierno humano, consiste en aplicar el Derecho, con objetividad y sin injerencias. La impugnación de los actos administrativos no puede convertirse en una vía para sustituir al titular de la decisión política sino que responde a dos únicos objetivos, que, además, no se encuentran en una relación de subordinación sino en el mismo nivel jerárquico: controlar que la actuación administrativa respeta la Ley y el Derecho (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución) y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (artículo 24 del mismo Texto)<sup>69</sup>.

La idea de que los tribunales no pueden convertirse en autoridades administrativas adoptando las decisiones discrecionales que a éstas les corresponden (y, en consecuencia, sustituyendo la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial) también se encuentra presente en el ámbito comunitario, al amparo del principio de separación de poderes. El juez no puede realizar su propio balance de intereses con el fin de sustituir la decisión administrativa por la suya propia, por más que ambas se encuentren en el abanico

---

<sup>69</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 50 y ss. A continuación este autor aborda una reflexión histórica sobre si la elección democrática de los titulares últimos de la Administración influye en el control judicial, concluyendo que los regímenes dictatoriales no reconocen ninguna de las dos bases de este control: la legalidad como un límite a su omnipotencia ni los derechos de sus ciudadanos. La democracia, como ocurrió tras la Revolución Francesa, afianzó el gobierno de la Ley.

de indiferentes jurídicos que caracterizan la discrecionalidad sino que ha de limitarse a contrastar si la decisión administrativa respeta el Derecho<sup>70</sup>.

Además, la Administración tiene el deber constitucional de orientar su actuación a los intereses generales (artículo 103.1) y a ella se le encomienda su apreciación, de modo que los jueces no pueden realizar la suya propia sustituyendo la administrativa. No obstante, la consecución de este fin de servicio a los intereses generales (concebido como una obligación de resultado por Parejo Alfonso<sup>71</sup>) es controlable conforme a la desviación de poder (todas las normas, apunta García de Enterría, presentan dos fines: el concreto de cada una de ellas y el interés general). Además, dado que se recoge en un precepto constitucional, el Tribunal Constitucional puede examinar este extremo en los casos que conozca, habida cuenta de su función como máximo intérprete de la Constitución, y los tribunales ordinarios han de hacerlo también en virtud de la lectura integrada de los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución<sup>72</sup>.

## **5.2. La pluralidad de soluciones justas: ¿pueden los jueces y tribunales sustituir las decisiones discrecionales de la Administración?**

Beltrán de Felipe reproduce las palabras de Delgado Barrio, que se pregunta retóricamente cómo puede controlarse el contenido de una decisión que consiste en una opción entre **soluciones jurídicamente indiferentes**<sup>73</sup>. Se trata de una alusión a la libertad de elección de la Administración entre alternativas igualmente válidas desde el punto de vista jurídico con que se ha caracterizado en apartados anteriores la discrecionalidad por oposición a los conceptos jurídicos indeterminados, de los que se predicaba una única solución justa. La

---

<sup>70</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Understanding the limits of judicial review in European Competition Law*. “Understanding the limits of judicial review in European Competition Law”. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, núm. 1, 2014, p. 209.

<sup>71</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: 2003, p. 141.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 238.

<sup>73</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 98.

respuesta a la pregunta de Delgado Barrio se sustenta, en primer lugar, sobre una premisa de esta doctrina: el control judicial ha de verificar si verdaderamente la Administración se encontraba, cuando adoptó la decisión discrecional, ante auténticos indiferentes jurídicos.

No obstante, sentado esto, los autores difieren en el **alcance de los poderes del juez** tras la anulación de una decisión discrecional: si bien lo inmediato consistiría en sostener exclusivamente la anulación de la decisión administrativa que el juez, conforme al ordenamiento jurídico (y sólo conforme a éste), ha convenido en anular, y rechazar cualquier decisión judicial tendente a sustituirla bajo el riesgo del activismo judicial<sup>74</sup>, parte de la doctrina, encabezada por Fernández Rodríguez, sostiene no sólo su procedencia sino su exigibilidad con fundamento en la Constitución.

Antes de presentar sus argumentos, conviene adelantar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si el acto anulado concreta el resultado del ejercicio de una **potestad reglada**, la sustitución carece de polémica dado que el juez encuentra en el ordenamiento todas las directrices para dictar una decisión correcta. El propio derecho a la tutela judicial efectiva exige que el juez, atendiendo a esos criterios bastantes que le proporcionan las normas, integre un pronunciamiento en sustitución del que anula a la Administración. En virtud de este planteamiento, el problema se traslada al de comprobar si el juez se enfrenta a un supuesto de discrecionalidad o a uno en que ésta no concurre, por lo que procede aquí remitirse a las explicaciones anteriores sobre los rasgos de la discrecionalidad, que tampoco son, como se recordará, unánimes.

Fuera de discusión se encuentran también los supuestos de **reducción de la discrecionalidad *auf Null***. La doctrina germánica engloba bajo esta rúbrica los casos en que, consideradas las circunstancias, la inicial pluralidad de soluciones jurídicamente indiferentes que caracterizan la discrecionalidad se ha reducido a una única opción, es decir, queda tan solo una única actuación conforme a Derecho, que justifica que el juez, en un acto de economía procesal, condene a la Administración a la realización de una actuación concreta<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> En este sentido, PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN, como máximos representantes de este sector doctrinal que busca preservar el espacio de decisión autónoma de la Administración en el ámbito de la discrecionalidad.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: 2003, p. 78.

García de Enterría propone algunas situaciones en las que se llega a esta reducción: cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, cuando existe una obligación de intervenir y la Administración se abstiene o cuando el proceso administrativo se dirige a dilucidar entre dos alternativas (por ejemplo, otorgar o no una licencia)<sup>76</sup>. En todo caso, la verificación de este presupuesto requiere, no obstante, sumo cuidado, considerando también que el juez ha de valorar la adecuación a Derecho de la opción consistente en que la Administración no actúe.

### *5.2.1 La sustitución como exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*

Al abordar el problema de la sustitución de la decisión administrativa recurrida y disconforme con el ordenamiento jurídico, Fernández Rodríguez aclara que no existen en Derecho español dos procesos contenciosos administrativos, uno objetivo de anulación y otro subjetivo de plena jurisdicción, sino sólo uno, en el que, de acuerdo con el artículo 31 LJCA, pueden deducirse pretensiones anulatorias y pretensiones declarativas de derechos y de adopción de medidas para el restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas anteriores a la decisión administrativa. Estas pretensiones **delimitan objetivamente el proceso y el pronunciamiento judicial**, que, en consecuencia, de ser estimatorio, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá el cese o modificación de la actuación impugnada (cuando entienda que no encuentra respaldo en el ordenamiento) o reconocerá la situación jurídica y adoptará las medidas necesarias con el fin de procurar su restablecimiento, si esto pretendía el recurrente (artículo 71 LJCA).

Precisamente, este último inciso recuerda la legitimación del juez para acordar medidas positivas dirigidas a la recomposición de la situación precedente; legitimación que, por otra parte, también se erige como una exigencia del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva**, que no podría calificarse como tal si no condujese al restablecimiento íntegro del *statu quo* modificado indebidamente por el acto impugnado<sup>77</sup>. En consecuencia, la inclusión en el fallo estimatorio no sólo de la declaración de derechos sino también de la adopción de *cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento* de la situación jurídica previa, además

---

<sup>76</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009, p. 260.

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 92.

de ser lícita, resulta obligada por las exigencia, primero, del citado derecho fundamental y, segundo, de la LJCA.

Lógicamente, a la jurisprudencia han llegado supuestos en los que la mera anulación permite ese restablecimiento: huelga afirmar que en estas ocasiones el juez no ha de adoptar ninguna medida adicional. De hecho, si lo hiciera, podría mejorar o empeorar la situación anterior del recurrente, lo que convertiría a la sentencia en incongruente por *extra* o *ultra petita*. Las medidas concretas y su contenido exacto se han de determinar en cada proceso, de acuerdo con las circunstancias del caso; incluso, en determinadas situaciones, la sentencia únicamente podrá fijar el resultado al que las medidas deben orientarse, debiendo remitirle la concreción de su contenido a la Administración (y, si surgiesen problemas de ejecución por una negativa de ésta, de nuevo se habría de acudir a la vía judicial).

La Constitución Española otorga así a los jueces, y no a la Administración, la última palabra en los litigios que se les planteen, solución habitual en el Derecho comparado, por lo que el único impedimento para que dicten otra solución en sustitución de la administrativa descansa sobre la falta de aportación de circunstancias al pleito que le permitan valorar la situación y dictar medidas concretas (y no sólo objetivos cuyo camino marque la Administración).

