

RESUMEN

El trabajo efectúa un análisis sobre el alcance y extensión del control judicial de la discrecionalidad administrativa, enumerando las distintas posturas de la doctrina, como también el desarrollo de la jurisprudencia a lo largo de los años, que ya llega al propio núcleo material de la decisión técnica. Los actos discrecionales, como todos los actos administrativos, gozan de la presunción de legalidad de la actuación administrativa y de las potestades de autotutela declarativa y ejecutiva por mandato de la Ley 30/1992. La presunción de validez de los actos administrativos se fundamenta en el principio de eficacia administrativa señalado en el art. 103.1 CE, y es en este principio donde encuentra el sentido de las potestades de autotutela administrativa. También de acuerdo con el artículo 106. 1 CE, se pone de manifiesto la plenitud del control judicial y declara competentes a los Tribunales para anular, e incluso, para concretar el contenido de los actos anulados en casos excepcionales. En efecto, sólo se pueden sustituir el contenido de los actos discrecionales cuando no hay discrecionalidad, sino que nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados que llevan a una única opción en la aplicación de la normativa, como ha expuesto la doctrina científica y prescribe el art. 72.2 de la LJCA. Así pues rige el principio general de que el tribunal no puede sustituir el contenido de los actos discrecionales, porque equivale a la asunción por el poder judicial de tareas propias del poder ejecutivo.

ABSTRACT

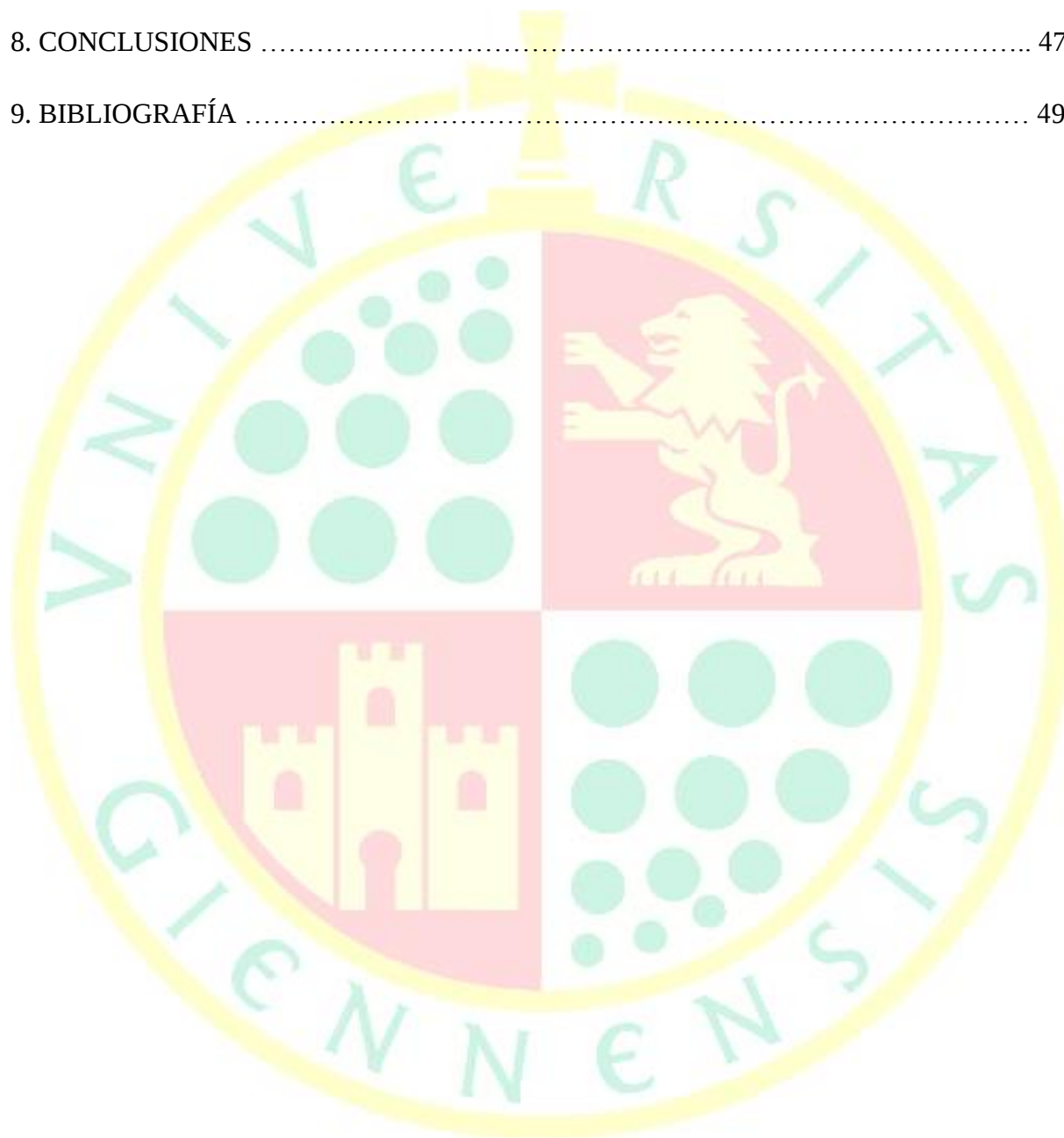
This study shows the scope and extent of judicial control on administrative discretionality, setting out the different doctrinal positions, as well as the developments in Jurisprudence over the last years which have reached the very heart of technical decision-making. The text then proceeds to invert the burden of proof in the administrative litigious appeal with respect to the presumption of the legality of the administrative act through the Administration's demand, in compliance with articles 9.3 and 103.1 EC, which explains and certifies, in the administrative file, the technically wellfounded reasons and motives for the discretionary acts and rulings. Similarly, in accordance with article 106.1 EC, this study defends full judicial control and the competence of the Courts, not only to annul, but also to determine the contents of the annulled discretionary acts when citizens' rights and interests are at stake.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: LOS ACTOS DISCRECIONALES Y REGLADOS	5
2.1 Definición de acto administrativo	5
2.2 El procedimiento y la forma de manifestación. En particular la motivación	2
2.3 Potestades regladas y potestades discrecionales	9
2.4 Distinción entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados	11
3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	15
3.1 La cláusula de Estado de Derecho	15
3.1.1 Principio de legalidad	15
3.1.1.1 Sometimiento pleno de la Administración al Derecho	16
3.1.1.2 Vinculación a la ley en sentido formal	16
3.1.1.3. El régimen de vinculación en el derecho español	17
3.1.1.4 La vinculación a las normas reglamentarias	17
3.1.2 El principio de tutela judicial	18
3.1.2.1 Vertiente objetiva: potestad jurisdiccional de control	18
3.1.2.2 La vertiente subjetiva: derecho a la tutela judicial	18
3.1.3 El principio de garantía patrimonial	19
3.2 Cláusula del Estado social	20
3.2.1 El principio de eficacia	20

3.2.1.1 El contenido del principio de eficacia	20
3.2.1.2 Problemas de aplicación	20
3.2.2 Las potestades públicas	21
3.2.2.1 El poder de autotutela	21
3.2.2.2 Los privilegios jurisdiccionales	22
4. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES	23
5. DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS DISCRECIONALES, LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA VÍA DE HECHO.....	27
5.1 Inactividad de la Administración	27
5.1.1 Concepto	27
5.1.2 Tipos	27
5.1.3 El recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración	29
5.2 La vía de hecho	31
6.2.1 Definición e impugnación de la vía de hecho	31
6.2.2 Elementos constitutivos	33
6.2.3 Actuaciones ante la vía judicial	34
6. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA	36
7. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES	41
7.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014 (recurso de casación 725/2011: discrecionalidad técnica en pruebas selectivas)	41

7.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (recurso de casación 4045/2009: urbanismo)	42
7.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación 3157/2011: discrecionalidad técnica y personal de salud)	45
8. CONCLUSIONES	47
9. BIBLIOGRAFÍA	49



1. INTRODUCCIÓN

Resulta complicado hoy en día imaginar qué puede decirse sobre el poder discrecional administrativo que pueda ser nuevo o necesario. Este TFG pretende ser una breve investigación como culmen a mis estudios en el grado en Derecho. Sin embargo, deseo que resulte útil el propósito que ahora persigo: la síntesis de los diversos puntos de vista que tiene la normativa aplicable, la jurisprudencia del TC y del TS y, por último, la doctrina científica sobre el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, que ha sido foco de innumerables escritos en forma de monografías, artículos y estudios.

Ocurre que la discrecionalidad y su control por el poder judicial ha sido uno de los mayores campos de interés entre los juristas, ocasionando opiniones diametralmente distintas, que tiempo atrás cabía imaginar que nos hallábamos ante una historia imposible de dilucidar con claridad. Y es que, cabe mencionar que varios participantes ilustres de esta discusión se hayan puesto de acuerdo en repetir la imagen de que nos encontramos ante “el caballo de Troya del Estado de Derecho” y por consiguiente es necesario mencionar con anterioridad al establecimiento de la definición de discrecionalidad de la Administración. Sin embargo, es necesario advertir que a los que piensan con recelo –e incluso- miedo que se dota a la Administración pública una capacidad de actuación excesiva y, en sí misma inmune a toda fiscalización, que la discrecionalidad no es algo extraño ni contrario al Estado de Derecho, siendo un elemento necesario para que la Administración pueda seguir llevando a cabo su función de puesta a disposición a los intereses generales que se le ha atribuido por nuestra Constitución.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: LOS ACTOS DISCRECIONALES Y REGLADOS

Antes de abordar el concepto de discrecionalidad administrativa resulta imprescindible señalar el concepto de acto administrativo.

2.1 Definición de acto administrativo

Podemos definir acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

De esta definición se derivan una serie de notas de servicio objetivo a los intereses generales como prescribe el art. 103.1 de la CE:

- Se trata en primer lugar de un término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales.
- La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales.
- La declaración en que el acto administrativo consiste debe proceder de una Administración, precisamente, lo que excluye los actos jurídicos del administrado.
- La declaración administrativa en que el acto consiste se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa.
- La potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria¹.

2.2 El procedimiento y la forma de manifestación. En particular la motivación

La declaración en que el acto consiste ha de producirse, primero siguiendo un *iter* concreto, y, segundo, a través de determinadas formas de manifestación.

Lo primero alude al procedimiento administrativo. La sumisión del actuar administrativo a un determinado procedimiento ha pasado a ser en nuestro Derecho una exigencia constitucional según lo dispuesto en el art. 105.c) de la Constitución, que señala que “El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”. Lo cual implica otra notable diferencia entre el acto administrativo y el negocio jurídico privado. El procedimiento sería un “modo de producción” de un acto por aplicación de normas jurídicas superiores a ese acto. Lo que resulta relevante es que el acto administrativo no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del titular del órgano a

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R (2014), *Curso de derecho administrativo*. Vol. I, Navarra, Civitas, pp. 587 y ss.

quien compete tal producción, sino que ha de seguir para llegar al mismo un procedimiento determinado. Tal procedimiento regula simultáneamente:

- Una actividad administrativa determinada para llegar a la *fijación del supuesto de hecho* del que hay que partir.
- La *participación de una pluralidad de sujetos o de órganos* (arts 82 y ss. LPC; art. 86 LPC; arts 148 y ss. LGP; arts. 86.3 LRL; 109 RBCL), cada uno con la función de iluminar un aspecto determinado, o todos ellos, así como la cuestión a decidir y de garantizar la defensa de los intereses y derechos propios de los interesados.
- La necesidad de *adoptar unas ciertas formas de actuación*.
- Con relevancia jurídica especial, la *participación de las personas que tienen la condición formal de “interesados” en el procedimiento* distintas a la Administración actuante que se define a partir del art. 30 de la Ley 30/1992 y que prevé varios tipos de interesados.

