

Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo *excursus* (sus alcances en la Doctrina Española)*

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA**

SUMARIO:

Introducción. 1. Consideraciones generales en torno a la discrecionalidad administrativa. 1.1. Discrecionalidad y Teoría General del Derecho. 1.2. El concepto de discrecionalidad en la perspectiva del Derecho Administrativo. 1.3. Algunas formas de discrecionalidad Administrativa. 1.4. ¿Puede considerarse a los conceptos jurídicos indeterminados y a las apreciaciones técnicas como formas de discrecionalidad administrativa?. 1.5. Límites inherentes a la discrecionalidad Administrativa. 2. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. 2.1. Síntesis del debate en torno al control judicial de las potestades discrecionales: aspectos del debate. 2.2. Las principales técnicas de control de los límites del ejercicio de las potestades discrecionales. 3. Los límites del control judicial. 3.1. Anulación y sustitución judicial. 3.2. Sobre los límites al control judicial.

INTRODUCCIÓN

Extensa es la relación de estudios¹ que se han realizado sobre el tema de la discrecionalidad administrativa y su control judicial, y no menor

* A mis compañeros del Área de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Entre los muchos trabajos que pueden consultarse sobre esta materia están, entre otros: F. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 364; T. R. FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Editorial Civitas, Madrid, 1991; del mismo autor: *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*. En: REDA, N° 80, 1993, p. 577; y un libro en el que se recopilan trabajos del mismo autor titulado: *De la Arbitrariedad de la Administración*. Editorial Civitas, cuarta edición corregida, Madrid, 2002, p. 267; L. PAREJO. *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 131; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 162; E. GARCIA DE ENTERRÍA. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Editorial Civitas, Quinta Edición ampliada, Madrid, 2000; del mismo autor: *Es inconveniente o*

las conocidas polémicas que dicha temática ha suscitado²; sin embargo, a pesar de constituirse en un viejo problema del Derecho Administrativo, no deja de plantear entre la doctrina nuevos derroteros de investigación. Precisamente, por este último motivo, el propósito del presente trabajo es analizar los principales planteamientos formulados en la doctrina y establecer un marco conceptual general útil para el examen de los distintos supuestos que pueden producirse cuando una Administración emita un acto de carácter discrecional que luego sea sometido al control de la judicatura.

inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?. En: RAP N° 124, Enero-Abril, 1991, p. 211 y ss.; J. J. DIEZ SÁNCHEZ, *La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades*, En: REDA, N° 79, Julio-septiembre de 1993, p. 507; J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Editorial Civitas, Madrid, 1993; del mismo autor: *Reflexiones sobre el art. 106°.1 Constitución Española: El control judicial de la Administración y los principios generales de Derecho*. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría Vol. III, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 2311 y ss.; L. MARTÍN RETORTILLO, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*. En: RAP, N° 100-102, 1983, p. 1083 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de la jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración*. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Vol. III, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 2741 y ss.; M. ATIENZA, M. *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*. En: REDA, N° 85, Enero-Marzo de 1995, p. 5 y ss.; L. RIOS, *Los Poderes Discrecionales*. En: RAP, N° 99, Septiembre-Diciembre de 1982; J. IGARTUA, *El indeterminado concepto de los conceptos jurídicos indeterminados*. En: RAP, N° 56, 2000; E. COCA, *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*, En: RAP, N° 100-102, Enero-diciembre de 1983; del mismo autor: *Control jurisdiccional de los actos administrativos*. En: RAP, N° 110, Mayo-Agosto de 1986, p. 367 y ss.; C. CAMBA, *Una vez más en torno al control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y su vis expansiva hacia el terreno de los elementos reglados (comentario de la STC 73/1998, de 31 de marzo)*. En: *Dereito - Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 7, N° 1, 1998, p. 293 y ss.; R. BOCANEGRA, y A. HUERGO, *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*. En: REDA, N° 111, Julio-Septiembre de 2001, p. 405 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Pamplona. 1997, p. 514.

2. Recordamos aquí la tan provechosa polémica, que, desde una perspectiva académica, sostuvieron los profesores Tomás Ramón Fernández Rodríguez, por una parte y, de la otra, Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, la misma que tuvo una interesante mediación en la figura del profesor Manuel Atienza.

1. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1.1. Discrecionalidad y Teoría General del Derecho

Desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, nos interesa recoger los distintos planteamientos que Kelsen, Hart, Dworkin y Maccormick, han formulado respecto de la discrecionalidad, para lo cual, trataremos de hacer una síntesis de sus principales ideas respecto de dicha temática³.

Para Kelsen la potestad discrecional es aquella que se ejerce por el sujeto competente para dictar una norma inferior o para resolver un caso concreto en el marco de indeterminación de la norma superior; según el citado jurista, la potestad ejercida por ese sujeto se califica de discrecional porque la resolución que ha de adoptar en ejercicio de la potestad no viene determinada por la norma y, por tanto, sólo puede ser fruto de una elección del sujeto conforme a sus propios criterios morales y políticos⁴.

En la teoría de Hart, la potestad discrecional es aquella que ejercen los diferentes operadores jurídicos (funcionarios, tribunales) dentro del margen de incertidumbre, es decir, de indeterminación jurídica que caracteriza la aplicación de expresiones generales a casos concretos que caen dentro de la «zona de penumbra»; para el autor, al no estar determinada por la norma la cuestión de si el caso concreto debe o no incluirse dentro del concepto clasificatorio, la decisión de incluirlo o no en el mismo sólo puede ser fruto de una elección, que no viene determinada por argumentos jurídicos⁵.

Por su parte, Dworkin considera que la discrecionalidad es el «agujero de la rosquilla», esto es, un área de libertad dentro un marco de constricciones, un espacio libre que las normas dejan al titular de la potestad para que decida sobre algún aspecto⁶.

Finalmente, en la construcción de Maccormick, la discrecionalidad consiste en la adopción de elecciones últimas conforme a criterios no proporcionados ni por el ordenamiento jurídico ni por la racionalidad jurídica, de tal forma, que se realiza sobre la base de criterios valorativos propios del sujeto en cuestión⁷.

3. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 47 y ss.

4. Idem.

5. Idem.

6. Idem.

7. Idem.

Como podemos constatar, desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, el concepto de discrecionalidad administrativa es hoy en día una cuestión no exenta de complejidades, de forma que resulta inexistente un concepto claro de la misma. Esta falta de acuerdo en la doctrina para llegar a un concepto que clarifique de por sí lo que se entiende por discrecionalidad administrativa, genera, como veremos más adelante, una serie de dificultades cuando se ingresa en el estudio de su control judicial.

1.2. El concepto de discrecionalidad en la perspectiva del Derecho Administrativo

Dentro del ámbito de la doctrina de Derecho administrativo, es también notoria la falta de consenso con respecto a la definición de discrecionalidad administrativa, sin embargo, consideramos necesario realizar una breve exposición de cada una de las concepciones que se han planteado, de forma que al final, podamos, una vez que se hayan enlazado dichas ideas con los planteamientos recogidos de la Teoría General del Derecho, aproximarnos a un concepto de discrecionalidad administrativa que consideremos sea el más pertinente a efectos del presente trabajo.

De forma general, es posible postular un concepto de discrecionalidad como producto de la relación que existe entre la actividad administrativa y la ley. En esta línea, la discrecionalidad surge como consecuencia de la regulación que la ley realiza de las potestades administrativas, lo cual implica distinguir entre potestades regladas y potestades discrecionales⁸.

De acuerdo con esto último, las potestades regladas son aquellas efectivamente determinadas en el ámbito de la ley, por lo que implican una mera aplicación de la misma⁹. En cambio; en el caso de la discrecionalidad no nos encontramos ante una mera aplicación de la ley, ya que ésta no ha determinado el modo en que debe operar la Administración, sino que además, ha remitido la integración de la norma a una estimación de la propia Administración de lo que deriva que otra de las características de la discrecionalidad sea la «indiferencia» que implica que la Administración pueda elegir entre varias soluciones. Luego, lo que caracterizaría la discrecionalidad administrativa sería la facultad de la Administración de elegir entre diversas opciones dentro de un marco de referencia.

8. Seguimos el planteamiento de DESDENTADO DAROCA, E., *Op. cit.*, p. 53.

9. Con matices, claro está, ya que incluso en el ejercicio de las potestades regladas será preciso realizar una tarea interpretativa en la que intervendrán necesariamente valoraciones.

En la doctrina española, para PAREJO, la discrecionalidad administrativa se caracteriza por una debilitación de la programación o vinculación positiva efectiva de la acción administrativa cuyo punto de partida está en la norma o, dicho en otras palabras, consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo su propia responsabilidad; de esta suerte, dentro de tal ámbito o espacio pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por ser conformes con el Derecho aplicable¹⁰.

Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN considera que la discrecionalidad debe entenderse teniendo en cuenta que la ley no puede regularlo todo, no con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales¹¹.

T. R. FERNÁNDEZ sostiene respecto de la discrecionalidad que *«el ejercicio de la libertad decisoria que la norma concede (...) concierne, pues, exclusivamente a la elección de una solución entre varias posibles, que permite a la autoridad administrativa concretamente apoderada dar satisfacción al fin impuesto por la norma a partir de los hechos previamente constatados»*¹².

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, *«lo esencial de la discrecionalidad es lo que, con encomiable precisión dice la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: la discrecionalidad «surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público». Todo poder discrecional, pues, ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley; tampoco, en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la Ley o pretender sustituirla. (...) Por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un quid aliud respecto de la Ley, como cualquier otro producto administrativo, y estaría por ello «sometida plenamente» a la Ley y el Derecho»*¹³.

10. PAREJO, L., Op. Cit., p. 121.

11. SÁNCHEZ MORÓN, M., Op. Cit., p. 13.

12. FERNÁNDEZ, T.R., *De la Arbitrariedad...*, Op. Cit., p. 252.

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control...*, Op. Cit., p. 143 - 144.

El citado autor considera que «la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (...), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»¹⁴.

Dentro de esta línea, SANTAMARÍA PASTOR, sostiene que cuando existe discrecionalidad, «la administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas»¹⁵, aunque introduce un matiz cuando considera que la discrecionalidad «supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa»¹⁶.

Es posible observar, de las distintas posiciones planteadas, que existe una convención sobre la idea básica, según la cual, la discrecionalidad administrativa se materializa cuando la Administración puede elegir entre diferentes alternativas, sin embargo, hay grandes diferencias en torno a cuál es el sentido real que debe dársele a la discrecionalidad.

De acuerdo con esto último, podemos colegir, que es imprescindible descartar, de inicio, la perspectiva simplista de «la norma que habilita» y, razonar en torno a que lo discrecional está más cerca de aquello que permite un marco de elección lo suficientemente amplio para que la Administración pueda cumplir con los objetivos de la ley. De esa forma no habrá una única solución justa, sino que la solución a la que llegue la Administración será válida en la medida en que respete las bases jurídicas del ejercicio de las competencias que se le han otorgado.

En cambio, otros sectores de la doctrina¹⁷ consideran que el concepto de discrecionalidad administrativa hace referencia al carácter de determinados actos o actividades de la Administración que no son susceptibles de control judicial o que simplemente los tribunales no controlan; de acuerdo con este planteamiento, la actividad administrativa es discrecional cuando no es objeto de control por los tribunales. La discrecionalidad administrativa se define entonces de forma negativa, por contraposición a aquello que

14. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 442.

15. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 886.

16. *Idem*.

17. En otros, E. PRESUTTI. *I limiti del sindacato del legitimita*. Società Editrice Libreria, Milano, 1911; J. KAHN, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*. En: *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (Colloque de 5 de mars 1977)*, Cujas, Paris, 1978.

se controla o es controlable, y tomando como único elemento característico de la misma el tratarse de una actividad desarrollada dentro de un ámbito libre de control judicial¹⁸.

Autores como BULLINGER consideran que la discrecionalidad es libertad, una zona de independencia que corresponde a la Administración; así, el citado autor, define la discrecionalidad como el margen de libertad que se deriva para la Administración cuando en su actuación no está completamente determinada por una ley, ni puede ser controlada completamente por un tribunal, en este sentido, la discrecionalidad confiere a la Administración una esfera propia, en la que se mueve con independencia, es decir, con autonomía y ausencia de interferencia de los poderes del Estado, tanto del poder judicial como incluso del poder legislativo¹⁹.

Dentro de la doctrina francesa, se considera la discrecionalidad administrativa como núcleo de la decisión final delimitado por dos variables: la ley y la actitud de los tribunales²⁰. Esto quiere decir que la discrecionalidad supone una estimación subjetiva de condiciones de ejercicio de la potestad atribuida a la Administración y un ámbito de decisión final libre, ausente de control, el mismo que se configura como un último reducto que queda como consecuencia de que los tribunales no han extendido a él su control.

Finalmente, otra corriente doctrinaria en el ámbito jurídico español, considera la discrecionalidad como el deber de adoptar la solución más adecuada al interés público; dentro de esta concepción, resulta inadmisibles entender que la potestad discrecional de la Administración permita a esta escoger cualquiera de las alternativas existentes, pues la Administración, por su carácter instrumental ha de servir el interés público y ha de hacerlo no de cualquier forma sino de la mejor manera que esté a su alcance²¹.

18. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 55.

19. BULLINGER, M., *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en République fédérale d'Allemagne (évolution, fonctions, contrôle par les tribunaux)*. En: REDA, 4 (3), mai-juin, 1988, p. 439 y 440, citado por E. DESDENTADO DAROCA, Op. Cit., p. 57.

20. Al respecto, *vid.* J. M. AUBY, y R. DRAGO. *Traité de contentieux administratif*. Vol. 2, LGDJ, París, 1984; S. KISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, París, 1991; entre otros, citado por E. DESDENTADO DAROCA, Op. Cit., p. 60.

21. Al respecto ver los trabajos de F. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos interpretación y discrecionalidad administrativa*. Op. Cit., p. 303 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Editorial IEF, Madrid, 1983, p. 848; C. CHINCHILLA. *La desviación de poder*. Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 230.

Luego de este breve excursus sobre las distintas concepciones que se han planteado sobre la discrecionalidad, corresponde ahora aproximarnos hacia un concepto que pueda ser funcional y en el que pueda recogerse tanto las bases de la Teoría General del Derecho –que de forma breve se enunciaron en el acápite anterior-, así como los planteamientos doctrinarios recientemente expuestos.

