

## LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA VINCULACIÓN DE SU EJERCICIO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE

Profesor Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

SUMARIO: I. La vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho, y el control jurisdiccional de la legalidad de su actuación. I.1. El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y el carácter exclusivamente jurídico de su control jurisdiccional. I.2. La vinculación de la Administración al ordenamiento a través de normas de programación condicional de alta densidad regulatoria (potestades regladas). I.3. La atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento: conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa. I.4. La necesaria distinción, dependiendo del grado de vinculación de la Administración al ordenamiento, entre un control jurisdiccional de máxima intensidad (control positivo) y un control de intensidad limitada (control negativo). I.5. La necesaria distinción entre el control del ejercicio y el control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión. II. La discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio. II.1. Concepto y clases de potestades discrecionales. II.2. Límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades, y alcance correlativo de su control jurisdiccional. III. La aplicación administrativa de conceptos jurídicos indeterminados y el control jurisdiccional de su legalidad: el *margen de apreciación* de la Administración. III.1. Noción de concepto jurídico indeterminado. III.2. El concepto de margen de apreciación. III.3. Límites jurídicos que acotan el margen de apreciación y alcance correlativo de su control jurisdiccional. III.4. El margen discrecional y el margen de apreciación: ¿dos márgenes de naturaleza completamente distinta? III.5. La discrecionalidad técnica de la Administración. IV. Bibliografía básica \*.

\* La presente colaboración se publicó originariamente en CANO CAMPOS, T. (coord.) *Leciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, T. III, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009.

## **I. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO, Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN**

La función constitucional de la Administración Pública consiste en servir con objetividad los intereses generales, actuando a tal efecto con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución Española, CE). Este sometimiento es una de las manifestaciones más relevantes del Estado de Derecho (artículo 1.1 CE) y, más concretamente, de uno de sus principios fundamentales, a saber: el principio de legalidad (artículo 9.1 CE). La actividad administrativa se halla, por tanto, plenamente jurisdicada, o, lo que es lo mismo, no se desenvuelve nunca en un ámbito libre de normas y principios jurídicos. De ahí que la actuación administrativa sea siempre también aplicación de la Ley y el Derecho.

El correlato necesario de lo anterior es el sometimiento de la entera actividad administrativa al control jurisdiccional. En efecto, los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de la actuación administrativa (incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria), así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE). No existen, por consiguiente, ámbitos de la actividad administrativa sustraídos de entrada al control judicial. Allá donde haya vinculación de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (y siempre la habrá, como se ha dicho, aunque sea en mayor o menor medida), cabrá el control jurisdiccional de su legalidad o conformidad a Derecho. Obviamente, siempre que se interponga contra aquélla un recurso admisible que permita o habilite un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del mismo, ya que sin recurrente no es posible el control judicial.

A fin de precisar algo más las premisas que se acaban de enunciar, recapitularemos a continuación brevemente los siguientes aspectos:

- El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y el carácter exclusivamente jurídico de su control jurisdiccional.
- La vinculación de la Administración al ordenamiento a través de normas de programación condicional de alta densidad regulatoria (potestades regladas).
- La atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento como consecuencia de: (i) el empleo por los titulares de las potestades normativas de conceptos jurídicos indeterminados; (ii) la atribución a la Administración de potestades discrecionales; o (iii) la opción por una mera programación finalista o teleológica de la actividad administrativa.
- La necesaria distinción, dependiendo del grado de vinculación de la Administración al ordenamiento, entre un control jurisdiccional de máxima intensidad (control positivo) y un control de intensidad limitada (control negativo).
- La necesaria distinción, también, entre el *control del ejercicio* y el *control de la atribución* de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión.

### I.1. *El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y el carácter exclusivamente jurídico de su control jurisdiccional*

- *El control jurisdiccional es un control en derecho.* Como se ha señalado, el sometimiento de la Administración al control jurisdiccional es un correlato necesario de su vinculación a la Ley y al Derecho. El control judicial es, por tanto, un control *en derecho*, un control *jurídico*. Éste sólo tiene por objeto comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la Ley y al Derecho, o, lo que es lo mismo, que no infringe el ordenamiento jurídico. Por el contrario, si el ordenamiento no regula agotadoramente todos los aspectos de una determinada actuación administrativa, confiriendo por tanto a la Administración un margen de apreciación o de decisión, el control jurisdiccional no se extiende a la oportunidad o acierto de la misma, más allá de su estricta conformidad con la Ley y el Derecho.
- *Correlación necesaria entre el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y la intensidad de su control judicial.* Todo control presupone un parámetro, y los parámetros del control jurisdiccional son, como se ha dicho, exclusivamente parámetros jurídicos, esto es, la Ley y el Derecho. Por consiguiente, no es viable el control jurisdiccional en ausencia de parámetro jurídico. En ausencia de parámetro no hay control sino decisión. Dicho de otro modo, si el juez contencioso-administrativo carece de un parámetro jurídico para enjuiciar la actuación administrativa impugnada y, sin embargo, se pronuncia sobre la misma, no juzga sino que administra. Sucede, empero, que esto le está constitucionalmente vedado al juez (artículo 117.4 CE). De ahí que exista, por lo tanto, una correlación necesaria entre el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y la intensidad de su control judicial. Cuanto más intensa es la programación por el ordenamiento de la actividad administrativa, más intenso es también el control jurisdiccional de ésta. Y viceversa, si el ordenamiento programa la actividad administrativa con menor intensidad, el control judicial de la misma será también necesariamente menos intenso. Conviene recalcar, no obstante, que –como se ha dicho– la actividad administrativa no se produce nunca en un ámbito enteramente libre de normas y principios jurídicos, por lo que siempre será posible contrastarla con éstos. Sin embargo, la intensidad del control no podrá ser mayor que la intensidad con la que el ordenamiento programe en cada caso la actuación administrativa impugnada.