El procedimiento no se limita a articular entre sí todas esas finalidades e intervenciones diversas; asegura también entre todas ellas un orden determinado en el cual los distintos actos deben ser cumplidos hasta concluir en la resolución final.

Así, el procedimiento administrativo aparece como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos realizados heterogéneamente por varios sujetos u órganos, operaciones y actos que se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final. Y así aparece, pues, en el procedimiento una distinción fundamental entre decisión final o resolución (art. 89 LPC) y actos procedimentales, los cuales adoptan una posición instrumental respecto de aquella.

Se rechaza así la llamada concepción “sustancial” del procedimiento que intenta ver en éste la simple formación gradual de la voluntad administrativa como la resultante o integración de voluntades de todos aquellos sujetos y órganos que han participado en la operación procedimental.

El procedimiento es, pues, un cauce necesario para la producción de actos administrativos, elevándose así a condición de validez de éstos, a tenor de lo dispuesto en el art. 53 LPC que recoge en su apartado número 1 que “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”, y a continuación en el apartado 2 que “El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”.

El acto administrativo necesita de una forma externa de manifestación, para acceder al mundo del Derecho. Esta forma está generalmente tasada, frente al principio de libertad de forma propia del negocio privado (art. 1278 CC).

La forma del acto administrativo es normalmente escrita (art. 55 LPC), con algunas salvedades.

Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha establecido la LPC, concretamente en su artículo 54. f) que desprende que “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho 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”, corrigiendo en este punto con acierto el antiguo 43 LPA, que la omitía.

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo. Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.

Son muy expresivas las Sentencias de 27 y 31 de enero, 2 de febrero, 12 de abril y 21 de junio de 2000, 29 de mayo de 2001, 10 de Julio de 2010, 27 de abril y 11 de octubre de 2012, en las que a propósito de la motivación de las resoluciones que deciden concursos y pruebas selectivas, se afirma que la exigencia de motivación “no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones”, pues “la Administración ha de expresar las razones que la inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano

judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos”.

Y es que, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de julio de 1981, antes citada, “la motivación es no sólo una elemental de cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos”; lo mismo la Sentencia de 16 de junio de 1982: “debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos”. La expresión “sucinta” que contiene el art. 54, no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación de hechos y fundamentos de derecho, aunque como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982, “la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, *si es suficientemente indicativa*, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad.

El actual art. 54.2 LPC remite a sus normas reguladoras específicas la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitivas, pero ello no afecta a la esencia de la obligación de motivar, sino solamente al modo de hacerlo, como advierte el propio precepto, a cuyo tenor deben “en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

La Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas entrará en vigor el 2 de octubre de 2016 y deroga la Ley 30/1992. De una parte, el art. 35.1 i) de la Ley 39/2015 reitera el contenido del art. 54.1.f) Ley 30/1992 cuando indica que deben ser motivados “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.

El art. 35.2 de la Ley 39/2015 de 1 octubre reitera el contenido del art. 35.2 de la ley 30/1992 y establece que “La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

2.3 Potestades regladas y potestades discrecionales

Es necesario comenzar citando al profesor Cosculluela²: “La potestad entraña, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado, no supone en ningún caso un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce”.

La discrecionalidad de la Administración se inicia de una derivación de la regulación que la ley ejerce sobre las potestades administrativas. Si ésta establece de forma clara la larga lista de condiciones del ejercicio de esta potestad, de forma que establezca un supuesto legal hallándose ante las conocidas como potestades regladas, sin embargo, cuando sólo establece alguna de las circunstancias del desarrollo de tal potestad, algo frecuente, dejando lo restante al buen hacer de la Administración, nos encontraríamos ante las potestades discrecionales.

Ante esto observamos que, por una parte, en uso de las potestades regladas la Administración sólo hace referencia a que se halla ante una situación constatado en el reglamento y se remite a tal situación actuando conforme a la ley por medio de la técnica de la *subsunción*. Cuando se ejerce la potestad discrecional administrativa se lleva a cabo un análisis subjetivo para completar los elementos establecidos en la ley, es decir, un abanico de posibilidades para ejercer la ley según las condiciones de esta determinada situación. Por ejemplo cuando nos encontramos ante un caso de materia sancionadora, donde la ley marca la infracción cometida y las consecuencias que derivan de ella, que han de seguirse por obligación. En el caso opuesto, si la Administración ejerce potestades discrecionales sí que nos encontramos un amplio margen de decisión, pero cabe señalar que toda potestad discrecional tiene que observar y cumplir determinados elementos reglados imprescindibles.

Para ser honesto, se tienen que mencionar los elementos reglados, que se hallan establecidos con una menor o mayor frecuencia en cada acto administrativo, y elementos discrecionales. La discrecionalidad nunca es total, como se decía años atrás de los nombrados *actos políticos o de gobierno*; más bien, será mayor o menor según los elementos reglados establecidos legalmente que dispone esta potestad. Es necesario mencionar en este instante el preámbulo de la Ley de jurisprudencia contencioso administrativa de 1956 que decía “La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque (...) ha de referirse a alguno de los elementos del acto” para seguidamente afirmar la impugnación jurisdiccional de los demás elementos del acto, es decir, los elementos reglados. Teoría que se reafirma en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio

² COSCULLUELA, L. (2012), *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas, p. 310.

de 1998, al observarse tras admitir que los órganos judiciales no podrán establecer el contenido discrecional de los actos que anulen. “Esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales (...) mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad”.

Además, podemos encontrar en este preámbulo un concepto de discrecionalidad administrativa “la discrecionalidad administrativa surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún Órgano competencia para apreciar en un supuesto dado, lo que sea de interés público”, sin embargo este matiz, que se establece según criterios no jurídicos, no es otra cosa que un discernimiento entre determinadas maneras de comportamiento distinto e igualmente aceptables.

DESDENTADO³ reúne el concepto de discrecionalidad que según la doctrina hallamos como un caso particular que se da derivado del nexo entre los actos de la Administración y la ley, así nace un “ámbito de indiferencia” (en el cual la Administración puede escoger entre varias opciones) de la no reglamentación de las características del uso de la potestad y la cita a la apreciación de la misma Administración.

El concepto más simple que se observa con respecto a SANTAMARÍA PASTOR⁴ no es otro sino el de la discrecionalidad como la materialización de un ámbito de indiferencia jurídica relativa en el que “la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas” o PAREJO⁵ que establece que la discrecionalidad “consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección (...) dentro del cual pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable” es que la ley da a la Administración de un margen para elegir según convenga. Aquí cabe comentar la relevancia de que la discrecionalidad administrativa debe estar orientada para el mejor servicio a los intereses generales, que es el principio constitucional que delimita todas las actuaciones de las Administraciones públicas.

2.4 Distinción entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados

³ DESDENTADO DAROCA E. (1999), *Discrecionalidad administrativa*, Civitas, p. 54 y ss.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel, p. 338.

⁵ PAREJO haciéndose eco de lo dicho por ERICHSEN, H.U. (1993), en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, p. 121.

En este epígrafe nos ocupamos de la distinción entre las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados. Dentro de una jurisprudencia reiterada, la Sentencia Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 admite “la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de elementos constitutivos de conceptos jurídicos indeterminados”, que es lo que analizamos a continuación.

Como anteriormente hemos mencionado, la discrecionalidad aparece si la Administración al darse el supuesto de hecho que aparece en la ley, puede hacer una elección entre varios modos de actuación. MAURER⁶ afirma que esta situación aparece si la ley no implica al supuesto de hecho una consecuencia jurídica, sino que autoriza a la Administración concretarla per se, teniendo la posibilidad de referirse por una parte a la necesidad de intervención (discrecionalidad de decisión), y por otra, por cual de entre las medidas posibles debe decantarse (discrecionalidad de elección). Hay que mencionar que también existieron las tesis que fijaron el marco de actuación de la discrecionalidad en el ámbito de los supuestos de hecho, más concretamente a su indeterminación. BACIGALUPO afirma que si la discrecionalidad versara sobre las consecuencias jurídicas la Administración podría optar por dar un trato diferenciado a situaciones iguales, lo que es inadmisibles⁷.

Hoy en día, se ha focalizado el esfuerzo en disminuir la discrecionalidad de la Administración en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y a su vez, se ha venido viendo como la jurisprudencia ha desplazado, de cierta manera, el control tradicional de las potestades discrecionales a través de la deviación de poder o la aplicación de los principios generales del derecho, al control de la decisión administrativa con base en la puesta a cabo de un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, puede leerse la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000, en la que el tribunal se detiene en la constatación de este fenómeno en la adjudicación de concursos, tradicionalmente considerado como el ejercicio de una potestad discrecional y que en la actualidad debe tener presente la llamada “oferta más ventajosa”, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado implica que solo existe una decisión de la Administración válida y posible.

Nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuando la ley define el supuesto de

⁶ MAURER H., (2011) *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid, pág. 167

⁷ BACIGALUPO (1997) *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 161 y ss.

hecho por medio de conceptos ambiguos que solo tienen la posibilidad de ser concretados en su aplicación práctica, ya sea porque la ley hace alusión a una realidad cuyos límites no tienen posibilidad de ser bien determinados o bien porque el legislador se ha decantado conscientemente por la decisión de no acotarlos de forma precisa para permitir soluciones adaptadas a las circunstancias.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R.⁸, definen los conceptos jurídicos indeterminados por contraposición con los conceptos jurídicos determinados, que se refieren a una realidad delimitada de manera precisa e inequívoca, como por ejemplo cuando la norma dice que el plazo para interponer un recurso de alzada es de 1 mes.

Por ejemplo, algunos de los casos más frecuentes de conceptos jurídicos indeterminados son las expresiones buena fe, fuerza irresistible, justiprecio, legítima defensa o premeditación, que su uso como ya sabemos es muy frecuente en todas las ramas del derecho. Pero en nuestro caso concreto, esto es, en derecho administrativo, es la Administración pública la que aplica esos conceptos, teniendo la posibilidad de caer en un error, con la utilización de potestades discrecionales en la práctica.

La distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y potestades discrecionales está muy depurada en la teoría. Así, mientras el uso de potestades discrecionales supone la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una sola solución correcta.

El problema que encontramos la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es recogida con gran acierto por la doctrina alemana por medio de la teoría de los tres círculos de certeza. En el uso de un concepto jurídico indeterminado cabe la posibilidad de diferenciarse una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa, la primera es segura en cuanto a la subsunción en el concepto del caso concreto y la segunda lo es en cuanto a la exclusión del concepto. Entre ambas encontramos una zona o halo de incertidumbre, más difusa en la que encontrar la solución justa es una tarea más difícil.

Es en esta zona de incertidumbre donde se le reconoce a la Administración un “margen de apreciación” aunque eso quiere decir dar entrada a la libre voluntad de la Administración, únicamente reconocer un ámbito puramente cognoscitivo. Esto es, otra de las diferencias

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R, *Curso de...*, pp 481 y ss.

esencial entre discrecionalidad, que nunca se sitúa en el plano cognitivo por hacerlo siempre en el volitivo (el propio de la consecuencia jurídica), y conceptos jurídicos indeterminados, que no admiten elementos de volición.

Las consecuencias de este contraste son notorias; cuando el uso de conceptos jurídicos indeterminados verse sobre una actividad de cognición, de una aplicación e interpretación de la ley, el juez podrá realizar un control, por tratarse de un control jurídico, de los mismos, incluso dentro de ese margen de apreciación. En cambio, en la valoración realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional han aparecido criterios extrajurídicos (políticos, técnicos o de oportunidad) y el juez no podrá fiscalizar esa actividad más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento en su conjunto, no solo porque cualquier solución adoptada es igualmente justa por definición, sino también porque carece de parámetros para realizar tal juicio.

Con esta afirmación no se pretende negar ni mucho la fiscalización de los actos dictados por la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales, que se realiza conforme a técnicas que explicaremos en breve. Simplemente remarcar que el control jurisdiccional es un control en derecho que tiene por objeto comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la ley, no la oportunidad o acierto de la misma.

Todo control (jurisdiccional) presupone la necesaria existencia de parámetros (jurídicos) y como afirma BACIGALUPO en ausencia de parámetros no hay control sino decisión, lo que supondría que el juez no juzga sino que administra.

El problema si así quiere verse, que plantea la tesis de este autor al remitir el alcance del control jurisdiccional a la intensidad de programación que realiza el ordenamiento de la actividad administrativa, es que tanto el empleo por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados como la atribución de potestades discrecionales a la Administración, suponen una atenuación de la vinculación de la Administración a la ley y por ende que el control que sobre ellos pueden desplegar los órganos jurisdiccionales no será de máxima intensidad. Es decir, la falta de densidad normativa que apenas ofrece parámetros jurídicos al aplicador en ambos casos, le obliga a recurrir necesariamente a criterios extrajurídicos e impone un control jurisdiccional limitado (negativo) basado en cánones muy similares, lo que supone un acercamiento peligroso entre la naturaleza del margen de apreciación de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. (Podría llegar a pensarse

que se ha trasladado el problema desde la inicial exención de control de las potestades discrecionales, pasando por la dificultad de control de las potestades, a la ardua tarea de delimitación de la zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados).

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

3. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como es sabido todos los preceptos constitucionales influyen de modo directo e indirecto en la configuración de la Administración pública y del Derecho administrativo. Los preceptos más importantes que regulan del régimen jurídico del Estado vienen recogidos en los dos primeros artículos de nuestra Constitución. El primero refleja que nuestro país se basa en un Estado social y democrático de Derecho; en cambio, el segundo declara que la Constitución se basa en la indivisible unidad de la Nación española, y afirma y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la forman y la solidaridad entre ellas.

Además de los valores superiores del ordenamiento jurídico -libertad, igualdad, pluralismo y solidaridad-, la doctrina distingue el alcance de las diversas cláusulas del Estado de Derecho que constituyen supraprincipios jurídicos, de los que se derivan otros principios que ayudan a delimitar la actuación reglada y discrecional de las Administraciones públicas.

3.1 Cláusula de Estado de Derecho

Un Estado de Derecho vendría a ser en el que impera el sometimiento de todos al principio de legalidad, la división de poderes, la supremacía y reserva de ley, la protección de todos los individuos por medio de los poder judicial y de la responsabilidad del propio Estado. Nos encontramos con los siguientes principios dentro de esta cláusula:

3.1.1 Principio de legalidad

Los actos de la Administración siempre deben estar sometidos al ordenamiento jurídico. Esto

se encuentra reflejado en el art. 9.1 CE al señalar que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Y siguiendo con esta línea, el art. 9.3 CE recoge que “La Constitución garantiza el principio de legalidad” y vuelve a hacer hincapié en el art. 97 CE diciendo que “el Gobierno debe ejercer sus funciones de acuerdo con la Constitución y las leyes”; también el art. 103.1 CE diciendo que “la Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Cuando se aplica este principio al ámbito administrativo significa la obligación que tiene la propia Administración de observar a las normas creadas por el poder legislativo relativas a la organización y procedimiento, así como todas las normas aprobadas por la propia Administración (reglamentos) y los principios generales del Derecho. También alcanza este precepto al sometimiento pleno al derecho comunitario europeo, que se incorpora a nuestro ordenamiento nacional mediante el mecanismo del art. 93.1 CE.

3.1.1.1 Sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho

A lo que hace referencia la Constitución, no es sino a dos contenidos sobre el modo de actuar de la Administración, que siempre debe hacerlo con pleno sometimiento al derecho y a la ley.

Por un lado, podemos hablar de un sometimiento a la totalidad del sistema normativo, que haría alusión a que la propia Administración tiene que vigilar las normas provenientes del poder ejecutivo, sin olvidar las demás leyes que forman nuestro ordenamiento jurídico. De otro lado cabría señalar, la completa juridicidad de los actos de la Administración, significando esto que, el derecho es un elemento fijo de cada actuación de la Administración, ésta no puede actuar sin hallarse sujeta al derecho.

3.1.1.2 Vinculación a la ley en sentido formal

Aquí podríamos hablar de dos tipos de vinculación. En primer lugar, haremos referencia a la vinculación positiva, y es que, según esta, la ley puede formularse en el fundamento anterior y obligatorio de un concreto acto, por lo que, únicamente puede hacerse válido o legalmente en lo posible en que la ley permita al individuo para esto. A falta del citado permiso normativo, el acto tendrá carácter de prohibido.

En segundo lugar, cabría hablar de vinculación negativa, aquí, la norma puede establecer un

simple límite exterior al libre actuar del individuo, el cual puede hacer correctamente una determinada conducta, sin ser necesario una anterior habilitación, con el solo requisito de que no contravengan las prohibiciones u órdenes hallados en la Ley.

3.1.1.3. El régimen de vinculación en el derecho español

En España, el sistema constitucional, no alude en absoluto a alguno de los regímenes de vinculación antes dichos, ya que ambos se pueden aplicar de igual modo a la vez.

El principio de reserva de ley en España se basa en prohibir que el Gobierno realice reglamentos sobre concretos temas, siendo estos regulados por normas con rango de ley. La reserva de ley es una expresión característica de la vinculación positiva.

La mera aparición del principio de reserva de ley en nuestra Constitución, constituye que aparezcan otros temas no reservados, que el Gobierno puede regular sin que sea necesario de norma anterior, estos se regulan por vinculación negativa.

También podemos encontrarnos con actos de eficacia ablatoria, los ciudadanos en el goce de su libertad no pueden encontrarse con una limitación por parte de la Administración sin que anteriormente haya sido permitido por una ley,

Por último, y haciendo referencia a los actos de la Administración que no tienen eficacia ablatoria sobre los escenarios jurídicos de los restantes individuos, se regulan mediante el principio de vinculación negativa, excepto que requiera de un gasto proveniente de dinero público.

3.1.1.4 Vinculación a las normas reglamentarias

El ordenamiento jurídico español afirma que cuando la Administración procede a realizar cualquier acto singular se halla con la necesidad de cumplir con el reglamento dictado por ella, y por cualquier otra Administración que ejerza sus competencias; este es el conocido como principio de inderogabilidad singular. Este precepto recoge tres principios esenciales: el primero, que la Administración como hacedora de un reglamento, le es imposible ejecutar actos singulares en contraposición con aquél. Resultarían ilegales.

El segundo, es que la Administración igualmente le es imposible proporcionar a terceras personas la vigilancia y cumplimiento de sus propias normas, excepto cuando exista

vulneración del principio de igualdad.

Por último, y como tercera condición, haciendo mención a la fuerza requerida de la norma que actúa con total independencia de la posición jerárquica de los órganos de los que provengan.

3.1.2 El principio de tutela judicial

La vigencia del principio de legalidad requiere de mecanismos de control que establezcan el sometimiento de la Administración al sistema normativo. El mecanismo primordial es el control jurisdiccional. Dentro de éste, podemos distinguir:

3.1.2.1 Vertiente objetiva: potestad jurisdiccional de control

Todo acto o conducta, positivo o negativo, administrativo puede someterse al enjuiciamiento de los órganos judiciales, a petición de cualquier sujeto o entidad.

Cabe señalar al respecto, el art. 106.1 CE: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación de la Administración, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Existen una serie de características que ostenta el poder judicial sobre la tutela judicial:

- a) Tiene carácter jurisdiccional, o lo que es lo mismo, se le atribuye a los órganos del poder judicial (Título VI CE).
- b) Potestad del ejercicio obligatorio para los jueces y Tribunales que la ostentan, tiene que efectuarse por el dictado de un fallo de las pretensiones del sujeto actor.
- c) Potestad de protección total con lo que respecta a su ámbito material de ejercicio, se efectúa tanto sobre la potestad reglamentaria, así como también sobre cualquier otro tipo de actividad o inactividad de la Administración. Por esto, surge la cláusula general de control judicial, que es la prohibición de que un precepto excluya la opción de fiscalización jurisdiccional.

3.1.2.2 La vertiente subjetiva: derecho a la tutela judicial

Cada uno de los que tienen un nexo con la Administración poseen el derecho a obtener de los jueces y Tribunales protección con respecto a la actuación administrativa opuesta a Derecho. Este privilegio fue ascendido a rango constitucional por el art. 24.1 CE.

Dicho derecho es muy complicado, pero el ejemplo más significativo es el derecho a tomar las acciones legales que se crean oportunas, que se basa en la posibilidad de pedir a jueces y Tribunales que se pronuncien sobre el trasfondo de lo pretendido que se desprende en el proceso, o lo que es lo mismo, el derecho a que se dé una resolución eficaz sobre la controversia que se ha llevado a los Tribunales.

3.1.3 El Principio de responsabilidad o de garantía patrimonial

Se puede considerar como el derecho que tiene un determinado sujeto a conservar la integridad de su patrimonio, en cuanto a su carácter económico, con respecto a las privaciones determinadas que éste pueda sufrir por parte de los entes públicos. La Constitución española hace mención a esto en su artículo 38 (libertad de empresa y economía de mercado).

Las leyes y pretensiones administrativas, tienen la posibilidad de incidir en sentido negativo sobre los derechos e intereses patrimoniales de los individuos, por ello la Constitución regula una garantía con respecto a dos supuestos:

- Expropiación forzosa, que impone como obligación a la Administración a devolver a los interesados el importe económico de los bienes de los que se les priva de manera voluntaria y premeditada para solventar una necesidad pública (art. 33 CE). Esto proviene de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.
- Responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene obliga a ésta a indemnizar los daños y perjuicios que los sujetos concretos tengan posibilidad de padecer como consecuencia incidental de toda actuación de la Administración. Viene recogido en el art. 106.2 CE y en los arts. 138 a 146 LPC 30/92.

3.2 Cláusula del Estado social

El término “Estado social”, como pasa con “Estado de derecho”, tiene su raíz en la cultura jurídica germánica. Procede de la Ley Fundamental de Bonn, y recoge una angosta similitud con el concepto de Estado de bienestar. En términos jurídicos, es comparable al establecimiento de todos los poderes públicos de una obligación de actuar positivamente sobre la sociedad, siguiendo un camino de equidad progresiva de cada una de las clases sociales y el incremento en su calidad de vida. La fórmula del Estado social viene recogida en el art. 9.2 CE, al señalar que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones

para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

3.2.1 El principio de eficacia

El art. 103 CE señala que la Administración pública tiene que actuar conforme al principio de eficacia. Este precepto provocó la incredulidad en nuestra sociedad.