Estando a lo señalado, consideramos que la discrecionalidad administrativa puede conceptualizarse como aquella libertad de elección que la ley otorga a la Administración para decidir sobre aquello que estime más conveniente para el interés público de tal forma que las soluciones a las que pudiera llegar la Administración serían todas ellas válidas cuando se respete las circunstancias del caso concreto, así como los esquemas básicos del razonamiento jurídico²².

1.3. Algunas formas de discrecionalidad Administrativa

a) *La discrecionalidad administrativa como margen para la determinación de la decisión más adecuada al interés público*

Dentro de esta primera forma de discrecionalidad es necesario tener presente que en un gran número de supuestos, la ley no puede realizar una clara especificación de lo que corresponde al interés público, debido a que esa determinación debe hacerse atendiendo, en gran medida, a las circunstancias del caso, así como a los acontecimientos de la sociedad en un momento dado. De ahí que, esta determinación se remita a la apreciación de la Administración.

b) *La discrecionalidad administrativa como margen para la determinación de criterios de actuación*

Esta segunda forma de discrecionalidad apunta principalmente al hecho que algunas normas atribuyen a la Administración potestad para llevar a cabo una determinada decisión, sin concretar las reglas que han de dirigir la adopción de esta determinación y remitiendo a la propia autoridad su fijación. En estos casos, la norma atribuye a la Administración una potestad discrecional consistente en un margen para la determinación de los criterios que van a regir su decisión.

22. Coincidimos con el concepto esbozado por M^aJ. ALONSO MAS, en su trabajo. La solución justa en las resoluciones administrativas. Editorial Tirant lo Blanch - Universitat de València, Valencia, 1998, p. 223.

c) *La discrecionalidad Administrativa como margen para la ejecución de programas*

Dentro de esta forma de discrecionalidad administrativa se deja a la Administración la elección, la opción en cuanto a los instrumentos y normalmente también en cuanto al momento en que ha de ponerse en marcha el programa, es decir, la decisión en cuanto al cuándo, aspecto que una norma de tipo técnico no suele fijar²³.

d) *La discrecionalidad Administrativa normativa*

La manifestación de esta forma de discrecionalidad administrativa puede resumirse en el hecho de que ésta actúa como margen para la creación de una regla o norma inferior dentro del marco de habilitación que establece una norma superior.

Según PAREJO, es necesario tener presente que este tipo está sometido a un régimen jurídico peculiar, en el que conviene distinguir los casos en que el reglamento se dicta en ejecución o desarrollo de una ley (y en tal caso si versa o no sobre materia reservada a la ley) o como reglamento independiente por iniciativa del titular de la potestad reglamentaria, ya que en el primer caso la libertad estará más delimitada o condicionada; sea más o menos amplio el margen de discrecionalidad en poder del mismo, el ejercicio de su potestad está siempre sometido al límite sustantivo de los principios generales del derecho²⁴.

e) *La discrecionalidad Administrativa como margen para la determinación o creación de fines*

De acuerdo con esta forma de discrecionalidad administrativa, la Administración tiene concedidas, potestades para la satisfacción de intereses generales y no puede utilizarlas con otra finalidad, de ahí que cuando la ley atribuya a la Administración una potestad lo haga para que mediante el ejercicio de dicha potestad satisfaga un determinado fin, que será una concreción de ese interés general, al que con carácter general sirve la Administración²⁵.

23. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 90.

24. PAREJO, L., Op. Cit., p. 122.

25. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 96.

1.4. ¿Puede considerarse a los conceptos jurídicos indeterminados y a las apreciaciones técnicas como formas de discrecionalidad administrativa?

A) *Conceptos jurídicos indeterminados: breve caracterización*²⁶

En determinadas ocasiones, la norma, al regular las condiciones de su ejercicio, utiliza conceptos que presentan un cierto grado de indeterminación, lo que impide que su aplicación tenga un carácter mecánico. En estos supuestos, las normas utilizan palabras vagas, que no nos suministran una guía segura para clasificarlas debido a su uso impreciso. Se trata entonces de conceptos jurídicos indeterminados.

Según DESDENTADO DAROCA, el recurso a la utilización de los conceptos indeterminados puede responder a diversas razones, entre las que pueden destacarse, por su importancia, las siguientes²⁷:

- Debido a la infinidad de circunstancias y de casos dispares que se presentan en la realidad, el legislador no puede regularlo todo con precisión y detalle; para llevar a cabo una regulación con mayor precisión será necesario que el legislador conozca de antemano todos los casos que van a presentarse en el futuro y las peculiaridades de cada uno de ellos, lo que por razones obvias no es posible;
- El recurso a los conceptos jurídicos indeterminados puede ser intencionado en el sentido que, las normas rígidas son inadecuadas para regular situaciones cambiantes y los conceptos indeterminados permiten introducir la necesaria flexibilidad al remitir a una apreciación posterior e individualizada, caso por caso.

Para finalizar, debe referirse que no sólo se encuentran ventajas en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sino que también hay una serie de desventajas, que pueden concretarse en que cuando se opta por una regulación vaga con exceso de conceptos jurídicos indeterminados, la consecuencia inevitable es el desplazamiento del centro de poder hacia los cuerpos de aplicación de la ley.

26. Al respecto, es necesario hacer referencia del interesante trabajo de J. IGARTUA, Op. Cit., p. 145 y ss.; y, al ya clásico trabajo de F. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Op. Cit., p. 191 y ss., en el que se hace un pormenorizado estudio de este tema.

27. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 101.

a) Problemática

La dificultad de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados radica en que su vaguedad e imprecisión impide ver con claridad, si un caso concreto debe entenderse o no, comprendido dentro del marco que delimita el concepto jurídico indeterminado en cuestión. Es decir, los conceptos jurídicos indeterminados dan lugar a un problema de determinación del significado de la norma y de subsunción de ciertos casos en la misma.

La aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados plantea básicamente una cuestión de interpretación, de ahí, que en el ámbito de la Teoría General del Derecho las posiciones respecto de los conceptos jurídicos indeterminados sean tan diversas, como las existentes en torno al carácter de la interpretación²⁸.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo la interrogante fundamental que despiertan los conceptos jurídicos indeterminados consiste en precisar si cuando la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados está atribuyendo o no discrecionalidad a la Administración para su aplicación.

b) Consideraciones respecto a su aplicación

Con relación a si existe discrecionalidad administrativa en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, consideramos que, por su carácter, en los conceptos jurídicos indeterminados no hay una única solución correcta, sino un margen de discrecionalidad instrumental.

Esto quiere decir que la Administración debe tener un poder discrecional lo suficientemente fuerte para que su aplicación excluya el control judicial pleno, porque precisamente es a los Tribunales a los que el sistema confiere la función de interpretación del Derecho y de resolver los casos que se plantean de acuerdo a Ley. En determinados casos, en cambio, la concreción y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que figuran en la norma exige llevar a cabo elecciones de política administrativa, es decir, valoraciones acerca de qué es más conveniente para la satisfacción del interés público o

28. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 103.

incluso decisiones de organización interna de la propia Administración.

Lo que no puede dejar de observarse es que existe un núcleo de decisión discrecional que está atribuido a la Administración y un ámbito de límites jurídicos, cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales.

B) Discrecionalidad técnica/apreciaciones técnicas: breve caracterización

En la doctrina es posible encontrar dos posiciones respecto de la caracterización de esta materia: hay algunos que siguen empleando el término *discrecionalidad técnica* y otros que sostienen que su utilización es indebida y, por lo tanto, prefieren hablar de *apreciaciones técnicas*.

Al respecto, aquellos²⁹ que siguen empleando la terminología de la discrecionalidad técnica, sostienen que se trata de aquellos casos en los que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a las evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica. En muchos casos, esta actividad está delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa), sin embargo –conforme lo vimos anteriormente–, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta y opinable.

Dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, CAMBA sostiene que no resulta sencillo saber si en cada caso nos encontramos ante una potestad realmente discrecional de la Administración y como tal *no controlable* por la judicatura, o ante una potestad que no tiene nada de discrecional pues la indeterminación legal puede ser integrada por la Administración mediante el recurso a normas o criterios técnicos, en cuyo caso la actividad administrativa es perfectamente fiscalizable³⁰.

Para el otro sector de la doctrina³¹, cuando se utiliza la expresión apreciaciones técnicas se quiere hacer referencia a toda actividad de búsqueda de respuestas a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, es decir, de conocimientos de materias especializadas. Se está aludiendo entonces al sujeto que opera con criterios y conocimien-

29. Entre otros, PAREJO, L., Op. Cit., p. 129.

30. CAMBA, C., Op. Cit., p. 305.

31. Entre otros, DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 130 y ss.

tos de saberes específicos, que se consideran especialmente útiles para la resolución de determinados problemas prácticos, y cuya aplicación para la obtención de una respuesta ha de estar justificada y contrastada.

a) *Problemática*

Hemos podido apreciar que en la doctrina española se plantean dos posiciones respecto de lo que debe ser el control judicial de aquellas decisiones de la Administración cuando tienen apreciaciones técnicas o se hace uso de la discrecionalidad técnica.

Así, según DIEZ SÁNCHEZ para uno de estos sectores³² al que denomina tradicional, debe distinguirse la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados (límite jurídico a aquélla) y por supuesto, de la legalidad en el ejercicio de las funciones administrativas. Consecuente con esa distinción, se estima que el control judicial alcanza a estos últimos, pero no debe llegar a controlar la discrecionalidad política o técnica³³.

Los Tribunales, según esta concepción, incurrirían en un exceso de jurisdicción si lo hicieran, y por ende, se pondrían en el lugar de los órganos políticos o técnicos. *Sensu contrario*, se infiere que para esta posición queda un ámbito exento al control jurisdiccional, el de la discrecionalidad política y técnica. Esta última, fundamentada en la naturaleza especializada de los órganos que emiten la decisión no

32. Dentro de esta línea PAREJO, L. Op. Cit., p. 130, sostiene que: «(...) salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo otros técnicos distintos. De lo contrario se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces. (...) el necesario respeto al resultado de toda decisión técnica plausible debe combinarse con un control estricto del cumplimiento de las garantías organizativas y procedimentales, incluido el control de legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, si es que tales criterios están definidos en la norma jurídica. Puesto que lo fundamental es asegurar en estos casos que la Administración decide en virtud de criterios puramente técnicos, no distorsionados (como por desgracia no es infrecuente) por injerencias políticas, corporativas o de otro género. En caso de la discrecionalidad técnica el principio de objetividad de la Administración o la imparcialidad del funcionario, ambos recogidos en el art. 103º de la Constitución, es lo primero a tener en cuenta, por lo que el control de los aspectos organizativos (composición de órganos de evaluación, cualificación de sus miembros) y procedimentales (informes y motivaciones técnicas) debe apurarse al máximo».

33. Al respecto, *vid.* DIEZ SÁNCHEZ, J. J., Op. Cit., p. 507 y ss.; cuyo trabajo seguimos en este punto.

susceptible de sustitución por los órganos judiciales (*per se* carentes de la especialización técnica necesaria)³⁴.

Otro sector de la doctrina española³⁵, al que el citado autor denomina novedoso o revisor, sostiene, no exento de matices, que no existe tras la Constitución española de 1978 ningún ámbito de exención al control judicial, sino que las potestades revisoras de los Tribunales son plenas y que, en consecuencia, aún en ese aspecto de la discrecionalidad técnica, pueden y deben -en los casos en que se den las razones para ello- sustituir las apreciaciones administrativas³⁶.

Estos autores se basan, desde el punto de vista de la normativa española, en los artículos 24º, 103º y 106º de la Constitución y en la propia Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁷ en tanto que los poderes de cognición del juzgador no están en absoluto limitados; y desde el punto de vista, estrictamente material, en la superación de la llamada discrecionalidad técnica como barrera infranqueable a la labor revisora, en tanto que por su naturaleza esta materia no la hace insusceptible de revisión judicial.

b) *Consideraciones respecto a su aplicación*

Si bien no encontramos coincidencia respecto a la utilización de los términos discrecionalidad técnica y apreciaciones técnicas, la doctrina únicamente se ha puesto de acuerdo en los tipos de actividad administrativa donde los criterios técnicos tienen relevancia y pueden aplicarse:

- Los supuestos de «discrecionalidad técnico-administrativa» en los que la norma atribuye a la Administración la potestad de ele-

34. DIEZ SÁNCHEZ, J. J., *Idem*.

35. Esta posición doctrinal mayoritaria está representada por, entre otros autores, FERNÁNDEZ, T.R. De la Arbitrariedad de la Administración. Editorial Civitas, cuarta edición corregida, Madrid, 2002, p. 267; COCA, E. *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*. En: RAP, Nº 100-102, p. 1039 y ss., del mismo autor: *La discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales*. En: RAP, Nº 108, p. 205 y ss.; MOZO, A. *Discrecionalidad de la Administración Pública en España*. Madrid, 1985; PIÑAR, J. L. *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*. En: REDA, Nº 220, 1989, p. 135 y ss.; SÁNCHEZ BLANCO, A, *La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos*, En: REDA, Nº 30, p. 563 y ss.

36. DIEZ SÁNCHEZ, J. J., *Idem*.

37. Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción contencioso-administrativa.

gir el modo de actuar, de manera que ésta, acudiendo a criterios técnicos, se encuentra con varias opciones que son igualmente eficaces para la consecución del fin público en cuestión;

- Los supuestos en que las elecciones de la Administración se llevan a cabo sobre la base de hipótesis científicas que no han sido objeto de corroboración, bien por estar la ciencia en estadio poco avanzado, bien por tratarse de actividades de prognosis, en cuyo caso la decisión habrá de hacerse también conforme a lo que la Administración considere más conveniente para el orden público; y,
- Los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos para cuya integración la administración ha de acudir a conocimientos técnicos, de manera que cuando la operación se presenta difícil aflora una cierta discrecionalidad, denominada «discrecionalidad instrumental jurídico-técnica»³⁸.

1.5. Límites inherentes a la discrecionalidad Administrativa

a) *Límites constitucionales: interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad*

La primera y acaso más influyente construcción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el Derecho español, se encuentra en un conocido artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, titulado «*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*»³⁹, en el que sostiene que «*la idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano del valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas*»⁴⁰.

De esta manera, recibido en sede constitucional el citado principio, se presenta hoy como principio unificador de una serie de preceptos constitucionales que tienen en común *la exigencia de justificación de los actos de los poderes públicos*, ya que «*lo que la prohibición de arbitrariedad condena*

38. CAMBA, C., Op. Cit., p. 305-306.

39. Publicado en la RAP N° 30, septiembre-diciembre, 1959, p.131.

40. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Op. Cit., p. 131 y ss.

es, justamente, la falta de fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho simplemente. Exige que en cualquier decisión de un poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico (...). Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (...) debe dominar la totalidad de sus decisiones»⁴¹.

GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es un principio constitucional *«derechamente dirigido al centro de los poderes discrecionales»*⁴². En esta línea, puede señalarse que *«en su significación más primaria, el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que los sostiene»*⁴³; a ello hay que añadir, para concluir, que, *«allí donde un control de los poderes discrecionales esté admitido, la obligación de motivar se convierte en una exigencia per se»*⁴⁴.

En lo que respecta a la proporcionalidad, este principio representa una exigencia constitucional para la actividad -discrecional o no- de las Administraciones públicas y de los otros poderes públicos, que afecta la esfera de las personas, particularmente a la esfera de derechos y libertades fundamentales.

LÓPEZ GONZÁLEZ sostiene, que en el caso de las Administraciones públicas, ocurre que su estatuto constitucional específico al configurarlas como Organizaciones públicas que sirven con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho y a los fines que la justifican, hace del principio de proporcionalidad un verdadero parámetro de la legalidad de la Administración en el ámbito del Derecho administrativo⁴⁵. Como consecuen-

41. Idem.

42. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, Jueces y Control...* Op. Cit., p. 149.

43. FERNÁNDEZ, T. R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 81.

44. DIEZ SÁNCHEZ, J. J. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 255.

45. LOPEZ GONZALEZ; J. I. *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. En: Cuadernos de Derecho Público, Nº 5, Septiembre-Diciembre, 1998, pp. 154-156.

cia de lo señalado, según el citado autor, la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo significa que le sean exigibles a la Administración como requisito de su actuación administrativa, lo siguiente⁴⁶:

- Que el contenido de la actuación administrativa sea adecuado a los fines que la justifican;
- Que la medida adoptada sea la necesaria, por menos restrictiva y moderada para la consecución eficaz del fin perseguido por el Ordenamiento jurídico; y,
- Que la medida resulte equilibrada por derivarse de ella, para el interés general, beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta.

Para el citado autor, en opinión que compartimos, puede señalarse a través de los requisitos jurídicos antes enunciados, que el principio de proporcionalidad impone a la actuación administrativa que ésta opera y, ha de seguir operando, como un importante límite jurídico del ejercicio de potestades administrativas de intervención y limitación de situaciones jurídicas de los particulares, sean estas o no de tipo discrecional⁴⁷.

b) Los principios de eficacia, eficiencia y economía y los recursos económicos como criterios limitativos

El principio de *eficacia* es aquél en virtud del cual se exige a la Administración que en la adopción de decisiones de tipo discrecional actúe de forma que logre la satisfacción de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico y, en todo caso, del interés público.

Por su parte, el principio de *eficiencia* está dirigido hacia lograr la optimización de la relación medio - fines, la misma que se logra, si en varias alternativas que conducen al mismo cumplimiento se selecciona la que implica menor gasto; si entre varias alternativas que producen el mismo gasto, se selecciona la que lleve al mejor cumplimiento de los objetivos de la Administración; y, en un sentido más amplio, cuando los costes totales que lleva consigo la medida para la consecución del

46. Idem.

47. LOPEZ GONZALEZ, J. I., Op. Cit., p. 157.

fin son los mínimos posibles o cuando habiendo establecido unos costes o gastos determinados se logra hacer máxima satisfacción de los objetivos deseados.

Finalmente, con relación a la *economía* y a los *recursos económicos*, hay que señalar que éstos son siempre y necesariamente limitados para ejercicio de las funciones de las Administraciones. «*Esta limitación de recursos determina que, en ocasiones, no sea posible optar por cursos de acción eficaces para la consecución del fin pero cuyo coste excede de los medios económicos disponibles, debiendo, por tanto, elegirse entre otras alternativas a cuyo coste económico sea posible hacer frente*»⁴⁸.

c) Los principios de racionalidad y razonabilidad

Las palabras «racional» y «razonable» son utilizadas de forma indistinta en el lenguaje común, de hecho tienen una misma significación. Sin embargo, en el ámbito de la argumentación jurídica, la racionalidad y la razonabilidad no son identificables, sino que hacen referencia a diferentes realidades: la racionalidad exige la adecuación de las decisiones a determinadas reglas o principios, entre los que se encuentran la lógica deductiva, la eficiencia, la coherencia y la consistencia; la razonabilidad, por su parte, adquiere importancia como criterio de evaluación de la decisión adoptada, cuando ésta decisión es conforme los criterios de razonabilidad práctica.

Dicho lo anterior, entonces ¿qué entendemos por racionalidad? Desde la perspectiva de la lógica y la argumentación práctica, la racionalidad hace referencia a la conformidad con determinadas reglas⁴⁹. Así una decisión será racional, según lo señala ATIENZA si reúne las siguientes características⁵⁰:

- Es conforme a las reglas de la lógica deductiva, es decir, a los predicados de lógica de primer orden;
- Es conforme a los criterios de racionalidad práctica, eficiencia y coherencia y 3) no se apoya en criterios externos políticos o morales.

48. DESDENTADO DAROCA, E. Op. Cit., p. 170.

49. ATIENZA, M. Para una razonable definición de «razonable». En: DOXA, N° 4, p 192.

50. Idem.

Estando a lo señalado, puede concluirse que la racionalidad implica la existencia de una lógica interna dentro de la decisión discrecional, entre los elementos motivos-objeto-fin. Pero además, la racionalidad exige que las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales sean consistentes, es decir, que guarden entre sí una relación de continuidad y de identidad de razón, sin que ello excluya la posibilidad de revisar y modificar fundadamente el criterio adoptado⁵¹.

¿Y qué es lo razonable?, una decisión puede calificarse como tal, en palabra de PERELMAN⁵² cuando se acomoda a una realidad objetiva o cuando se presenta de tal manera que su claridad y distinción nos constriñen de someternos a la evidencia; cuando aparece lo suficientemente justificada, cuando se sustenta en razones de Derecho, «cuando esté precedida por una argumentación que la fundamente» de forma que «se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad», esto es, de la mera voluntad o el simple capricho de su autor, «cuando responde a una determinada interpretación del Derecho» y, en consecuencia, es capaz de «permitir su control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos»⁵³.

d) La finalidad como límite inherente a las potestades discrecionales

Dentro de este supuesto consideramos que la Administración se encuentra con un límite más fuerte, pues el fin guía de forma muy estrecha el ejercicio de la discrecionalidad, en la medida en que el objeto de la decisión discrecional tendrá que guardar una adecuada correlación con el fin de la potestad, de forma que sea un medio efectivo y eficiente para la satisfacción de dicho fin.

Lo que se pone de manifiesto aquí, es que en el ejercicio de sus potestades discrecionales, la Administración se encuentra entre la elección y el deber: deber en cuanto que la Administración se encuentra obligada a la consecución del fin establecido en la norma, y elección en la medi-

51. DESDENTADO DAROCA, E. Op. Cit., p. 175.

52. PERELMAN, C. *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit*. En: *Etique et Droit*, Editorial Universidad de Bruxelles, 1990, p. 511 y ss., citado por FERNÁNDEZ, T.R. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Op. Cit., p. 227.

53. Idem. Lo entrecomillado es la cita que el autor incluye de la STC de 28 de octubre de 1991.

da en que cuenta con un margen de decisión en la determinación del medio que ha de emplearse para la consecución de tal fin⁵⁴.

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Vamos a iniciar este acápite con una corta reseña de lo que ha sido en España la importante polémica sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa que sostuvieron los profesores Tomás Ramón Fernández Rodríguez, por una parte y, de la otra, Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, la misma que tuvo una interesante participación del profesor Manuel Atienza.

2.1. Síntesis del debate en torno al control judicial de las potestades discrecionales: aspectos del debate

Vamos a tomar la síntesis del debate antes citado del trabajo del profesor ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica»⁵⁵ ya que su didáctica nos es útil para los fines del presente trabajo.

Con relación a la tesis de T. R. FERNÁNDEZ, sus planteamientos pueden sintetizarse de la siguiente manera⁵⁶:

- Todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales.
- Los actos discrecionales de la Administración, puesto que no pueden ser arbitrarios:
- Deben ser motivados, es decir, deben estar basados en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del órgano que los indica.
- Esas razones no deben ser contrarias a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión (los «hechos determinantes»).
- Entre esas razones y la decisión debe existir una relación de coherencia.

54. DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 180.

55. Publicado en la REDA, N° 85, Enero-Marzo, 1995, p. 5 y ss.

56. ATIENZA, M., Op. Cit., p. 7 y ss.

- El control judicial de los actos discrecionales (que no es un control de mera legalidad sino de juridicidad, pues la última palabra la tiene el Derecho, no simplemente la Ley) se ejerce precisamente en relación con los tres aspectos anteriores. Lo que el juez debe controlar es, por tanto, que existen esas razones, que las mismas no contradicen los «hechos determinantes» de la realidad, y que resultan congruentes con la decisión (con el acto discrecional).
- El resultado de ese control (cuando el acto sometido a examen no supera el anterior test de racionalidad) puede ser:
- Normalmente, la anulación del acto.
- Excepcionalmente, la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, lo que sólo podrá tener lugar si al final del proceso (es decir, en el momento de la toma de decisión por parte del juez) sólo es posible una única solución (el margen de discrecionalidad se habrá reducido, por tanto a cero), y de esta manera se restablece una situación jurídica individualizada o, dicho de otra manera se garantiza la efectividad de la tutela judicial.

Por su parte, la tesis que sostienen PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN puede sintetizarse de la siguiente manera⁵⁷:

- *«El punto de partida para abordar el problema del control judicial de la Administración, que es un mero control jurídico de la misma, ha de hallarse en la Constitución y no en la discutible perspectiva histórica del proceso continuado de conquista del poder por el derecho, supuestamente derivado de la exención judicial proclamado por la Ley francesa de 16-24 de agosto de 1790»⁵⁸.*
- *«El análisis constitucional no puede centrarse exclusivamente en el principio de interdicción de la arbitrariedad»⁵⁹. «El principio de interdicción de la arbitrariedad expresa primariamente el postulado de la democracia liberal de Derecho del gobierno de y por las Leyes y no y por los hombres. Derivar de él, legítimamente, contenidos o significados más concretos sólo es posible, dado el plano de generalidad y abstracción en que se mueve, en su relación y juego con otros principios y reglas más concretos»⁶⁰. «El manejo y aplica-*

57. Idem.

58. SÁNCHEZ MORÓN, M., Op. Cit., p. 33, citado por ATIENZA, M., Op. Cit., p. 9.

59. SÁNCHEZ MORÓN, M., Op. Cit., p. 32, citado por ATIENZA, M., Op. Cit., p. 10.

60. PAREJO, L. Op. Cit., p. 45 y 46, citado por ATIENZA, M. Idem.

ción de los principios debe hacerse «en términos de «optimización» en el seno del sistema mismo, a fin de evitar, justamente por un perfeccionismo tendente a su «maximización», la producción de efectos disfuncionales, nocivos e, incluso, contrarios a los valores mismos en ellos expresados»⁶¹.

- *«Por el contrario, es preciso tener en cuenta cuál es la función del juez conforme la Constitución -española-, función de tutela (art. 24º.1) que, cuando se trata de la actuación administrativa, se presta bajo la forma de control de la legalidad en esta última (art. 106º.1). Eso significa que el juez sólo puede ejercer control en Derecho y que no le corresponde crear la regla jurídica (ni siquiera del caso concreto) para la satisfacción de las necesidades sociales, pues eso es de la exclusiva competencia de la Administración que su función –bien distinta– es la de verificar la regularidad de la decisión administrativa»⁶².*
- *«Este análisis se complementa en el estudio de Parejo, con el examen de la cuestión a la luz de las transformaciones del Estado. Entre ellas destaca el cambio en la función de la ley, que ya no sólo constitutio, sino también actio; no sólo el mecanismo por excelencia de garantía de la libertad y propiedad, sino también instrumento de dirección o programación de la acción administrativa. Por eso en muchos sectores la ley se limita a establecer criterios materiales, principios, estándares, objetivos, transfiriendo la decisión de fondo a otros poderes, que han de crear las reglas (generales o de caso concreto) aplicables. Se evoluciona así desde una vinculación objetiva (...). Pues bien la creación de esas reglas (...) compete naturalmente a la Administración (...). Eso supone que la actividad administrativa no es ya explicable como mera ejecución jurídica y conduce a una revalorización de la discrecionalidad administrativa. Por lo que se refiere al control judicial de ésta, el juez no puede extender su acción a la sustitución de la regla creada por la Administración (...), dado que no es competente ni tiene legitimidad para ello, al ser su legitimidad de tipo «jurídico-objetivo» (discrecionalidad técnica). Debe limitarse a controlar los aspectos reglados de la decisión, aquellos en que se realice la interpretación y aplicación de reglas jurídicas preexistentes, aspectos en los que sí puede (y sólo en ellos) sustituir la decisión administrativa por otra judicial»⁶³.*

61. PAREJO, L. Op. Cit., p. 45 y 46, citado por ATIENZA, M. Idem.

62. SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. Cit, citado por ATIENZA, M. Op. Cit.

63. SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. Cit., p. 34 y 35, citado por ATIENZA, M. Op. Cit.

a) *Núcleo de la controversia*⁶⁴

Si comparamos cada uno de los puntos que hemos señalado como correspondientes a cada una de las posiciones antes expuestas, encontraremos que:

- i. *El cuestionamiento por parte de PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN de la conveniencia de tomar el principio de interdicción de la arbitrariedad como punto de partida para la construcción de una teoría del control de la discrecionalidad, que como se ha señalado propugna T. R. FERNÁNDEZ. Ello, en virtud a que únicamente se puede extraer del principio un control de tipo negativo que permita anular las decisiones manifiestamente arbitrarias, de ahí que tenga escasa relevancia incluso para utilizar otras técnicas de control más incisivas como pretende el propio T. R. FERNÁNDEZ.*
- ii. *Con relación a las técnicas de control, T. R. FERNÁNDEZ difunde su utilización, y no mantiene una posición crítica respecto de las mismas, en cambio, PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN expresan una cierta desconfianza, ya que el mayor peligro que generan es el que su aplicación puede dar lugar a una sustitución de los pronunciamientos de la Administración por los de un juez.*
- iii. *Para T. R. FERNÁNDEZ la Administración debe actuar racional y razonablemente, por el contrario, PAREJO considera a ambas categorías como insuficientes ya que sólo pueden justificar la anulación de la decisión administrativa, sin embargo, en modo alguno pueden permitir al juez reproducir el proceso de formación de la voluntad administrativa y su sustitución.*
- iv. *PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN consideran adecuada la tesis de la exclusión del control judicial de la discrecionalidad técnica, frente a lo cual T. R. FERNÁNDEZ sostiene que ello es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.*
- v. *Finalmente y como aspecto más relevante, está el de la sustitución de la decisión administrativa por la decisión judicial; al respecto, T. R. FERNÁNDEZ señala que en ocasiones no es suficiente con la anulación de la decisión administrativa y que debe procederse a la sustitución si tras dirimirse la controversia existe únicamente una solución posible; por su parte PAREJO considera que no es claro el fundamento para la sustitución de la decisión*

64. Al respecto, seguimos la pauta de exposición realizada por DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 200 y ss.

administrativa por el juez ya que sólo se podría admitir la sustitución de la decisión administrativa por la judicial cuando se trata de potestades regladas cuyo ejercicio no exige más que una tarea de interpretación y aplicación.

b) Conclusiones que pueden extraerse de la controversia

Las conclusiones a las que podemos arribar luego de la exposición de los planteamientos y de los puntos de controversia es que -como señala ATIENZA⁶⁵-, a pesar de que aparentemente existe una firme discrepancia entre T. R. FERNÁNDEZ, PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN, la misma en realidad no es tan fuerte como parece, ya que, en primer lugar, estos autores coinciden en que no se puede poner en cuestionamiento que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; en segundo lugar, ambas posiciones doctrinarias admiten a la existencia de la discrecionalidad administrativa como positiva, imprescindible y legítima y que en lo que la discrecionalidad administrativa tiene de núcleo de decisión extrajurídico ha de ser respetado por los tribunales, porque la función de éstos consiste única y exclusivamente en la aplicación del Derecho y no de otro tipo de criterios.

Siendo esto así, podemos concluir siguiendo la línea de ATIENZA que las diferencias fundamentales hay que buscarlas en el ámbito de la concepción del Derecho, ya que existen dos diversas formas de entender el Derecho y su función en el contexto del Estado democrático⁶⁶. Así, T. R. FERNÁNDEZ se situaría en la línea según la cual el Derecho es el instrumento de racionalización del poder, lo que trae como consecuencia que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además, se precisa que el órgano en cuestión, aporte razones intersubjetivas válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico⁶⁷.

Frente a lo que ATIENZA ha llamado el postulado de la razón práctica, lo que PAREJO y SÁNCHEZ MORON oponen es una concepción escéptica de la razón que, inevitablemente, les lleva al decisionismo, lo que en opinión de ATIENZA -que compartimos-, subyace a su posición es la aceptación

65. ATIENZA, M., Op. Cit., p. 6.

66. ATIENZA, M., Op. Cit., p. 15.

67. ATIENZA, M., Idem.

que el único mecanismo de control racional de las decisiones jurídicas es la subsunción, la lógica deductiva⁶⁸.

Finalmente y volviendo a un plano más próximo del Derecho administrativo sólo nos queda agregar a las conclusiones que puedan haberse expuesto de la polémica que, T. R. FERNÁNDEZ hace hincapié en la necesidad de seguir bregando por una construcción jurídica válida del control judicial que permita erradicar la arbitrariedad del ejercicio de las potestades discrecionales sin acaso poner acento sobre los posibles excesos judiciales del ejercicio del control de la discrecionalidad administrativa; y, por su parte, PAREJO y SÁNCHEZ MORON en sus estudios ponen el énfasis sobre la necesidad de evitar el activismo judicial y en el peligro que la utilización de determinadas técnicas de control lleven a los tribunales a ocupar una posición que el legislador ha reservado para la Administración⁶⁹.

2.2. Las principales técnicas de control de los límites del ejercicio de las potestades discrecionales

Nos corresponde ahora enunciar las actuales técnicas que han surgido en la doctrina, haciendo una breve reseña de sus características principales:

a) La interpretación judicial como vía de control de la comprensión y ejercicio de las potestades discrecionales por parte de las autoridades Administrativas.

Los tribunales a través de la actividad interpretativa, buscarán y fijarán la finalidad de las normas, el propósito de la regulación, las ideas fundamentales de la misma o la forma en que, con carácter general, pretenden resolver un determinado conflicto de intereses.

b) El control judicial de los hechos determinantes: del control de su existencia al control de su valoración o apreciación.

La revisión de los hechos que consten en el expediente administrativo como base de la decisión discrecional, es decir, el control de los hechos determinantes puede, sin duda alguna, llevarse a cabo por los tribunales; sin em-

68. ATIENZA, M., Op. Cit., p. 16.

69. Con respecto a la polémica, coincidimos con las apreciaciones expresadas por DESDENTADO DAROCA, E. Op. Cit., p. 207.

bargo, este control se extiende también a la apreciación o valoración que la Administración lleva a cabo de esos hechos, es decir, lo que se controla es la apreciación realizada por la Administración, la congruencia o coherencia lógica de la decisión adoptada con la realidad existente.

c) *Las técnicas de control de la adecuación al fin: la desviación de poder*

La desviación de poder⁷⁰ se produce desde el momento en que el fin al que tiende el acto no se corresponde con el fin al que debería tender según el ordenamiento jurídico, independientemente de si la autoridad administrativa ha actuado consciente y deliberadamente en ese sentido o si dicha actuación ha sido fruto de una errónea interpretación de la regulación o de una inadecuada valoración de la relevancia de una determinada actividad para el interés público. Esta concepción objetiva es la que encaja como instrumento de control para la judicatura de aquellas actuaciones de la Administración que puedan considerarse discrecionales.

d) *Las técnicas de control de la racionalidad de las decisiones discrecionales*

Dentro de estas técnicas de control se distinguen:

- El control de la coherencia de la decisión: los tribunales pueden controlar la coherencia lógica interna de la resolución administrativa, pues dicha coherencia es una exigencia que la racionalidad impone a toda decisión.
- *El control del proceso de la toma de decisiones. La técnica inglesa de las «relevant and irrelevant considerations»: esta doctrina permite que los tribunales controlen la racionalidad de las decisiones administrativas discrecionales mediante un examen del proceso de toma de la decisión, de esta forma, los tribunales controlan que en la adopción de sus decisiones las autoridades administrativas han tomado en consideración todos los factores relevantes y no se han dejado guiar o influir por factores irrelevantes, sino esto último generaría la declaración de anulación de la decisión.*

e) *Las técnicas de control de la arbitrariedad*

En el caso de las técnicas de control de la arbitrariedad es necesario considerar:

70. Para CHINCHILLA, C., Op. Cit., p. 111, la desviación de poder se produce «cuando la Administración se aparta del fin que expresa o tácitamente le asigna la norma que la habilita para actuar, se dice que ha incurrido en desviación de poder».

- El control de la existencia de motivos: para controlar si la decisión se encuentra o no respaldada por razones, es decir por una motivación, los tribunales examinarán los datos que consten en el expediente administrativo y las alegaciones y pruebas realizadas por la Administración; si tras ese examen no es posible identificar razón alguna en la que se apoye la decisión discrecional, los tribunales deberán llegar a la conclusión de que la decisión es arbitraria.
- El control de la suficiencia de motivos: una motivación o justificación será suficiente si permite al juzgador comprobar que la decisión adoptada es fruto de una exégesis racional y de la mera arbitrariedad o de una desviación de poder. El análisis de si la razón o razones aportadas por la Administración son o no suficientes para justificar la decisión adoptada es algo que deberá examinarse caso por caso, atendiendo a la naturaleza de cada potestad y a los términos en los que la norma hace la habilitación para tomar la decisión discrecional.

f) Las técnicas de control de razonabilidad

Al aplicar el control de razonabilidad los tribunales respetan la elección que haya realizado la autoridad entre diferentes alternativas, incluso aunque dicha elección no sea considerada por el órgano judicial oportuno, correcto o deseable; por lo dicho no se considera a este tipo de control como valorativo de las decisiones discrecionales adoptadas por la Administración.

g) Las técnicas de control de proporcionalidad

El control de proporcionalidad de la decisión discrecional, en sentido estricto⁷¹, es desarrollado por los tribunales de forma tal que éstos examinan de forma aislada la decisión adoptada por la Administración. De lo que se trata es de comprobar que la decisión de la Administración no tiene tantas desventajas que no se compensan las ventajas que la satisfacción del fin procura.

71. Excluimos de la caracterización a las técnicas de idoneidad y de necesidad de la medida.

3. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

En esta parte final nuestro objetivo es abordar uno de los principales problemas que se plantean en el estudio, es decir, uno de los temas más controvertidos que el control judicial de la discrecionalidad administrativa presenta: establecer los límites a dicho control judicial; y junto a ello, previamente haremos una breve caracterización de los supuesto de anulación y de sustitución de una decisión de la Administración.

3.1. Anulación y sustitución judicial

Como sabemos, cuando nos encontramos frente a un supuesto de anulación, tratándose de decisiones administrativas adoptadas en el ejercicio de potestades discrecionales, si los tribunales consideran que dicha decisión es contraria al ordenamiento jurídico, habrán de limitarse a declarar la nulidad de dicha decisión y reenviar el asunto a la Administración para que ésta adopte una nueva decisión conforme al ordenamiento jurídico, en ningún caso podrá el juez declarar el derecho del particular a una decisión en un sentido determinado, condenando a la Administración a adoptar una decisión en tal sentido.

La situación es distinta, en cambio, cuando estamos frente a un supuesto de sustitución judicial. Antes hemos visto como la doctrina no se ha puesto de acuerdo en torno al alcance de aquélla en el caso del control de decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración. Así, T. R. FERNÁNDEZ sostiene que *«el juez podrá operar la sustitución en la medida en que se le suministren por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente. En definitiva, el problema es, en buena parte, la prueba. Unas veces será más fácil y otras más difícil. Lo importante es que pueda hacerse y que ningún principio impide que se haga»*⁷².

De otro lado, PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN, de acuerdo a los planteamientos antes expuestos, consideran que las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no son susceptibles de sustitución judicial.

A nuestro parecer, este desacuerdo en la doctrina traslada nuevamente los elementos nucleares de la polémica antes reseñada, lo que significa

72. FERNÁNDEZ, T. R. De la Arbitrariedad de la Administración. Op. Cit., p. 108.

que dependerá finalmente de cuál sea el enfoque que uno siga, es decir uno de tipo racionalista o aquél que siga una lógica deductiva -basada en la subsunción a la norma-, para participar o no de la posibilidad que el juez sustituya una decisión de tipo discrecional de la Administración.

3.2. Sobre los límites al control judicial

Después de haber hecho un análisis de algunas de las principales posiciones de la doctrina española en torno a la discrecionalidad administrativa, sus tipos y lo que significa el control judicial de la misma, corresponde ahora formular algunas consideraciones finales con respecto a las posibilidades de limitación del control judicial en el caso de que las actuaciones de la Administración se hallan realizado ejerciendo potestades discrecionales.

Al respecto, consideramos que a la luz de lo que dispone la Constitución española (art. 106º.1⁷³), todos los actos que emitan las entidades que forman parte de la Administración pública podrán ser materia de control por parte de los tribunales. Ahora bien, es importante señalar que los tipos de control variarán en la medida de que se trate de controlar actos reglados por un lado, y discrecionales por otro, debiendo la judicatura hacer uso de los métodos más adecuados para conseguir un control eficaz y que garantice una adecuada tutela judicial y, establecer, en caso corresponda, la anulación de la decisión de la Administración.

Con relación a cuál puede ser la intensidad del control judicial, hay que tener presente, en principio, que los tribunales no pueden hacer uso de la discrecionalidad que la ley le ha otorgado a la Administración, de esa manera, lo único que puede es controlar el ejercicio de dicha discrecionalidad y sustituir la decisión administrativa cuando en el proceso se evidencia cuál es la solución pertinente como consecuencia de los elementos de juicio aportados al proceso.

Por lo expuesto, hay que concluir que en los casos en que los elementos de juicio aportados no sean lo suficientemente relevantes para identificar una decisión como adecuada, los tribunales no pueden sustituir a la Administración pues ello sería inconstitucional e iría contra lo preceptuado en el art. 71º.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción

73. Al respecto, el art. 106º.1 de la Constitución española dispone: «Art. 106º.1: (...) Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Contencioso-Administrativa, el mismo que dispone 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 anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

Sobre esto último, el Tribunal Supremo español ha sentado doctrina en relación al poder de sustitución judicial de las decisiones administrativas, lo cual puede resumirse de la siguiente forma:

- Cuando se trata de actos dictados en el ejercicio de potestades regladas, la sustitución es perfectamente posible.
- Cuando se trata de decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades discrecionales, hay que distinguir dos casos distintos: que tras la anulación de la actuación administrativa sigan siendo posibles varias soluciones, todas ellas lícitas, en cuyo caso el Tribunal sólo podrá anular y reenviar el asunto a la Administración y, que existe una solución que se impone habida cuenta de los datos que figuran en los autos, en cuyo caso el tribunal podrá, además de anular la decisión administrativa, sustituirla⁷⁴.

74. Hemos tomado la referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional de la nota 905 del citado trabajo de DESDENTADO DAROCA, E., Op. Cit., p. 272.