### I.2. *La vinculación de la Administración al ordenamiento a través de normas de programación condicional de alta densidad regulatoria (potestades regladas)*

- *El ideal garantista de una Administración intensamente vinculada a la Ley.* Como se acaba de indicar, el ordenamiento puede programar la actividad administrativa con intensidad diversa. Tradicionalmente, se ha considerado

que la vinculación óptima de la actuación administrativa –desde el punto de vista del ideal europeo del Estado de Derecho que se impuso, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo pasado– es aquella que presenta la mayor intensidad posible. Si la vinculación de la Administración al ordenamiento es muy intensa, el principio de legalidad se cumple con plenitud, la actuación de la Administración resulta altamente previsible y, además, se logra que el control judicial de ésta pueda ser también especialmente intenso, profundo e incisivo.

- *La estructura normativa de las potestades regladas.* El grado máximo de vinculación de la Administración al ordenamiento se alcanza cuando éste programa su actuación a través de normas de estructura condicional con alta densidad regulatoria. Son normas de programación condicional aquellas que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, descrito en la norma (“La Administración adoptará la consecuencia jurídica X si concurre el supuesto de hecho Y”). En estos casos, la potestad es reglada cuando la norma describe con precisión el supuesto de hecho y, además, obliga a la Administración, en caso de que concorra el mismo, a adoptar una consecuencia jurídica determinada. La aplicación de tales normas se lleva a cabo mediante un elemental silogismo y consiste, en lo esencial, en la subsunción de la realidad a la que se pretende aplicar la norma en el supuesto de hecho descrito en la misma. Si dicha realidad encaja en el supuesto de hecho normativo, la Administración debe –sin más– adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, debe actuar (sin margen de decisión de ninguna clase) con arreglo a lo exigido por la norma habilitante. Cuando el ordenamiento atribuye a la Administración una potestad mediante normas de semejante estructura, podemos afirmar que dicha potestad es una potestad reglada.
- *El control jurisdiccional del ejercicio de potestades regladas es un control de máxima intensidad.* En consecuencia, dado que cuando la potestad actuada por la Administración es reglada, su actuación se halla sometida a una elevada densidad de programación normativa, el control jurisdiccional de aquélla podrá ser, correlativamente, un control de máxima intensidad.

### *1.3. La atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento: conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa*

- La eficacia de la actuación de la Administración puede exigir una atenuación de su vinculación normativa en determinados ámbitos de la intervención administrativa. Como se ha señalado, la función constitucional de la Administración consiste en servir eficazmente los intereses generales (artículo 103.1 CE). Esta función no la puede cumplir, sin embargo, una Administración cuya

actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional con alta densidad regulatoria. La realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de potestades flexibles y fácilmente adaptables a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente, como es su deber constitucional. Así como el ideal del Estado de Derecho tiende a exigir que la vinculación de la Administración al ordenamiento sea particularmente intensa, el principio de Estado social (artículos 1.1 y 9.2 CE) y la legitimación democrática (directa o indirecta) de la propia Administración inciden en cierto modo en la dirección opuesta, exigiendo al legislador que dote a la Administración de potestades flexibles que le permitan intervenir eficazmente sobre una realidad social crecientemente compleja y mudable en defensa de los intereses generales. Las potestades regladas no ofrecen siempre, sin embargo, esa necesaria flexibilidad. De ahí que resulte plenamente acorde con el Estado social y democrático de Derecho el que el legislador atenúe de manera creciente –aunque siempre dentro de los límites que impone el principio constitucional de reserva de ley– la intensidad de la vinculación de la Administración a la Ley.

- *Modos de atenuación de la vinculación normativa de la Administración.* Tal atenuación se logra reduciendo la densidad con la que las normas programan el contenido de la actividad administrativa. A su vez, este objetivo se puede alcanzar, con intensidad creciente, vinculando a la Administración mediante alguno de los siguientes tipos de norma:
  - Normas de programación condicional cuyo supuesto de hecho se describe con la ayuda de *conceptos jurídicos indeterminados*. Formalmente, la doctrina, aún hoy mayoritaria, entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son potestades regladas, pero –como veremos más adelante– admite de forma prácticamente unánime que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un *margen de apreciación*, no muy distinto del margen de decisión del que indiscutiblemente se dota a la Administración cuando se le atribuyen genuinas potestades discrecionales.
  - Normas de programación condicional que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a ésta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles. Serían éstas las potestades discrecionales en sentido estricto, que pueden atribuir dos tipos de discrecionalidad, a saber: o bien *discrecionalidad de actuación* (la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa, es decir, no obligatoria), o bien *discrecionalidad de*

*elección* (cuando la norma obliga a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite a la Administración elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles). También es posible que una misma norma atribuya a la Administración ambas clases de discrecionalidad a la vez (la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la adopción de ninguna de ellas).

- Finalmente, en aquellos casos en que la realidad regulada resulta particularmente compleja o mudable, es decir, cuando no es posible describir el supuesto de hecho normativo con un mínimo grado de precisión (ni siquiera con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados), el ordenamiento renuncia a una programación condicional de la actuación administrativa y opta por programarla meramente por fines u objetivos (*programación finalista o teleológica*). Este tipo de programación normativa es el que da lugar al más amplio de los márgenes de decisión que el ordenamiento puede otorgar a la Administración, toda vez que el ordenamiento no predetermina los medios que la Administración deba o pueda emplear para lograr los fines u objetivos que la ley le obliga a perseguir. Las normas de programación final defieren la elección de los medios a la discrecionalidad de la Administración. La manifestación más clara del margen de decisión que comporta este modo de programación es la llamada *discrecionalidad de planificación* (por ejemplo, la discrecionalidad del planeamiento urbanístico).
- *Consecuencias para la intensidad del control jurisdiccional*. Como es lógico, la atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento conlleva siempre un efecto insoslayable: la intensidad del control jurisdiccional disminuye; cuanto más amplio sea el margen de apreciación o de decisión atribuido a la Administración, menos intenso podrá ser su control judicial.

#### I.4. *La necesaria distinción, dependiendo del grado de vinculación de la Administración al ordenamiento, entre un control jurisdiccional de máxima intensidad (control positivo) y un control de intensidad limitada (control negativo)*

- *El control jurisdiccional del ejercicio de potestades regladas es un control positivo*. Como se acaba de recordar, la intensidad del control jurisdiccional varía según el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento. Este control es de máxima intensidad cuando el ordenamiento predetermina de manera exhaustiva y agotadora el sentido o contenido de la actuación administrativa, es decir, cuando la Administración ejerce potestades enteramente regladas. El control del ejercicio de este tipo de potestades es un control *positivo*. No se limita a determinar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, sino que tiene por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde precisamente con la única permitida en el caso

concreto por el ordenamiento jurídico. En estos casos, el juez contencioso-administrativo reconstruye por tanto, en cierto modo, la decisión administrativa que procedía adoptar en el caso conforme al ordenamiento. Esto significa que si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla, sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquélla por la que proceda en derecho.

- El control jurisdiccional del ejercicio de potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión es, por regla general, un control meramente negativo. El control jurisdiccional de la actuación administrativa es, por el contrario, de una intensidad sensiblemente menor cuando la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión en el ejercicio de la potestad actuada. Es decir, cuando (i) goza de un margen de apreciación a la hora de subsumir la realidad del caso concreto en el supuesto de hecho de una norma que lo describe mediante conceptos jurídicos indeterminados; (ii) cuando ejerce una potestad que le atribuye discrecionalidad de actuación o de elección (o ambas a la vez); o, en fin, (iii) cuando realiza una actuación cuya programación normativa es meramente finalista.
- En cualquiera de estos casos el control jurisdiccional, aunque de intensidad diversa (pues la amplitud del margen de apreciación o de decisión no es la misma en todos ellos), es un control *negativo*. Inversamente a lo que sucede en el caso del control del ejercicio de las potestades regladas, el control de un margen de apreciación o de decisión de la Administración no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico. Por la sencilla razón de que, si la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión, lo normal será que no exista una única actuación conforme a Derecho en el caso concreto. Eso no significa, sin embargo, que se acomode al ordenamiento jurídico cualquier decisión o actuación imaginable y, por lo tanto, resulte inviable cualquier control en derecho del ejercicio que la Administración haga de su margen de apreciación o de decisión. Porque si bien la ley otorga un margen de apreciación o de decisión a la Administración, la elección que adopte ésta en el ejercicio de dicho margen no debe respetar tan sólo los límites –formales o materiales– que al mismo le imponga la propia ley que lo otorga (los aspectos reglados de toda potestad), sino también el conjunto de principios que integran el ordenamiento jurídico y que deben ser siempre observados, con independencia de que la Ley programe la actuación de la Administración con mayor o menor intensidad. Recuérdese una vez más que la Administración no sólo está sometida a la Ley, sino también al Derecho (artículo 103.1 CE). Por lo tanto, la elección que adopte la Administración en el ejercicio del margen de

apreciación o de decisión que le otorga la Ley deberá, aun cuando se mantenga dentro de los límites que legalmente acoten dicho margen, observar los principios constitucionales y generales del Derecho que vinculan a la Administración en su entera actividad, cualquiera sea la densidad normativa con la que ésta se halle programada por la Ley. Esos principios son, fundamentalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), el principio de igualdad (artículo 14 CE), el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y –como manifestación de este último– el principio de protección de la confianza legítima, así como el principio de proporcionalidad.

- Sin embargo, el control en derecho que permiten tales principios no es, como se ha dicho, un control positivo sino meramente negativo. No tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que, cabe insistir, no suele haberla cuando la Ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios. Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforme a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso-administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre éstas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.
- Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que los principios jurídicos sólo vinculan a la Administración *negativamente*. Es decir, sólo prohíben aquellas actuaciones que conculcan de manera notoria o manifiesta los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no predeterminan positivamente cuál sea la que proceda adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio. En consecuencia, estos principios no anulan o agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración, sino que sólo le imponen límites a su ejercicio. Si la Administración los desborda (porque elige una solución arbitraria, desproporcionada o discriminatoria), el juez contencioso-administrativo anulará la decisión administrativa impugnada, pero no ordenará su sustitución por otra, pues –aun descartada la opción anulada– podrá seguir habiendo una pluralidad de decisiones alternativas posibles que, sin incurrir en infracción de ningún principio jurídico, puedan ser legítimamente adoptadas por la Administración en el ejercicio de su margen de apreciación o de decisión. Como se ha dicho, la opción por

cualquiera de éstas corresponde a la Administración, y la elección que ésta lleve a cabo no es susceptible de un control en derecho.

- Sólo excepcionalmente los principios jurídicos agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración. Ocasionalmente puede darse algún caso en que, no obstante gozar la Administración inicial o formalmente de un margen de apreciación o de decisión, proceda entender que tan sólo una única actuación no estaría incurso en infracción de algún principio jurídico, por apreciarse que cualquier otra imaginable en el caso concreto infringiría necesariamente alguno de estos principios. En estos casos, la doctrina habla de un agotamiento o, en terminología acuñada por la dogmática alemana, de una *reducción a cero* del margen de apreciación o de decisión. Tal agotamiento del margen de apreciación o de decisión determina que la potestad actuada se transforme en el caso concreto en una potestad reglada (dado que en el caso sólo una única solución se ajusta a Derecho). En consecuencia, el control jurisdiccional de la actuación impugnada será también en estos casos un control positivo (y no meramente negativo, como sucede normalmente cuando la Ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

### I.5. *La necesaria distinción entre el control del ejercicio y el control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión*

Finalmente, procede distinguir aun entre el *control del ejercicio* y el *control de la atribución* de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión. El primero es un control concreto, el segundo, por el contrario, un control abstracto.

- *El control del ejercicio de la potestad.* El control al que nos hemos venido refiriendo hasta ahora es el primero, es decir, el control jurisdiccional (concreto) del ejercicio de dichas potestades, que, como se ha visto, es –por lo general– un control negativo o de intensidad limitada.
- *El control de la atribución de la potestad.* Precisamente el alcance limitado que tiene el control jurisdiccional del ejercicio de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión puede plantear dudas sobre la licitud de la atribución a la Administración de tales potestades, sobre todo cuando se le otorgan en ámbitos especialmente sensibles de la intervención administrativa en la realidad social.
- En estos ámbitos, cuya regulación la Constitución reserva normalmente a la ley (por ejemplo, la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, artículo 53.1 CE), cabría pensar que el principio de Estado de

Derecho exige que el legislador programe las decisiones administrativas con un mayor grado de densidad normativa, es decir, vincule a la Administración preferentemente a través de potestades regladas, de tal forma que el control jurisdiccional de la actuación administrativa pueda ser un control de máxima intensidad (esto es, un control positivo).

- Precisamente en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido en su doctrina jurisprudencial que las potestades que permiten a las autoridades de los Estados miembros adoptar medidas restrictivas de alguna libertad fundamental comunitaria (por ejemplo, de las libertades de circulación de capitales y de establecimiento, reconocidas en los artículos 56 y 43 TCE, respectivamente) sólo podrán entenderse compatibles con dichas libertades si, entre otras exigencias, el ordenamiento nacional regula las condiciones de ejercicio de esas potestades de tal manera (es decir, con un grado de densidad normativa tal) que la jurisdicción pueda someter su aplicación en los casos concretos a un control judicial efectivo; o, lo que es lo mismo, a un control jurisdiccional de máxima intensidad. A juicio del TJUE, ello no sucede cuando el legislador nacional atribuye a la Administración del Estado miembro un margen de apreciación o de decisión demasiado amplio, ya que en estos casos el control jurisdiccional sólo podrá ser un control negativo de intensidad mínima.
- Así, por ejemplo, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo en una sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-207/07) que estimó el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España en relación con los términos en que la ley española del sector de hidrocarburos (Ley 34/1998, de 7 de octubre) atribuía a la Comisión Nacional de Energía (CNE), a la sazón el organismo regulador de los sectores energéticos en España, la potestad de autorizar la adquisición de participaciones por o en empresas que desarrollen en dichos sectores actividades que tengan la consideración de reguladas u otras sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial.
- En su sentencia, que concluye declarando parcialmente la incompatibilidad de tal requisito autorizatorio con las libertades comunitarias de circulación de capitales y de establecimiento, el Tribunal de Justicia Europeo argumenta que “las disposiciones que establecen las razones por las que la CNE está facultada para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización de adquisición de una participación en una empresa que realice actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades están redactadas en términos generales e imprecisos. Se hace referencia a los supuestos de existencia de riesgos significativos o de efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades de las empresas que operan en el sector energético, o bien a la necesidad de proteger el interés general en el sector energético,

sin precisar de qué modo se caracterizan tales supuestos o tal necesidad. Estos conceptos no permiten a los interesados conocer de antemano las condiciones a que pueden supeditarse las operaciones sujetas a autorización previa ni distinguir con certeza los diferentes supuestos en los que dicha autorización puede denegarse (...). De ello se sigue que tal régimen de autorización previa confiere a la Administración una facultad discrecional difícilmente controlable por los órganos jurisdiccionales que entraña un riesgo de discriminación”.

- Repárese, por tanto, en que en este supuesto el Tribunal de Justicia Europeo no controló el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración nacional en un caso concreto, sino que controló en abstracto la legalidad europea de la atribución a un organismo administrativo nacional de una potestad que le confería a dicho organismo un margen de apreciación o de decisión que el Tribunal juzgó excesivamente amplio.
- Así pues, aunque se hallan naturalmente conectados entre sí (la intensidad limitada que tiene el *control del ejercicio* de una potestad que confiere a la Administración un margen de apreciación o de decisión ofrece un argumento para el *control de la atribución* de aquella), el caso reseñado ilustra con gran claridad la diferencia que existe entre ambos controles y, por consiguiente, la procedencia de distinguir el uno del otro.

## II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO

Como se ha podido comprobar, el legislador dispone de diversos instrumentos para atenuar la vinculación de la Administración a la Ley en aras de garantizar la eficacia de su actuación al servicio de los intereses generales (es decir, a fin de dotar a la Administración de flexibilidad y capacidad de adaptación a una realidad crecientemente compleja y mudable). El más conocido y clásico de dichos instrumentos consiste en la atribución a la misma de potestades discrecionales. Para un examen del régimen jurídico de estas potestades hemos de referirnos a los siguientes aspectos:

- Concepto y clases de potestades discrecionales.
- Los límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades, y el alcance correlativo de su control jurisdiccional.

### II.1. *Concepto y clases de potestades discrecionales*

Como ya ha sido señalado, las potestades que confieren a la Administración un margen de decisión discrecional se atribuyen a ésta mediante los siguientes tipos de norma:

- Normas de programación condicional que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la

consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a ésta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

- Normas de programación final, es decir, normas que, en lugar de anudar consecuencias jurídicas a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho descrito en la propia norma (normas de programación condicional), vinculan la actuación administrativa fijándole tan sólo fines u objetivos, pero sin prede-terminar los medios para alcanzarlos.

Estos tipos de norma dan lugar, a su vez, a tres tipos o clases de discrecionalidad:

- *Discrecionalidad de actuación*: la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa (esto es, no obligatoria). Es decir, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho normativo, la Administración goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa.
- *Discrecionalidad de elección*: comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, la norma obliga a la Administración a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.
- Finalmente, una *discrecionalidad medial* (o de elección de medios) especialmente amplia le confieren a la Administración las normas que se limitan a programar su actuación mediante la mera fijación de fines u objetivos. En estos casos, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, la actuación administrativa no exige la previa comprobación de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho normativo, y la elección de los medios no se halla constreñida, además, por un elenco de medidas legalmente acotado.

Las primeras dos clases de discrecionalidad pueden darse simultáneamente en el ejercicio de una misma potestad. Ello ocurre cuando la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la Administración a adoptar ninguna de ellas (“Si concurre el supuesto de hecho X, la Administración *podrá* adoptar las consecuencias jurídicas Y o Z”). De este modo, la Administración no sólo goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa, sino también para elegir la consecuencia jurídica (de entre las distintas previstas por la norma) si opta por actuar.

## II.2. Límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades, y alcance correlativo de su control jurisdiccional

- El ejercicio de potestades discrecionales es susceptible de control jurisdiccional, pero es éste un control de intensidad limitada (control negativo). Como ya se ha explicado, el ejercicio de potestades discrecionales no se produce en un ámbito libre de derecho y, por lo tanto, no es tampoco inmune al control en derecho que corresponde a la jurisdicción. Sin embargo, dado que la actuación administrativa realizada en el ejercicio de potestades

discrecionales se halla sometida a una programación normativa de baja densidad, el control jurídico del ejercicio de estas potestades es necesariamente un control de intensidad limitada, esto es, por lo general, un control meramente negativo. Veamos entonces de manera algo más detenida cuáles son concretamente los límites jurídicos que la Administración debe respetar a la hora de ejercer una potestad discrecional, y cuya observancia puede –y debe– fiscalizar el juez contencioso-administrativo en caso de impugnación. Si la Administración infringe alguno de estos límites, su decisión discrecional adolecerá de un vicio jurídico que determinará su anulación.

- *El control de los hechos.* El primer límite viene dado por los hechos determinantes de la actuación administrativa. La determinación de los mismos no es discrecional. Por lo tanto, el juez determina los hechos sin vinculación a la determinación efectuada por la propia Administración. Esto significa también que la comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho normativo que habilita a la Administración a actuar discrecionalmente es, en principio, plenamente revisable judicialmente. Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, ya que, como veremos más adelante, en estos supuestos la Administración puede gozar de un margen de apreciación para subsumir la realidad en el supuesto de hecho de la norma y, por consiguiente, para apreciar si el supuesto de hecho descrito en la norma concurre o no en el caso.
- *El control de los aspectos formales de carácter reglado.* En segundo lugar, el control jurisdiccional es igualmente pleno o de máxima intensidad en relación con los aspectos formales de carácter reglado de toda potestad discrecional. Estos aspectos incluyen la observancia de la competencia y del procedimiento legalmente establecido. También comprende el cumplimiento de la obligación legal de motivación de las decisiones discrecionales. Esta última exigencia no posee sólo una relevancia meramente formal sino también material para el control –que mencionaremos enseguida– que tiene por objeto comprobar si la decisión infringe o no algún principio constitucional o principio general del derecho.
- *El control de la desviación de poder.* En tercer lugar, las decisiones discrecionales adolecen de un vicio jurídico si incurren en desviación de poder. Recuérdese que el artículo 106.1 CE establece que los órganos jurisdiccionales controlan no sólo la legalidad de la actuación administrativa, sino también el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
- En este sentido, el artículo 63.1 de la vigente Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) dispone que “son anulables los actos de la

Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*” (énfasis añadido). Igualmente, el artículo 70.2 de la Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) establece que “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*” (énfasis nuevamente añadido). Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

- Aunque la ley no lo limita expresamente a las potestades discrecionales, es éste un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que si se trata de una potestad reglada y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo irrelevante desde el punto de vista jurídico si la Administración actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida. Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente difícil de probar en la práctica procesal.
  - *El control del ejercicio de la discrecionalidad con base en principios constitucionales y principios generales del Derecho.* Finalmente, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales es el deber de observancia de los principios constitucionales y principios generales del Derecho a los que se hallan sometidos en su actuación todos los poderes públicos.
- Como ya se ha dicho, son éstos, en lo esencial, el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), el principio de igualdad (artículo 14 CE), el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) –y, como manifestación de este último, el principio de protección de la confianza legítima–, así como el principio de proporcionalidad.
- Recuérdese, sin embargo, que el control que permiten tales principios es un control meramente negativo. No tiene por objeto comprobar si la actuación fiscalizada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que, como ya nos consta, no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación discrecional impugnada se halla o no incurso en la infracción de alguno de dichos principios. El recurso sólo prosperará si la

actuación discrecional impugnada se revela arbitraria, irracional, irrazonable, discriminatoria o desproporcionada. Si, por el contrario, ninguna de tales tachas concurren en la actuación fiscalizada, ésta será conforme a Derecho y procederá la desestimación del recurso.

- Los principios constitucionales y generales del Derecho sólo vinculan a la Administración *negativamente*. Es decir, no predeterminan positivamente cuál sea la decisión que deba adoptarse entre todas aquellas que no los infrinjan. En consecuencia, estos principios no anulan o agotan el margen de decisión legalmente otorgado a la Administración, sino que sólo le imponen límites a su ejercicio.
  - *El agotamiento o “reducción a cero” de la discrecionalidad.* Hemos de recordar, sin embargo, que excepcionalmente los principios jurídicos sí pueden llegar a agotar el margen de decisión discrecional atribuido a la Administración. Como ya hemos explicado, esta situación se produce en aquellos casos en que se da una *reducción a cero* de la discrecionalidad. En estos casos, ya mencionados, el control jurisdiccional de la actuación fiscalizada es un control positivo, y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

### III. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE SU LEGALIDAD: EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La vinculación normativa de la Administración no sólo resulta atenuada cuando el ordenamiento le atribuye potestades discrecionales. Como ya ha sido señalado, también se atenúa cuando, no obstante hallarse la actuación administrativa vinculada mediante normas de programación condicional que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, éste se describe mediante conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, conceptos como “utilidad pública”, “interés social”, “razones de interés público”, “riesgo significativo”, “usos tradicionales”, “interés artístico, histórico, científico o técnico”, “oferta más ventajosa”, etc.). Como se dijo, la doctrina, aún hoy mayoritaria, entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son, a pesar de la indeterminación en la que incurre la descripción normativa del supuesto de hecho, potestades regladas, pero, como veremos enseguida, admite inmediatamente –de forma prácticamente unánime– que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un *margen de apreciación*, no susceptible de un control jurisdiccional de máxima intensidad (o positivo). En los apartados siguientes analizaremos brevemente:

- La noción de concepto jurídico indeterminado.
- El concepto de margen de apreciación.

- Los límites jurídicos que acotan dicho margen y el alcance correlativo de su control jurisdiccional.
- La proximidad entre la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación del que goza la Administración cuando aplica conceptos jurídicos indeterminados, y la similitud del alcance de su respectivo control jurisdiccional.
- La llamada *discrecionalidad técnica* de la Administración, que en realidad es, en lo esencial, una manifestación del margen de apreciación que conlleva la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

### III.1. *Noción de concepto jurídico indeterminado*

Los conceptos que aquí nos ocupan son *conceptos vagos* (como se los denomina en la teoría del lenguaje) que, cuando se los emplea en la redacción de una norma jurídica, la doctrina los denomina conceptos jurídicos indeterminados. Lo característico de tales conceptos, a los que necesariamente han de recurrir con suma frecuencia los titulares de potestades normativas en el ejercicio de su función reguladora (que es, por definición, una tarea abstracta y general), reside en que el juicio sobre la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho normativo no suele ser un juicio seguro sino, en la mayoría de los casos, un juicio dudoso y, por lo tanto, opinable. El juicio sobre la subsunción sólo es relativamente seguro cuando el caso concreto se incardina en alguna de las dos zonas de certeza del concepto, a saber: bien en su zona de certeza positiva (el caso se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto), bien en su zona de certeza negativa (el caso no se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto). Por ejemplo, el artículo 1.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, de 25 de junio) establece que integran dicho patrimonio “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico”. Pues bien, ninguna duda cabría de que un palacio del siglo XVII diseñado por un arquitecto famoso de la época es un “inmueble de interés histórico-artístico” (zona de certeza positiva), y tampoco cabría ninguna duda de que un edificio estándar que aloja unas oficinas administrativas nunca podría merecer tal consideración (zona de certeza negativa). Sin embargo, si la pregunta es si, a los efectos nuevamente de la Ley del Patrimonio Histórico Español, cabe predicar la cualidad de “inmueble de interés científico” de un edificio universitario que alberga aulas y despachos de profesores, pero también unos laboratorios, la respuesta puede parecer dudosa. Este caso se situaría, por lo tanto, en la llamada *zona de incertidumbre* (o *zona de penumbra*) del concepto indeterminado, que es aquella en la que el concepto, por carecer en ella de casi toda *densidad semántica*, apenas ofrece al aplicador un parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. En consecuencia, en estos casos la decisión sobre la aplicación del concepto que proceda la ha de adoptar el propio aplicador (la Administración) con arreglo a criterios necesariamente

ajenos al concepto (criterios extrasemánticos) y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos.

### III.2. *El concepto de margen de apreciación*

- *El margen de apreciación se limita a la zona de incertidumbre.* El margen de apreciación que se reconoce a la Administración a la hora de aplicar conceptos jurídicos indeterminados se limita, en todo caso, al juicio sobre la subsunción procedente en los casos comprendidos en la zona de incertidumbre del concepto. Lógicamente, no se extiende a la aplicación del concepto en sus zonas de certeza. Aquí la aplicación del concepto reviste un carácter estrictamente reglado, por lo que puede ser revisada plenamente por el juez contencioso-administrativo mediante un control de máxima intensidad (control positivo).
- ¿Habilitan todos los conceptos jurídicos indeterminados un margen de apreciación? La respuesta a este interrogante no es unívoca:
- En la doctrina alemana, por ejemplo, en la que tiene su origen dogmático la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se considera aún hoy de forma mayoritaria que estos conceptos no habilitan un margen de apreciación en todos los casos, sino sólo en determinados supuestos (por ejemplo, en relación con decisiones de evaluación en el ámbito escolar o académico o de la función pública, decisiones de órganos especializados cuya adopción requiera valoraciones, apreciaciones o juicios prospectivos de carácter técnico o científico, u otras decisiones análogas). Estos supuestos se asemejan mucho, por cierto, a aquellos en los que la doctrina española advierte la existencia de una específica modalidad del margen de apreciación de la Administración a la que enseguida nos referiremos, a saber: la llamada *discrecionalidad técnica*.
- En nuestra doctrina, en cambio, se suele admitir el margen de apreciación con un alcance más general. Esto es, se parte en principio de la base de que en la zona de incertidumbre de cualquier clase de concepto jurídico indeterminado la Administración goza de un margen de apreciación. En efecto, según el Tribunal Supremo, la “libre apreciación (...) es inherente a la individualización de los conceptos jurídicos indeterminados” (Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España de 12 de diciembre de 2000, RJ 2001/522), y al hacer esta afirmación no introduce modulación o excepción de ningún tipo.

### III.3. *Límites jurídicos que acotan el margen de apreciación y alcance correlativo de su control jurisdiccional*

- El margen de apreciación es susceptible de control jurisdiccional, pero es éste un control de intensidad limitada (control negativo). Como ya nos consta, el ejercicio de potestades que otorgan a la Administración un margen de apreciación

no se produce nunca en un ámbito libre de derecho y, por lo tanto, no es de entrada inmune al control jurisdiccional. Sin embargo, dado que la programación normativa que ofrecen los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre es de muy baja densidad, el control jurídico de su aplicación en dicha zona (que es en el que opera el margen de apreciación) es necesariamente un control de intensidad limitada, esto es, un control meramente negativo.

- *Alcance del control jurisdiccional del margen de apreciación.* Según el Tribunal Supremo, “la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación –prosigue el Tribunal– suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación”. Sin embargo, ello “no significa el reconocimiento de una omnímoda libertad, ni una imposibilidad de control”, toda vez que –matiza el Tribunal– “siempre habrá de ser respetado el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad y siempre podrán hacerse valer, a través de la correspondiente impugnación, aquellos hechos y circunstancias que evidencien que se incurrió en ostensible error o clara irracionalidad, y que, por esto último, aquel mandato no fue observado” (Sentencia del Tribunal Supremo, citada, de 12 de diciembre de 2000).

#### III.4. *El margen discrecional y el margen de apreciación: ¿dos márgenes de naturaleza completamente distinta?*

- *Tesis mayoritaria.* Como se ha dicho, la doctrina aún hoy mayoritaria en España (aunque crecientemente cuestionada) sostiene que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados habilitan en su zona de incertidumbre no altera la naturaleza reglada de la potestad (ni, por tanto, la unidad de solución justa que se predica del ejercicio de esta clase de potestades) y que, por ello, el margen de apreciación y la discrecionalidad administrativa no comparten la misma naturaleza. Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero *margen de volición*, mientras que el margen de apreciación sería un mero *margen de cognición*. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que “suele (...) admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de conceptos jurídicos indeterminados. En estas últimas hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida” (Sentencia del Tribunal Supremo, citada, de 12 de diciembre de 2000).
- *Crítica.* La tesis anterior no resulta convincente. No se sostiene la afirmación de que el margen de apreciación es un mero margen de cognición. Como se ha

señalado, en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen al aplicador ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando el propio aplicador con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata –al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional– de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo. Además, resulta notoria la similitud que existe entre la “amplia extensión” que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad muy parecida, y basado en cánones muy similares<sup>1</sup>.

### III.5. *La discrecionalidad técnica de la Administración*

- *Una modalidad particular del margen de apreciación.* Como pone de manifiesto la doctrina alemana, ya aludida, la llamada discrecionalidad técnica es en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equívoca y por ello controvertida), una manifestación del margen de apreciación.
- Concretamente, del margen de apreciación que provocan en su zona de incertidumbre aquellos conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio. Así sucede, en particular, en el ámbito de la legislación que regula la intervención administrativa en sectores especialmente complejos de la realidad social, tales como el medio ambiente, los sectores energéticos, las telecomunicaciones o el sector financiero. Como es natural, la aplicación de estos conceptos exige normalmente complejas apreciaciones, juicios prospectivos y valoraciones de riesgos de carácter técnico o científico. Tales juicios no se hallan predeterminados –ni resultan en puridad predeterminables– por el Derecho, por lo que un control positivo del fondo de los mismos desbordaría necesariamente los límites propios de un control jurídico.
- El margen de apreciación técnica se predica también de la actividad evaluadora de los órganos juzgadores de procesos selectivos para el ingreso o la provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que “ese ‘candidato más adecuado’ es (...) el concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento (...). Y, por tanto, la libertad reconocida

1 BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 203.

(...) no es propiamente una manifestación de discrecionalidad administrativa, sino una habilitación para que desarrolle el margen de apreciación que resulta inevitable en la tarea de individualización de ese –candidato más adecuado–” (Sentencia del Tribunal Supremo, citada, de 12 de diciembre de 2000).

- *Alcance del control jurisdiccional.* El control en derecho de los juicios técnicos de la Administración responde igualmente, por tanto, al modelo de un control negativo de intensidad limitada. Según el Tribunal Constitucional, el control jurisdiccional “puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 219/2004).

En definitiva, el control jurisdiccional de los juicios técnicos de la Administración se reduce, en lo esencial, a dos supuestos: de un lado, el control de la observancia de los aspectos formales de carácter reglado (competencia, procedimiento y motivación), y, de otro, el control de la arbitrariedad y del error ostensible o manifiesto en la apreciación técnica.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALONSO MAS, M.A. J., *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, 2ª ed. (2ª reimp.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1995;

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1997.
- MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

## V. ANEXO JURISPRUDENCIAL

La vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho, y el control jurisdiccional de la legalidad de su actuación

-STS de 29/05/2006 (RJ 2006/6432): “La potestad discrecional de la Administración es, obviamente, muy anterior a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, al extremo de poderse afirmar que la evolución de la idea de la discrecionalidad administrativa y de los sucesivos intentos de la ciencia del Derecho por limitarla y someterla a control jurisdiccional constituye el núcleo de la historia del Derecho Público europeo desde la revolución Francesa y en esta línea, el preámbulo de la referida Ley de la Jurisdicción Contenciosa recuerda que como ya la propia Jurisprudencia había proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, sino que, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto . Hoy, la doctrina afirma y las diversas Salas de este Tribunal lo han refrendado en numerosas sentencias que, al menos, son siempre elementos reglados por la Ley, aun en los actos producidos en el ejercicio de una potestad discrecional: el hecho de su existencia misma (esto es si la potestad ha sido atribuida por la norma o no), su extensión o ámbito (esto es, los casos condiciones bajo los que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin (es decir, la finalidad concreta que debe satisfacer el acto que tendrá que ser necesariamente, una finalidad pública). Aunque la discrecionalidad es, esencialmente, una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración , no debe olvidarse tampoco que esta indiferencia no es total, sino relativa, pues la decisión que se adopte deberá

respetar, en todo caso, los principios constitucionales básicos (entre ellos el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 93 de la Constitución) y los propios principios generales del Derecho, los cuales informan todo el ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil) y también, por tanto, la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, como así lo exige también –el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho– que la Constitución (artículo 103.1) impone a las Administraciones Públicas”.

