



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

La impugnación de los actos de gobierno

Presentado por: Javier Caride Pérez

Tutelado por: Isabel María De Los Mozos y Touya

Valladolid, 20 de julio de 2021

RESUMEN

En este Trabajo de Fin de Grado se realiza un estudio sobre el control contencioso-administrativo de los actos políticos o de gobierno, si deben estar sujetos al control contencioso- administrativos y cuáles son los límites de dicho control. Se parte del concepto de acto político y su evolución doctrinal y legal, para concretar los posibles cauces de control judicial por el cauce contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE

Acto administrativo, acto administrativo reglado, acto de gobierno, Administración Pública, competencia, control judicial, fin, Gobierno, hechos determinantes, igualdad, indulto, legalidad, motivación, principios generales del derecho, procedimiento administrativo, proporcionalidad

ABSTRACT

This Final Degree Project studies the contentious-administrative control of political or governmental actions, whether they should be subject to contentious-administrative control and what are the limits of such control. It starts from the concept of political act and its doctrinal and legal evolution, to specify the possible channels of judicial control by the contentious-administrative channel.

KEYWORDS

Administrative act, regulated administrative act, governmental act, Public Administration, competence, judicial control, purpose, Government, relevant acts, equality, pardon, legality, reasoned decision, general principles of law, administrative procedure, proportionality.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	4
2. CONCEPTO DE LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	4
2.1 Concepto en la Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956	5
2.2. Antecedentes	8
2.2.1 Doctrina del Consejo de Estado Francés.....	8
2.2.2 Ley Santamaría de Paredes de 1888.....	10
2.3 Evolución doctrinal y legal.....	13
2.3.1 La Constitución vigente de 1978.....	13
2.3.2 Compresión doctrinal del acto político tras la entrada en vigor de la CE.....	16
2.3.3 Leyes 1997 y 1998.....	19
3.CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN CUANTO ACTOS DISCRECIONALES	24
3.1 Control de los elementos reglados.....	24
3.1.1 La motivación.....	24
3.1.1.1 En particular, el indulto y su motivación	26
3.1.2 La Competencia.....	29
3.1.3 El Procedimiento	31
3.1.4 El Fin público concretado por la norma previa	32
3.2 Control de conformidad con los principios generales del Derecho.....	34
3.2.1 Principio de legalidad.....	36
3.2.2 Principio de igualdad.....	38
3.2.3 Principio de proporcionalidad.....	40
3.3 Control sobre los hechos determinantes	41
4. CONCLUSIONES	42
5. BIBLIOGRAFÍA	43

1.Introducción

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como principal objetivo la determinación del alcance del control judicial sobre la actuación del Gobierno como cabeza de la Administración Pública, es decir, cuando actúa a través de sus órganos superiores o de gobierno, en el marco constitucional del Estado de Derecho.

Con anterioridad de la Constitución de 1978, el control de los actos políticos o de gobierno se limitaba a la Responsabilidad Patrimonial. La Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 los eximía de control, en general, pero, la Constitución Española de 1978 propició una evolución doctrinal y jurisprudencial sobre los actos políticos y su posible control judicial.

Para poder abordar con claridad y suficiente conocimiento los cauces para el control judicial del acto político es necesario, en primer lugar, abordar el concepto de acto político en la Ley Jurisdicción Contenciosa- Administrativa de 1956 como acto exento de control judicial. Seguidamente, analizaremos los antecedentes del acto político y las diversas discusiones doctrinales y jurisprudenciales acerca de éste. Por último, abordaremos el control del acto judicial del político en sus posibles formas fundamentales.

La importancia del tema remite a los límites del Estado de Derecho, en cuanto se trata de precisar hasta dónde puede llegar el control judicial de la Administración Pública, sometida a la Ley y sujeta al Poder Judicial (igualmente, sometido al imperio de la Ley).

2. Concepto: origen y evolución

El concepto de acto político desde el punto de vista legislativo tiene su origen más inmediato en el artículo 2.b) de la Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (a partir de ahora LJCA), pero se asienta sobre la base de la influencia francesa en el derecho administrativo español (2.2). Desde la llegada de la Constitución vigente se produce una evolución doctrinal y legal (2.3), que nos lleva a su concepto actual, no exento de discrepancias doctrinales y hasta jurisprudenciales.

2.1 Concepto en la Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956

La Ley de 1956, antecedente inmediato de la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa vigente, supuso una definitiva y completa judicialización de la jurisdicción contencioso – administrativa como orden judicial especializado.

Esta Ley introdujo el control de los actos discrecionales, de los reglamentos y el control general de los fines de la Administración, a través de la llamada “desviación de poder” (consistente en utilizar potestades administrativas para fines distintos de los previstos legalmente).

La idea de acto político o de acto de gobierno venía recogido en la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956 (a partir de ahora LJCA de 1956), en el artículo 2.b). *“Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio internacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

A la vista del presente artículo, cabe distinguir entre la competencia material y la subjetiva.

En primer lugar, el ámbito material al que hacía referencia este artículo, determinando que las decisiones contempladas quedaban exentas de control jurisdiccional. En este sentido, el legislador renunciaba a elaborar una definición o dar un concepto de acto político y se limitaba a realizar una enumeración o lista ejemplificativa, que debía ser interpretada de una manera restrictiva, dado que las materias recogidas en este artículo resultaban exentas de control contencioso – administrativo, quedando tales actos, excluidos de control jurisdiccional, con la salvedad recogida en el mismo precepto, de las indemnizaciones procedentes (*“sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”*). Por lo que, la exclusión del acto político del control jurisdiccional no impedía que pudieran hacerse valer en esa vía sus consecuencias lesivas: la indemnización de los daños y los perjuicios que dicho acto político que hubiese ocasionado.

Quedaban exentas de control jurisdiccional las cuestiones relacionadas con los actos del Gobierno y, en este caso, los actos que afectaban a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y el mando y organización militar.

Esta exclusión tuvo su justificación en la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 en su apartado II.4 *“Creada la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que*

*se susciten respecto de los actos sujetos al Derecho administrativo, sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho, en cuanto parte del Ordenamiento Jurídico (...). Con este criterio (el del sometimiento al Derecho administrativo) se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”*¹.

Según el tenor literal de la Exposición de Motivos, los actos políticos no eran actos administrativos, sino que eran otra cosa distinta de los que actos administrativos, “*actos esencialmente distintos...*”. La misma Exposición de Motivos, plantea de una manera bastante clara el por qué estas decisiones estaban exentas de control jurisdiccional. La razón por la cual se excluían era la siguiente: los actos políticos eran esencialmente distintos de los actos discrecionales, quedando a un lado, la función política, en manos de los supremos órganos estatales, frente a la función administrativa, cuyo control debían ejercer los órganos subordinados a los órganos superiores o políticos de la propia Administración del Estado, la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí, que los actos mencionados en esta lista no se considerasen como actos de administración y no estuvieran sujetos al Derecho administrativo. Esta contraposición de acto político frente al acto discrecional se hacía en el contexto de la propia ley, aunque sólo a efectos de excluir su posible control, pero no a efectos de definir el propio acto político.

La distinción entre lo político y lo administrativo se llevaba a cabo a partir de un criterio de naturaleza, no finalista, considerando actos políticos, exentos de control judicial contencioso-administrativo, aquellos actos que tuvieran una naturaleza distinta a la administrativa, es decir, naturaleza política, pero no porque persiguieran un fin político².

En segundo lugar, una vez analizada la competencia material a la que hace referencia el artículo 2b) de la LJCA 1956, cabe analizar la competencia subjetiva, es decir, qué órgano puede dictar actos de gobierno o políticos. Según NAVARRO PÉREZ, J.L., “*los actos políticos*

¹ Cfr., la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Exposición de Motivos) p.2.

² MARCHECO ACUÑA, B “El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español” *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Riedpa, nº2, 2015, p.11.

son, a efectos de aplicar el art.2.b), LJCA de 1956, los dictados por el Gobierno de la Nación en su unidad, o sea, en Consejo de Ministros”³

Por tanto, el concepto de acto político del Gobierno hace referencia a los dictados por el Gobierno en su unidad, distintos de las determinaciones especiales y concretas de cada ministerio, es decir, los actos excluidos de control judicial son únicamente los dictados por el Consejo de Ministros.

En consecuencia, los actos políticos se caracterizan no solo por la materia, sino también por la jerarquía del órgano, no pudiendo provenir de un escalón inferior. De modo que ninguna autoridad inferior al Consejo de Ministros podría dictar actos políticos o de gobierno, que tuvieran la virtud de no ser fiscalizables por los Tribunales contenciosos.

La LJCA de 1956, perseguía la justiciabilidad de todos los elementos reglados de los actos discrecionales, mientras que, por el contrario, parecía negar la existencia misma de tales elementos reglados con respecto a los actos políticos, cuando, al mismo tiempo, regulaba importantes elementos reglados de dichos actos como la competencia subjetiva y el ámbito material sobre el que cabrían tales actos, al menos, ejemplificativamente.

En definitiva, la LJCA de 1956 pretendía que el Gobierno pudiera hacer lo que mejor le pareciera, sin someterse a la ley y al control judicial consiguiente, y esto no tiene encaje en un verdadero Estado de Derecho, como defendió GARCÍA DE ENTERRÍA *“la doctrina de los actos políticos constituye pura y simplemente una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y de poder de ésta para hacer doblegarse en algún momento a la justicia, y basta su enunciado para condenar su presencia en un Estado de Derecho que merezca este nombre”*⁴. Esto se debe a que, el poder ejecutivo está subordinado al legislador y sometido a control judicial (en el régimen franquista esto quedaba un poco desfigurado, con los actos políticos). Pero, en el régimen constitucional es insostenible esa ausencia de control, porque el Gobierno forma parte del Poder ejecutivo, es su órgano superior y, aun cuando se pretendiese que es una realidad institucional separada de la Administración, seguiría estando radicado dentro del Poder ejecutivo el Gobierno, al que se atribuye (prima facie), la potestad reglamentaria, que es ejercicio de discrecionalidad

³ NAVARRO PÉREZ, J.L. *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (comentarios y jurisprudencia)*. Comares, Granada, 1990, p.21.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 2004, p.190.

por antonomasia, y cuyo control se atribuye a los Tribunales en el art.106.1 CE, expresamente. El Derecho Administrativo constitucional sirve para someter al poder ejecutivo a Derecho, que es tanto como decir a razonabilidad, proporcionalidad y ausencia de arbitrariedad.

2.2. Antecedentes

2.2.1 Doctrina del Consejo de Estado Francés

El origen histórico del acto político, según la doctrina mayoritaria, coincide con la época siguiente a la caída del imperio napoleónico y la restauración borbónica.

En esta etapa, el Consejo de Estado, creación napoleónica, con la vuelta de los Borbones al poder, fue atacado por liberales y ultraderechistas y, por ello, comienza a restringir sus competencias con el único fin de sobrevivir.