Sirva como ejemplo el que emplea Fernández Rodríguez cuando refuta la posición de Parejo Alfonso<sup>78</sup> (contraria a la sustitución). Se trata de una decisión administrativa discrecional y arbitraria (y, por ello, recurrida) consistente en la concesión de un puesto de trabajo de profesor de una Universidad a un candidato conforme a una valoración de méritos absolutamente infundada. Si hubiese más de un candidato alternativo al elegido arbitrariamente (que serían, o al menos alguno de ellos, los recurrentes de la decisión administrativa inicial) y la Comisión evaluadora no hubiese jerarquizado sus méritos, el juez que atendiese el recurso no podría dictar el nombramiento de ninguno de ellos, pues carecería de argumentos jurídicos en los que basar su decisión (y, como ya se ha reiterado, los jueces sólo pueden basar sus fallos en Derecho). Por el contrario, si la Comisión hubiese planteado la escala jerárquica de candidatos y en el expediente obrase la idoneidad del segundo candidato, ningún inconveniente obstaculizaría que el juez lo nombrase titular de la plaza de oficio.

---

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 164.

En conclusión, al tratar el alcance de los poderes del juez para sustituir la decisión administrativa anulada, este autor en ningún momento recurre a lo que califica como un *viejo tópico*, esto es, a la suplantación de la Administración en ejercicio de sus funciones. Por el contrario, encuentra argumentos para defender la necesidad de una respuesta judicial positiva, no meramente anulatoria, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y los preceptos de la LJCA.

Resta por apuntar un importante, aunque bastante evidente, matiz: los derechos e intereses legítimos invocados por los particulares en el proceso contencioso-administrativo cuya tutela pretenden limitan la actuación del juez<sup>79</sup>. En consecuencia, ante la impugnación de un trazado de carretera que resulta anulado ante el recurso de un particular cuya finca quedaría afectada, el juez no puede proponer llevar a la práctica uno distinto al objeto de garantizar la tutela de un derecho o interés legítimo del particular puesto que tal derecho o interés (a un nuevo trazado) no concurre. El derecho que subyace es el de propiedad, que quedaría afectado si se realizase el trazado anulado y cuya tutela se garantiza sin más que la anulación.

Frente al argumento que esgrimen los detractores de esta posición acerca del carácter **revisor** de la jurisdicción contencioso-administrativa que le impide afectar el fondo de las decisiones impugnadas, Fernández Rodríguez reprocha la falta efectividad de este principio, pues se respeta en algunas ocasiones pero no en otras. En concreto, menciona las sanciones como un ámbito material en el que, con carácter general, los jueces, si estiman excesivas las impuestas, remiten a la Administración la fijación de otras, no obstante, junto a estos supuestos, se encuentran los de impugnación de los justiprecios en las expropiaciones forzosas, casos en los que los propios jueces determinan con precisión la nueva cuantía en sustitución de la recurrida. Si esto se practica con habitualidad, se debe, en opinión de este autor, a que no se enfrenta verdaderamente con ningún principio general.

### **5.3. El recurso de exceso de jurisdicción.**

Como se ha especificado ya, el carácter legal del control judicial impide que la *ratio decidendi* de la sentencia se asiente sobre criterios distintos del Derecho y ello aunque la decisión del

---

<sup>79</sup> <sup>79</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 163.

juez provoque, como puede provocar, efectos económicos, políticos y sociales de gran alcance. Éstos únicamente exigen tanto más cuidado y precisión en la **motivación** del pronunciamiento cuanto más trascendencia puedan adquirir y cuanto más abstractas o imprecisas resulten las normas aplicables al caso, circunstancias estas muy habituales en el ejercicio de la discrecionalidad. Más allá de este requisito que sostiene Sánchez Morón, cualquier otra intervención en las valoraciones del juez incurriría en exceso de jurisdicción, susceptible de impugnación mediante el recurso de casación en virtud del artículo 88.1.a) de la LJCA.

De acuerdo con la definición que la Sala 3ª del Tribunal Supremo aporta en su Sentencia de 17 de septiembre de 2012 entre otras, esta infracción consiste en una extralimitación de la decisión judicial, que invade competencias atribuidas bien a **otros órdenes jurisdiccionales** bien a **otros poderes del Estado**. En relación con la primera de las intervenciones ilegítimas, en la citada sentencia se aclara que la resolución de las cuestiones prejudiciales civiles (en concreto, la calificación de unos derechos de propiedad) a los solos efectos del contencioso-administrativo no supone un exceso de jurisdicción y, de hecho, se contempla en el artículo 3 de la LJCA como una excepción a la prohibición general de resolución de cuestiones pertenecientes a otros órdenes recogida en los apartados a) y b) del artículo 3 del mismo Texto.

Respecto al ejercicio de competencias correspondientes a otros poderes del Estado, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 explica el contenido del artículo 71.2 de la LJCA, cuyo tenor literal reza: (...) *los órganos jurisdiccionales* (1) *no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen* (2) *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados* (...). Se trata de dos límites a la función de enjuiciamiento de las potestades administrativas por los jueces y tribunales: aunque con distinta extensión (el segundo de ellos presenta un alcance más general que el primero), ambos manifiestan la prohibición de sustituir a la Administración en el ejercicio de sus potestades.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en la primera de las sentencias mencionadas, se preocupa por distinguir esta intervención ilícita de los tribunales de los **errores** en que pueden incurrir en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente respaldadas (artículos 106.1, 117.3 y 153.c) de la Constitución), pues, de confundirse, todos sus desaciertos de fondo motivarían sendos recursos de casación con base en el artículo 88.1.a) de la LJCA, cuando su cauce adecuado se encuentra en la letra d) de ese mismo precepto (*infracción de las*

*normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate).*

Además de este recurso de exceso de jurisdicción, no ha de olvidarse la posibilidad de **recurrir en amparo** ante el Tribunal Constitucional alegando una violación de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), si lo que se defiende radica en la ausencia de una respuesta motivada y fundada exclusivamente en Derecho.

## 6. CONCLUSIONES.

1) El **principio de legalidad**, garantizado por la Constitución Española, supone la vinculación positiva de la Administración a la Ley, que ha de conferirle un presupuesto normativo habilitante para su actuación. Este principio se articula a través de la atribución normativa de potestades administrativas, que confieren un poder limitado y controlable para imponer decisiones en cumplimiento de un fin ajeno al interés de su titular (**potestades-función**).

2) La Ley, al conferir potestades, bien agota su contenido y posibilidades de ejercicio (potestades regladas), bien apela a la estimación subjetiva de la Administración, dejándole un **ámbito de decisión propio** que resulta fundamental para la acción de gobierno.

3) Desde el punto de vista teórico-normativo, la **discrecionalidad** se incardina en las consecuencias jurídicas de las normas (tesis reduccionista, que caracteriza la discrecionalidad por un margen de volición que le permite a la Administración elegir entre indiferentes jurídicos), en las consecuencias jurídicas y en los supuestos de hecho (tesis unitaria) y exclusivamente en los supuestos de hecho (imperfectos).

4) Fuera del ámbito de la discrecionalidad quedan los **conceptos jurídicos indeterminados**, caracterizados por una única solución justa y por el margen de apreciación que otorgan a la Administración cuando su aplicación no se encuentra en las zonas de certeza positiva ni negativa, de acuerdo con la teoría de los círculos de certeza, no obstante, resulta posible relativizar la distinción axiomática entre ambos fenómenos, de acuerdo con la teoría unitaria.

5) El recurso de la Administración a criterios científicos o técnicos como consecuencia de la imprecisión de una norma (**discrecionalidad técnica**) se excluye también del ámbito de lo verdaderamente discrecional, tanto por su falta de valoración de intereses como si se admite su inclusión como categoría particular dentro de la más amplia de conceptos jurídicos indeterminados.

6) Los jueces y tribunales controlan la actuación administrativa (art. 24, 103.1, 106.1 de la Constitución), incluida la de carácter discrecional, a través de las técnicas de control de los **elementos reglados**, de los **hechos determinantes**, de los **principios generales del Derecho** (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, confianza legítima etc.) y de las **garantías organizativas y procedimentales**.

7) Ante la anulación judicial de la decisión administrativa impugnada con base en motivos exclusivamente jurídicos, se plantea la posibilidad de que los jueces dicten una decisión **sustitutiva** de la anterior, fuera de los supuestos reducción de discrecionalidad *anf Null*, en los que se admite de manera generalizada por economía procesal. En todo caso, ha de respetar el principio de separación de poderes, que impide que el juez se convierta en administrador, y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se dirige a la satisfacción de la pretensión del recurrente titular de un derecho o interés legítimo que queda desatendido.

## 7. BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO SAGESSE, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel et al. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: 2003.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. “La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, número 188, 2012.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Madrid: Cívitas, 1999.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Navarra: Cívitas, 2014.

DELGADO BARRIO, Javier et al. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Cívitas, 1997.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Navarra: Cizur Menor, 2015.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho administrativo 1*. Navarra: Civitas, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Discretion and judicial review in European environmental Law*.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Understanding the limits of judicial review in European Competition Law". *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, núm. 1, 2014.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás. *Jornadas sobre "Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración"*. *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Administración Pública, 2003.
- RUS RUFINO, Salvador; ZAMORA BONILLA, Javier. *La razón de Estado en la Edad Moderna. Razones sin razón* [en línea]. León, 1999. Disponible en: [http://www.uv.es/rseapv/Anales/99\\_00/A\\_257\\_La\\_razon\\_de\\_estado.pdf](http://www.uv.es/rseapv/Anales/99_00/A_257_La_razon_de_estado.pdf). [Consulta: 27 marzo 2016].
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- WADE, H. W. R. K. *Derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.