#### La discrecionalidad administrativa y su control judicial

-STS de 29/05/2006 (RJ 2006/6432): “Discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos, según criterio mantenido por las SSTC 5 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2001 (...). Dice el Tribunal Constitucional que «la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la Constitución en virtud de lo dispuesto en sus citados artículos 103.1 y 106, 1, y también en el 9.3 *in fine*) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y como ha dicho recientemente la Sala 4ª de este Tribunal –en sentencia de 21 de noviembre de 1983–, discrecionalidad y arbitrariedad entrañan unos conceptos antagónicos». El artículo 9, 3, de la Constitución garantiza «La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, por tanto, la de la Administración, que, aun en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales (artículos 103. 1 y 106. 1 de la misma Constitución) y, por tanto, las resoluciones de 28 de enero de 1980 y 5 de febrero de 1981, que (como hemos dicho) ni siquiera intentan dar una sola razón que pueda justificar la decisión que adoptan, serían, en todo caso, contrarias a Derecho, por arbitrarias, y deberían ser anuladas y dejadas sin efecto...”.

-STS de 18 abril de 1990 (RJ 1990, 3600): la motivación “ante todo, y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal –exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo– no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración –art. 106.1 CE– que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios”.

#### Conceptos jurídicos indeterminados y margen de apreciación de la Administración

-STS de 05/06/1995 (RJ 1995/4937): “La (Administración) recurrente (funda) su motivo de casación, como ya se ha dicho, en considerar su potestad autorizatoria como una potestad discrecional, discrecionalidad que le permite garantizar los

principios que inspiran el régimen del suelo no urbanizable, y que se traduce en una interpretación restrictiva en la que se debe tener en cuenta la necesidad de conservar el espacio rural y el medio ambiente frente a otros intereses, protección garantizada por la Constitución. Esta argumentación, ni en su principio ni en su consecuencia, puede merecer la aceptación de esta Sala, toda vez que, por una parte, la recurrente está confundiendo la discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, y los conceptos jurídicos indeterminados o referencia legal a una esfera de la realidad cuyos límites no se dejan bien precisados en su enunciado pero los que intenta delimitar un supuesto concreto, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas, siendo así que, evidentemente, los artículos 85 y 44 antes citados, al utilizar los términos –utilidad pública– o –interés social– y –que hayan de emplazarse en el medio rural– no se están remitiendo a la discrecionalidad administrativa, sino empleando conceptos jurídicos indeterminados para cuya aplicación no juega la voluntad del aplicador y sí el juicio de comprensión de unas circunstancias reales en ellos...”.

-STS de 29/05/2006 (RJ 2006/3053): “Admitida, pues, con los matices expresados la potestad de libre apreciación y valoración, precisamente por eso, porque el margen es amplísimo pero no ilimitado, se puede decir que, en todo caso, serán límites a los poderes del Consejo, susceptibles de ser controladas jurisdiccionalmente, la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual existencia de una desviación de poder (artículo 70-2 de la Ley de la Jurisdicción), la interdicción de los actos arbitrarios (artículo 9.3 de la Constitución) y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el currículum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido”.

### La discrecionalidad técnica de la Administración

-STC 214/2004: “6. Este Tribunal ya desde su STC 39/1983, de 16 de mayo, F. 4, afirmó al respecto que la existencia de la discrecionalidad técnica ‘no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en

cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico'. Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de Justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, F. 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadoros en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática. La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración, vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo. Como se desprende de la doctrina elaborada por este Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, F. 3), lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales, pero en el caso que nos ocupa, es evidente que el recurrente no planteó al Tribunal nada que tuviera que ver con la discrecionalidad técnica, no puso en duda la valoración de los ejercicios, ni el criterio de valoración para la corrección de los mismos, solamente se limitó a cuestionar la aplicación de la fórmula para la determinación de las calificaciones, siendo ésta una cuestión que entra absolutamente en las competencias de control de la legalidad del proceso selectivo que deben llevar a cabo los Jueces ordinarios. Este Tribunal ha afirmado, por una parte que 'ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica' ( SSTC 86/2004, de 10 de mayo, F. 3; 138/2000, de 29 de mayo, F. 4), pero además, ha recordado (STC 86/2004, de 10 de mayo, F. 3) que –la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria (...) no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con

su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador—. Del mismo modo, debemos afirmar que la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo. 7. En el ejercicio, por parte de la Administración, de la denominada discrecionalidad técnica, existen una serie de elementos plenamente fiscalizables por los Tribunales de Justicia; en el presente caso, el recurrente plantea una cuestión que de ninguna manera puede entenderse que pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores de la Administración, ya que la correcta aplicación matemática de una fórmula para la corrección de unos ejercicios es una cuestión fáctica; la fórmula se aplicará de una u otra manera, bien como expone el recurrente, bien como la realizó la Administración, pero la duda sobre su correcto desarrollo, una vez planteada al Juez, debe ser resuelta, expresa o tácitamente, pero lo que no es admisible, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, es que el Tribunal no entre a resolver la cuestión porque considere que es un problema de discrecionalidad técnica. En definitiva, la negativa del Tribunal Superior de Justicia a resolver la alegación formulada por el recurrente debe calificarse de denegación de justicia y por tanto se ha vulnerado su derecho a obtener de los jueces una respuesta motivada en derecho, que es, entre otros requisitos, lo que debe contener una respuesta judicial para satisfacer el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva”.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## I

### *Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

---

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE  
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA  
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO  
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA  
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA  
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO  
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS  
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI  
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ  
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY  
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Octubre de 2016*

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina