



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.

Autor

Pedro Manuel Marco Arteagabeitia

Director

Dr. Víctor Manuel Escartín Escudé

Universidad de Zaragoza

2016

ÍNDICE DEL TRABAJO

	Páginas
I. INTRODUCCIÓN.....	5-6
II. DE LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN	
1. Potestad	
Administrativa.....	7-8
1.1 Distinción entre la potestad reglada y discrecional.....	8-11
A) Breve mención a la potestad de planeamiento urbanístico como máximo exponente de la discrecionalidad.....	11-13
2.1 Distinción entre la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado.....	13-15
3.1 La discrecionalidad NO es arbitrariedad.....	15-17
III. FUNDAMENTOS DEL PODER DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LÍMITES CONSTITUCIONALES	
1. Principio de legalidad.....	17-19
2. Reserva de ley.....	19-20
2.1 Reglamentos y actos administrativos.....	20-22
3. Control judicial de la Administración.....	22-25
IV. DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN (anulación, materias regladas y fin, hechos determinantes, motivación, control judicial y principios generales del derecho).....	25-30
V. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	
1. Concepto y alcance de la jurisdicción contenciosa-administrativa.....	30-32
2. Actos de gobierno.....	32-35
VI. CONCLUSIÓN.....	36-38

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE	Constitución Española 1978
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

I. INTRODUCCIÓN

Para completar el curso universitario es necesaria la realización de un Trabajo de Fin de Grado que deje constancia de los conocimientos adquiridos por el alumno a lo largo de su vida académica. Es por ello que realizo este trabajo como parte de mi ciclo de estudiante y como culminación de mi grado en Derecho.

La cuestión que vamos a tratar en este trabajo versa sobre la discrecionalidad de la Administración, de dónde obtiene ese poder y cómo se puede controlar la gran maquinaria que rige el funcionamiento del estado y los ciudadanos. En concreto analizaré el control llevado a cabo por el poder judicial, y dentro de ese poder, cuales son los límites que tiene el juez para conocer sobre el acto administrativo y modificarlo o anularlo en base a la ley y la situación justa.

Inevitablemente si hablamos de Derecho Administrativo debemos hacer referencia a Eduardo García de Enterría. Si hablamos del control discrecional y del control de la discrecionalidad que los jueces ejercen sobre la Administración, (en especial referidas a los conceptos de discrecionalidad técnica y al requisito de motivación de la actuación discrecional de la administración) debemos hacer hincapié en la polémica entre Luciano Parejo y Tomás Ramón Fernández, que, en expresión de García de Enterría, «*ha sacudido últimamente las aguas quietas de nuestra disciplina*». Luciano Parejo aboga por la exclusión del control judicial de la discrecionalidad técnica, mientras que T.R. Fernández defiende que su exclusión o limitación conlleva a una transgresión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El núcleo de esta discrepancia doctrinal se encuentra en la exigencia constitucional de entera sumisión a la ley y al Derecho de la Administración (art. 9.1 CE) y, por consiguiente, su sujeción al control jurisdiccional en virtud del artículo 106.1 CE, si bien, desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 se ha propiciado un escenario tendente a un control más riguroso de la actividad administrativa en general.

La elección del tema se basa en dos motivos. Por un lado, el interés que me suscita el derecho administrativo que a lo largo de mi estancia en la universidad ha sido una de las asignaturas que más me ha gustado. Por otro lado el contenido del tema, ya que como antes he mencionado, la Administración es poder, y como “gran poder” es importante

recordar y bucear en los límites legales que tiene y no olvidar que en una democracia la Administración está al servicio de los ciudadanos debiéndose justificar todas sus decisiones, y someterse al control judicial, como jurisdicción revisoría. Son precisamente las capacidades y límites de ese control jurisdiccional de lo que vamos a tratar.

La metodología seguida en el trabajo consiste en primer lugar en un análisis de la potestad administrativa para situar el origen del poder de la Administración y cuál es su fundamento. Dentro de este análisis es básico distinguir entre la potestad reglada y la potestad discrecional, siendo esta última la que nos interesa. Dicha discrecionalidad debemos separarla del concepto jurídico indeterminado y la arbitrariedad, pues en el primer caso la Administración no tiene un elenco de opciones para elegir, sino unas condiciones que si se cumplen darán lugar a la aplicación de la ley, y en cuanto a la arbitrariedad, es obvio que sin justificación de los actos administrativos no se puede hablar de discrecionalidad. Siguiendo este esquema pasamos a analizar las bases legales que facultan a la Administración a tener la potestad discrecional, bases que marcan un poder y un límite legales. Una vez determinado hasta donde llega la discrecionalidad de la Administración, pasamos a observar qué técnicas existen en el ordenamiento jurídico español para supervisar y revisar todas esas potestades desde el control que ejerce el poder judicial.

II. DE LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Potestad Administrativa

Antes de hacer un estudio sobre las potestades regladas y discrecionales es importante determinar que es la “potestad administrativa”.

Las potestades administrativas se definen como poderes que la Ley confiere directamente a las Administraciones Públicas y que las facultan para realizar actos con fines de interés general o público. Estos poderes que les son otorgados las sitúan en una posición de supremacía y de prerrogativa, que además, las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las que son titulares activos los administrados, imponiéndoles obligaciones, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento, aunque sujeto al ordenamiento jurídico.

Sus características principales¹ son:

- Se trata de poderes regulados por la Ley y por ello no cabe olvidar que las potestades administrativas están sujetas al principio de legalidad propio de nuestro Estado de Derecho.
- Esta facultad otorgada a las Administraciones Públicas sólo puede ser ejercida para la consecución del interés público y en ningún caso para el interés propio o privativo de la propia Administración.
- Posee un objeto genérico no determinado “a priori” consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos.
- La potestad, como consecuencia de su origen legal y no negocial, es inalienable, intransmisible e irrenunciable.

Las potestades administrativas se clasifican según diversos criterios, que no voy a pormenorizar pero sí esquematizar para discernir qué lugar ocupan las potestades

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013. Págs. 467-468.

regladas y discrecionales. Encontramos pues potestades administrativas según su contenido (reglamentaria, de planificación, expropiatoria, sancionadora, etc...); según su incidencia en el ordenamiento jurídico (innovativas y no innovativas,); según el grado de disponibilidad para incidir en la esfera jurídica de los administrados (supremacía general o especial); y según la forma de atribución de la potestad, siendo esta última la que contiene la distinción entre reglada y discrecional.

1.1 Distinción entre la potestad reglada y discrecional

Del mismo modo que los reglamentos son una salida a la imposibilidad del poder legislativo de regular todas y cada una de las materias, la diferencia entre las potestades regladas y discrecionales sigue esa línea práctica, pues el ordenamiento jurídico es incapaz de legislar todas las posibilidades que en el desarrollo normal de la sociedad puedan plantearse, y como señala García de Enterría y T.R. Fernández² «*La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura -nomocracia- objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, (...)*». Para ello se crea una horquilla potestativa que permita a la Administración tomar decisiones discrecionales en función de las circunstancias o de estimaciones de oportunidad; de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde analizar, respetando siempre el principio de legalidad y motivación de la resolución, pero dejando abierto un espacio de libertad de apreciación de la Administración para tomar una decisión.

La potestad discrecional implica una facultad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas según la ley, pero como la discrecionalidad no equivale nunca a arbitrariedad, se puntualiza que el ejercicio de la potestad discrecional exige que el acto en que se concreta el ejercicio de esa potestad sea razonado³.

Recopilando lo anterior, la determinación de potestades discrecionales, y su atribución, supone que en tal actividad de la Administración:

- El resultado no se encuentra predeterminado por la Ley.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013. Págs. 477-488.

³ Sentencia de TS, Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, 20 de Septiembre de 1994.

- Dispone de una facultad de opción entre dos o más soluciones que, a priori, son igualmente válidas para la Ley.
- La existencia de discrecionalidad no puede equivaler, en ningún caso, a arbitrariedad.
- El acto en que se concreta el ejercicio de esa potestad tiene que estar razonado.

Los dos ámbitos generales que engloban la actuación administrativa son la “discrecionalidad política” y la “discrecionalidad técnica”. La discrecionalidad política⁴ se atribuye a aquellos poderes públicos que ponderan los distintos aspectos y consecuencias políticas de una decisión determinada enmarcada en la potestad discrecional proporcionada por la ley. Queda incluido en esa ponderación su estimación subjetiva y sus ideales de la solución acertada. Para no limitar la libertad subjetiva y contaminar así la potestad de la autoridad que toma la decisión, este tipo de discrecionalidad se denomina de grado máximo, lo que se traduce en que el juez estará en una posición de prudencia siendo la decisión judicial limitada por el hecho de que la resolución de la Administración es en el fondo intrínsecamente política y subjetiva. En la discrecionalidad técnica hay dos componentes, por un lado la capacidad de decisión de la Administración, y por otro lado evaluaciones exclusivamente técnicas (económicas, científicas o técnicas “stricto sensu” y realizadas por un profesional de la materia). La Administración en función de la información técnica recopilada optará por la decisión que estime más conveniente practicando su potestad discrecional. Es decir, existen datos objetivos, de los que la discrecionalidad no puede escapar, siendo contrastable la decisión de la Administración a través de mecanismo de prueba, dando como posible resultado la anulación de ese acto administrativo si queda demostrado el error de la Administración. La jurisprudencia deslinda el núcleo de la discrecionalidad administrativa y los aledaños, que son los criterios técnicos, jurídicos, principios generales, etc, cuyo control judicial es total. Un buen ejemplo de ello es la Sentencia de TS, Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, 2 de Noviembre de 2016.⁵

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; Derecho administrativo: Parte General, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015. Págs. 92-96.

⁵ El Tribunal Supremo requiere la debida motivación de los acuerdos adoptados por los tribunales calificadores en la valoración de los distintos méritos de los opositores en los procesos de selección (FJ 4 y 6).

No son pocas las situaciones en las que la discrecionalidad técnica y la política se encuentran en el ejercicio de la Administración. El ejemplo más común es la potestad de planeamiento urbanístico, donde la doctrina alemana ha denominado «discrecionalidad de planteamiento», pues se mezclan requisitos formales técnicos y procesales con el libre albedrio del político de escoger la zona afectada.

La consecuencia lógica de otorgar a la Administración ese poder nos conduce al temor de que esa potestad se pueda ejercitar de manera equivocada, injustificada y arbitraria, sin que el Derecho pueda controlarlo de la manera adecuada. Es por eso que el poder judicial debe establecer los límites de las decisiones discrecionales de la Administración en la medida de lo posible y controlar dichas decisiones, pero este tema lo trataremos con posterioridad.

En contraposición a las potestades discretionales están las potestades regladas, las cuales, en palabras de García de Enterría y T.R. Fernández apuntan que⁶: «*El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente*». Estando por ende el ejercicio de la Administración acotado en su potestad a lo que la ley formalmente establece, y donde la discrecionalidad desaparece dando paso a la simple verificación de la administración de si el caso objeto de estudio cumple o no con legalmente establecido, cuando siendo positiva la respuesta a esta pregunta, la Administración estará compelida y tendrá la obligación de constatar lo que el ordenamiento determine.

Construida la definición de estos conceptos resumiré las dos ideas principales de cada uno:

- El ejercicio de las potestades regladas reduce la Administración a una simple constatación del supuesto de hecho legalmente descrito y a la aplicación de las determinaciones de la norma legal al caso concreto. Se trata de un proceso aplicativo automático de la ley.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013. Págs. 477 in fine.

- En el proceso aplicativo de la ley que confiere la potestad discrecional, por el contrario, se da entrada a la estimación subjetiva de la Administración, a cierto margen de discrecionalidad administrativa y, más concretamente, al que la misma ley permite, pues discrecionalidad no significa plena libertad de la Administración ante la norma legal. Si bien puede afirmarse que tiene mayor influencia el elemento volitivo que el cognitivo.

A) Breve mención a la potestad de planeamiento urbanístico como máximo exponente de la discrecionalidad

La potestad de planeamiento se configura como una potestad ampliamente discrecional, casi como su máximo exponente, y es por ello que la traigo a colación. En ella la discrecionalidad se va a manifestar con una especial intensidad. En este apartado nos referiremos de un modo genérico a la discrecionalidad existente en urbanismo.

El planificador disfruta de una importante discrecionalidad a la hora de llevar a cabo la mayoría de sus determinaciones. Esto es, el sujeto encargado de realizar el plan urbanístico no va a encontrar ningún obstáculo a la hora de decidir el modelo que busca. El art. 3.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real decreto 1346/1976, de 9 de abril (TR76) regula el ejercicio de la competencia de planeamiento. Es decisión del propio planificador que el trazado de una carretera sea por un sitio determinado, por ejemplo, pero donde realmente ésta discrecionalidad va a adquirir su máxima expresión es a la hora de decidir sobre qué suelo tiene la calificación de urbanizable y cuál la de no urbanizable.

El ámbito en materia de planeamiento urbanístico es inabarcable para mi trabajo, por ello incidiré sobre dónde se manifiesta un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento y es en la alteración del contenido originario de los planes o «ius variandi». Esto viene motivado sobre todo por el hecho de que la ordenación urbanística tiene que ser acorde con las nuevas necesidades de la población, es decir, actualizar el interés público general. Por todo ello, el «ius variandi» se considera una facultad inherente a la potestad de planeamiento, de esta manera la alteración del contenido de los planes no encuentra límite alguno, ni en el principio de vigencia indefinida de los planes, ni en el principio de seguridad jurídica, ni en la

existencia de una previa ordenación urbanística. Apoyándose en el ejercicio de éste principio, la Administración ha llevado a cabo muchos cambios de calificación de terrenos.⁷

En cuanto a la discrecionalidad existente en la tramitación y aprobación de planeamiento es preciso distinguir entre los actos preparatorios, los de trámite y el de aprobación definitiva. En los primeros la Administración dispone de discrecionalidad para decidir sobre la conveniencia o no de la exposición pública así como de la realización de avances y anteproyectos de planeamiento. Con relación a los segundos, la Administración dispone que podrá acordar la formulación del plan, así como a quien le otorga su redacción y una vez que esta haya adquirido cierta entidad se expondrá públicamente. Luego vendrá la aprobación inicial la cual supone una cierta discrecionalidad para la Administración en relación al proyecto de ciudad que considera acertado para el ámbito correspondiente. En cuanto al acto de aprobación definitiva hay que resaltar que la Comunidad Autónoma no tiene la potestad de aprobar un plan distinto al del municipio pero sí que podrá introducir modificaciones en él tanto por razones de legalidad como de oportunidad.

Tras todo lo expuesto parece que en esta materia la discrecionalidad de la Administración es total e intocable, no obstante, el ordenamiento jurídico nos ofrece varias respuestas frente a estas actuaciones.

Así, podemos sucesivamente establecer unos límites específicos de control de la potestad discrecional en el planeamiento:

- Los estándares urbanísticos: son criterios materiales de ordenación que aseguran mínimos inderogables de calidad de vida en el espacio urbano que operan como límites a los actos del planificador en la medida en que este no puede vulnerar dichos mínimos.

⁷ DELGADO BARRIO, Javier; El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, Civitas, Madrid, 1993.

- El carácter reglado de las licencias urbanísticas: implica la necesidad de concreción de los criterios empleados de manera que permitan una actuación reglada a la hora de su aplicación, repitiéndose aquí el principio de legalidad.
- Los documentos de los planes como límite a la discrecionalidad: la memoria y el estudio económico financiero. La memoria sirve para que la Administración explique las razones que fundamentan y legitimen la utilización de la amplia discrecionalidad que posee. El estudio económico financiero muestra que el planificador a la hora de elegir un determinado modelo territorial viene limitado en función de las posibilidades económicas de las que dispone. Es decir, la Administración tiene que buscar la viabilidad real del plan.
- La fuerza normativa de lo fáctico como límite a la potestad de planeamiento: lo que quiere decir que la realidad de los hechos juega como punto de partida frente a la discrecionalidad de la Administración. Por tanto lo que demande el interés público en ese momento no podrá ser contrariado sin que sea irracional.

Todo lo que excede de los límites aquí expuestos es controlable por el poder judicial, puesto que se encuadra en las técnicas de control de la discrecionalidad de la Administración.

2.1 Distinción entre la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado

Estos conceptos han sido objeto de confusión en el Derecho Administrativo, ya que desde un punto de vista práctico aparentan tener cosas en común. Sin embargo, nada más lejos de la realidad pues son dos ideas diferenciadas en el ámbito potestativo discrecional de la Administración, en concreto en la toma de la decisión subjetiva y en el control judicial.

Como ya hemos visto, se le otorga a la Administración un abanico de posibilidades en las que elegir libremente sin tener que justificar objetivamente (con el matiz de la discrecionalidad técnica). En efecto, la verdadera discrecionalidad se caracteriza por permitir diversas soluciones igualmente legítimas, de manera que, una vez comprobado que se da el supuesto de hecho y se cumplen los requisitos, ningún juez puede actuar

sobre el contenido de la decisión, porque estaría invadiendo las atribuciones de gobierno de la autoridad ejecutiva.

Los conceptos jurídicos indeterminados son regulados por la ley para determinar situaciones que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero que deben ser concretados por la Administración para la aplicación de la propia ley. La ventaja de estos conceptos para la función legislativa es clara, pues basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten. La indeterminación del enunciado no impide la indeterminación de la aplicación del enunciado, y es ahí donde la Administración cumple su función, pero una función limitada en todo caso al precepto legal, donde el acto administrativo estará enfocado a la decisión de aplicar el concepto jurídico indeterminado o no aplicarlo. Para aplicar un concepto como éste la Administración debe fundar su decisión en criterios técnicos y lógicos-objetivos, y es importante advertir que esos criterios no son en nada discretionales, pues la ley no crea un elenco de opciones dentro del concepto jurídico indeterminado, sino que si cumple los requisitos válidos podrá ser aplicado al caso práctico concreto. Solo una única decisión administrativa será elegida. La consecuencia de esta limitación de la Administración a una única solución correcta respetando el ordenamiento jurídico es que los tribunales tendrán un campo de acción sobre el control de esas decisiones total.

Dicho esto debemos matizar como en todo, por las situaciones infinitas que tiene cada caso concreto, pues aunque en determinadas circunstancias sea fácil encontrar consenso en lo que es y no es objeto de aplicación del concepto jurídico indeterminado, también encontramos casos difíciles donde la unanimidad es imposible, existiendo soluciones diferentes pero igualmente plausibles. Es en esas situaciones donde la jurisprudencia ha querido matizar y reconocer cierto margen de apreciación⁸ de la Administración en los conceptos jurídicos indeterminados. Este margen apunta a que la decisión será contraria al Derecho cuando contravenga los requisitos formales que exige la norma, pero cuando no quede probada suficientemente esa carencia, el acto administrativo deberá ser respetado y considerado lícito.

⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; Derecho administrativo: Parte General, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015. Págs. 96-98.

Para cerrar este apartado comparare en dos párrafos el control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad de la Administración:

- García de Enterría⁹ distingue por otra parte, en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados, entre distintos círculos concéntricos. En el círculo inferior nos encontraríamos con el terreno de la certeza positiva, es decir, una zona en la que de manera evidente concurre el concepto legal (una conducta es claramente pulcra y diligente). En el círculo externo hallaremos por otra parte aquella zona en la que de modo evidente la previsión legal no se da (una conducta manifiestamente temeraria es, con toda claridad, indiligente). Y el problema, naturalmente, lo encontramos en el centro, en aquella zona en la que tenemos dudas. Es el área que el profesor, al que de modo constante nos estamos refiriendo, denomina el halo de concepto. Aquí es donde operan los juicios y los márgenes de apreciación pero al final, habrá que decidir si sí o si no.
- En las potestades discretionales por el contrario, aunque próximas a esta clase de conceptos (por lo menos en el relativo estado de incertidumbre que nos provocan), esa unidad de solución justa no existe sino que, al contrario, hay una pluralidad de ellas igualmente válidas. En ellas estamos ante lo que algunos autores denominan indiferentes jurídicos. Estamos ante la posibilidad de optar entre unas u otras sin salirnos de la más pura legalidad. El ejemplo del planeamiento urbanístico y la posibilidad (jurídicamente indiferente) de situar un parque más arriba o más abajo en el plan, una iglesia más al este o más al oeste, un colegio aquí o allá, nos sirve para ver que aquí, en el terreno de las potestades discretionales no hay una unidad de solución justa sino, por principio, varias de ellas.

3.1 La discrecionalidad NO es arbitrariedad

Parece imperioso distinguir entre estos dos conceptos, pues aunque semánticamente parecidos, nada tienen que ver bajo el análisis de un jurista.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013. Págs. 481-488.

De la discrecionalidad ya hemos hablado y explicado su significado. Cuando cierre este apartado señalaré las diferencias entre los dos, pero eso será todo lo que hable de la arbitrariedad.

Ihering definió la arbitrariedad como: «la injusticia del superior». De una manera simple podríamos decir que en la actualidad arbitrario, aunque mantiene la connotación peyorativa, se entiende más bien como acto injusto, o acto inmotivado, como acto contrario al Derecho, concebido éste esencialmente como fundamento, como soporte racional y fundado de los actos.¹⁰

La prohibición de los actos arbitrarios está como antes he comentado, en el artículo 9.3 de la Constitución. El propio Tribunal Constitucional¹¹ ha precisado el sentido actual de arbitrariedad en los siguientes términos: *«la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad».*

Pues bien, situados ambos conceptos en el mundo jurídico, debemos analizar qué características son las que diferencian a uno de otro, y para ello acudimos a los indicadores diferenciadores que apunta Tomás R. Fernández¹². El primero de ellos es la Motivación del acto y el segundo la necesidad de una Justificación Objetiva del acto discrecional.

La motivación es el argumento en que se funda la Administración para tomar la decisión concreta. Sin un motivo el sujeto afectado no sabe si dicha decisión tiene una base jurídica o por el contrario es arbitraria y no responde al interés público. Por ello la motivación juega un papel de control contra la arbitrariedad. Un acto motivado no será nunca arbitrario, pero para esa afirmación debemos incluir otro método de control a la

¹⁰ ALEMÁN PARDO, María José; «Acerca de las diferencias entre la discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración», Revista jurídica de la Región de Murcia, ISSN 0213-4799, N°. 24, 1997, págs. 109-121.

¹¹ Sentencia de TC, número 325, de 12 de Septiembre de 1994.

¹² RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; De la arbitrariedad de la administración, 5^a Edic., Civitas, Madrid, 1994. Págs. 80-81.

argumentación de la motivación, y es la necesidad de una justificación objetiva. Como digo, no basta con que el órgano en uso de las facultades discrecionales elija una opción de las varias disponibles y explique por qué la ha elegido. Falta algo más. Falta acreditar que la opción escogida es la mejor posible, la más adecuada al fin que se pretenda. Es preciso, por tanto, que la motivación sea correcta, adecuada, es decir, que la operación intelectual que le lleva al órgano a elegir una de las varias opciones posibles, sea la más racional. Como señala el Tribunal Supremo¹³: «*en los discretionarios, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión*».

En conclusión, un acto discrecional es el que la Administración puede escoger entre un elenco de posibilidades, pero no está exento de control, y por ello se exige, al igual que a los jueces, que motiven la decisión discrecional que han tomado, y que la motiven bajo una argumentación lógica-deductiva. De esta manera la discrecionalidad no es arbitrariedad.

III. FUNDAMENTOS DEL PODER DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LÍMITES CONSTITUCIONALES

1. Principio de legalidad

En virtud de este principio, consagrado indirectamente en el artículo 9.1 de la CE, todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley. Asimismo, es una consecuencia de lo que se expresa en el Preámbulo como voluntad de la Constitución: «*Consolidar un Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*». Y, como ha afirmado el Tribunal Constitucional¹⁴ estamos ante un dogma básico de todo sistema democrático.

Parece básico hablar del principio de legalidad. El motivo es obvio, pues este principio determina el límite máximo de la capacidad de la Administración para poder tomar

¹³ Sentencia de TS, Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, 20 de Noviembre de 2013.

¹⁴ Sentencia del TC, número 108, de 29 de Julio de 1986.

decisiones que se funden en Derecho, perteneciendo además a los principios de la potestad Administrativa.

Lo sustancial de este mecanismo se basa en que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. Dicha exigencia parte de dos justificaciones, la primera es que en el Estado de Derecho la única legitimidad que se debe respetar sobre el poder debe provenir de la voluntad consensuada, es decir, la ley. Por tanto el poder único en manos de un sujeto que impone su criterio acaba desapareciendo para dar paso al legislativo. La otra justificación viene determinada por la separación de poderes, pues el poder ejecutivo no crea la ley, solo la ejecuta, por tanto su campo de actuación estará determinado por los poderes que le sean otorgados por el poder legislativo, siendo de esta manera un límite inquebrantable, ya que de lo contrario no sería el Estado de Derecho que es voluntad de la Constitución. No excluye el poder judicial de este análisis, pero es obvio que tiene la misma obligación de respetar la ley y sus límites, además de hacerla cumplir.

Este principio es definido en diferentes textos legales, así, podemos encontrarlo en la Constitución, en relación con el principio general del derecho *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el artículo 25.1: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*». De igual forma lo encontramos en el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (de ahora en adelante LRJ-PAC): «*La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*». Añado la definición que elabora Eduardo García de Enterría junto con T.R. Fernández¹⁵ como no puede ser de otra manera: «*La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo*

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013. Pág. 465.

cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶ se hizo eco de este principio dándole el valor de una doble garantía: «*La primera de orden material y alcance absoluto (...) que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto (...) el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora».*

No me gustaría extenderme con la explicación del concepto de legalidad, pero veo inevitable diferenciar entre la garantía material y la garantía formal¹⁷. La primera de ellas se sustenta en la idea de que cualquier acción singular de poder por parte de la Administración se justifique con la existencia de una ley anterior, existiendo una norma que habilite dicha actuación, dando como resultado una vinculación positiva de la Administración a la ley. La segunda la pasamos a analizar en el siguiente apartado.

2. Reserva de ley

La segunda garantía antes nombrada, la formal, hace referencia a la reserva de ley, cuyo significado parte del principio técnico de la división de poderes pues busca asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes (poder legislativo). Pero esta reserva presenta un contenido y extensión distintos al que correspondería por ejemplo a la normativa penal, que está reservada en exclusiva a la ley orgánica, y es distinto porque no se presenta como la comisión de delitos, que es la figura más grave de nuestro ordenamiento jurídico, sino de actos administrativos que castigan situaciones

¹⁶ Sentencia del TC, número 42, de 7 de Abril de 1987.

¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; Derecho administrativo: Parte General, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015. Págs. 698-700.

menos graves, propias del desarrollo diario de la sociedad, regulados en leyes y reglamentos.

La jurisprudencia también avala esta idea, dando más flexibilidad al principio de reserva de ley en el ámbito administrativo, llegando a advertir *«el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en estas materias»*. De la misma manera que la jurisprudencia valora la importancia de los reglamentos y su necesidad, la flexibilidad de la reserva de ley debe ser acotada, intentando perfilar cuál es su alcance en el mundo jurídico, y es por ello que la jurisprudencia ha ido introduciendo matices sobre el tema en cuestión.

A modo de ejemplo nombraré algunos:

- La ley que habilite su desarrollo en un reglamento deberá tener un contenido material propio, es decir, determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica de la propia ley, con excepción de la normas reglamentarias constitucionales, pues a tenor de la STC 42/1987 ya nombrada con anterioridad: *«la garantía formal de reserva de ley no puede aplicarse con carácter retroactivo a un periodo histórico en que no exista»*.
- Merecen mención las ordenanzas municipales que regulan la tipificación de infracciones y sanciones, pues no siempre existe una norma legal de remisión con un contenido sancionador sustantivo propio, lo que nos llevaría a pensar que excede del límite de la reserva de ley, sin embargo solo serán ilícitas las ordenanzas que se separen sustancialmente de lo establecido como la regla común, sin un fundamento que lo razonen suficientemente.
- Por último advertir que la reserva de ley no solo se refiere a la tipificación de infracciones y regulación de sanciones, sino que su ámbito se desborda también a otras materias como son la prescripción o normativa procedural, a la que concedo importancia significativa por cuanto establece unas pautas de actuación que hemos de considerar como garantía frente al poder de la administración.

En conclusión, la Administración está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

1.1 Reglamentos y actos administrativos

En este apartado quiero comparar estos dos conceptos que aunque son propios de la Administración responden formal y materialmente a criterios distintos. En primer lugar hablare del reglamento. García de Enterría lo define sucintamente como *«toda norma escrita o disposición jurídica de carácter general procedente de la Administración, en virtud de su competencia propia y con carácter subordinado a la ley»*.

Desde la práctica, la falta de agilidad del procedimiento legislativo (extensos y complejos trámites) y la inabarcable capacidad de control de todas las situaciones posibles, hace que sea materialmente imposible que el poder legislativo (tanto estatal como autonómico) pueda regular mediante ley, todas las diversas y cambiantes situaciones y circunstancias. Así, los argumentos en favor de la potestad reglamentaria se basan en el principio de eficacia. Trata de descargar al legislativo para evitar que tenga que detenerse en cuestiones de detalle, cediendo éste a la potestad reglamentaria para que legisle. Así se considera la figura del reglamento como algo imprescindible para nuestro sistema.

Son tres las características generales¹⁸ que definen a un reglamento:

- Procedencia del ejecutivo.
- Subordinación jerárquica a la ley.
- Capacidad de los órganos judiciales ordinarios de inaplicar y anular los reglamentos.

En segundo lugar encontramos los actos administrativos, definidos como todo acto jurídico concreto dictado por la Administración y sometido al Derecho administrativo, llevado a cabo en ejercicio de la potestad administrativa (distinta del Reglamento) para satisfacer los intereses públicos. Aparentemente la diferencia entre estos conceptos es la de generalidad frente a la singularidad, pero se dan casos en los que un acto administrativo afecta con carácter colectivo, y un reglamento, a pesar de su carácter general de aplicación, puede ser simplemente organizativo y sigue siendo un reglamento

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; Derecho administrativo: Parte General, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015. Págs. 183-184.

con independencia de su escueto contenido, lo que desvirtúa la diferencia planteada hasta ahora. Donde debemos buscar la diferencia clave es en el denominado criterio ordinamentalista, compartido por autores como Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Agustín Bodillo.

Sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que *«el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue la vida social desde su superioridad»*.

Por tanto, el reglamento como norma jurídica innova en el ordenamiento jurídico en algún aspecto, y mientras permanezca en vigor será susceptible de aplicación en las situaciones que se vayan planteando. Sin embargo el acto administrativo no es norma jurídica, sino una decisión que se ve consumida en su cumplimiento, se agota para el caso concreto, y para una misma situación posterior otro acto administrativo nacerá y se morirá en la resolución problema.

3. Control judicial de la Administración

El control judicial es el núcleo de mi trabajo, y como es obvio posteriormente desarrollare de manera más extensa y amplia lo relativo al control judicial pero ello no obsta a que de manera sintética introduzca ahora ciertos conceptos.

El procedimiento contencioso-administrativo, debe entenderse como un control de la legalidad de los actos de la Administración. Lo que realmente importa y justifica la existencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los intereses particulares y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde, se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El origen de esta jurisdicción lo encontramos en los postulados de legalidad y libertad consagrados por la Revolución francesa de 1789, sin embargo la evolución en los distintos países europeos desarrolló tres modelos o formas distintas de entender el control al poder ejecutivo:

MODELO FRANCES:

Como bien señala Tomás R. Fernández¹⁹, la radical concepción del principio de división de poderes de la revolución francesa, establecía un sistema de control de las actuaciones administrativa que excluía a los jueces y tribunales. Así pretendía separar el poder ejecutivo del judicial, pues la intervención de uno sobre las potestades del otro era inconcebible. De esta forma en Francia se consagró un sistema de control de los actos del poder ejecutivo ejercido por el propio poder ejecutivo a través del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos y de apelación dependientes de él. Lo no discrecional parece ser que sigue siendo lo no contencioso.

De manera sucinta comentare la historia del modelo español, denominado como Armónico dentro de los sistemas mixtos:

- Sistema Armónico: establecido en España en 1888 buscaba conciliar el modelo francés establecido en España desde 1845 y el modelo judicial que fugazmente se instauró con la Constitución de Cádiz y en la liberal de 1869 (este sistema atribuía la competencia de control a la Administración a un órgano de composición mixta integrado en parte por jueces y en parte por miembros de la propia administración). Vinculado en España a los períodos de vigencia del liberalismo, se instauró por primera vez y sin demasiada trascendencia en la Constitución de Cádiz de 1812.

Es en 1956 cuando se adopta de forma definitiva el modelo de control de la actuación del poder ejecutivo. Nuestra actual Constitución de 1978 lo mejoró en

¹⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; De la arbitrariedad de la administración, 5^a Edic., Civitas, Madrid, 1994. Págs. 31-39.

su artículo 106 y posteriormente la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa articularon un sistema en que toda la actividad de la Administración pública, de cualquier clase, que esté sujeta al Derecho Administrativo, se somete a control por parte del poder judicial.

A este respecto partimos del artículo 106.1 de la Constitución, que indica que: *«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»*, estando complementado con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo texto, en relación con las actuaciones que desarrolla la Administración y su interacción con los ciudadanos. Otros artículos propios del Poder Judicial, se encuentran en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), relativos a las garantías básicas del proceso, son los artículos 117.1, 117.3 y el 118. Dicho control puede llevarse a cabo por distintos órdenes jurisdiccionales, como son el Contencioso-administrativo, el Civil, el Social, o el Penal, este último en casos en que los sujetos que pertenezcan a la Administración actúen en el ejercicio de su cargo contrariando la normativa penal, añadiendo aquí a la propia Administración como responsable civil subsidiaria del delito. Por último incluimos al Tribunal Constitucional para los casos de recursos de amparo o conflictos de competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las materias en que se determinen competentes para conocer.

El control judicial responde a la necesidad de que la Administración tenga límites, pero estos deben estar velados por un poder separado al legislativo y al ejecutivo, donde el único objetivo e interés sea el de respetar el ordenamiento jurídico, con independencia de quién reclame la tutela. Es por ello que el control jurisdiccional, en concreto de la actividad administrativa, es el instrumento más efectivo para garantizar el sometimiento de la Administración al Derecho y que persigue la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos que puedan verse menoscabados por una actuación contraria a la ley por parte de la Administración. Dicho control también supone una forma de que la Administración mejore como institución.²⁰

²⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; De la arbitrariedad de la administración, 5^a Edic., Civitas, Madrid, 1994. Págs. 123-129.

Debo señalar la denominada autotutela de la Administración, que permite la imposición por parte de la Administración de decisiones unilaterales y vinculantes sobre los derechos y obligaciones de los ciudadanos sin acudir a un juez, ejercitando para ello, una acción declarativa y ejecutando esa acción. Encontramos el control y protección de los sujetos de esa autotutela a posteriori del acto administrativo firme, siendo la tutela ante los tribunales *ex post*.

Para cerrar este apartado es necesario acudir al artículo 24 de la Constitución, donde se regula la tutela judicial efectiva, y que es la que habilita a que todo sujeto afectado por una actuación administrativa (cumpliendo los requisitos procesales) tenga el derecho de acceso al proceso judicial competente y obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones formuladas por las partes.

IV- DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN (anulación, materias regladas y fin, hechos determinantes, motivación, control judicial y principios generales del derecho)

Como advierte la STS 28 febrero 1989 (RJ 1158), «*la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discretionarios está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional*

. Estas técnicas de control de la

discrecionalidad, alumbradas por la doctrina a partir del principio de plenitud del control judicial de la Administración y asumidas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que las ha aplicado reiteradamente, ven abierto el camino para su desarrollo por el carácter expansivo del Estado de Derecho (del que el principio de plenitud de control judicial constituye uno de sus elementos esenciales), en especial, a través de la fiscalización de la actuación administrativa a la luz de los principios generales del Derecho.

A los efectos de este trabajo bastará con dar noticia de las más importantes:

A) Anulación. La invalidez puede definirse como una situación patológica del acto administrativo caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos. Unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad que cura el simple transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros están aquejados de la nulidad absoluta o de pleno derecho, lo que conduce irremisiblemente a la anulación del acto. Un acto administrativo será nulo cuando se den los casos regulados en el artículo 62 de la LRJ-PAC. Anulabilidad. La anulabilidad es la regla general ya que son anulables «los actos que infringen el ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» (art. 63 LRJ-PAC). Además de estas dos categorías de invalidez, la Ley encuadra una tercera, la irregularidad no invalidante, integrada por los actos con vicios menores, es decir, aquellos en los que se dé *«el defecto de forma que no prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, ni provoque la indefensión de los interesados»* así como los actos *«realizados fuera del tiempo establecido, salvo que el término sea esencial»* (art. 63.2 y 3 LRJ-PAC).

B) Materias regladas, que son la competencia del órgano y el procedimiento a través del cual se ejerce la potestad discrecional, incluyendo como señala la jurisprudencia; su propia existencia, extensión, incluso el fondo y fin para los que se funda ese acto administrativo. El control de estos elementos reglados permite un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional. Las potestades administrativas están dirigidas siempre a la consecución de un fin de interés público, que constituye así una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas y de la forma

en que ha de operar la Administración en el ejercicio de su actividad. Dentro de las materias regladas debo hacer una mención especial al control del fin, que da lugar a la técnica de desviación de poder, regulado en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA): *«Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».*

Cualquier actuación administrativa debe buscar la consecución de un fin, que a tenor del principio de legalidad debe estar determinado expresa o tácitamente por la norma que atribuye la potestad administrativa. En el momento en que esa actividad suponga apartarse del fin específico, bien por que persiga un interés privado, ajeno por completo a los intereses generales, bien un interés público, pero diferente del concretado en la norma habilitante, determinará la existencia de un vicio de desviación de poder, y dejara de ser un acto legítimo con la consecuencia de su anulación, todo ello por no responder, como indica la STS de 18 mayo de 1991, RJ 4120, *«en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público (...), significando una desviación finalista del propósito inspirador de la norma»*. Me gustaría analizar cuando se puede considerar la existencia de desviación de poder, pues como antes he señalado, la desviación de poder no se produce solo porque el fin perseguido sea privado o de interés particular, sino que el fin último del acto sea distinto del que la norma regula y busca. Así concluyo que el vicio de la desviación de poder es por la vulneración directa del principio de legalidad. Esta técnica de control tiene como objetivo el cumplimiento del fin señalado por el ordenamiento jurídico y para su resolución serán necesarios criterios jurídicos objetivos. La cuestión, obviamente, radicará en determinar cuándo el interés público perseguido por la Administración con la modificación supone una desviación o menoscabo del interés público concreto perseguido. Pero este es un problema a dilucidar por los tribunales en cada caso concreto en función de la prueba practicada.

C) Hechos Determinantes. Como señala García de Enterría: *«toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto*

fáctico de la norma de cuya aplicación se trata». Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una. La valoración de la realidad podrá, acaso, ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional. Los hechos determinantes son los presupuestos inamovibles empíricamente hablando, es la naturaleza de las cosas, donde la Administración no puede intervenir en su determinación, sí podrá, en cambio valorar los hechos, no siendo más que un ejercicio subjetivo sobre algo preexistente. Consecuentemente, la existencia y características de los hechos determinantes escapan a toda discrecionalidad y el control de aquellos hechos queda en cualquier caso remitido a lo que resulte de la prueba que pueda practicarse en el proceso correspondiente. Los Tribunales deberán comprobar cuáles han sido los hechos determinantes, alejándose de lo aportado por la Administración, es decir, buscar la verdad de los hechos determinantes reales y filtrados por la objetividad del Tribunal.

D) Motivación. La decisión que se adopte en el ejercicio de una potestad discrecional deberá, como regla, ser motivada (art. 54.1.f) LRJ-PAC), como garantía de que no es arbitaria. Significa ello que la Administración ha de dar una explicación razonable de las causas que la motivan, porque también en su actuación discrecional la Administración está sometida al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y un criterio esencial de distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad es la existencia o no de fundamentación. Por tanto, la Administración no puede limitarse a invocar genéricamente una potestad discrecional, sino que debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, justifican la elección realizada. La motivación constituye así un límite a la discrecionalidad de la Administración sometido a control judicial.

E) Control Judicial. Los tribunales pueden controlar la coherencia lógica interna de la resolución administrativa verificando que la decisión adoptada es congruente con los datos en que se basa, es decir, que de los hechos

determinantes puede derivarse la conclusión a la que ha llegado la Administración.

F) Principios generales del Derecho. Me referiré, por último, a los límites sustanciales que vienen impuestos por la vigencia de los principios generales del Derecho, que ofrecen una posibilidad adicional y máxima de control de la discrecionalidad. Los principios generales del Derecho no son una idea abstracta y de imposible indeterminación como la justicia absoluta o el Derecho Natural, sino que es la experiencia de un ordenamiento jurídico, una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas que se han ido suscitando y que se han derivado en la lógica misma de las instituciones. En especial aquellos principios que tienen una mayor incidencia en el ejercicio de las potestades discrecionales y, sobre todo, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, invocado constantemente como límite de la discrecionalidad y que, entre otras cosas, «*aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (art. 103,1 CE) y más específicamente, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los “principios de buena administración”*» (STS 11 junio 1991, RJ 4874).

Para cerrar este apartado sobre el control judicial y la extensión del poder de los jueces sobre su capacidad de modificar actos administrativos podemos diferenciar dos posturas que se posicionan en extremos distintos. Ésta es la ya nombrada polémica doctrinal²¹ entre Parejo y Ramón Fernández, de la cual extraeré sus fundamentos para poder entender mejor la tensión que se produce entre el poder judicial y la Administración.

Por un lado, PAREJO ALFONSO considera que las decisiones discretionales no son susceptibles de sustitución judicial, porque supondría una inadecuada intromisión en el margen de decisión que el ordenamiento jurídico reserva a la Administración. Matiza que, si la decisión administrativa es contraria a Derecho, los Tribunales deben limitarse a declarar la nulidad de dicha decisión y reenviar el asunto a la Administración, sin que

²¹ LUCIANO PAREJO, Alfonso; «*Crisis y renovación del Derecho Público*», CEC, Madrid, 1991; «*Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*», Tecnos, Madrid, 1993. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; De la arbitrariedad de la administración, 5^a Edic., Civitas, Madrid, 1994.

proceda, en ningún caso, condenar a la Administración a adoptar una resolución en el sentido que el juez disponga. Acontece así, el carácter excepcional de la anulación de los actos discrecionales y el rechazo general a admitir la sustitución judicial de las decisiones discrecionales. Sin embargo, T.R. FERNÁNDEZ no niega la existencia de un ámbito propio de decisión de la Administración, ni afirma que las decisiones discrecionales puedan ser, en todo caso, objeto de sustitución por las apreciaciones de los tribunales. Pero declara que la decisión técnica es perfectamente revisable en cuanto al fondo si mediante prueba se demuestra el error técnico cometido, como en los supuestos en los que la Administración se ha apartado sin base del informe o propuesta técnica. Esto no supone mayor problema cuando hay una única solución válida, pero la cuestión se vuelve compleja cuando hay varias entre las que la Administración pudiera todavía elegir.

V. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Concepto y alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa

En este apartado vamos a analizar cuáles son los límites que tiene el poder judicial frente a las decisiones de la Administración cuando ejercen su potestad discrecional, puesto que para todo lo que sea reglado o de mero trámite, los tribunales podrán aplicar su criterio y poder en toda su extensión.

El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se regula con carácter general en el artículo 1.1 de la LJCA: «*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*». De la lectura de este artículo se advierte la total sujeción de la Administración al control judicial contencioso-administrativo, no obstante como veremos a continuación esa afirmación queda bastante coartada.

El ámbito objetivo de delimitación está determinado por todas las actuaciones administrativas, sean expresas, presuntas, por acción u omisión o inactividad sujetas a Derecho administrativo. El ámbito subjetivo está definido de manera tan amplia como el objetivo, en el artículo 1.2 de la LJCA, incluyendo a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende también al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales (art. 4 LJCA).

La LJCA contiene en los artículos 2 y 3 que materias quedan incluidas para conocer por los tribunales contenciosos y cuales excluidas, respectivamente.

Ahora me referiré a las exclusiones reguladas en el artículo 3.

La ley de jurisdicción contencioso-administrativa no se limita únicamente a determinar aquellos asuntos que siempre y en todo lugar deben estar sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que en su afán de ayudar a la interpretación de la cláusula general regulada en su artículo 1, también señala aquellas cuestiones que en ningún caso deben someterse a esta jurisdicción, las cuestiones excluidas, recogidas en el artículo 3, las cuales son²²:

- Las cuestiones expresamente atribuidas a las jurisdicciones civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública.

En el orden civil y en el penal la diferenciación es sencilla sin embargo, en el orden social y motivado por las amplias facultades interventoras de la Administración en materia laboral y de Seguridad Social, la separación entre

²² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; Derecho administrativo: Parte General, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015. Pág. 540.

jurisdicciones es en ocasiones conflictiva. Destacar que, en el ámbito laboral, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la tutela del derecho a la huelga y a la libertad sindical de los funcionarios públicos o la impugnación de las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia gestión recaudatoria.

- El recurso contencioso-disciplinario militar, atribuido a la jurisdicción militar y en recurso de casación a la sala de lo militar del Tribunal Supremo.
- Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración. Estos conflictos se resolverán por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción creado a tal efecto y regulado en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo.
- Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales.

2. Actos de gobierno

El artículo 2.a) de la LJCA contempla los que se denominan como actos del Gobierno o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos, en referencia a la protección de derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes.

En la Exposición de Motivos de la LJCA, la Ley no recoge ya, entre las exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956. La extensión que puede tener el concepto de acto político puede entenderse como aquellos actos emanados por el Consejo de Ministro, y todos aquellos actos de órganos inferiores serían considerados como actos administrativos. El hecho de que se confieran a la Administración potestades discrecionales no significa que los actos que se dictan en el ejercicio de dichas potestades discretionales sean actos políticos, los cuales, pueden definirse, como aquellos emitidos por el Gobierno en su función de dirección política y, por tanto, dictados en su condición de órganos de Gobierno y no como Administración Pública.

La doctrina del acto político surge con la Ley de Santamaría de Paredes y pervive hasta

la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998; refiriéndose a actos que no pueden ser revisables por la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque se ejecutan en ejercicio de soberanía. El artículo 24 de la CE, junto con los artículos 103.1 y 106.1, garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso se produzca indefensión, cuya consecuencia directa cierra el paso a cualquier tipo de excepciones frente a este derecho. Esta protección se materializa en que la nueva LJCA elimina la propia expresión de acto político. De esta manera el artículo 2.a) de la LJCA ha sido cuidadosamente tratado por el legislador para diferenciar con claridad aquellos actos realizados por las autoridades públicas sujetos al derecho Administrativo y aquellos otros, que por su situación, son difícilmente definibles y en consecuencia quedarían excluidos del control jurisdiccional.

García de Enterría, se refería a dos supuestos en los que la distinción entre acto político y acto administrativo está perfectamente diferenciada. El primer supuesto trata de los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales. El segundo supuesto son los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores (Jefe de Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento).

En el estudio de los actos políticos, debo introducir hablando del Consejo de Estado Francés, pues acordó declararse incompetente para los casos en los que el Gobierno tuviera en su decisión un único interés político. Éste es síntoma como ya expuse con anterioridad de prudencia, ya que la separación de poderes juega, en el estado Francés de Napoleón, un papel inquebrantable. Con el paso del tiempo la doctrina, junto con la jurisprudencia ha suavizado este razonamiento.

En la actualidad, en España se mantiene la existencia del concepto de acto políticos²³, y hasta cierto punto su protección, pues el Tribunal Supremo ha considerado que dentro

²³ Díaz Sánchez, J.J., «EL control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno», en revista jurídica de Castilla y León. n.º 26. enero 2012. issn 1696-6759: «*La categoría del acto político con ese nombre u análogo se mantiene para ciertos actos del Gobierno y de los consejos de Gobierno, actuando como órganos constitucionales. dicha categoría, desprovista de su concepción originaria, no es objetable y resulta trascendente en nuestro ordenamiento únicamente en orden a la deferencia que, en base al art. 2.a) LJCA, se otorga en cuanto al alcance o limitación de su control judicial. no en cuanto*

de la potestad de los actos políticos pueden existir actos reglados, los cuales son establecidos por la norma, y se incluyen en la esfera del control judicial.

La Exposición de Motivos de la LJCA dice que: «*La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho*». Aun cuando esta afirmación tan rotunda la cierra con un párrafo que permite albergar ciertas dudas sobre lo absoluto del párrafo anterior al señalar que: «*Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes*».

Si se recurre un acto político no será inadmitido de facto, sino que se admitirá para verificar el cumplimiento de la legalidad y procedimiento que establecen los elementos

suponga sustraer de ese control parte alguna de la actividad política desde el momento en que es susceptible toda ella de revisarse en cuanto al cumplimiento de los elementos reglados y en tanto afecte a los derechos fundamentales, con las graduaciones que procedan y con la problemática que es consustancial en muchos casos al contenido político de la decisión. los órganos judiciales, en ese sentido, han determinado, interpretando la función constitucional o estatutaria atribuida a esos supremos órganos y las previsiones legales que la desarrollan, que en ciertos supuestos esos actos tradicionalmente considerados políticos no son sino actos administrativos».

reglados y se tomará la decisión de seguir con el proceso o de desestimarla. Admitido el recurso, se comprobará si el acto gubernativo ha infringido alguno de los elementos reglados, establecidos por normas jurídicas mediante conceptos asequibles al control judicial. Si el acto no ha infringido ninguno de estos actos reglados, el juez no tendrá más remedio que dejar de conocer, pues como ya hemos dicho en varias ocasiones, estaría invadiendo el ámbito de decisión política de la potestad del Ejecutivo.

Un claro ejemplo jurisprudencial es cuando el Tribunal Supremo²⁴ se enfrenta a sí la elección del Fiscal General del Estado, mediante un Real Decreto es conforme a la exigencia legal que se establece en el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Esté artículo determina que se debe escoger al Fiscal General a propuesta del Gobierno: «*eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión*». La cuestión clave no es el motivo por el que el gobierno decidió que un sujeto u otro fueran propuestos para fiscal, sino que existe un acto reglado (los quince años mínimos) que debe ser respetado y tenido en cuenta para la propuesta del fiscal. Así el Tribunal no entra a valorar el acto del gobierno, sino si se ha cumplido el requisito objetivo, teniendo en cuenta para el caso concreto si computa el tiempo que el sujeto propuesto desempeño como «situación administrativa especial» (Delegado de Gobierno y Gobernador Civil).

²⁴ Sentencia de TS, Sala 3^a, de lo Contencioso-Administrativo, 28 de Junio de 1992.

VI. CONCLUSIONES

1.- Las potestades discrecionales son aquellas cuyas condiciones de ejercicio no están predeterminadas normativamente de manera exhaustiva, por lo que la Administración tiene la posibilidad de optar entre distintas soluciones. Han de diferenciarse de la actuación administrativa en las situaciones que operen con conceptos jurídicos indeterminados, y de la arbitrariedad. Siempre desde la perspectiva del mandato del art. 103 de la CE cuando dispone que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales..., con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

La facultad discrecional utilizada en situación de interés propio y con fines alejados de la ley se convierte en un instrumento peligroso y dañino. Una mal entendida potestad discrecional, esto es, la tergiversada posibilidad de actos con una falta total de apego a la legalidad, se traduce en arbitrariedad. En cambio, si la discrecionalidad se ejercita con observancia del ordenamiento constitucional y legal, entra a jugar su papel como dinamizadora de la acción de la Administración Pública, resultando beneficiosa por cuanto permite la fluidez, eficiencia y eficacia en el ejercicio de las funciones administrativas, lo que redunda en provecho de todos, pues posibilita la materialización de los fines del Estado. La garantía de esto la hallaremos en el control jurisdiccional.

2.- El control de las potestades discrecionales corresponde al poder judicial, como lo dispone en el artículo 106.1 la CE. Lo que se conecta con el artículo 1 de la LJCA, que define el ámbito propio de los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, asignándole el control de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo. Y ello es consecuencia de la declaración que la propia CE hace en su art. 9 sujetando a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

3.- El alcance del control judicial de las actuaciones de la Administración es universal, lo que puede afirmarse con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, que como fundamental reconoce el artículo 24 de la CE.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, este derecho no puede verse limitado siempre que el sujeto ostente derechos e interés legítimos. En la misma línea el Tribunal

Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al Derecho con base en el artículo 106 de la CE, así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial, impiden que puedan existir comportamientos de la Administración Pública -positivos o negativos- inmunes al control judicial.

4.- Existen actuaciones administrativas donde aparecen ciertos límites al control jurisdiccional, nos referimos a los llamados actos de gobierno o actos políticos, si bien es cierto que los tribunales tienen la capacidad para revisar los aspectos cognitivos de la actuación administrativa de estos actos, no la tienen frente a los aspectos volitivos, así el control se refiere a los elementos reglados, el poder judicial revisará el procedimiento que se haya llevado a cabo junto con la legalidad de las decisiones, pero no podrá entrar a valorar la decisión del acto de gobierno.

Merece también mención los límites del control de la discrecionalidad técnica que son consecuencia de la naturaleza jurídica de este control, estando, a priori vedado sustituir el criterio técnico (presunción de acierto) por el también subjetivo de los tribunales.

El alcance de la jurisdicción contenciosa lo es para las actuaciones de la administración sujetos al derecho administrativo, lo que abre un portillo a difuminar el control jurisdiccional cuando la actuación administrativa sea a través de entidades públicas empresariales sometidas al derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en aspectos específicamente regulados para las mismas.

5.- Por último, es importante señalar que la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa no es otra que revisaría lo que le permitirá anular la decisión administrativa pero no sustituirla.

6.- Me parece relevante señalar que, el hecho de pedir explicaciones en las situaciones que puedan ser objeto de conflicto por las decisiones tomadas por la Administración, inevitablemente contribuye a depurar aquellas situaciones injustas que haya podido adoptar. De esta manera no solo hacemos que la situación injusta sea justa, sino que además señalamos con mirada crítica al órgano que tomo esa decisión y en que

fundamentos se basó para que la jurisprudencia fundamente los errores llevados a cabo en el procedimiento de la actuación de la Administración. Esta idea la señala T.R. Fernández, y caso notablemente con ella.

7.- La intención de este trabajo no es otra que poner de manifiesto cual es el poder de la Administración y cuales los mecanismos de control que regulan sus potestades. Bien es cierto que es un tema que ya tiene detrás una cuantiosa doctrina y jurisprudencia, pero mi elección está motivada en el interés del control jurisdiccional de las potestades discrecionales que es uno de los aspectos nucleares del derecho administrativo.

BIBLIOGRÁFIA

- ALEMÁN PARDO, María José; «*Acerca de las diferencias entre la discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración*», Revista jurídica de la Región de Murcia, ISSN 0213-4799, Nº. 24, 1997, págs. 109-121.
- DE ORO-PULLIDO Y LÓPEZ, Mariano; «*El control del planeamiento urbanístico*», en página web del Ministerio de hacienda y administraciones públicas, 11/04/2012.
- DELGADO BARRIO, Javier; *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón; «*Arbitrariedad y discrecionalidad*», Civitas, Madrid, 1991; «*Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*», Revista Española de Derecho Administrativo Nº 76, 1992; «*De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*», Revista Española de Derecho Administrativo Nº 80, 1993; «*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*», Revista Española de Derecho Administrativo Nº 83, 1994.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón; *De la arbitrariedad de la administración*, 5^a Edic., Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón; *Curso de derecho administrativo II*, 15^a Edic., Civitas, Navarra, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ Tomás Ramón; *Curso de derecho administrativo I*, 13^a Edic., Civitas, Navarra, 2013.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la administración*, 1^a Edic., Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2^a Edic., Civitas, Navarra, 2011.
- LUCIANO PAREJO, Alfonso; «*Crisis y renovación del Derecho Público*», CEC, Madrid, 1991; «*Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*», Tecnos, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho administrativo: Parte General*, 11^a Edic., Tecnos, Madrid, 2015.