El fundamento de dicho principio está basado en querer corregir la desigualdad y en incrementar la calidad de vida de los individuos que forman nuestro Estado. Estos objetivos son primordiales para la Administración y para llevar a cabo este fin, se ha de actuar con efectividad.

3.2.1.1 El contenido del principio de eficacia

La eficacia está basada en una pauta determinante de la estructura de todos los entes administrativos. Éstos se han de organizar de manera sensata y correctamente con respecto a las metas que deben llevar a cabo, dejando a un lado estructuras ineficaces e ineficientes y regulando los actos de los sujetos que los representen.

El adecuado funcionamiento de todas las Administraciones públicas viene dada por la eficacia, que han de realizar sus funciones cooperando coordinándose con el Estado autonómico. Se deben crear nexos entre un ente administrativo y otro.

El principio de eficacia obliga a la Administración una manera de actuar dirigida al resultado, a la obtención de los determinados objetivos de la ley.

Por último, este principio, requiere que las normas otorguen a la Administración los recursos y potestades que sean requeridos para poder alcanzar los objetivos que las normas y sus órganos jerárquicos les indiquen, como pueda ocurrir con el principio de autotutela.

3.2.1.2 Problemas de aplicación

Por un lado nos encontramos ante la delicada compatibilización de los principios de eficacia y legalidad. La vigilancia severa de las leyes puede suponer un impedimento a la eficacia. No obstante, la eficacia mantiene un lugar por debajo del principio de legalidad: la Administración queda sometida a la Ley y al Derecho.

De otro lado, nos encontramos con el control jurisdiccional de su cumplimiento; y es que, el enjuiciamiento de la eficacia de la Administración es un problema de valoración estrictamente político que únicamente ocupa a los creadores de opinión y, en último lugar, a los ciudadanos en el tiempo de depositar su voto.

3.2.2 Las potestades administrativas

3.2.2.1 La autotutela administrativa

La autotutela administrativa se define por un conjunto de potestades que el ordenamiento jurídico atribuye de modo expreso a la Administración pública para que pueda actuar en los diferentes ámbitos. Entre estas potestades, se permite que la Administración pública pueda establecer órdenes y prohibiciones a un tercero de manera unilateral, el cual queda jurídicamente obligado a atenerse al mandamiento de la Administración, sin necesidad del auxilio judicial.

La tutela que los sujetos determinados puedan hacer de sus intereses y derechos tiene que ser determinada como “heterotutela”, ya que tiene que suceder normalmente por medio de una declaración y ejecución emanadas de un órgano judicial.

La situación de las Administraciones públicas es diferente y obedece a la denominada autotutela administrativa, cuyo desarrollo doctrinal es debido a GARCIA DE ENTERRÍA. Las Administraciones no requieren de cooperación judicial para dictar actos administrativos que afectan a derechos e intereses de los particulares, modificando las situaciones jurídicas o estados posesorios, siempre que se cumplan con los requisitos que establece el propio sistema en la Ley 30/1992.

Dentro de la autotutela, podemos distinguir por un lado la autotutela declarativa o decisoria, facultad de la Administración de dictar declaraciones capaces per se de alterar o acabar con situaciones jurídicas subjetivas, sin el concurso de órganos judiciales e independientemente que se tenga o no el consentimiento del individuo destinatario. De otro lado nos encontramos con la autotutela ejecutiva, que sería la facultad que tiene la Administración de poner de manifiesto sus propias decisiones, llegando además al uso de la coacción si se opone resistencia por parte de sus destinatarios, sin contar para esto con la actuación de los Tribunales. Este hecho al que acabamos de hacer referencia viene reflejado en el artículo 95 LPC.

Cabe destacar en este aspecto el artículo 56 de la Ley 30/1992 que señala que “Los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta ley”; y el artículo 57 que recoge los efectos:

“1. Los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

3.2.2.2 Los Privilegios jurisdiccionales

Comenzaré señalando la relevancia del carácter revisor que posee el procedimiento contencioso administrativo. El recurrente no puede instar al Tribunal una declaración preventiva de sus derechos o intereses, sino que tiene que esperar a que la propia Administración tome su decisión, adopte el acto administrativo, y únicamente en ese momento puede recurrir.

Con respecto al régimen privilegiado para la ejecución de las sentencias judiciales en los litigios que la Administración hubiere sido condenada, cabe señalar que a la Administración no existe manera de embargarle los bienes que posean naturaleza de dominio público o bienes patrimoniales afectos a la prestación de servicios públicos.

Por último existe la prohibición de formular interdictos posesorios contra las Administraciones públicas ante los Tribunales ordinarios.

En este sentido cabe mencionar el artículo 25.1 de la Ley de JCA que desprende que “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o

indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

4. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

Como hemos expuesto anteriormente, la doctrina sitúa el término de potestad discrecional como la posibilidad de elegir entre diversas opciones diferentes, distintas pero cada una de ellas de interés común, y con la posible libertad de escoger sobre las diferentes actuaciones administrativas.

Sucede que, aunque se otorga a la propia Administración potestades discrecionales no quiere decir que sus actuaciones que se ejerzan haciendo uso de las mencionadas potestades tengan carácter de actos políticos, que serían los actos provenientes del poder ejecutivo en su papel de dirección política y, con lo cual, hechos en base a su carácter de órgano de Gobierno y como órgano administrativo. Estos actos no deben de estar controlados por la Tribunales contencioso administrativo, excepto cuando se vulnere algún derecho fundamental.

Tras la LJCA de 1998 desaparece la posibilidad de considerar el acto político como acto exento del control judicial, como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de esta Ley y el art. 2.1.a).

El propio GARCÍA DE ENTERRÍA señala que en un Estado de Derecho, el acto político no tiene cabida, ya que el poder político actúa bajo el principio de legalidad. Así se desprende de los arts. 9.1 y 103 CE. Con lo que, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, no excluye los actos políticos del poder ejecutivo del control jurisdiccional.

El control judicial de los actos discrecionales es el tema que suscita más polémica entre la doctrina, ya que cabe pensar que existe la posibilidad de que ciertos órganos jurisdiccionales ocupasen el lugar que corresponde a la propia Administración cuando ejerza una potestad administrativa, ya que es únicamente la Administración la que tiene poder para elegir libremente como actuar en función de la mencionada potestad.

Ante tal polémica con respecto al control judicial de los actos discrecionales son diversas las opiniones que se han vertido sobre este tema. Las posturas que están en contra esgrimen que

el control de estos actos conllevaría una suplantación de la función de la Administración por los órganos jurisdiccionales; de otro lado los que se encuentran en una postura favorable hacia el tema se basan en los siguientes artículos:

- Art. 9.1 CE, que recoge que “Los ciudadanos y poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.
- Art. 103.1 CE, que señala 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”.
- Y sobre todo, y por último en el art. 24.1 CE, que esgrime que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Esta polémica fue anterior a la aprobación de la LJCA de 1998. Tras esta Ley la situación no deja lugar a dudas. Tanto los actos políticos como los discrecionales son perfectamente fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Aceptada la observancia por los órganos judiciales de cualquier acto y, por consiguiente, cuando los actos realizados por la Administración cuando ejerza sus potestades discrecionales, no está de más plantearse si el acto nulo dictado en el uso de una potestad discrecional cabe ser sustituido por los Tribunales contencioso administrativos.

Después de observar que, existen los mismos argumentos, tanto a favor como en contra, que las ocasionadas en función de la admisión o no de su control judicial, se puede concluir con el art. 71.2 LJCA, que establece que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Cabe mencionar que antes de que surgiera esta ley, el Tribunal Supremo, en alguna ocasión aislada, falló sustituyendo el acto declarado nulo.

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

lugar a la posibilidad del control judicial de los actos administrativos ejecutados por la propia Administración en el uso de sus potestades discrecionales.

En cambio, lo que cabe cuestionarse es si cabe la sustitución por el juez; es decir, cuando el juez anula la resolución administrativa y dicta otra en su lugar, establece el contenido que debió tener el acto administrativo. Las tesis contrarias mantienen que no cabe esta posibilidad, porque sería una suplantación; las tesis favorables recuerdan el principio de legalidad (Art. 9.1 y 103.1 CE).

Existen varias sentencias del Tribunal Supremo, anteriores a Ley vigente hoy en día, que admiten esta suplantación. Sin embargo, la Ley 29/1998 declara abiertamente que esto no es factible. Siguiendo esta línea el art. 71.2 declara que “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Se podría afirmar que “atacar” a los actos administrativos por medio de los elementos reglados puede suponer un sistema de control inicial sobre aquéllos, ya que de incumplir cualquiera de estos elementos reglados conllevaría a que el acto fuese declarado nulo, por mucho que haya sido dictado en el uso de sus potestades discrecionales. Cabe decir que se considera siempre elementos reglados de cualquier potestad el hecho de su existencia misma, o en otras palabras, cuando la potestad es atribuida por la ley o no, el supuesto de hecho que legitima para su ejercicio (los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada), la competencia (la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin de la potestad (la finalidad determinada que el uso de la potestad debe perseguir).

No hace mucho, se ha incluido la motivación también como un elemento reglado, basándose en el 54.1 de la Ley 30/1992, que establece que “*serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”, los actos, “*que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deben serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa*”.

Como conclusión podríamos decir que impera la motivación, de un lado, como obligación a la Administración a ejercer sus funciones con vistas al interés público, y de otro lado, supone que de esta manera da la posibilidad al interesado de impugnar más fácilmente, ya que tiene

conocimiento de los motivos que han llevado a la Administración a dictar un acto en un concreto sentido.

El Tribunal Supremo ha sido bastante benévolo con la Administración pública, confirmando que se cumple la Ley con una redacción sucinta, no se quiere argumentos jurídicos muy elaborados, además se admitió la motivación *in alliunde* (por remisión), como también permite el art. 54.2 Ley 30/1992.

Se puede concluir un acto de la Administración dictado en uso de su potestad discrecional puede ser anulado si se dicta con falta de potestad para ello, o por un órgano que no tiene competencia para el uso de dicha potestad, o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o acogiendo maneras no adoptadas en el objeto material de la potestad, o incumpliendo las normas del procedimiento regladas para el uso de la potestad, o usando ésta con miras distintas a las que la ley atribuye a la potestad (decisión de poder), o si el acto carece de motivación.

La calificación de los hechos se presenta como segundo elemento de control. En sus inicios, en la jurisdicción contencioso administrativa, que posee facultades revisoras, no se permitió la prueba debido a que no existía la posibilidad de discusión sobre los hechos, sino únicamente acerca de aspectos jurídicos.

Con posterioridad sí se ha permitido la prueba en el recurso contencioso administrativo, tanto para los hechos controvertidos como para la calificación jurídica de éstos.

Para el tercer y último criterio tendremos que acudir en los principios generales del derecho, teniendo que mencionar a que a veces los Tribunales contenciosos administrativos vienen corroborando la nulidad de un acto discrecional por estimar que lesionaba un derecho fundamental.

5. DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS DISCRECIONALES, LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA VÍA DE HECHO

5.1 Inactividad de la Administración

5.1.1 Concepto

La Administración puede poner de manifiesto su actividad mediante disposiciones de carácter

general y esencia reglamentaria, en los actos que dicte unilateralmente y bilateralmente, contractuales o convencionales. Pero cabe señalar que, también resulta de esto la inactividad administrativa, a la que la falta de un acto la hacía, en inicio, imposible de impugnar por el carácter revisor del acto que tuvo a lo largo de los años la Jurisdicción contencioso administrativa.

El concepto de inactividad, según la RAE es la “falta de actividad”, que en este caso concreto hace mención al no hacer de la Administración cuando tiene la obligación de actuar. En otras palabras, como dice GÓMEZ PUENTE la inactividad sería “la omisión por la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”⁹.

Existe un punto de vista que enfoca la inactividad administrativa desde el punto de vista de la desviación de poder por concebirla como la actuación de las potestades administrativas con miras diferentes de las halladas por nuestro ordenamiento, cuando decía un deber específico de actuación positiva, cuyo no cumplimiento no deja conseguir el interés general por motivo de la inactividad administrativa. Así, se consentía su fiscalización¹⁰.

Para ponderar la inactividad de la Administración se ha hecho hincapié en el novedoso concepto que le ha asignado la Constitución, derivándose de los preceptos de Estado Social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), “que imponen establecer una Administración útil, una Administración que sirva”, de acuerdo al principio de legalidad, y al mandato de hacer y ejecutar según los arts. 9.2 y 40 CE. De esta manera, si se produce un incumplimiento, se lesiona la legalidad y se obtiene la garantía de una tutela judicial efectiva para los derechos e intereses (art. 24 CE) ante la ilegitimidad determinada que ocasiona la inactividad administrativa, reconstruyendo los errores provenientes de la infracción. Así, se pone punto final al ciclo comenzado con la fiscalización del acto y las disposiciones, que continuó con el control de la inactividad formal a través del simulacro de silencio administrativo, para lograr los tipos de inactividad material.

5.1.2 Tipos

⁹ GÓMEZ PUENTE, M., (2002) *La inactividad de la Administración*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, p. 63.

¹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1983, 3 de febrero de 1984 y 2 de diciembre de 1993.

Parte de la doctrina, y en concreto NIETO¹¹, alteró su enumeración inicial de los tipos formal y material de inactividad, distinguiéndola de la siguiente manera:

- *Inactividad formal o silencial*. Sería aquella que forma parte de un proceso de la Administración en el que el interesado pide que ésta actúe.
- *Inactividad material negativa*. Aquí cabe apreciar que será considerada jurídica cuando falte un determinado acto jurídico o fáctica cuando no se realice una actuación material no sujeta por un determinado acto de la Administración.
- *Inactividad material positiva*. Tiene lugar cuando ocurre un suceso o actividad ilegal.
- *Inactividad de efectos trilaterales*. Esta ejerce sobre el damnificado con un nexo bilateral, y también sobre terceros interesados.

Por su parte, otro sector de la doctrina, personificándose en GÓMEZ PUENTE¹² dispone otro tipo de clasificación de acuerdo a la esencia de la actuación que debió realizar la Administración:

- *Inactividad formal*. Con ausencia de una declaración jurídica legítimamente requerida, con diferente recorrido:
 - *Inactividad formal normativa*: debido al incumplimiento de la obligación que recoge la ley de decretar normas o disposiciones de carácter general o inactividad reglamentaria.
 - *Inactividad formal convencional*: por inexistencia de actividades de concertación, por no respetar una obligación de concurrencia en un manifiesto jurídico multilateral, o simplemente por su actitud pasiva en un nexo convencional sea opuesta a su consecuencia o interés público.
 - *Inactividad formal singular o procedimental*: debido a la ausencia de realización del acto de la Administración debidamente establecido en uso de una potestad administrativa que no sea la reglamentaria.

¹¹ NIETO, A., (1986) *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, en *Documentación Administrativa*, pp. 21-25.

¹² GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad...*, cit., pp. 123-124.

- *Inactividad material*: por la falta de ejecución de un acto técnico, material o físico de transcendencia externa a la propia Administración.
- Imposiciones derivadas de normas generales (art. 29.1 LJCA) que requieran que la Administración tenga que ejecutar una prestación determinada para uno o varios interesados (*uti singuli*), que no requiera de actuaciones de aplicación; que los que tengan derecho a ella puedan pedir a la Administración el cumplimiento de este deber; pasando el plazo de 3 meses desde el inicio de la reclamación, sin que la Administración hubiese dado ejecución a lo pedido o hubiese concretado un acuerdo con los perjudicados.
- Deberes derivadas de contratos o convenios (art. 29.1).
- En el caso de que la Administración no ejecute sus actos firmes (arts, 56, 57 y 94-96 LRJPAC y art. 29.2 LJCA).

5.1.3 El recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo facilitó una reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la Ley 29/1998 con objetivo de contemplar expresamente el control judicial sobre la inactividad material administrativa, que es distinta al silencio administrativo y a otras formas de acción u omisión. Este nuevo recurso permite una garantía nueva del principio de legalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares de art. 24.1 CE . Como ha reconocido reiteradamente el TC es preciso asegurar “la obtención de una resolución fundada en Derecho [...] sobre el fondo del problema planteado ante el órgano judicial”¹³

La LJCA de 1998 trata de explicar la razón de este nuevo recurso en su Exposición de motivos diciendo que “largamente reclamado por la doctrina jurídica, [...] contra la inactividad de la Administración [...] se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1990

combatir la pasividad y las dilaciones administrativas”. Sin embargo, asume que “el recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”.

Muchos autores han venido haciendo una crítica sobre la regulación que no ha suscitado avance alguno con respecto a las garantías. Únicamente, estos autores se han dedicado a copilar lo que, en su día en 1962 dijo NIETO, que ya realizaba el Tribunal Supremo: “una técnica complicada de convertir la inactividad material en inactividad formal. Diga lo que diga el dictamen del Consejo de Estado sobre cómo se aparta sutilmente de ese sistema, lo cierto es que para poder incoar un procedimiento administrativo frente a la inactividad material de la Administración hay que pedir a la Administración que actúe. Y si no existe reacción positiva, hay que esperar tres meses desde la reclamación [...] para poder presentar el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, que seguirá los trámites del proceso ordinario hasta la sentencia”. Sin embargo, en la regulación de la ejecución de la sentencia “amplía considerablemente las potestades del órgano jurisdiccional en su artículo 108”.

En esta línea GÓMEZ PUENTE¹⁴ afirma que “la clave jurisdiccional de la inactividad se halla, como prácticamente de todo el control de legalidad administrativa, en la determinación de las facultades del juez ante la Administración, asunto que atañe a la esencia constitucional del proceso contencioso-administrativo, al principio de separación de poderes. [...] un Estado de Derecho auténtico exige la efectividad de la tutela jurisdiccional que se encomienda a los jueces. Y lo que carece de toda lógica es que éstos, cualquiera que sea la amplitud objetiva de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa, no dispongan de los medios oportunos para garantizar su efectividad”.

Con respecto a la *competencia*, el art. 1.1 LJCA otorga a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo el poder de conocer los preceptos que se deriven 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”.

¹⁴ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad...*, cit., p. 239.

En esta línea el art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, otorga a los órganos judiciales contenciosos-administrativos competencia de los supuestos que se deriven de los actos de la Administración, con las normas generales de nivel inferior a la Ley y de “los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho”.

También cabe mencionar el art. 13.b) LJCA acerca de las reglas de distribución de competencias, que desprende la competencia “atribuida a los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad”.

Los órganos judiciales que ostentan la competencia en este asunto son las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.1.j) LCA).

En lo que se refiere a la *legitimación*, el amplio margen para la impugnación ante los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo viene ratificado por el art. 19.1 LJCA. Por el contrario, el art. 29.1 LJCA establece una determinada legitimación cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración”.

El análisis de estos artículos por parte de la doctrina constitucional acerca del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la legitimación más general nos lleva a dilucidar que es imposible disminuir la legitimación para el control de la inactividad administrativa a las “personas concretas” poseedoras de un derecho, ya que hay numerosas inacciones de la Administración que lesionan los intereses legítimos.

5.2 La vía de hecho

5.2.1 Definición e impugnación de la vía de hecho

La Jurisdicción Contencioso-administrativa se encuentra regulada por la Ley 29/1998, de 1 de julio (LJCA), que dice que el recurso contencioso-administrativo es posible con respecto a los actos materiales administrativos que representen vía de hecho, según se halle en la ley; es más, en el supuesto de que exista vía de hecho.

En esta línea existe numerosa jurisprudencia que viene definiendo lo que se considera vía de hecho, que no es otra cosa que aquella situación creada por un acto administrativo material que deja de lado de manera plena el procedimiento indicado o se ejecuta por un órgano que carezca de competencia. En este sentido, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ) establece que la Administración cae en vía de hecho si comienza una actuación material de ejecución que vulnere derechos de los afectados sin que antes se base en la resolución que le valga de fundamento jurídico. Por mucho que la Administración actúe fundada de sus prerrogativas particulares, entre éstas el particular régimen de impugnación de sus actuaciones ante los órganos judiciales contencioso-administrativos, no tienen cabida en el supuesto de vía de hecho, ya que no hay un acto administrativo como tal.

La definición de vía de hecho contempla dos acepciones, dependiendo de que la Administración haya utilizado una potestad que no tenga legalmente o la haya hecho sin atender al proceso que se halla recogido en la norma que le haya otorgado dicha potestad. Haciendo referencia al primer caso, es decir, en el supuesto de que la Administración no tenga resolución anterior que le valga de fundamento jurídico, se encuentra taxativamente prohibido. Con respecto al segundo caso, nos referimos a las situaciones en que la ejecución material se extralimita de su título legitimador.

Así, podemos decir que la vía de hecho o actuación administrativa no basada en una forma legal por el procedimiento de la Administración legitimador de la actuación, tiene lugar, además de cuando no existe acto dictado por la Administración de cobertura o siendo éste totalmente nulo, también cabe la posibilidad de que si el acto de la Administración no llega a satisfacer la actuación desmedida de aquélla, sobrepase de los límites que permite el acto.

Si nos basamos en la postura jurisprudencial, cabe vía de hecho si no hay cobertura jurídica de clase alguna a la actuación administrativa, o si aquélla es nula de pleno derecho concernientes a actos nulos o a un organismo que carezca de competencia, haciendo alusión, en muchas ocasiones, con la actuación material, no basada ni tan siquiera supuesta por una cobertura jurídica. Sin embargo, la mayoría de las sentencias tienen oportuno establecer que no existe vía de hecho en el supuesto de una leve lesión contra el procedimiento que no aluda a derechos fundamentales de los perjudicados ni ocasione indefensión. No tiene porqué requerir la completa inexistencia de cobertura sobre los actos de la Administración. En esta

línea, se puede establecer que, la actuación desmedida con nexo con el acto anterior de cobertura cabrían estar inmersas en vía de hecho.