Primero, en cumplimiento del propósito de supervivencia, declinó una serie de materias que anteriormente eran de su competencia en favor de los tribunales judiciales y, por otro lado, consideró otras cuestiones como “irrecevables”, no revisables ni receptibles por su parte, quedando todas estas materias huérfanas de todo control jurisdiccional, produciéndose así una denegación de justicia.

Después, poco a poco, el Consejo de Estado francés, empieza a aumentar su control contencioso de legalidad e introduce así los recursos de desviación de poder y violación de la ley y, al mismo tiempo, inaugura la llamada “teoría del móvil político”, que fue reconocida por primera vez en el arrêts Lafitte, de 1 de mayo de 1822.

En esta decisión, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente «*Los actos llamados “de alta política” son actos de gobierno, que no son susceptibles de ser discutidos vía contenciosa. Esta es la teoría de del móvil político*»⁵.

Esta decisión encontró su justificación en la “doctrina del móvil o fin”, siendo acto político como exponía GARCÍA DE ENTERRÍA “*aquel cuya finalidad, cuyo móvil o fin es*

⁵ C.E., 1ER MAI 1822, LAFFITTE . ROCHE, G. Y LEBON F. *Recueil general des arrêts du conseil d'état. (rec. roche- lebon)* imprimerie et librairie administratives de Paul Dupont, Paris, 1840. tome 3. pp. 202-203.

político”⁶, o bien, como dice FERNÁNDEZ FARRERES “*cualquiera que fuera el objeto material del acto, siempre que el poder gubernativo lo hubiese dictado en atención a un fin político dejaría de ser un acto administrativo para convertirse en acto político y con ello no susceptible de control jurisdiccional*”⁷. Este razonamiento obedece a la situación del momento en que el Consejo de Estado, por temor a su desaparición, se abstuvo de conocer todos aquellos actos que tuvieran un móvil político, teniendo como consecuencia directa que, los actos sujetos a motivación política estricta quedarían exentos de control jurisdiccional.

Esta situación, provocó una gran inseguridad en el ámbito de control contencioso – administrativo ya que, se operaba sobre un concepto “inaprehensible” y, su uso, podía dar lugar a la exclusión del control contencioso-administrativo de una gran parte de actos emanados del propio Gobierno, es decir, podría llevar a calificar a todos los actos de la Administración, o casi todos, como actos políticos, logrando así la inmunidad jurisdiccional de los mismos⁸.

CARRO Y FERNÁNDEZ- VALMAYOR opina que “*las nuevas instituciones, el régimen liberal implantado, el desarrollo del espíritu de legalidad, la disminución de la fuerza gubernamental y la aparición del sistema de justicia delegada*”, fueron los principales factores que trajeron consigo el cambio de orientación hacia el abandono tanto en sede jurisprudencial como doctrinal de la teoría del móvil político y, con ello, la llegada de la teoría de la naturaleza del acto político⁹, según la cual, se busca identificar una línea de demarcación más clara entre actos administrativos y actos políticos, que se diferenciarían por estar relacionados con dos actividades de distinta naturaleza, la de gobierno y la de administración.

El mismo autor señala también que esta teoría tiene su inauguración en los arrêts “*Prince Napoléon*” de 19 de febrero de 1875, “*Prince de Orleans*” y “*Prince Murat*” de 1887. Desde este momento, ya no serían las razones políticas del móvil por las que se hubiera dictado el

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades...*,cit. p.184.

⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho administrativo*, 3ª ed, Civitas, Cizur Menor Navarra, 2016, p.737.

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Principios de derecho administrativo general II*, 5ªed, Iustel, Madrid, 2018, p.122.

⁹ CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. La teoría del acto político, *RAP*, 53, (1967), p. 78.

acto las que impedirían al juez administrativo juzgar sobre su validez o legalidad y recuerda cómo BONNARD, explicaba la diferenciación entre gobernar y administrar “*Gobernar era garantizar, mediante actos de principio, la marcha de los servicios públicos y la seguridad interior y exterior. Administrar era asegurar la aplicación diaria de las leyes y el funcionamiento ordinario de los servicios públicos*”¹⁰.

Con base en esta diferenciación entre la función de gobernar y administrar, se establecen las materias que están sujetas o no a control jurisdiccional. Las actuaciones realizadas por el poder ejecutivo que por su naturaleza tengan como finalidad gobernar, estaría exenta del control de la jurisdicción contenciosa administrativa, mientras que sí que estarían sujetas a control de la jurisdicción contenciosa administrativa, todas aquellas actuaciones del poder ejecutivo que por su naturaleza tuvieran como finalidad administrar.

Respecto a la teoría de la naturaleza de los actos políticos o actos de gobierno, BONNARD reconocía que, la imprecisión de estas determinaciones (gobernar y administrar) y el hecho de que descansan sobre conceptos jurídicos indeterminados, provocó que la jurisprudencia francesa abandonase la idea de dar a conocer un concepto general de acto de gobierno, optando así, por una concepción empírica del mismo. El Consejo de Estado optó por decidir caso por caso, sobre las bases de oportunidad y según el objeto a que estaba destinado, determinar si estaba en presencia o no de un acto de gobierno, con lo cual, seguía reconociendo la existencia de actos de gobierno infiscalizables, pero, al mismo tiempo, redujo su ámbito a los comprendidos en una lista muy reducida que fue confeccionada decisión a decisión, siendo actos de gobierno, según exponía GARCÍA DE ENTERRÍA “*aquellos que la propia jurisprudencia ha llamado acto de gobierno*”¹¹.

2.2.2 Ley Santamaría de Paredes de 1888

El reconocimiento legal del acto de gobierno en España aparece con la llegada de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 13 de septiembre de 1888 (Ley Santamaría de Paredes).

¹⁰ Ibid., p.78.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades...*, cit. p.184.

Esta ley precisa las cuestiones litigiosas sujetas al contencioso administrativo, mediante la técnica de una “cláusula general” con algunas excepciones, como la reconocida en el artículo 4.1 de la misma ley, *«las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional»*.

Por su parte, el artículo 4.4 del reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, declara que «pertenecen señaladamente a la potestad discrecional» y por ello, están exentas de control jurisdiccional, *«Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno...»*. Es decir, dicho precepto declaró formalmente infiscalizables por parte de la jurisdicción contenciosa los actos pertenecientes “al orden político o de gobierno”, calificándolos de actos discrecionales, como recuerda SANTAMARÍA PASTOR ¹².

Tal y como recuerda GARRIDO CUENCA, esta mención a los actos del orden político o de gobierno en el Reglamento supone la concreción normativa de un concepto que ha estado a lo largo de historia en el pensar de los legisladores, y que se manifestaba en los distintos debates y proyectos anteriores a la ley de 1888, (artículo 24 del proyecto de Ley jurisdiccional de 26 de enero de 1881 y en el artículo 16 del proyecto Sagasta de 22 de julio de 1886) y que resultó incorporado por la jurisprudencia por la jurisprudencia en virtud del artículo 4 de la ley ¹³.

Entonces, la jurisprudencia declaraba que: *«se hallan fuera de la competencia de los tribunales contencioso- administrativos, las resoluciones que se refieren a la potestad discrecional de la Administración, a la cual pertenecen todas las que en sí contengan no un acto de administración, sino de gobierno a cuyo orden corresponden las determinaciones sobre las competencias de la Administración activa»* ¹⁴. Y por tanto que:

«los tribunales contencioso- administrativos no pueden conocer de los actos de gobierno propios de la potestad discrecional, según terminantemente prescribe el art. 4.1 de la Ley de 13 de septiembre de 1888, siendo, por tanto, procedente, la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción» ¹⁵.

¹² SANTAMARÍA PASTOS, J.A *Principios de derecho...* ,cit. p. 122.

¹³ GARRIDO CUENCA, N. *El acto de Gobierno*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 310-311.

¹⁴ Cfr., la STS Auto de 16-11-1889. Gaceta de Madrid- 12/10/1890.

¹⁵ Ibid., GARRIDO CUENCA, N. *El acto de...* , cit. p. 317.

Esta jurisprudencia, recoge un pequeño indicio del concepto de acto de gobierno sustentado en la diferenciación entre la función administrativa y la de gobierno. Para los tribunales del momento, el acto de gobierno daba lugar a una manifestación de la potestad discrecional de la Administración, aunque, era distinto del acto de “administración”, discrecional también.

Acto de gobierno y acto administrativo eran dos conceptos distintos, separados y, además, constituían dos funciones diferenciables entre sí, la función de gobierno y de la mera administración- aunque ambas se manifestaran a través del mismo poder discrecional.

A lo largo del tiempo, tanto el citado reglamento como dicha ley fueron objeto de importantes reformas. La primera reforma tuvo lugar el 22 de junio de 1894, pero el acto de gobierno como actividad no sujeta a control, permaneció vigente.

Entre 1894 y 1956, se produjeron distintos cambios legislativos que, si afectaron al régimen jurídico del acto de gobierno pero que, en cambio, no produjeron ningún tipo de variación respecto a la esencia del acto de gobierno, como acto discrecional no fiscalizable en sede judicial.

En 1904, la Ley Maura efectuó una reforma orgánica de la Ley de 1888, residenciando la jurisdicción contencioso- administrativa en el Tribunal Supremo y, en consecuencia, provocando su judicialización en el nivel superior, aunque como orden jurisdiccional especializado, al mismo tiempo que dejaba vigentes los Tribunales mixtos provinciales (antiguas Comisiones Provinciales).

En 1939, al final de la Guerra Civil, la Ley de Santamaría Paredes es suspendida, pero es restaurada con algunas modificaciones en 1944 con la Ley de Jefatura del Estado.

En el artículo 2 de la Ley de Jefatura del Estado se disponía lo siguiente

“quedan excluidas, como pertenecientes al orden político o de gobierno las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de las leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos.”

A diferencia de la ley anterior, la Ley de Jefatura del Estado no hacía referencia a una serie de actos de una determinada naturaleza, sino que, como afirma GARRIDO CUENCA, esta ley se refería a “un auténtico bloque de materias que lleva implícita una ampliación del

propio concepto de orden público, donde encontrará perfecta cabida la sanción de las conductas políticas disidentes con el régimen franquista”¹⁶.

Por último, el Decreto legislativo de 8 de febrero de 1952 aprobó el Texto Refundido de las leyes de 1894, 1944. En el artículo 4 del Texto Refundido se establecía lo siguiente:

«la exclusión de las resoluciones que la Administración dictare en ejecución y aplicación de las leyes y disposiciones referentes a la depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, abastecimientos, prensa y propaganda, radiodifusión, cinematografía y teatro».

Este artículo, ampliaba de manera considerable el ámbito de exclusión de la jurisdicción contencioso- administrativa respecto al artículo 2 de la Ley de Jefatura del Estado, excluyendo de control a la radiofusión, cinematografía y al teatro. Se eliminaba el concepto de “orden político o de gobierno” como principio para la exclusión de las materias que se mencionaban en él y se enumeraba un bloque de materias exento de control jurisdiccional sin ningún tipo de intención de vincularlas al concepto de acto de gobierno o político, aunque, es evidente que subyacía en el precepto¹⁷.

2.3 Evolución doctrinal y legal

2.3.1 La Constitución vigente de 1978

La promulgación del texto constitucional de 1978 significó la afirmación del Estado de Derecho (artículo 1.1), con base en la proclamación del principio de legalidad y respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Al mismo tiempo, la Administración quedó sometida a la Ley y al Derecho (artículo 103.1), encomendándose la función de control a los jueces y tribunales (artículos 106.1 y 153) sin poder desconocerse el derecho fundamental reconocido a los ciudadanos de obtener una tutela judicial efectiva (artículo 24).

Por otro lado, la distinción entre Administración y Gobierno junto a la capacidad de este último de emitir actos de gobierno se hizo realidad también con la aprobación en 1978 de la Constitución Española.

¹⁶ GARRIDO CUENCA, N. *El acto de...*, cit. p. 321.

¹⁷ MARCHECHO ACUÑA, B *El control jurisdiccional de los...* cit. p.10.

Esto se debe a que ambas instituciones, Gobierno y Administración, se encuentran en la misma relación que la de la parte y el todo ya que, el Gobierno, es la cabeza de la Administración y, por tanto, a él corresponde su dirección, pudiéndose decir que el Gobierno es la cabeza de la Administración y del poder ejecutivo del Estado. Esta misma idea es compartida por SANTAMARÍA PASTOR cuando afirma lo siguiente: *“el gobierno es el órgano que corona la estructura de la administración estatal: es también, Administración Pública y, como tal, adopta decisiones y medidas absolutamente idénticas, en términos materiales, a las que realizan los órganos administrativos subordinados al mismo”* ¹⁸.

Se trata de dos realidades institucionales distintas, aunque estén relacionadas de una forma inescindible; por ello, pueden y deben distinguirse, aunque no separarse, porque responden a una misma realidad organizativa más amplia encuadrada en el Poder ejecutivo del Estado.

En la doctrina los autores se dividen entre los que sostienen que se trata de realidades institucionales separadas e independientes, como por ejemplo GARRIDO FALLA, GALLEGO ANIBARTE y los que, sin negar sus diferencias institucionales, como por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA o MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, sostienen que forman parte de una misma organización que, además encarna la parte más relevante del Poder Ejecutivo del Estado y que es la Administración General del Estado o “gubernativa” (denominada así por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ); junto a ella conviven otras organizaciones desgajadas del mismo Poder Ejecutivo que son las Administraciones no gubernativas del Estado ¹⁹.

Los argumentos constitucionales de los que separan Gobierno y Administración son literalistas:

En primer lugar, el Título IV de la Constitución (*“Del Gobierno y de la Administración”*), por lo que Gobierno y Administración son realidades distintas.

En segundo lugar, el artículo 97 de la Constitución (*“El Gobierno dirige la Administración (...)”*), por lo que, Gobierno y Administración no pueden ser lo mismo. La Constitución ve al Gobierno como el director de la política estatal gozando así de una gran capacidad de

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Principios de derecho...*, cit. p. 121.

¹⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp.109-110.

iniciativa a la hora de orientar la actividad del Estado. *“El ejercicio de esta auténtica función de gobierno supone la selección de aquellos aspectos que se consideran prioritarios, el establecimiento de directrices políticas y el impulso de dichas directrices. Dirección equivale, pues, a orientación e impulso y, en esta actividad, el Gobierno debe realizar una auténtica relación con otros órganos constitucionales”* ²⁰.

Sin embargo, ninguno de estos dos argumentos excluye que ambas instituciones diferenciadas puedan formar parte, como –de hecho- sucede, de la misma organización del Poder ejecutivo y puedan las dos denominarse, en cuanto tales (partes), propiamente Administración Pública.

Los argumentos constitucionales para distinguir ambas instituciones, como la parte y el todo (sin separarlas radicalmente), tienen más fundamento:

El artículo 70-1,b) de la Constitución, considera a los miembros del Gobierno como altos cargos de la Administración del Estado y, por tanto, si los altos cargos de la Administración del Estado constituyen el Gobierno, no cabe duda de que el Gobierno es una parte de la Administración. ²¹

El artículo 109 de la Constitución, se refiere al Gobierno y sus Departamentos: y ello comporta una relación no sólo de subordinación, sino también de expresa pertenencia, en cuanto parte de la misma realidad organizativa que es la Administración del Estado, estructurada precisamente en Departamentos Ministeriales.

Y por el último, el artículo 110 de la Constitución, alude a que los miembros del Gobierno, en principio, dirigen sus respectivos Departamentos; lo cual confirma lo anterior.

La consecuencia de estos planteamientos consiste en cerrar o no la posibilidad de control por parte de la Jurisdicción contencioso- administrativa sobre los actos Gobierno.

Para la primera corriente doctrinal, los actos de Gobierno no están sujetos a control contencioso porque no son actos de la Administración; para la segunda, no hay actos administrativos exentos de control judicial y, por tanto, tampoco los actos del Gobierno pueden estar exentos de dicho control. En todo caso, no se debe olvidar tampoco que el

²⁰ SANCHEZ AGESTA, L. GOIG MARTÍNEZ, J.M *Título IV. Del Gobierno y la Administración, Comentarios a la Constitución Española de 1978*, p.29.

²¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L “Actos de Gobierno y Administración Local”, *Dialnet*, Universidad de Valladolid, 2002, p.18.

control judicial es un control jurídico y debe ser exclusivamente de Derecho y no de oportunidad (o político).

Ambas instituciones, Gobierno y Administración, están reguladas en la Ley 50/1997 (del Gobierno) y en la Ley 40/2015 (Régimen del Sector Público) la cual derogó por completo la Ley 6/1997 (LOFAGE) y modificó de manera amplia la Ley del Gobierno.

En su planteamiento inicial los Proyectos de dichas leyes respondían a esa separación institucional desacertada, sin embargo, la evolución posterior de tales Proyectos desactivó esa tendencia con que fueron inicialmente planteados, como vino a confirmar después la propia Ley 29/1998 LJCA (de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa).

De este modo, en la Ley de Gobierno se establece que será la Jurisdicción contencioso- administrativa la encargada del control de los actos del Gobierno y, sólo de forma complementaria, podrá controlarlos también la Jurisdicción del Tribunal Constitucional. Por su parte, la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa ha salido al paso de la tendencia que había pretendido implantarse en los Proyectos iniciales de las mencionadas Leyes del Gobierno y de la Administración General del Estado, estableciendo que el orden contencioso será precisamente el orden jurisdiccional competente para conocer de la legalidad de los actos del gobierno.

Así, los arts. 26.3 de la Ley del Gobierno y 2.a) de la Ley de la JCA, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no dejan ya margen de duda posible a los efectos de determinar la sujeción del Gobierno al Derecho Administrativo y al orden jurisdiccional contencioso; lo cual permite calificar al Gobierno como una parte de la Administración que constituye, además, su cúspide o nivel superior.

2.3.2 Compresión doctrinal del acto político tras la entrada en vigor de la CE

La aprobación de la Constitución de 1978 trajo consigo una importante influencia respecto a la comprensión del acto político del Gobierno y su control con sede judicial en base a los postulados del artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), del artículo 9.3 (interpretación de los principios de legalidad e interdicción de arbitrariedad) y del 106.1 (control de actuación administrativa por los tribunales).

Debe subrayarse que la ley jurisdiccional de 1956 mantenía una zona de materias exentas de control judicial donde se encontraban los actos políticos y una serie de materias

recogidas en el artículo 40 de la misma ley (policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, ascensos y recompensas militares, expedientes gubernativos). Este precepto al mismo tiempo dejaba abierta la puerta a otras exclusiones por leyes especiales, pero con la promulgación de la Constitución de 1978 quedan invalidadas por inconstitucionalidad sobrevenida todas las materias recogidas en el artículo 40 de la LJCA de 1956 el cual eximía de control contencioso-administrativo, siendo imposible de esta manera establecer cualquier tipo de exención legal o reglamentaria a dicho control ²².

Una parte de la doctrina española negará la posible existencia de zonas no sometidas al enjuiciamiento jurisdiccional y por ello, se entendería derogado el artículo 2b) de la LJCA de 1956. Defensores de esta doctrina como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, rechazan la exención tanto por lo absurdo del móvil político como por su inutilidad e innecesaridad sobre la base de que, todos los poderes están regidos por el derecho y por el juez que al mismo tiempo debe fiscalizar su ejercicio. Ambos afirman lo siguiente *“la doctrina del acto político es hoy inútil: en su acepción histórica está hoy superada y aún contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona, la doctrina resulta innecesaria”* ²³.

Otra parte de la doctrina admite la legitimidad de la categoría del acto político, pero se posiciona como contraria a la vigencia del artículo 2.b de la LJCA de 1956. Cabe destacar, como defensor de esta doctrina, a APARICIO PÉREZ que afirma sobre la base de los principios constitucionales de los artículos 9.1, 9.3 y 24.1 lo siguiente: *“es obvio que a partir de la regulación constitucional el precepto concreto de la Ley de la Jurisdicción ha quedado derogado. Sin entrar en la polémica de la diferencia entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación resulta bastante claro que nos hallamos ante un caso de derogación directa – apreciable, pues, por la jurisdicción ordinaria – por virtud de la disposición derogatoria constitucional en su apartado 3º del artículo 2.b) en cuanto va en contra de los postulados constitucionales se ha de entender derogado”* ²⁴.

²² PARADA, R *Derecho Administrativo Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid 1993, p. 680.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reutersp, Cizur Menor Navarra, 2017, p.536.

²⁴ APARICIO PÉREZ, M.A *¿Hacia una nueva figura de los actos políticos del Gobierno? El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació, Barcelona, 1985 p.189.

Esta doctrina sería enfrentada por distintas posiciones doctrinales que defendían la exención de justiciabilidad de los espacios de actuación gubernamental que incidían en su función política.

DIEZ PICAZO opina que, los actos políticos no vienen reglados por el ordenamiento, sino que, son configurados por el ordenamiento como libres por lo que son susceptibles de control causal o desviación de poder ²⁵. En esta misma línea se posiciona, ORTEGA ÁLVAREZ, quien nos recuerda que no podemos confundir Gobierno con Administración ya que, la confusión, llevaría a que todo acto llevado a cabo por el Gobierno debería estar sometido al principio de legalidad y, por tanto, sometido a un control absoluto por el poder judicial dándose así, la anulación del Ejecutivo como poder ²⁶.

EMBID IRUJO, entiende que la idea a la que hace referencia la Constitución sobre que, los poderes públicos estén sometidos a Derecho, no implica el sometimiento a control jurisdiccional necesariamente de los mismos ya que, la categoría de acto político es distinta del administrativo. Argumenta que, solo deben estar sometidos a control jurisdiccional los aspectos externos – procedimiento y competencia – ya que, el acto político es distinto del administrativo y no debe estar sujeto a control. Al mismo tiempo, reconoce que siempre será oportuno dicho control cuando haya vulneración de derechos fundamentales ²⁷.

SANTAMARÍA PASTOR, reconoce la existencia de la categoría de acto político siempre y cuando tenga el correspondiente y necesario control judicial ante la jurisdicción constitucional y no ante lo contencioso administrativo. Esto supone la incompetencia de la jurisdicción ordinaria o, mejor dicho, la inmunidad de dichos actos ya que, viene bien recordar que, solo se puede acudir a la vía constitucional en amparo una vez agotada la vía ordinaria o bien, mediante recurso directo ante el TC, convirtiéndose así, en el órgano

²⁵ DIEZ PICAZO, L.M. “La estructura del Gobierno en el Derecho Español”. *Documentación Administrativa*. Nueva época, n°215, 1988, p.46.

²⁶ ORTEGA ÁLVAREZ, L. Prólogo en GARRIDO CUENCA, N. *El acto de Gobierno, Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.34.

²⁷ EMBID IRUJO, A “La justiciabilidad de los actos de gobierno”. *Documentación Administrativa*, n°220, 1989 pp. 2734 y ss.

primero y único competente para conocer dichos actos incluyendo en este aspecto la vulneración de derechos fundamentales ²⁸.

Sin embargo, esta idea del último autor citado contradice a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo 53.2 de la Constitución que proclama la defensa de esos derechos “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

A propósito de todo este debate doctrinal, DIEZ SÁNCHEZ hace referencia a que la mayoría de las posiciones coinciden en que la idea de Estado imposibilita la ausencia total de control en referencia a algunas decisiones del poder público. Por otro lado, también coinciden en el abandono de la teoría del móvil político como justificación de la exención de control, sustituida por la idea de que esas actuaciones son producto de ciertas actuaciones del Gobierno como órgano constitucional y por ello exentas de control contencioso-administrativo. Como consecuencia de este control constitucional, correspondería al TC la competencia para conocer las distintas cuestiones suscitadas que tengan relación con los actos de gobierno, en los términos previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ²⁹.

En definitiva, frente a todas estas tesis, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional, reconocen la exención limitada a una reducida serie de materias concretas señalando que, los actos realizados por el Gobierno en el ejercicio de sus funciones constitucionales, siendo apreciable el rasgo de máxima discrecionalidad propio de la acción política en sentido estricto, tienen cabida en la categoría de actos políticos sin embargo, la exención no respalda a los elementos reglados que la ley regula y no afectan al fondo de la decisión gubernamental.

2.3.3 Leyes 1997 y 1998

Como ya se ha indicado, transcurridos 20 años desde la promulgación de la Constitución de 1978 y tras los diversos debates doctrinales como la extensa y distinta

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar. Documentación Administrativa*, n°215, 1988, p.77.

²⁹ DIEZ SÁNCHEZ, J. J. “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°26, 2012., p. 55.

jurisprudencia acerca del tema, tienen lugar una serie de modificaciones legislativas que vienen a configurar el régimen actual del control y enjuiciamiento de los actos políticos o de Gobierno, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, Ley del Gobierno y unos meses después, la actual ley reguladora, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa del 13 de julio de 1998.

La Ley del Gobierno regula el control de los actos de gobierno o políticos en su artículo 29 “Del control de los actos del Gobierno”.

“ 1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación. 2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales. 3. Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora. 4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”.

El artículo 29, además de declarar el principio de sometimiento del Gobierno tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación, establece los controles que proceden contra las actuaciones del propio Gobierno.

Primero, hace referencia al control político, como puede ser el control ante las Cortes Generales y, a continuación, menciona el control jurisdiccional, que puede ser de dos formas: en sede contencioso- administrativa o bien, en sede constitucional (ambos previstos en las leyes reguladoras de las respectivas jurisdicciones).

Respecto al control en sede contencioso- administrativa, señala MARCHECO ACUÑA que, la Ley del Gobierno de 1997, desprecia cualquier consideración política o de oportunidad conforme a lo establecido en el punto 3 del artículo 26 de la presente ley, terminando por adherirse a la opinión tanto doctrinal como jurisprudencial de la necesidad de realizar una revisión jurisdiccional, lo más amplia posible, de los distintos actos gubernamentales³⁰, con el fin de “*garantizar el control jurídico de toda actividad del Gobierno en el ejercicio de sus funciones*”³¹.

³⁰ MARCHECO ACUÑA, B *El control jurisdiccional de los...* cit. p. 29.

³¹ Exposición de Motivos. Ley 50/97 de 27 de noviembre, del Gobierno.

Por otro lado, lo realmente innovador e importante de esta Ley respecto a otras como sostiene FERNÁNDEZ CARNICERO, es la omisión de cualquier excepción en la impugnabilidad de los actos gubernativos ya que, al no incluir ningún tipo de excepción, se debe entender derogada la “*cláusula de exoneración del control jurisdiccional*” de los actos políticos, citada en el artículo 2 de la Ley de 1956 ³².

Esta idea se confirmó con la llegada de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa que trae consigo un cambio en la configuración legislativa del enjuiciamiento de los actos de gobierno respecto a la LJCA de 1956.

Esta nueva regulación, a diferencia de las regulaciones anteriormente comentadas, toma una posición ambigua. En lugar de dar a conocer aquellas materias excluidas de control jurisdiccional, establece en sentido positivo, qué materias son objeto o están sujetas al orden jurisdiccional contencioso- administrativo.

En este sentido, el concepto de acto político en la LJCA de 1998 viene regulado en el artículo 2.a) “*La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello 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*”.

Cabía entender que, los actos de Gobierno serían los distintos actos que éste puede dictar como órgano constitucional al que, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, le corresponde, la dirección política del Estado mientras que, a la Administración del Estado, le corresponde la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Así, cuando el Gobierno actúa como órgano constitucional no forma parte de la Administración.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1991 (RJ 1991,7533)³³, hace referencia a «*la función política que, por imperativo constitucional, reflejado en el*

³²FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Instituto nacional administración pública, Madrid, 2002, p.376.

³³ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1991 (en CENDOJ, núm. RJ 1991,7533).

artículo 97 de la Constitución, compete a ese órgano estatal en su dimensión de órgano constitucional, y ajena por tanto a su posible actuación como supremo órgano de la Administración».

GARRIDO FALLA expone distintos supuestos de acto de gobierno: la iniciativa legislativa (artículo 87 CE), la dirección política interior y exterior del Estado (artículo 97 CE), las relaciones con las Cortes (artículo 110-112 CE), su disolución (artículo 115 CE) etc....³⁴.

Mientras que, para GONZÁLEZ PÉREZ, la categoría de acto político excluido de los Tribunales del orden contencioso-administrativo ha quedado limitada a los actos que hacen referencia a relaciones con otros órganos constitucionales³⁵. Sin embargo, parece incuestionable, la existencia de actos del Gobierno, al margen de las relaciones con otros órganos constitucionales, que puedan tener un contenido político al que, el ordenamiento jurídico deja un margen discrecional de actuación. Estas actuaciones no están exentas de control jurisdiccional, sino que, al no estar su contenido vinculado en un sentido determinado, no infringe la Ley.

La sentencia del Tribunal Constitucional 45/1990, de 15 de marzo, cuyo ponente fue LEGUINA VILLA, recoge la idea de los actos políticos no sujetos a control jurisdiccional contencioso-administrativo para afirmar posteriormente la exclusión de revisión jurisdiccional de ciertas actuaciones del Gobierno. En ella se afirma lo siguiente:

«...no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes...» ³⁶.

³⁴ GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2010 pp. 56- 57.

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J *Comentarios a la jurisdicción contencioso-administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio), Civitas, Madrid, 2003 p. 158.

³⁶ Cfr., Sentencia 45/1990, de 15 de marzo (en BOE núm. 85, de 09 de abril de 1990).

El Tribunal Constitucional, en esta sentencia, deja abierta la inclusión de cualquier acto que pueda tener relación con la dirección política, y, al mismo tiempo, establece una zona segura al otorgar la condición legislativa a los actos emanados del Título V de la Constitución que regula las distintas relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, que quedarían exentos de control judicial.

Por su parte, la Sentencia 196/90, de 29 de noviembre de 1990 (RTC 1990,196)³⁷, afirma que, «merecen la calificación de «actos políticos», única y exclusivamente, los actos de relación entre órganos constitucionales y los relativos a la participación internacional del Estado».

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se hizo necesaria la aplicación efectiva del principio de legalidad, siendo indiferente la naturaleza objetiva del acto realizado. Por ello, cabe reconocer un importante núcleo de la actividad política del Gobierno, siendo este la representación orgánica y máxima del poder ejecutivo, resultado del ejercicio de competencias que le atribuyen tanto constitucionalmente o por el ámbito del artículo 97 de la CE, caracterizado por ser la mayor expresión de discrecionalidad y oportunidad susceptible de fiscalización jurisdiccional en los elementos que estén definidos y tengan carácter reglado, es decir, si los actos políticos contienen elementos reglados podrán ser objeto de fiscalización por la jurisdicción, siendo por ello por lo que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad de un recurso contencioso – administrativo, ya que el juzgador está obligado en este caso a la comprobación de la existencia de elementos reglados y el fondo político o no del acto³⁸. STS 24 de noviembre de 2003 (rec. cas.7786/2000) *“El acto político, por otra parte, es susceptible de control cuando contenga elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico”*³⁹.

Por último, el art.2.a) de la LJCA de 1998 sólo hace referencia a los actos de Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas sin pronunciarse acerca de los Gobiernos locales. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ afirma que *“ninguna conclusión debiera*

³⁷ Cfr., Sentencia 196/90, de 29 de noviembre de 1990 (RTC 1990,196).

³⁸ PERA VERDAGUER, F *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, Bosh S.A, España, 2005, p. 71.

³⁹ Cfr., STS 24 de noviembre de 2003 (en CENDOJ, núm. rec. cas.7786/2000).

permitir contraria a la plena justiciabilidad de todos los actos y actuaciones de las Administraciones Locales, incluidos sus hipotéticos actos de gobierno” ⁴⁰. Todos los actos y acuerdos de las propias Entidades locales que pongan fin a la vía administrativa están sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 52 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Hoy en día, no puede admitirse la existencia en nuestro Derecho de actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. A pesar de ello, no puede negarse la existencia de actos de los altos órganos constitucionales que, a pesar de tener un contenido político máximo, el fondo de la decisión en sede jurisdiccional no es controlable, teniendo que ser objeto de control en la instancia política correspondiente ⁴¹.

3.Control judicial de los actos políticos en cuanto actos discrecionales

3.1 Control de los elementos reglados

El control de los elementos reglados es el control por excelencia de los actos discrecionales. Todos los actos discrecionales contienen una serie de elementos de obligatorio cumplimiento. Esto es así debido a que la discrecionalidad otorgada al órgano gubernamental solo puede producirse de una manera legítima cuando respeta los elementos reglados que condicionan tal atribución.

Cabe destacar como principales elementos reglados: la motivación (3.1.1), la competencia (3.1.2), el procedimiento (3.1.3), fin (3.1.4).

3.1.1 La motivación

Para un mejor control de las decisiones administrativas, la propia Ley impone la obligación de motivar la mayor parte de los actos administrativos. Esta obligación de motivar viene recogida en el artículo 35.1 de la Ley de Procedimiento Común Administrativo (a partir

⁴⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “Actos de Gobierno...” cit. p.38.

⁴¹ Cfr., STS de 20 de diciembre de 2002 (en CENDOJ, núm. rec. cas. 7360/1998).

de ahora LPC). En este artículo se recogen, de una manera exhaustiva, aquellos actos cuya motivación es obligatoria, por lo que la Administración, en estos supuestos, debe hacer públicos mediante una declaración formal los motivos de hecho y de derecho que han llevado a tomar la decisión o actuación⁴².

De esta enumeración podemos afirmar que siempre hay que motivar aquellos actos que puedan tener una incidencia limitativa de los derechos e intereses de los ciudadanos, ya que la motivación del acto administrativo, como afirma SÁNCHEZ MORÓN, “*es una manifestación y una exigencia del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos a la buena administración (artículo 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)*”⁴³.

También aparece reconocida la motivación en la Ley 17/2009 (*Ley Paraguas* de transposición al Derecho Español de la Directiva 2006/123/CE) y en el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Ambas leyes obligan a la Administración Pública a motivar y justificar sus medidas o actuaciones en el supuesto de que la Administración deba tomar medidas que limiten el ejercicio de los derechos individuales o colectivos o bien exija el cumplimiento de ciertos requisitos para el correcto desarrollo de una actividad. A su vez, los interesados tienen derecho a poder conocer las distintas razones que han llevado a la Administración a tomar una determinada medida o decisión que les afecten, configurándose de esta forma la motivación como una técnica de control social frente a la Administración.

La motivación exige, por tanto, la exposición de las razones por las que se dicta un acto administrativo, aunque no necesita ser exhaustiva, pues según la ley basta con una “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”. Dicha exposición debe tener la amplitud necesaria para que los propios interesados conozcan los motivos del acto y poder así defender sus derechos e intereses, como forma de control social de la Administración. Sin embargo, SANCHEZ MORÓN afirma apoyándose en la jurisprudencia que no son aceptables las motivaciones que tengan bases en “fórmulas puramente convencionales y abstractas (STS de 25 de noviembre de 2003), o bien una motivación de carácter retórico (STS de 4 diciembre de 2014), o una genérica invocación del interés público (STS de 16 de junio de 2010)” y añade que tampoco basta con “la remisión al contenido de preceptos

⁴² FERNANDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho...* cit. p.728.

⁴³ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo Parte General*, 13ªed Tecnos, Madrid, 2017,p.550.

legales, salvo que su interpretación y aplicación al caso sea diáfana (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1999)”.

Más específicamente, La LCP impone, en el artículo 35.1 apartado i), el deber de motivar los actos que se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales “1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.

En este sentido, las decisiones discrecionales deben ser motivadas ya que, en estos supuestos, la Administración no lleva a cabo una medida o toma una decisión sustentándose en la aplicación automática de una norma jurídica, sino que su actuación supone el ejercicio de un poder público mediante una decisión propia⁴⁴.

La motivación es un elemento formal esencial para cualquier decisión discrecional, que consiste en la mera expresión de las distintas razones que las justifican. Su ausencia o insuficiencia constituyen un indicio de arbitrariedad, aunque esto no significa que la decisión sea arbitraria, ya que los distintos motivos que han llevado a tomar una determinada decisión pueden ser explicados con posterioridad de manera satisfactoria o bien pueden deducirse del propio expediente. Pero, en el supuesto de que por falta de motivación o por sus posibles deficiencias, no sea posible examinar de una manera suficientemente explicativa el uso que se ha hecho de la discrecionalidad conforme a Derecho, la decisión, por tanto, debe ser anulada por falta de un requisito esencial, como es la motivación⁴⁵.

3.1.1.1 En particular, el indulto y su motivación

Una de las actuaciones “políticas” que más controversia ha generado acerca de su necesidad o no de motivación es el indulto.

Para poder abordar la materia, es necesario realizar un breve análisis sobre la naturaleza del indulto y su sujeción o no a control judicial.

⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo...* cit. p.102.

⁴⁵ *Ibid.*, p.102.

SERRANO MAILLO define la figura del indulto como “*un acto graciable por el cual el Gobierno —al margen del poder judicial— puede conmutar (total o parcialmente) una pena*”⁴⁶.

La persona competente para ejercer el derecho de gracia es el Rey, formalmente, en virtud del artículo 62.1.i) de la Constitución Española: “*Corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”. A pesar de que la Constitución Española atribuya el ejercicio del derecho de gracia al Rey, de acuerdo con los principios que rigen la Monarquía parlamentaria, ese derecho no es ejercido por el Jefe de Estado, el Rey, sino por el Gobierno que es el órgano al que la Ley encomienda adoptar esta decisión materialmente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 niega el carácter del indulto como acto administrativo, sin embargo, lleva a cabo una equiparación de este con los actos discrecionales: “*el indulto es un acto de discrecional del Gobierno*” aunque, la sentencia apostilla que “*es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno*”⁴⁷.

Para FERNÁNDEZ FARRERES y para la gran mayoría de la doctrina común, el indulto resulta ser un acto político fiscalizable, por lo que cabe control jurisdiccional del mismo con sujeción a ciertos límites⁴⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) 2482/2020 en su fundamento de derecho número 5 dictamina que, a pesar de que tanto la concesión como la denegación del indulto se consideran como típicos actos de Gobierno y, por ello discrecionales, siendo susceptibles de control jurisdiccional⁴⁹. Este control no es un control “in integrum” de la decisión adoptada en vía administrativa que no tiene límites, ya que, como bien dice la Sentencia, sería contraria a la propia normativa del derecho de gracia en la Constitución. Y

⁴⁶ SERRANO MAILLO, M.I. “¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la sentencia del pleno de la sala de lo contencioso-administrativo del TS de 20-11-2013”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, UNED, 2014, p.611

⁴⁷ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (en CENDOJ núm. recurso 13/2013, de 20 de noviembre de 2013).

⁴⁸ FERNANDEZ FARRERES, G *Sistema de Derecho...* cit.p.742

⁴⁹ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo 2482/2020 (en CENDOJ núm. 1398/2020, de 20 de septiembre de 2020).

es que “la decisión graciable que el indulto comporta, que es contrario a la efectividad de la condena impuesta por los Tribunales, no está sujeta a mandato legal taxativo (siendo de plena disposición para el Gobierno), que no puede ser cuestionado en vía jurisdiccional en cuanto a la decisión esencial del mencionado derecho; esto es, sobre la procedencia o no de conceder el derecho o incluso el alcance con que el mismo se concede por el Gobierno”.

Esta idea es compartida por DÍEZ SÁNCHEZ, que sostiene que “el control jurisdiccional no puede alcanzar al núcleo esencial de la gracia (la decisión de indultar o no indultar), tampoco puede alcanzar a la valoración del contenido de los requisitos formales (contenido de los informes reglados a los que hace referencia la Ley del Indulto) ni, a la causa a la que pueden responder (variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional). Por último, tampoco alcanzará al control de la desviación de poder”⁵⁰.

En cambio, el control si alcanzará a la no concurrencia de arbitrariedad en el ejercicio positivo del indulto, es decir, en la concesión. Esto supone que se deben enjuiciar las razones que han llevado a conceder el indulto, a través del control de la arbitrariedad, reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

La jurisprudencia de hoy en día remarca esta idea acerca de control. En la Sentencia del Tribunal Supremo 3482/2020 se reconoce esta idea de que es necesario “especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública” que justifican el indulto. Este control es un control “meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad”⁵¹.

Para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ los indultos “constituyen, en suma, un poder excepcional de intervenir en el ámbito de una función netamente judicial (asegurar la ejecución de las penas), que debe estar debidamente sometida a Derecho bajo la garantía del propio Poder Judicial, sin perjuicio de

⁵⁰ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J “El indulto ante la justicia administrativa” R.V.A.P. núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. p.1203.

⁵¹ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo 3482/2020 (en CENDOJ núm. Recurso 13/2013, de 20 de noviembre de 2013).

que, obviamente, puedan corresponderle a aquél márgenes razonables de apreciación en el ejercicio de la clemencia que con ello se trata de instrumentar” ⁵².

En definitiva, cuando se concede un indulto es necesario llevar a cabo un control del ejercicio positivo de la potestad de indulto que se limita a verificar si el acuerdo de indulto obedece a razones de “justicia, equidad y utilidad pública”, a las que se subordina su concesión, garantizando así, el cumplimiento del artículo 9.3 CE ya que en la Constitución Española no tienen cabida conductas administrativas que puedan carecer de fundamento jurídico alguno, aunque a esas decisiones se les otorgue gran margen discrecional en el ejercicio del derecho de gracia.

En cambio, la motivación no es necesaria en la denegación del indulto. Esta exigencia de motivación, según la doctrina actual, no es predicable en los casos de denegación del indulto, porque *“las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE , corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales.* En otras palabras, no existe ningún derecho subjetivo al indulto, sino que sólo existe derecho a solicitarlo a que la petición de indulto se tramite por el procedimiento legal establecido, y que no sea resuelto arbitrariamente. Además, según reciente jurisprudencia, la posible valoración que haya realizado el Gobierno acerca de los requisitos de carácter sustantivo no es susceptible de revisión jurisdiccional, por lo que la falta de motivación del acuerdo de denegación del indulto nunca será causa de anulación, según lo anterior.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, la denegación del indulto debe ser motivada siempre debido a que, como ya se ha mencionado anteriormente, la motivación de los actos discrecionales, como es en este caso, responde al interés general y a la búsqueda de la no arbitrariedad de los actos dictados por la Administración, en este caso el Gobierno. Además, el artículo 35.1.i) de la LPC dicta que están sujetos a motivación, los actos que limiten los derechos subjetivos o intereses legítimos y, en este caso, la denegación del indulto comporta la declaración de un acto desfavorable para el interesado por lo que, el interesado tiene derecho a conocer el por qué y las razones por las que se ha denegado la concesión del indulto.

3.1.2 La competencia

⁵² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L “Actos de Gobierno...” cit. p.23

Las competencias que tiene el Gobierno vienen reguladas en el artículo 1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y en el Título IV de la Constitución Española que engloba del artículo 97 al 107. Si bien la Constitución Española ha asentado los criterios de funcionamiento del Gobierno, es la propia Ley del Gobierno la que en primer lugar desarrolló tanto la actividad como la organización de este. En dichos artículos se exponen las distintas actividades sobre las que tiene competencia el Gobierno, aparte de en la legislación sectorial, en su caso.

La competencia es la atribución del ejercicio de las potestades administrativas a un determinado órgano o unidad de actuación de la Administración⁵³.

La Administración Pública sólo puede hacer aquello que la ley habilita, ya sea bien por razón de la materia, del territorio, del tiempo e incluso de la función y, en consecuencia, es la propia Ley quien distribuye las posibilidades abstractas de actuación entre los órganos o unidades de actuación de la Administración. En caso de que la Administración actúe a través de un órgano incompetente (que no tenga competencia para ello), lo actuado será anulable o podrá ser declarado válido, aunque mientras no se anule se presumirá válido.

En referencia a los actos políticos del Gobierno, actos marcadamente discrecionales, la norma que atribuye la competencia deja espacios de valoración a cargo del órgano que tiene que actuar con respecto, bien al supuesto de hecho al que la norma vincula el ejercicio de la competencia o bien, a las consecuencias jurídicas que derivan del ejercicio de esa competencia. Ese margen de valoración en que consiste la discrecionalidad, y que otorga el Ordenamiento Jurídico a la Administración Pública en determinados casos, se le otorga a la Administración, no al Poder Judicial, con lo cual los órganos judiciales no pueden sustituir la valoración que haga la Administración por su propio criterio a la hora de revisar un acto discrecional como es un acto político o de Gobierno, porque los órganos judiciales solo pueden controlar los elementos reglados de la competencia, pero no pueden controlar el ejercicio en sí máximo de la discrecionalidad.

A pesar de todo esto, toda actividad administrativa es reglada en cuanto a la competencia; siempre hay un órgano que puede realizar la actividad. SÁNCHEZ MORÓN afirma que *“la competencia debe atribuirse a los órganos idóneos para ejercer cada tipo de facultad. Órganos de naturaleza política y responsables políticamente, cuando se trate del ejercicio de la discrecionalidad política...”* y, añade que *“el correcto ejercicio de la discrecionalidad se juega muchas veces en la práctica según*

⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Principios de derecho...* cit. p. 187

a quién corresponda la decisión”⁵⁴. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 declaró que no era sustituible la intervención de la mesa de contratación de un ayuntamiento, integrada por funcionarios, por el informe de una comisión informativa municipal, que no es un órgano de selección de empleados públicos, regido por la lógica de mayorías y minorías⁵⁵.

3.1.3 El procedimiento

El procedimiento debe entenderse como un límite a la potestad discrecional propia del Gobierno.

El procedimiento hace referencia a la forma en sentido dinámico, es decir, a los trámites a través de los cuales la Administración adopta sus decisiones. Está recogido en el artículo 34 de la Ley 39/2015, que dice: “*Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido*”. Por tanto, el procedimiento no es más que una exigencia derivada del principio de legalidad.

El sometimiento de la Administración y del Gobierno al procedimiento administrativo viene recogido en el artículo 105.c) de la Constitución Española: “*La Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*”.

El artículo 105 c) de la Constitución dispone que todo lo que haga la Administración cuando se imponga de manera unilateral frente a terceros, tiene que sujetarse a los procedimientos previamente establecidos. Es decir, el Gobierno no puede sustraerse a las distintas regulaciones que hacen referencia al procedimiento. Existen determinados formalismos obligatorios en todas las actuaciones administrativas posibles y, en el caso de que el Gobierno se apartase de dichos formalismos, la decisión estará afectada de ilegalidad y el acto será anulable ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁶.

⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo...* cit. p.101.

⁵⁵ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004

⁵⁶ GÜECHÁ MEDINA, C.N “La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración”. *Revista Opinión Jurídica*, vol. 16, núm. 31, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR afirma que *“los actos administrativos deben producirse, por regla general, con arreglo a un procedimiento establecido”*⁵⁷. A pesar de ello, también es cierta la existencia de actos cuya producción no está sujeta a un procedimiento formal previo, por los actos cuya toma de decisión y ejecución son simultáneas como es la suspensión de una sesión del Pleno municipal por el alcalde en caso de desacato.

La exigencia de un debido procedimiento responde a garantizar la legalidad de la actuación de la Administración, pero también sirve para asegurar el acierto, la oportunidad, la eficacia etc. en la satisfacción de los intereses generales por parte de la Administración. Por otra parte, es fundamento del procedimiento garantizar de forma preventiva los intereses legítimos de los administrados. Por último, el procedimiento también se fundamenta en garantizar la participación necesaria de los interesados en las decisiones administrativas que les afecten. Además, se considerarán actos nulos de pleno derecho y por lo cual, nulos: *“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”* (artículo 47.1.e) LPCA).

3.1.4 El fin público concretado por la norma previa.

La desviación de poder viene aludida por el artículo 106 de la Constitución Española: *“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”* y en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa: *“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*.

Incorre en desviación de poder, según COSCULLUELA MONTANER: *“todos los actos que persiguen fines privados sean lícitos o ilícitos; los que persiguen fines públicos prohibidos por la norma, y aquellos que persiguen fines públicos lícitos distintos de aquéllos para los que se ha otorgado la potestad de acción que se ejerce”*⁵⁸. BUSTILLO BOLADO considera la desviación de poder como: *“una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento*

⁵⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Principios de derecho administrativo...* cit. p.129.

⁵⁸ COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de derecho...* cit. p. 377.

jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público” ⁵⁹. SÁNCHEZ MORÓN considera que se incurre en esta causa de ilegalidad “*no sólo cuando quién adopta una decisión persigue fines particulares, aún disfrazados de interés público, sino también cuando la actuación administrativa persigue fines públicos distintos de aquellos para los que se otorgaron las facultades correspondientes”* ⁶⁰.

Es decir, cuando la Administración en su actuación se aparta del fin legalmente previsto incurre en desviación de poder ⁶¹. De esta manera, la desviación de poder se sustenta en la consideración del significado propio de la potestad administrativa, la cual es atribuida únicamente con la finalidad de satisfacer un interés público concreto que viene determinado por la norma con base en el principio de legalidad recogido en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española, no pudiendo la Administración actuar sin una atribución legal previa.

A tenor de esto, cualquier actuación, independientemente de que sea lícita o no, que busque un fin diverso al establecido por la norma, incurre en desviación de poder y, por ello, podemos decir que esa actuación está viciada.

El Fundamento de derecho nº4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 señala que la desviación de poder es un “*vicio constitucionalmente conectado con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esta a los fines que la justifican, es considerada por la Ley como motivo de anulabilidad de los actos administrativos”* ⁶².

En cuanto a su enjuiciamiento, la jurisprudencia remarca que la desviación de poder sólo debe ser enjuiciada en los supuestos en los que la actuación de la Administración no incurre en cualquier otro vicio de legalidad intrínseca dado que, éstos tienen preferencia. El enjuiciamiento del acto que incurre en desviación de poder será juzgado una vez se determine que cumple con dicha legalidad. Esta idea es recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo

⁵⁹ BUSTILLO BOLADO, R.O “La desviación de poder en el derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos humanos” *Revista de Administración Pública*, núm.188, Madrid, mayo-agosto (2012), p. 73.

⁶⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho administrativo...* cit. p.98.

⁶¹ FERNÁNDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho...* cit. p.612.

⁶² Cfr., STS, 7 de julio de 2008, Fundamento de derecho nº4 (en CENDOJ, núm. Recurso 77/2007, de 7 de julio de 2008).

de 25 de septiembre de 1995 ⁶³: *“Puede considerarse como jurisprudencia consolidada que la «desviación de poder», consagrada constitucionalmente en el artículo 106.1 CE, en relación con el artículo 103 CE, y definida en el artículo 83 LJCA, comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad, pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de estar orientada, en todo caso, a la promoción del interés público y, en particular, a la finalidad concreta con que está configurada en la norma la potestad administrativa que se ejercita (SSTS 12 mayo 1993)”*. Esta idea no quiere decir que el acto no puede estar viciado por la desviación de poder cuando al mismo tiempo incurre en un vicio de legalidad, sino que el enjuiciamiento extrínseco de legalidad tiene preferencia ya que, la existencia de este vicio determina la invalidez (art.48 Ley 39/2015) del acto, no siendo necesario investigar la existencia de más vicios.

Respecto a la prueba, indica la jurisprudencia que no es suficiente alegar simples conjeturas, suposiciones o hechos de escasa importancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008)⁶⁴ ni tampoco es necesaria una prueba plena, sino que, basta con la presentación de pruebas que tengan la suficiente importancia como para fundamentar la convicción del propio órgano judicial.

Por todo ello, la efectividad de esta técnica de control queda condicionada a la prueba que dé a conocer que existe la efectiva desviación de poder del acto administrativo hacia fines ajenos al interés general o hacia fines públicos que no fija el ordenamiento jurídico ⁶⁵.

En consecuencia, el fin concreto, previsto por el ordenamiento jurídico en una situación concreta, ha de tratarse de un fin público concreto (no valen los apoderamientos genéricos en el Estado de Derecho). Ese fin público concreto es al que debe servir la decisión que se adopte, porque la competencia se ejercerá para los fines que la determinen. Incumplir este requisito supone desviación del poder.

3.2 Control de conformidad con los principios generales del Derecho

⁶³ Cfr., STS, 25 de septiembre de 1995, Fundamento de derecho nº5 (en CENDOJ, núm. Recurso 1650/1992, de 25 de septiembre de 1995).

⁶⁴ Cfr., STS, 5 de mayo de 2008, Fundamento de derecho nº4. (en CENDOJ, núm.34/2015, de 5 de mayo de 2008).

⁶⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G Sistema de derecho... cit. p. 619.

Toda actuación administrativa está vinculada a los principios generales del Derecho en cuanto que, estos principios son fuentes del Derecho Administrativo⁶⁶. En este caso, el ejercicio de una potestad discrecional no exime a la Administración de su obligación de respetar todos y cada uno de los principios generales y constitucionales en su actuación⁶⁷.

Los principios generales del Derecho tienen una gran importancia a la hora de llevar a cabo el control referente a la actuación de la Administración Pública y, sobre todo, para controlar el correcto desarrollo de las potestades discrecionales de la Administración. Este control tiene su base en un control negativo de la actividad, ciñéndose a comprobar si las actuaciones discrecionales de la Administración vulneran o no dichos principios por lo que, como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, *“no agotan ni eliminan el margen de decisión de que goza la Administración”*⁶⁸.

GARCÍA DE ENTERRÍA define los principios generales del derecho como *“una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”*⁶⁹.

Por consiguiente, la Administración está sometida a la Ley y a los principios generales del Derecho por lo que cualquier actuación discrecional no es lícita si vulnera algún principio general del Derecho. Dicho esto, la Administración no puede apartarse de la exigencia particular y determinada de un principio general del Derecho que resulte aplicable al caso, independientemente de la materia de la que se trate, ya que la Administración no es el señor del Derecho⁷⁰.

Entre dichos principios, cabe destacar: el principio de legalidad (3.2.1), el de igualdad (3.2.2.) y el de proporcionalidad (3.2.3). Todos estos principios son principios generales del Derecho Público, es decir, su aplicación va dirigida a la actividad de las administraciones públicas y al control de esta por los tribunales de lo contencioso- administrativo.

⁶⁶ COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de Derecho Administrativo* Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 377.

⁶⁷ FERNANDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho...* cit. p.620.

⁶⁸ FERNANDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho...* cit. p.620.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades...* cit. p. 176.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades...* cit. p. 177.

3.2.1 El Principio de legalidad

El principio de legalidad supone el sometimiento de la Administración, Gobierno y demás órganos públicos a la Ley y al Derecho.

Aparece regulado el sometimiento del Gobierno a la ley en el artículo 97 de la Constitución Española *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”*. La Constitución impone en su artículo 103.1 que, *“La Administración Pública sirve con objetividad 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”*, es decir, la Administración está sometida a la ley y al Derecho de una manera completa y sin excepciones. El Gobierno, por su parte, *“está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación”* (artículo 29.1 Ley del Gobierno).

En este sentido, el tipo de vinculación que tiene la Administración a la ley es distinto al que tienen otros sujetos jurídicos, los particulares.

Como afirma SANCHEZ MORÓN, el principio fundamental que ordenan las relaciones jurídico-privadas es la *“autonomía de la voluntad”*. La ley constituye el límite en el cual los particulares pueden desarrollar sus actividades destinadas a la consecución de sus intereses personales. En este sentido, se habla de una *“vinculación negativa a la ley”*, ya que la ley, en este caso, determina lo que es lícito, constituyéndose, así, como un límite negativo de la libertad de decisión de las personas⁷¹. El particular puede realizar una determinada conducta sin necesidad de una habilitación legal anterior, con el único requisito de que no contrarie las prohibiciones o restricciones establecidas en la Ley.

A diferencia de los particulares, la vinculación a la que está sujeta la Administración es distinta. En este caso no es una vinculación negativa sino positiva, a la norma previa.

La vinculación positiva de la Administración a la Ley supone, a ojos de FERNÁNDEZ FARRERES que, *“toda actuación administrativa debe responder a una previsión normativa habilitante, ya sea la Constitución, la ley o, en fin, una simple norma reglamentaria”*⁷² es decir,

⁷¹ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo...* cit. p.90.

⁷² FERNÁNDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho...* cit. p.592.

la Administración a la hora de actuar debe contar con un soporte legal o normativa en general autorice su actuación y establezca los límites de ésta. RUBIO LLORENTE sostiene que “*toda actuación de la Administración debe encontrar su fundamento en una Ley previa con el fin de garantizar la legitimidad democrática de todos sus actos*”⁷³. En principio, todo lo que no le permite la Ley está prohibido.

Sin embargo, autores como BELADIEZ ROJO o SANCHEZ MORÓN sostienen que la vinculación positiva de la Administración a la Ley no se puede deducir del Texto Constitucional, ya que “*la mera enunciación del principio de legalidad en el artículo 9.3 CE no permite sostener que la doctrina de la vinculación positiva ha encontrado consagración constitucional*”⁷⁴. Frente a esta idea, la doctrina común afirma que la Constitución ha reservado una serie de materias a la propia ley, como puede ser el desarrollo de todos los derechos y libertades de los ciudadanos recogidos en el Capítulo II de su Título I (artículos 14 a 38). De esta manera, la vinculación positiva de la Administración a la Ley coge sentido constitucional a la hora de hablar del “*principio de reserva de ley*” ya que, el propio Gobierno sólo puede complementar la regulación legal, pero, en ningún momento, sustituirla mediante reglamento. Por ejemplo, la Administración, no puede tomar medidas que afecten a la regulación o limitación de los derechos individuales sin la necesaria habilitación legal anterior⁷⁵. En el caso de que el Gobierno dicte una norma reglamentaria sin previa habilitación legal, dicha norma será nula de pleno derecho y, por tanto, inválida.

A su vez, ya fuera de la reserva de ley, la Administración puede llevar a cabo la regulación de materias o llevar a cabo ciertas actuaciones que no estén previstas en una norma anterior con rango de ley, pero, siempre, deben tener como principal objetivo el cumplimiento de un interés general. En estos supuestos, el Gobierno puede regular ciertas materias sin que sea preciso la existencia de una norma anterior con rango de ley.

⁷³ RUBIO LLORENTE, F “Principio de legalidad, en la forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)”, *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, nº13, 1993, p.345.

⁷⁴ BELADIEZ ROJO, M “La vinculación de la Administración al Derecho”. *Revista de administración pública* nº153, 2000.

⁷⁵ SANCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo ... cit.* p.90.

En consecuencia, podemos afirmar que la reserva de ley es clave de la vinculación positiva de la Administración, no pudiendo el Gobierno adoptar reglamentos sobre temas que ya están siendo regulados por normas con el rango de ley, constituyéndose de esta manera como un límite a la actuación del Gobierno y que, tanto la Administración como el Gobierno, aunque adopten iniciativas propias, están sometidos a la Ley y al derecho, es decir, a todas las normas jurídicas, en particular a la Constitución, y al resto de las normas vigentes que resulten aplicables, y también no formuladas, en su caso, como algunos principios.

A raíz de esta idea, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ afirma que *“En un Estado de Derecho nadie puede pensar en hacer política, cualquiera que sea la significación que, de momento, demos a esta expresión, fuera o al margen del Derecho. Menos aún puede admitirse que cualquiera de los Poderes públicos erigidos por el Derecho -por la norma fundamental o a partir de ella- pueda considerarse legitimado para hacer cualquier cosa fuera o al margen del orden jurídico establecido (...) El Estado de Derecho comporta la exigencia de que cualquier acto de gobierno, en su más amplio sentido, con algún tipo de efecto vinculante, obligatorio o permisivo para cualquier persona -con algún tipo de efecto jurídico- ha de adoptar alguna de las formas establecidas por el Derecho para la actuación de los diversos tipos de Poderes públicos y ha de someterse a los principios y reglas establecidas al efecto por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico ”* ⁷⁶.

En definitiva, bajo la Constitución no hay espacio para actos políticos no sometidos a derecho.

3.2.2 El Principio de igualdad

El principio de igualdad viene consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española.

Este principio impide, a ojos de COSCULLUELA MONTANER, *“una actuación discriminatoria de unos administrados respecto a otros por parte de la Administración”* ⁷⁷. Estamos ante un caso de discriminación cuando la Administración trata de diferente forma a los administrados en situaciones parecidas sin que exista una razón objetiva y razonable que justifique su actuación. No existe una justificación objetiva ni razonable cuando el trato diferente carece de una finalidad legítima, amparada por la Constitución y demás normas o

⁷⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L “Actos de Gobierno...” cit. pp.5,6.

⁷⁷ COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de Derecho...* cit. p.378.

bien, en el caso de que no exista proporcionalidad entre el trato dado a los administrados y el fin perseguido por la actuación o decisión.

DIEZ PICAZO afirma que *“para que exista la igualdad jurídica no basta con que la ley sea igual para todos, sino que es inexcusable que a todos les sea aplicada del mismo modo”*⁷⁸. LLORENS completa la idea de DIEZ PICAZO argumentando que *“el principio de igualdad ante la ley tiene que operar tanto en la fase de creación de la norma como en la de su aplicación”*⁷⁹. Igualmente, para SANCHEZ MORÓN, por igualdad ante la ley *“no solo hay que entender en la ley, es decir, en el propio texto de las disposiciones normativas, inclusive reglamentarias, sino también en la aplicación de la ley, y de ahí la importancia del principio para el derecho administrativo”*⁸⁰.

De esta manera, el principio de igualdad es más que un derecho fundamental que tienen todas las personas, sino que también se constituye como un principio de carácter constitucional que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, para evitar que sean privilegios de algunos.

Sin igualdad, no existen garantías fundamentales, quedando de esta manera la aplicación de los derechos al libre arbitrio del Estado, que podría reconocérselos de manera selectiva.

Un ejemplo en el Derecho Administrativo de aplicación del principio de igualdad es la selección de empleados públicos, bajo criterios de capacidad y mérito (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española); o bien, en la adjudicación, por ejemplo, de becas o subvenciones de cualquier tipo, teniendo la Administración Pública el deber general de aplicar el principio de igualdad con cualquier ciudadano, salvo que haya justificación objetiva y razonable de cambio de criterio.

En consecuencia, la actividad administrativa debe ser neutral y objetiva y, al mismo tiempo, tener como base la igualdad de todos ante la ley, tanto en el ámbito material como

⁷⁸ DIEZ PICAZO, L.M “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 98, Mayo/Agosto 1982, p.11.

⁷⁹ LLORÉNS, E.L. *La igualdad ante la ley*. Murcia, Instituto de Estudios políticos de la Universidad de Murcia, 1934, pp. 37 y 54.

⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo...* cit. p.131.

formal, por las posibles repercusiones que puede tener sobre la libertad y la propiedad privada de los administrados.

3.2.3 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad viene reconocido en el artículo 1.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución Española y en el artículo 100 de la LPCA en lo referido a la ejecución forzosa “1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad (...)”.

Podemos definir el principio de proporcionalidad como: “principio general de rango constitucional que tiene como función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados derechos fundamentales”. VALLEDUPAR define el principio de proporcionalidad como “una herramienta argumentativa, empleada para evitar que se restrinjan derechos fundamentales, evitado un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los mismos”⁸¹. LOPEZ GÓNZALEZ afirma que el principio de proporcionalidad “exige que en la actuación administrativa exista siempre una justa adecuación de su contenido con los fines que se le determinan por el Ordenamiento jurídico”⁸².

En consecuencia, este principio supone la realización de un examen de ponderación que contraste si existe la correcta adecuación entre los medios utilizados y los fines perseguidos, a la luz de las circunstancias⁸³.

A ojos de LÓPEZ GONZÁLEZ⁸⁴, para la correcta realización del examen de proporcionalidad el juez deberá observar y analizar si se cumplen o no los siguientes requisitos.

⁸¹ VALLEDUPAR, C *Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno*. Noviembre 2017, p. 7.

⁸² LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I *El principio de proporcionalidad en el derecho Administrativo* Universidad de Huelva, p.153.

⁸³ SANCHEZ MORÓN, M *Derecho...* cit. p. 101.

⁸⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I *El principio de proporcionalidad...* cit, pp. 154,155 y 156.

En primer lugar, el contenido de la decisión administrativa debe ser adecuado a los fines que la justifican, es decir, la actuación administrativa debe en todo momento corresponderse con el supuesto de hecho que justifica la actuación, los medios utilizados y los fines de interés general que quiere salvaguardar el Ordenamiento con dicha actuación.

En segundo lugar, la medida que tome la Administración debe ser: necesaria, lo menos restrictivo posible y moderada de acuerdo con la consecución del objetivo perseguido por el Ordenamiento, es decir, que la medida que considere oportuna la Administración para la consecución del objetivo debe ser lo menos restrictiva para sus destinatarios.

Por último, de la medida adoptada deben derivarse beneficios superiores a las restricciones o limitaciones de derechos que la medida comporta. El contenido de la actuación debe ser equilibrado entre los beneficios derivados para el interés general y las limitaciones de derecho consecuencia de dicha medida. Este tercer requisito tiene una gran trascendencia en el ámbito de las actuaciones administrativas discrecionales y en las de naturaleza reglamentaria, por tanto, sometidas a este principio general en coherencia con el principio de legalidad de dichas actuaciones.

En conclusión, el principio general de proporcionalidad comporta un importante límite a la actuación de la Administración consolidándose, así, como uno de los principales límites de esta.

3.3 Control sobre los hechos determinantes

Esta técnica de control permite comprobar si concurre en la realidad o no el supuesto de hecho establecido en la norma para el correcto ejercicio de una facultad atribuida a la Administración ⁸⁵.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que *“toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y otra”* ⁸⁶.

La potestad discrecional se atribuye en virtud de la relación con determinados supuestos que define la norma legal, por lo que el ejercicio de una potestad discrecional sólo

⁸⁵ COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de derecho...* cit. p. 376.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades...* cit. p. 170.

será válido si concurren dichos supuestos. La Administración, dentro del margen de valoración que le permite la discrecionalidad, podrá elegir en uno u otro sentido, siempre que medie el presupuesto necesario. Por ello, sostiene FERNÁNDEZ FARRERES que *“de no mediar presupuesto necesario, que no es otro que la concurrencia del hecho o hechos susceptibles de ser subsumidos o reconducidos al supuesto legal, la decisión administrativa carecerá de toda cobertura y deberá ser anulada”*. De esta manera, el control de los hechos determinantes se constituye como una de las formas más eficaces del control judicial de las potestades discrecionales .

4. Conclusiones

1.- Gobierno y Administración son dos realidades distintas, relacionadas entre sí de manera inevitable y por ello deben distinguirse, pero no pueden separarse, ya que pertenecen a una misma realidad organizativa encuadrada en el Poder Ejecutivo del Estado, configurándose de esta manera el Gobierno como cabeza de la Administración y del poder ejecutivo del Estado y, por ello le compete su dirección.

2.- Podemos definir el acto político como “decisión administrativa marcadamente discrecional (con un amplio contenido valorativo, por tanto, o juicio de oportunidad), que procede del órgano superior colegiado de la Administración y que se definía materialmente con respecto a una serie de supuestos, de modo ejemplificativo (no exhaustivamente, por tanto); en el artículo 2,b) de la Ley Jurisdiccional de 1956, donde se excluía el control de esa jurisdicción expresamente, al tiempo que se atribuía al orden judicial el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a que pudieran dar lugar tales actos”.

3.- La ausencia de control de las actuaciones del Gobierno es insostenible e inviable en el régimen constitucional por lo que, los tribunales en virtud del artículo 106.1 de la Constitución Española serán los encargados de controlar dicha actuación. Por ello, en nuestro Derecho hoy en día no existen actos exentos de control jurisdiccional, aunque existan ciertos actos de altos órganos constitucionales con contenido político máximo, cuyo fondo no puede ser objeto de control en sede jurisdiccional, teniendo que ser objeto de control en la instancia política correspondiente.

4.- Todos los actos discrecionales de la Administración contienen una serie de elementos reglados de obligatorio cumplimiento. La existencia de dichos límites responde a la no arbitrariedad en la actuación de la Administración y al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, expresamente se prevé el control de los actos del

Gobierno, en sus elementos reglados y cuando afecten a derechos fundamentales, además de la responsabilidad patrimonial (artículo 2, a) LJCA)

5.- Competencia, procedimiento, motivación y fin son los elementos reglados siempre en cada acto discrecional. La Administración en todo momento debe respetar dichos límites que no sólo vienen reconocidos en sus respectivas leyes, sino que, también vienen reconocidos en la Constitución Española norma fundamental del Ordenamiento Jurídico Español. El incumplimiento de alguno de dichos elementos constitutivos de los actos dictados por la Administración o por el Gobierno, supondría la invalidez de dichos actos .

6. – Además, la actuación de la Administración está sometida a los Principios Generales del derecho y a los hechos determinantes que, al igual que los elementos reglados, tienen como objetivo el respeto a los derechos de los ciudadanos y no arbitrariedad en la actuación de la Administración. Legalidad, igualdad y proporcionalidad son Principios Generales de Derecho Público reconocidos en la Constitución Española, positivizados, y los tres constituyen límites efectivos que la Administración y, particularmente el Gobierno, deberán respetar en su actuación discrecional.

5. Bibliografía

E., 1ER MAI 1822, LAFFITTE . ROCHE, G. Y LEBON F. *Recueil general des arrêts du conseil d'état. (rec. roche-lebon)* imprimerie et librairie administratives de Paul Dupont, Paris, 1840. tome 3.

APARICIO PÉREZ, M.A *¿Hacia una nueva figura de los actos políticos del Gobierno? El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació, Barcelona, 1985.

BELADIEZ ROJO, M “La vinculación de la Administración al Derecho”. *Revista de administración pública* nº153, 2000.

BONNARD, R. *Précis de Droit Administratif*. Recueil Sirey, Paris, 1935.

BUSTILLO BOLADO, R.O La desviación de poder en el derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos humanos, *Revista de Administración Pública*, nº188, Madrid, mayo-agosto, 2012.

CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “La teoría del acto político”, *RAP*, nº53, (1967).

COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de Derecho Administrativo* Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2018.

DIEZ PICAZO, L.M “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 98, Mayo/Agosto 1982.

DIEZ PICAZO, L.M. “La estructura del Gobierno en el Derecho Español” *Documentación Administrativa*. Nueva época, nº215, 1988.

DIEZ SÁNCHEZ, J. J. “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº26, 2012.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J “El indulto ante la justicia administrativa” *R.V.A.P.* nº 99-100, Mayo-Diciembre 2014.

EMBID IRUJO, A “La justiciabilidad de los actos de gobierno”. *Documentación Administrativa*, nº220, 1989.

FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Instituto nacional administración pública, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ FARRERES, G *Sistema de derecho administrativo*, 3ª ed, Civitas, Cizur Menor Navarra, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reutersp, Cizur Menor Navarra, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 2004.

GARRIDO CUENCA, N. *El acto de Gobierno*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J *Comentarios a la jurisdicción contencioso-administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio), Civitas, Madrid, 2003.

GÜECHÁ MEDINA, C.N “La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración”. *Revista Opinión Jurídica*, vol. 16, nº. 31, 2017.

LLORENS, E.L. *La igualdad ante la ley*, Instituto de Estudios políticos de la Universidad de Murcia, 1934.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I “El principio de proporcionalidad en el derecho Administrativo”, *R.V.A.P.*, nº5, 1998.

MARCHECO ACUÑA, B “El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español” *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Riedpa, nº2, 2015.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L “Actos de Gobierno y Administración Local”, en *Nuevas perspectivas del Régimen Local (Estudios en Homenaje al Prof. Boquera Oliver)*, Tirant-lo-blanch, Valencia 2001, pp.639-682.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid 1986.

NAVARRO PÉREZ, J.L *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (comentarios y jurisprudencia)*. Comares, Granada, 1990.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. Prólogo en GARRIDO CUENCA, N. *El acto de Gobierno, Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PERA VERDAGUER, F *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, Bosh S.A, España, 2005.

PARADA, R *Derecho Administrativo Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid 1993.

RUBIO LLORENTE, F “Principio de legalidad, en la forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)”, *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, nº13, 1993.

SANCHEZ AGESTA, L. GOIG MARTÍNEZ, J.M *Título IV. Del Gobierno y la Administración, Comentarios a la Constitución Española de 1978*.

SÁNCHEZ MORÓN, M *Derecho Administrativo Parte General*, 13ªed, Tecnos, Madrid, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A “Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar”. *“Documentación Administrativa”*, nº215, 1988.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A *Principios de derecho administrativo general II*, 5ªed, Iustel, Madrid, 2018.

SERRANO MAÍLLO, M.I. “¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la sentencia del pleno de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal supremo de 20-11-2013”. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014.

VALLEDUPAR, C. *Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno*. Noviembre, 2017.

Jurisprudencia

Sentencia 45/1990, de 15 de marzo (BOE núm. 85, de 09 de abril de 1990).

Sentencia 196/90, de 29 de noviembre de 1990 (en CENDOJ, núm. RTC 1990,196).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1991 (en CENDOJ, núm. RJ 1991,7533).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1995 (en CENDOJ, núm. Recurso 1650/1992, de 25 de septiembre de 1995).

STS de 20 de diciembre de 2002 (en CENDOJ, núm. rec. cas. 7360/1998).

STS 24 de noviembre de 2003 (en CENDOJ, núm. rec. cas.7786/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004.

STS, 5 de mayo de 2008, Fundamento de derecho nº4. (en CENDOJ, núm.34/2015, de 5 de mayo de 2008).

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (en CENDOJ núm. Recurso 13/2013, de 20 de noviembre de 2013).

Sentencia del Tribunal Supremo 2482/2020 (en CENDOJ núm. Recurso 13/2013, de 20 de noviembre de 2013).

Leyes

Constitución Española de 1978.

Decreto de 8 de febrero de 1952 aprueba el Texto Refundido de las leyes de 1894 y 1904.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Ley 17/2009 (*Ley Paraguas* de transposición al Derecho Español de la Directiva 2006/123/CE).

Ley 29 de diciembre de 1890.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Ley Jefatura del Estado de 1944.

Ley Maura de 1904.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Proyecto de Ley jurisdiccional de 26 de enero de 1881.

Proyecto Sagasta de 22 de julio de 1886.