La vía de hecho se basa por las actuaciones de los empleados de la Administración y de los agentes de ésta carentes de cobertura legítima y de cobertura determinada en un título jurídico. También si lesiona derechos fundamentales, tiene la posibilidad a recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los actos materiales originarios de vía de hecho no son actos administrativos como tal, ni tan sólo tácitos. Los actos administrativos no son sensibles de convalidación ninguna en sentido administrativo concreto. Se viene afirmando en alguna situación una posible convalidación, con carácter general, de la actuación constitutiva de vía de hecho. Como puede ser, en situaciones de ocupación no regulada de tierras en expediente expropiatorio que se arregla por cesión voluntaria de los mismos después.

La vía de hecho constituye la desaparición de la presunción de legalidad o autotutela declarativa y de la ejecutoriedad o autotutela ejecutiva y la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo.

5.2.2 Elementos constitutivos

Siguiendo el camino de lo convenido anteriormente, esta figura presume la no existencia de la actuación administrativa, lo que ocurre en las siguientes situaciones:

- Cuando la actuación administrativa no tiene lugar, o en cambio, cuando ha sido anulada o revocada.
- Cuando la actuación no tiene lugar formalmente, pero padece unos defectos importantes, de tal manera que no posee una pequeñísima apariencia de la que dilucida los efectos propios de tal actuación.
- Cuando tiene lugar acto administrativo, pero la actuación administrativa material carece de nexo con aquél, quedándose sin fundamento.

De otro lado, el Tribunal Supremo ha establecido que la vía de hecho requiere una ejecución material, que se posiciona en contra a la inactividad como objeto de recurso contencioso-administrativo.

5.2.3 Actuaciones ante la vía judicial

Cabe en la legislación procesal una acción contra la vía de hecho, y no es otra que la de interponer un contencioso-administrativo. En ese sentido existen numerosas sentencias, que han fallado en seguidas ocasiones, la aceptación del recurso contencioso para controlar los actos materiales administrativos que formen esta figura, resultando potestativa la formulación de un requerimiento anterior.

La defensa contra la vía de hecho es distinta atendiendo a si se ha constituido o no requerimiento:

- En caso de que exista, el perjudicado tiene la posibilidad de acogerse al recurso contencioso-administrativo en el plazo de 20 días desde el comienzo de la actuación administrativa de hecho.
- En el caso contrario, esto es, que aun existiendo requerimiento de cesación, la propia Administración no procede a lo pedido, pueden ocurrir varias consecuencias: cuando la Administración no concreta en el tiempo de 10 días, el perjudicado tiene la posibilidad de elaborar el recurso, en el plazo de 10 días a continuación a la expiración del plazo que tiene la Administración para resolver; en cambio, si la Administración soluciona la controversia en sentido opuesto a lo pedido por el perjudicado, existe la posibilidad de que haga directamente el recurso contencioso, en el plazo de 2 meses.

No existe ningún tipo de formalidad en lo que al requerimiento anterior se refiere, pero si es necesario que vaya dirigido hacia el órgano competente para conocer, además como la plena identificación de la actividad impugnada. Con lo que respecta a la solicitud que aparece en el requerimiento, cabe que se constituya por una parte para que la Administración deje su actividad, como para que se adquiriera las oportunas precauciones para el total restablecimiento del acontecimiento, sin olvidar la indemnización por daños y perjuicios, según el caso.

No existe ningún tipo de plazo para hacer el requerimiento, si bien es cierto que es de 20 días, ya que éste se utiliza para interponer el contencioso directamente, si se toma la opción de no realizar un requerimiento anterior.

La acción tiene carácter declarativo, de condena, y en parte posee efecto interdictal.

Sin embargo, por mucho que en estos recursos se permita un requerimiento anterior de tipo potestativo ante la Administración, esto no transforma a estos procedimientos en recursos contra la desestimación, ya sea por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Tampoco cabe pensar que estas acciones se basan en el típico carácter de vigilancia del orden contencioso-administrativo, ni cabe pensar que la ausencia de estimación total o en parte de la impugnación cree auténticos actos de la Administración, tácitos o expresos. Precisamente, el objetivo es conseguir que la Administración tenga la llave para resolver la controversia y prescindir de intervención de Jueces o Tribunales. De no ser así, lo que se reclama es, sin más parangón, la inactividad o la actuación material administrativas, que tiene por características discernir el asunto del procedimiento.

Que el requerimiento tenga esencia potestativa, quiere decir que la falta de deber de instar la creación de un acto de la Administración previo a la incoación, pone de manifiesto que la manera de actuar ante la vía de hecho no alude a los procedimientos generales de defensa contra la actividad de la Administración, ya que este no es el presupuesto.

El recurso administrativo no es necesario para interponer un contencioso-administrativo para estas situaciones, ya que, la actuación va encaminada a la reclamación directa ante un órgano judicial. En esta línea, se entiende que no existe posibilidad, que en el recurso de casación, se dé la aparición o no de vía de hecho.

El recurso contra la vía de hecho no tiene cabida con la conducta que se ha citado previamente de afirmar que ésta no se ha tenido lugar. Que exista un documento pactado, por el que las dos partes reconocen las consecuencias de las actas de ocupación significa que toda irregularidad que tenga posibilidad de darse en el proceso expropiatorio con anticipo al inicio del mismo, queda subsanada por consentimiento de las partes; cuando por voluntad se accede que la ocupación de las tierras afectadas está basada en derecho a partir de un concreto instante, es contradecir la misma actuación de basarse en irregularidades procesales previas a tal instante.

Cuando se de la vía de hecho, durante el procedimiento se requiere que el perjudicado que insta el recurso, aclare con suficientes argumentos que actuación se considera lesiva, el organismo que la ha llevado a cabo y su transcurrir en el tiempo.

6. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Con respecto a la discrecionalidad técnica, y más concretamente sobre su control jurisdiccional, podemos afirmar que la doctrina jurisprudencial ha venido sufriendo un desarrollo ininterrumpido en una manifiesta línea en la que se observa un constante esfuerzo de aumentar cada vez más y mejorar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente contra cada una de las actuaciones de la Administración (art. 103.1 y 106.1 CE), evitando la llamada *injerencia judicial* en las decisiones que adopta la Administración pública principalmente en materia de función pública y selección del personal a su servicio.

Podemos distinguir en esta evolución de la jurisprudencia del TC y del TS, de forma convencional, siete criterios principales que exponemos con detalle:

1º) Lo que la doctrina admite legítimamente como discrecionalidad técnica ha sido foco de admisión por la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 16 de mayo, que ratificó y expuso su alcance conforme al control judicial con esta afirmación: “Hay que recordar también ese control tiene la posibilidad de aparecer en algunas situaciones con límites determinados. Como por ejemplo en asuntos que han de solventarse por un juicio fundamentado en requisitos de carácter únicamente técnico, que sólo debe ser dictado por un órgano concreto y especial administrativo y que en sí mismo huye por su misma esencia al control jurídico, que sólo deben ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, como se viene dando tienen que ejercerlo en la posibilidad en que el juicio afecte al marco legal en que se ubica, o lo que es lo mismo, acerca de las cuestiones de legalidad”.

2º) Si examinamos la sentencias del Tribunal Supremo, observamos que desde el instante en que se reconoció la discrecionalidad técnica, el TS puso de manifiesto una limitación para ésta en su control, y también la concreción su puesta en marcha también a ésta de las técnicas de control, que supusieron en ese instante los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. En esta línea nos encontramos con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989, que se expresa de la siguiente manera: “Los órganos de la Administración que sean competentes para conocer sobre las pruebas de

acceso a la función pública disfrutan en cierta medida de discrecionalidad en la apreciación de las aquéllas, es más, merece la denominación de técnica no revisable judicialmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración dicte sobre de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, adquieren especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el art. 103 CE”.

3º) A partir de 1991 la jurisprudencia del TC y del TS, con la finalidad de mejorar el control judicial y aclarar las lagunas sobre las que dicho control podía ejercer su función con totalidad, completó y definió los límites enunciados en un principio por medio de la diferenciación, en el terreno de la llamada discrecionalidad y valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y “sus aledaños”¹⁵.

De esta forma, el “núcleo material de la decisión”, que procedería en este instante como foco del control judicial, quedaría establecido por el concreto dictamen o juicio de valor técnico, mientras que el otro concepto llamado “sus aledaños”, que si centraban el foco del control judicial, abarcaban, por una parte, las actividades preparatorias o instrumentales que enmarcan a este concreto juicio para poder llevarlo a cabo, y de otra parte, los pasos jurídicos a seguir que también le son exigibles a las mencionadas actividades.

Las ya mencionadas actividades preparatorias o instrumentales son estas: las dirigidas a establecer los límites de la materia que vaya a ser el foco de ese juicio técnico, a establecer los requisitos de calificación que tengan que ser usados y a ejecutar de forma unilateral los mencionados requisitos a todos los elementos materiales que formen el objeto de la valoración, o lo que es igual, este es el camino a seguir que se precisa para terminar con la estimación cualitativa finalmente encontrada en el determinado dictamen o juicio de valor

¹⁵Esta diferenciación se puede apreciar en la Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989 y de 14 de noviembre de 1991, así como además en varias Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 11 de junio de 1991 (RJ 1991\5216), 28 de enero de 1992 (recurso 1726/1990, RJ 1992/110), y 21 de febrero de 1992 (RJ 1992\1028).

técnico, mientras que los pasos jurídicos a seguir quedarían establecidos por el derecho a la igualdad de requisitos que ayuda a todos los candidatos, que precisa del criterio de calificación aluda a los principios de mérito y capacidad y por el requerido acogimiento a la norma constitucional sobre la interdicción de la arbitrariedad.

4º) La jurisprudencia constitucional acentuó la relevancia de un nuevo criterio para controlar la discrecionalidad técnica y no es otro que la necesidad de motivar el juicio técnico.

Ya hemos hecho referencia a uno de los “aledaños” de ese juicio técnico, que es la necesidad de seguir las normas constitucionales (art. 9.3 CE) de la *interdicción de la arbitrariedad* de los entes públicos y, con gran acierto, es de la opinión del Tribunal Supremo que, cumplir requiere obligatoriamente de la Administración para argumentar el juicio técnico si se requiere por algún interesado o cuando sea foco de impugnación.

En este sentido nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000, que dictaminó en un principio en qué situaciones es imprescindible una motivación a los organismos de selección¹⁶: “En el caso que nos ocupa, el recurrente pidió al Tribunal sin obtener ninguna respuesta que se le argumentasen: los criterios de valoración usados en la corrección de la prueba; la puntuación asociada a cada cuestión; la puntuación por él obtenida en cada una de las cuestiones. La ausencia de respuesta a ese requerimiento crea, a juicio de la Sala, una situación de indefensión al perjudicado ya que se le priva de los elementos de juicio necesarios para que pueda combatir la decisión de los Tribunales selectivos en aquellas cuestiones que normalmente han estado sometidos al control de los Tribunales de Justicia como suelen ser posibles errores aritméticos, errores graves de calificación en cuanto a contestaciones exactas que injustificadamente se estiman incorrectas, variaciones arbitrarias de criterio, penalizaciones injustificadas, observancia del principio de igualdad.... De la misma manera la oscuridad u opacidad de la que el recurrente se queja priva al recurrente de elementos de defensa que son claves a la hora de ejercitar sus derechos como pueden ser las alegaciones que pueda realizar y, en su caso, proposiciones de prueba —pericial, por ejemplo— demostrativas de supuestos errores o equivocaciones”.

De esta manera, se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007: “No obstante, una cosa es el núcleo del juicio técnico acerca del que opera ese tipo de

¹⁶ CORREGIR.... ncia de la misma sala de 2 de marzo de 2011, Ponente Maurandi Guillén

discrecionalidad y otra distinta la necesidad de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esta última cuestión, queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

5º) En este epígrafe queremos destacar la importancia que se da en la jurisprudencia del TC y del TC de la forma de concreción que debe adoptar el objeto de la motivación para que, cuando sea necesario, tenga la posibilidad de ser tomada en cuenta como correctamente elaborada. En este sentido, cabe señalar que ese objeto tiene que contar con al menos estos requisitos: por un lado, advertir el material o las fuentes de información de las que va a tratar el juicio técnico; por otro, determinar los requisitos de valoración cualitativa que se usarán para transmitir el juicio técnico; y finalmente, la justificación por qué el uso de estos requisitos lleva a la conclusión personalizada que da la ventaja a un candidato con respecto al resto¹⁷.

6) De otra parte en esta evolución jurisprudencial se pasa a considerar muy importante la admisión de la totalidad de las pruebas, y en particular de los dictámenes periciales, que estaban siendo rechazados como prueba por los Jueces y Tribunales, con la pretensión propia de la abogacía del estado que con los éstos se quería “sustituir la valoración realizada administrativamente”.

Una vez establecida la doctrina de la admisión y práctica de la mencionada prueba pericial, el Tribunal Supremo, en referencia a su objeto y de los acontecimientos debidamente acreditados, concretando ya de manera normal en numerosas sentencias la concreción completa del acto administrativo discrecional anulado, sin que la interpretación del art. 71.2

¹⁷ Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (Sentencia de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), concursos de personal docente universitario (Sentencia de 6 de marzo de 2007, recurso 2274/2005, Sentencia de 27 de mayo de 2009 y Sentencia de 14 de septiembre de 2009), procesos selectivos para ingreso en el cuerpo de oficiales de administración de justicia, turno libre (Sentencia de 18 de abril de 2007, recurso 1057/2001), procesos selectivos para el acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria (Sentencia de 1 de abril de 2009, recurso 6755/2004) y procesos selectivos para el ingreso en la carrera judicial entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional, el llamado cuarto turno (Sentencia de 14 de abril de 2009, recurso 242/2007).

LJCA que suponga un impedimento en cierta medida para tal fin, y con el pertinente reconocimiento o restauración del hecho jurídico personal instado por los interesados, tratándose además de casos que hasta ese instante eran dejados aparte incluso del juicio de los Tribunales, como ejemplos más recurridos de las potestades discrecionales administrativas en donde el resultado final en valoraciones, calificaciones o informes técnicos¹⁸.

7º) Como séptimo y último hito a destacar en la evolución de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica, el Tribunal Supremo se ha propuesto acabar con el último punto pendiente y eliminar el último asunto que eludía el control judicial y que era el mismo “núcleo material” de la decisión técnica. De esto se derivó que cabe la posibilidad de que suponga la derogación de las actuaciones que se basaban en tal “núcleo material” en las situaciones en que el Tribunal no es que no se descarte, sino que acepta taxativamente que la presunción de legalidad tenga posibilidad de ser alterada por prueba en contrario, y concretamente por la pericial, que podrá ser valorada por el Tribunal competente que estime conveniente que ese juicio técnico, en base de los acontecimientos acreditados, no es razonable¹⁹.

En este sentido podemos encontrar la Sentencia de 18 de marzo de 2011, en la que podemos encontrar además de una declaración de anulación, también un reconocimiento de derechos del interesado y de clara sustitución del acto administrativo en uno propio de la discrecionalidad técnica, teniendo la Administración que pasar por dicho reconocimiento.

Este fallo no se encuentra solo en nuestra jurisprudencia, sino que viene a entrar dentro de un grupo consolidado dentro de la doctrina con la Sentencia de 3 de noviembre de 2008, en la que se puede observar además de un pronunciamiento de clara sustitución en la práctica del pronunciamiento de la Administración en un acto propio de la discrecionalidad técnica, y la Administración no tiene más remedio que pasar por tal reconocimiento.

Igualmente en relación con la aprobación del planeamiento urbanístico, potestad caracterizada por su fuerte componente discrecional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2010 (recurso 239/2006), destaca la necesidad del deber moral y jurídico de los tribunales de

¹⁸ En este sentido, cabe señalar dos importantes sentencias, en el que la segunda ratifica a la primera, y que son las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 y 2 de marzo de 2007

¹⁹ Esta sentencia versa sobre el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 49/2006).

no quedarse en las soluciones simples y sencillas. De esta forma se trata de intentar indagar y establecer si la delegación de facultades en que consiste en último término la discrecionalidad ha sido utilizada de forma correcta y racional procediendo a un control no sólo formal de legalidad, sino sustantivo del uso de la potestad en términos de comprobación de la adecuación entre los hechos determinantes y la decisión tomada: “Esto no obstante, ello no significa que el control judicial deba quedarse en la periferia del ejercicio de la potestad discrecional; antes al contrario, ha de penetrar en la forma de dicho ejercicio mediante la revisión de los hechos y del uso proporcionado y racional de la potestad. Es deber moral y jurídico de los Tribunales no estar a las soluciones simples y sencillas, sino intentar indagar y establecer si la delegación de facultades en que consiste en último término la discrecionalidad ha sido utilizada de forma correcta y racional, sin incurrir en abuso o desviación de poder. En otras palabras, ante la discrecionalidad, la Jurisdicción contenciosa debe proceder a un control no sólo formal de legalidad, sino sustantivo del uso de la potestad en términos de comprobación de la adecuación entre los hechos determinantes y la decisión tomada”.

7. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

Si bien existen numerosas sentencias al respecto sobre el control judicial de los actos discrecionales, seleccionamos algunos que nos parecen más relevantes.

7.1 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014 (recurso de casación 725/2011: discrecionalidad técnica en pruebas selectivas)

Esta Sentencia del TS confirma la Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de abril de 2013 y acuerda por unanimidad inadmitir el recurso de casación, pues entiende que la sentencia de instancia no desconoce la discrecionalidad técnica del tribunal calificador ni infringe el principio de igualdad de acceso a la función pública, sino propia de los TSJ, que tienen atribuido el control de la legalidad de la actuación administrativa.

En esta línea, la STS en su FJ 1 declara que “la sentencia recurrida en casación estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto el perjudicado contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Orden por la que se hacen públicas las listas de personal seleccionado para el ingreso en el Cuerpo de Maestros se le nombra con carácter provisional funcionario en prácticas.

La Sala de instancia anula la resolución a los efectos de que se valoren los cursos, y, de permitirlo la puntuación final resultante, se incluya al recurrente en la instancia en el número de orden que corresponda a dicha puntuación en la lista de opositores que han superado las pruebas selectivas y se le reconozcan todos los derechos administrativos y económicos inherentes a tal inclusión”.

Además el FJ 2 dice así: “ La causa de inadmisión del recurso apreciada por esta Sala, ponía de manifiesto, en relación con el único motivo del escrito de interposición del recurso de casación, la improsperabilidad de la pretensión por manifiesta carencia de fundamento. A tal efecto, hemos de reiterarnos en la inadmisión de dicho motivo porque dicho motivo casacional está articulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA , y en su argumentación se plantea la infracción del artículo 19 de la Ley 30/1984 y del artículo 23.2 de la Constitución relativo al principio de igualdad en el acceso a la función pública, ya que, a juicio de la Administración recurrente, se debió respetar la discrecionalidad técnica de la Comisión de Valoración de méritos en lo concerniente a los requisitos establecidos en las bases.

Es claro, en consecuencia, que la cuestión a dilucidar es si la revisión efectuada por la sentencia de la que efectuó la Comisión de Valoración del concurso invade el ámbito de la discrecionalidad técnica de ésta, o se trata de un juicio estrictamente jurídico del órgano jurisdiccional, referido a la adecuación de la evaluación de la Comisión a las bases del concurso”.

Esta STS de 2014 confirma que “la sentencia se limita a analizar la motivación del juicio de la Comisión para no evaluar los cuestionados méritos; y eso es algo que, conforme a esa misma jurisprudencia, no es componente del núcleo técnico inaccesible al examen jurídico, sino que es propio del control jurisdiccional”²⁰. Así pues, el TS dice que la sentencia de instancia no puede revisar la valoración efectuada por la Comisión de Valoración antes citada.

7.2 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de junio de 2011 (recurso de casación 4045/2009: urbanismo)

Esta Sentencia del TS desestima un recurso de casación sobre la aprobación de revisión de

²⁰ Existen varias sentencias de la misma Sala de 29 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 3721/2011) y 25 de febrero de 2013 (recurso de casación nº 6099/2011).

Plan General de Ordenación Urbana, interpuesto por la Junta de Andalucía, de la Universidad de Sevilla y del Ayuntamiento de Sevilla, contra la Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo nº 941/2006.

El TSJ de Andalucía dictó Sentencia, con fecha 4 de junio de 2009, fallando: “Que debemos estimar y estimamos sustancialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que se recoge en el fundamento jurídico primero de esta sentencia al ser contraria al Orden jurídico, por lo que procede: 1º. La anulación de la resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 19 de julio de 2006, y la de su publicación de 28 de julio de 2006, respecto de la determinaciones relativas a la calificación del frente oriental del Parque o Jardines del Prado de San como equipamiento de uso educativo. 2º La anulación de la determinación de la construcción de la nueva Biblioteca Central de la Universidad de Sevilla en terrenos del referido Parque. 3º. La anulación de actos que se dicten o ejecuten como consecuencia de la referidas determinaciones.

Aquí la controversia nace debido a la duda de si la sentencia recurrida incurre en falta de motivación o no, pero el Tribunal Supremo rechaza esta infracción y argumenta en su FJ 7 lo que reproducimos:

“Conviene reparar que la motivación es una exigencia insoslayable de la sentencia, con trascendencia constitucional (artículo 24.1 y 120.3 CE), de tal modo que la tutela judicial efectiva exige que se exponga el razonamiento en que el Tribunal basa su fallo, poniendo de manifiesto que responde a una concreta aplicación del Derecho, que no es fruto de una arbitrariedad o capricho del juzgador --enlazando con la proscripción de la arbitrariedad--, sino que responde a una específica interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico”.

Además en su FJ 8 esgrime que: “La panorámica de los motivos alegados, y sobre todo el desarrollo argumental de los mismos, revela que la doctrina sobre el “*ius variandi*” constituye el epicentro de todas las lesiones normativas que se atribuyen a la sentencia recurrida en los motivos aducidos por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA. Y ello nos remite a la cuestión medular suscitada en la presente casación, y es si la sentencia ha respetado la discrecionalidad que le es propia al planificador urbanístico, o ha invadido el ámbito discrecional que le corresponde en la toma de decisiones sobre el modelo de ciudad, la clasificación y calificación del suelo, la atribución de usos y el concreto emplazamiento de las edificaciones.

De manera que ya sea al invocar las competencias municipales, con cita de los artículos 140 y 148 de la CE, ya sea al alegar los principios de la actuación administrativa y su servicio a los intereses generales (artículos 103 y 106 CE), ya sea al invocar la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE), o, en fin, ya sea al aducir la infracción del derecho al medio ambiente (artículo 45 y 53.3 de la CE), las infracciones normativas denunciadas en casación confluyen en una cuestión: acotar los límites de la discrecionalidad, en general, y del planificador urbanístico, en particular, cuando se trata de cambiar la calificación de una zona verde para edificar sobre tales terrenos una nueva biblioteca”.

Continuando en su FJ 9: “Con carácter general, la discrecionalidad del planificador, el conocido “*ius variandi*”, no es más que la especie dentro del género de la discrecionalidad administrativa, que se proyecta también sobre otros ámbitos materiales de la actuación administrativa, que no viene al caso especificar.

El ejercicio de esta potestad discrecional en el ámbito urbanístico se concreta en la libertad de elección que corresponde al planificador, legalmente atribuida, para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística. Discrecionalidad, por tanto, que nace de la ley y resulta amparada por la misma. Y esto es así porque legalmente ni se anticipa ni se determina el contenido de la decisión urbanística, sino que se confía en el planificador para que adopte la decisión que resulte acorde con el interés general.

La doctrina tradicional sobre el ejercicio del “*ius variandi*” reconoce, por tanto, una amplia libertad de elección al planificador urbanístico entre las diversas opciones igualmente adecuadas y, por supuesto, permitidas por la Ley. Ahora bien, como sucede con la discrecionalidad en general, el ejercicio de tal potestad se encuentra sujeto a una serie de límites, que no pueden ser sobrepasados.

Así es, entre los contornos en los que se ha de mover la decisión del planificador están, quizás el más significativo, la proscripción de la arbitrariedad, pues la decisión ha de ser discrecional, no arbitraria (artículo 9.3 de la CE) y estar al servicio del interés general. Ambos conceptos jurídicos, discrecionalidad y arbitrariedad, resultan incompatibles e irreconciliables. Además de este límite general, también resultan de aplicación las técnicas tradicionales del control de los actos discrecionales, como la regularidad en el ejercicio de la potestad, el control de los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales, la justificación y motivación de la decisión, y, en fin, la prohibición de la desviación de poder (artículo 70. 2

de la LJCA)”.

7.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011, (recurso de casación 3157/2011: discrecionalidad técnica personal de salud)

Esta STS estima un recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia de 22 de julio de 2013 del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (recurso número 2044/2011), y anula dicha sentencia. Además el fallo de esta Sentencia del TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por la recurrente y confirma la actuación administrativa impugnada inicialmente.

La interesada participó en el concurso-oposición para el acceso a plazas de la categoría de Facultativos de Área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, superó el primer ejercicio de la fase de oposición y no el segundo, solicitando revisión de su examen al Tribunal Calificador. Posteriormente, interpuso un recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución de un recurso de alzada que había confirmado el acuerdo del Tribunal Calificador.

EL TS en su FJ 1 hace alusión a que la recurrente: “Para rechazar el error manifiesto dejó inicial constancia de las explicaciones que habían sido ofrecidas por el Tribunal Calificador en su Informe y, a partir de lo anterior, dijo que lo pretendido por la recurrente era sustituir el juicio técnico del órgano calificador con el suyo propio y que esta cuestión no podía ser admitida; e invocó en apoyo de lo anterior la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica”.

La recurrente explicó el proceso selectivo desde la convocatoria hasta la resolución desestimatoria del recurso de alzada de 5 de octubre de 2011. En sus escritos alegó la doctrina sobre el control judicial en las pruebas selectivas que el TS recogió en su FJ 1º en la Sentencia comentada.

La recurrente invoca la STC 219/2004 y la STS de 1 de febrero de 2010 en lo que declaran sobre la regla general del respeto de los juicios de discrecionalidad técnica y sobre la excepcionalidad de su revisión, limitada acaso a casos contados, entre los que figura el error flagrante. Se citan varias sentencias de esta Sala como expresivas de un cambio de posición más favorable a reducir los límites del control jurisdiccional; y se mencionan también opiniones doctrinales favorables la revisión jurisdiccional del juicio técnico cuando se

practique prueba adecuada a tal efecto”.

Finalmente el TS en su FJ 7 argumentó: “Desde esa jurisprudencia que acaba de ser recordada ya debe decirse que en la aquí controvertida calificación otorgada a la recurrente en el segundo ejercicio de la fase de oposición no es de apreciar falta de motivación ni arbitrariedad. No hay falta de motivación en el aspecto formal y tampoco en el sustantivo.

En el formal porque, con independencia de la diligencia en las actuaciones referida a que tras la primera solicitud de revisión de examen hubo una comparecencia de la recurrente en la que el Tribunal Calificador le informó de todo, consta fundamentalmente que, una vez planteado el recurso de alzada, fue emitido ese Informe de 20 de septiembre de 2011 por el Tribunal Calificador. Y en este informe, reproducido luego en la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada, se señala que las razones de la puntuación aplicada a cada uno de los supuestos prácticos fue el ajuste o no del examen de la actora al modelo de respuestas que previamente había sido aprobado por el Tribunal Calificador.

En el sustantivo porque, frente a la afirmación contraria de la demanda, sí constan estos tres elementos que según la jurisprudencia de esta Sala constituyen el contenido de la motivación. Así: se conoce el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente (y que obra en el expediente); se sabe también cual fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el Tribunal Calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando.

Lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que hubo motivación bastante para que la recurrente pudiera impugnar en el proceso judicial la calificación que le fue otorgada con total plenitud de las garantías que son inherentes a su derecho de defensa; y descarta, así mismo, que pueda aceptarse la arbitrariedad que también ha sido reprochada a la actuación administrativa que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional”.

Por lo que en su FJ 9, y para concluir, el TS dictamina que “Todo lo antes razonado conduce a declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia recurrida y también desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

8. CONCLUSIONES

No podemos dejar de resaltar la dificultad que implica en un Estado de Derecho el control judicial de la discrecionalidad administrativa, preocupación que no desaparece con el transcurso de los años. Desde la LJCA de 1956 hasta la Constitución de 1978 el control jurisdiccional ofrecía unos parámetros distintos. A partir de lo dispuesto en el art. 24.1, 103.1 y 106.1 de la CE la situación cambia radicalmente desde un punto de vista constitucional, impulsada por la jurisprudencia del TC y la interpretación de la legalidad conforme a los derechos fundamentales y los principios constitucionales que delimitan la actuación administrativa. Además la jurisprudencia del TS en aplicación de la Ley 30/1992 (deber de motivación de los actos discrecionales, legalidad del acto administrativo) ha sido clave.

Este impulso por vía jurisprudencial fue asumido por la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa a partir de la LJCA de 1998.

La jurisprudencia reiterada del TC y del TS, la normativa y la doctrina científica, permiten determinar cuatro puntos sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa:

1. Supone una toma de decisión por la Administración dentro del servicio objetivo a interés general (art. 103.1 CE).
2. Conviene distinguir entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Así, mientras el uso de potestades discrecionales supone la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una sola solución correcta.
3. El control judicial se basa sólo en criterios jurídicos, no caben además criterios extrajurídicos o de índole política para enjuiciar los actos discrecionales.
4. La discrecionalidad administrativa no se puede identificar con la arbitrariedad cuya interdicción está garantizada por el art. 9.3 CE.

Los criterios extrajurídicos a los que anteriormente hemos hecho referencia suponen a veces que en su interior se recoja una parte política de oportunidad que implica un límite a la revisión jurisdiccional, no obstante la *fiscalización del ejercicio de las potestades discrecionales administrativas se realiza a través de las tres técnicas*: 1º control sobre la

propia existencia de una potestad discrecional atribuida por el ordenamiento jurídico de modo expresa; 2º *control de los hechos determinantes*; 3º control de los *elementos reglados que acompañan a todo acto discrecional*, 4º control de los fines que debe perseguir el acto discrecional, incluyendo la desviación de poder, 5º el control por medio de los *principios generales del derecho que delimitan la actuación administrativa*.

Cuando el marco por el que se mueve la Administración aparece del requerimiento de basarse en juicios técnicos o científicos, formulados por un organismo especializado administrativo, también los organismos tienen que *tener en cuenta la limitación que establece la esencia jurídica del control que emanan*. Dicho en otras palabras, superaría la limitación misma de la actuación jurisdiccional, cambiando el juicio técnico de los organismos administrativos por su mismo y personal criterio y metiéndonos de este modo, sin tener por qué en el ejercicio de funciones de la Administración que no le son atribuidas.

La observancia de la legalidad que tiene la posibilidad de darse por el organismo judicial acerca de los actos administrativos tiene que estar mencionado en la verificación del cumplimiento de los elementos reglados que legítimamente creen presupuesto requerido para el uso de una potestad, por ejemplo, los requisitos de índole formal.

Cabe la posibilidad de que el Juez o Tribunal declare ilegal y anular un acto discrecional por no tener fundamento coherente, que no sea proporcionado, que sea discriminatoria o vaya en contra de la buena fe o algún otro principio jurídico reconocido.

De todos modos, y para terminar, el *control* judicial en el proceso contencioso-administrativa es de *carácter negativo*, es decir, se limita a indicar lo que es contrario al ordenamiento jurídico, pero no impone una regulación nueva distinta a la que había adoptado la Administración (art. 72.2 LJCA). Si fuera un control de carácter positivo, el juez podría modificar con carácter general la decisión tomada por la Administración entre las distintas situaciones jurídicas del caso en cuestión. No obstante, el juez o tribunal contencioso-administrativo tiene la posibilidad de *sustituir la resolución* de la Administración cuando el marco de decisión reconocido a ésta se encontrase disminuido a una sola elección correcta y se trata de un concepto jurídico indeterminado. En este caso la doctrina y la jurisprudencia no admiten la existencia de lo que se considera una auténtica discrecionalidad administrativa.

9. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO (1997) *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid

BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995) *Discrecionalidad administrativa y constitucional*, Madrid

COSCULLUELA, L. (2012), *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas.

CUCHILLO FOIX, M., (1996) *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Madrid

DESDENTADO DAROCA E. (1999), *Discrecionalidad administrativa*, Civitas.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., (1994) *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, Nº 196, 2015, págs. 211-227

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional *Revista de administración pública*, , Nº 187, 2012, págs. 141-170

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R (2014), *Curso de derecho administrativo. Vol. I*, Navarra, Civitas.

GARCIA DE ENTERRÍA, E.(1997), *Democracia, jueces y control judicial*, Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, REDA núm. 89, 1996, recogido en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997

GÓMEZ PUENTE, M., (2002) *La inactividad de la Administración*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., (1996) *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid

MARTI DEL MORAL, A (1997), *El recurso de casación contencioso-administrativo. Estudio jurisprudencial de los motivos de casación ordinaria*, McGraw-Hill, Madrid

MARTI DEL MORAL, A., (2012) “El proceso contencioso-administrativo ordinario y la sentencia: especial referencia al control judicial de los actos discrecionales y actos políticos” en libro colectivo *Tutela de Derechos, en Sede Jurisdiccional*, Lima (Perú), Fondo Editorial del Poder Judicial.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, vol. III, p. 1083 y ss

MAURER H., (2011) *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Madrid.

MUGA, J. L, CARBONELL, E. (1996), *Agencias y procedimiento administrativo en los EEUU*, Marcial Pons.

NIETO, A., (1986) *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, en *Documentación Administrativa*.

PAREJO (1993), en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos.

SAINZ MORENO, F. (1976), *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid

SANCHEZ MORÓN, M. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid,

SANCHEZ MORÓN, M., (1991) *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid

SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel.