ciendo una potestad discrecional. De hecho, como en el ejercicio de toda potestad discrecional, la Administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. Lo que ocurre es que el grado de discrecionalidad será en estos supuestos menor que en otros, dado que el proceso administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el concepto indeterminado, es decir, porque, con todo, la norma reguladora de la potestad es menos imprecisa, contiene un criterio valorativo necesario. Entonces, cualquier valoración administrativa que exceda claramente de los límites materiales del concepto, esto es, que incurra en la llamada «zona de certeza negativa» será contraria a derecho, por haber infringido los límites específicos de la discrecionalidad. En cambio, en caso de duda razonable la aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita, sin que pueda el juez contencioso-administrativo sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos propios, puesto que el ordenamiento no ha conferido la potestad discrecional tampoco en estos supuestos a los órganos judiciales, incluyendo en esa potestad la de valorar las situaciones fácticas opinables según su saber y entender[22].

[22] La posición del juez contencioso-administrativo es, a este respecto, muy diferente de la del juez civil y penal, que están obligados a valorar libremente los elementos probatorios que se recaban del proceso, según las reglas de la sana crítica. De ahí que en estos casos pueda hablarse de una «discrecionalidad judicial», como hace la jurisprudencia constitucional, que, por cierto, reconoce a tales efectos un amplísimo margen de libertad valorativa a los jueces en el marco de la Constitución (de las exigencias del art. 24.1 concretamente). Pero la función del juez contencioso-administrativo no es totalmente autónoma de la decisión administrativa que debe enjuiciar, ya que esa función es, como se argumentará más adelante con mayor detalle, la de controlar la legalidad de la actuación administrativa. En consecuencia, el juez no puede sustituir las valoraciones fácticas de la

V. ALGUNOS TIPOS CARACTERÍSTICOS DE DISCRECIONALIDAD

De todas formas, la doctrina jurídica y la jurisprudencia sigue operando en nuestro derecho (como en otros) con un concepto demasiado unívoco de discrecionalidad, que sólo a veces admite algunas modulaciones (más que subdivisiones) tipológicas. También esto es, con seguridad, el legado de un derecho administrativo construido sobre la imagen de unas relaciones administrativas mucho más sencillas que las que nos han deparado unos cuantos decenios de evolución acelerada. Tal univocidad no resulta ya operativa, puesto que la discrecionalidad administrativa cumple una pluralidad de funciones en el Estado social y democrático de derecho y se expresa en actos de muy distinta naturaleza, a los que es muy difícil aplicar, sin forzar en exceso, un mismo régimen jurídico. Por tanto, conviene empezar a diferenciar algunos tipos característicos de discrecionalidad, tarea en la que prácticamente está todo por hacer[23] y que aquí sólo puede abordarse de manera muy indiciaria. En todo caso, con esta confesada limitación y sin la menor pretensión de exhaustividad, se pueden distinguir una serie de supuestos-tipo, que no siempre se encuentran, como es lógico, en estado puro:

Administración por las propias si aquéllas entran dentro del margen de lo opinable, es decir, del margen de apreciación discrecional, y por ello no infringen los límites legales. Esto no quiere decir, desde luego, que el juez contencioso-administrativo deba atenerse a la valoración de los hechos realizada en sede administrativa o que no pueda en el proceso probarse el error de apreciación administrativo. Pero lo que se debe probar no es que hay otra valoración posible e incluso preferible, sino que la valoración efectuada por la Administración es ilícita, puesto que ha desbordado los límites del concepto aplicable.

[23] En nuestra bibliografía reciente, véase el trabajo de M. BULLINGER citado con anterioridad, cuyas indicaciones se siguen aquí en parte.

a) La discrecionalidad reglamentaria, puesto que la potestad reglamentaria es discrecional por definición. 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 de opción del titular de la potestad reglamentaria 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 derecho[24]. No sólo eso sino que últimamente la jurisprudencia viene exigiendo un mayor respeto de las garantías procedimentales, en especial la que atañe a la participación de grupos y organizaciones sociales interesadas[25] y a la intervención de órganos consultivos[26]. Esta exigencia parece necesaria (salvo excepción justificada), dado el alcance normativo de esta potestad discrecional y su extensión actual[27].

b) Discrecionalidad de planificación. Este subtipo está alcanzando una importancia cuantitativa y cualitativa cada vez mayor, hasta el punto de que aquí podríamos hablar más bien de una «era de la planificación administrativa». La discrecionalidad conferida al efecto es absolutamente necesaria en toda sociedad moderna, pues permite conjugar las necesidades de previsibilidad de la acción administrativa y las modernas técnicas gerenciales de «dirección por objetivos» con las de adaptación flexible a las circunstancias cambiantes de tiempo y lugar, que no siempre la ley puede tener en cuenta. Aunque los supuestos de planificación son numerosos y muy distintos entre sí[28], quizá lo más caracte-

[24] No hay que insistir en este particular, en el que coinciden toda la doctrina jurídica y una copiosa jurisprudencia. Más difícil es encontrar aplicaciones a la potestad reglamentaria de otros límites generales de la discrecionalidad, como la técnica de la desviación de poder o el control de los hechos determinantes, aunque no es impensable en teoría.

[25] SSTS de 1 y 22 de diciembre de 1982, 18 de diciembre de 1985, 29 de diciembre de 1986, 4 de julio de 1987, etc. Por cierto que esta jurisprudencia tiene muy presente cual es el valor y la razón de la necesidad de incrementar la participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos. Así en la última sentencia citada se lee lo siguiente: «La potestad reglamentaria, aún con intensos límites reglados, tiene inevitablemente aspectos discrecionales. Hay siempre un último núcleo de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Y es en esta zona de pura oportunidad donde la participación ciudadana va a resultar esencial: para garantizar la "legalidad" del Reglamento el recurso jurisdiccional es una vía plenamente adecuada. En cambio ya no lo es tanto para asegurar su "acierto y oportunidad". En este terreno pueden existir alegaciones que, hechas en vía administrativa, podrían dar lugar a una rectificación del criterio de la Administración y que, sin embargo, formuladas en sede jurisdiccional resultan inoperantes.» Merece la pena destacar esta doctrina jurisprudencial, con la que —como se podrá comprobar— la tesis que aquí se sostiene concuerda plenamente.

[26] En esta línea, véase la STC 214/1992, que manifiesta la importancia de la garantía procedimental que supone la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos.

[27] Recordemos ahora también la conexión del incremento de las garantías del procedimiento en Estados Unidos con el desarrollo cuantitativo de la elaboración de reglamentos, caracterizado como la era del *rulemaking* (J. J. LAVILLA, *op. cit.*, pp. 58 ss.). Es natural que el aumento relativo de la normativa reglamentaria sobre la legal, en la medida en que supone una disminución de la publicidad y transparencia propios de esta última, tienda a compensarse con fórmulas de participación ciudadana o de organizaciones y grupos sociales. Aunque este último tipo de participación, el reservado a ciertos grupos económicos y sociales, puede encerrar también un riesgo de corporativismo.

[28] Faltan en nuestra doctrina estudios generales recientes sobre la planificación administrativa, aunque haya excelentes estudios sobre los tipos de planes más importantes. El intento más completo de doctrina

rístico de esta clase de discrecionalidad sea que ha de tener en cuenta y ponderar una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza. En los casos más significativos (planes urbanísticos y de ordenación territorial, hidrológicos, de ordenación de recursos naturales, de desarrollo regional, económicos, etc.) nos hallamos ante las típicas «situaciones complejas» (por usar la terminología del derecho comunitario europeo), para cuya ordenación es forzoso reconocer a la autoridad competente un amplio margen de discrecionalidad, que no es sólo técnica sino también política[29].

Por eso resulta delicado el control jurídico sustantivo, sea de las opciones estratégicas y conformadoras de los planes, sea incluso de aspectos de menor entidad, que, sin embargo, pueden tener una función propia en la arquitectura del plan. Salvo que se apliquen estándares o criterios legales orientadores de contenido preciso (en la medida en que la ley los defina), el riesgo de invadir la esfera de la «oportunidad» es muy elevado en estos casos, sobre todo si se emplean parámetros abstractos como la «racionalidad», la «coherencia», la «proporcionalidad» o la «interdicción de la arbitrariedad». De ahí que tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya sido muy respetuosa de la discrecionalidad administrativa al enjuiciar, por ejemplo, las opciones de los planes de urbanismo en cuanto a la calificación del suelo[30]; línea tradicional de la que sólo recientemente se separa una tendencia más activista, aunque claramente minoritaria[31].

general, aunque elaborado como preludio al estudio de la planificación económica, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, I, 1988, pp. 325 ss.

[29] Conviene rectificar en este sentido algunos *obiter dicta* de la jurisprudencia contencioso-administrativa que califican la discrecionalidad del planeamiento urbanístico como «técnica». En realidad en ese complejo proceso planificador se tienen en cuenta criterios y valoraciones técnicas, pero también una ponderación de intereses de muy diverso tipo, públicos, colectivos y privados y todo ello en el marco de una opción esencialmente política que consiste en la definición del modelo urbanístico deseado.

[30] Por poner dos ejemplos recientes (en absoluto aislados), en la STS de 2 de enero de 1992, recogiendo la de instancia, se reconoce «la profunda discrecionalidad de los planes que, aunque vinculada, desde luego, al interés público y sometida a limitaciones, hace difícil el éxito de los recursos contra su aprobación definitiva; es decir, datos que alegados en el trámite de información pública (o, en general, durante el procedimiento de elaboración) podrían dar lugar a modificaciones en el plan, pueden resultar inoperantes en vía de recurso». En la STS de 8 de julio de 1982, se alude a las amplias facultades discrecionales de la Administración para la calificación de terrenos, «al estar en función de la valoración que se haga de las necesidades sociales, conveniencia u oportunidad del destino del suelo y de la armonización de los más variados intereses comunitarios» y se recalca que en esa materia la Administración tiene «un grado de discrecionalidad suficiente para la fijación de sus objetivos y para la elección de los medios adecuados, sin que las meras opiniones, por fundadas que parezcan, los criterios técnicos y las apreciaciones de los particulares sobre temas de algún modo extrajurídicos, puedan prevalecer sobre los criterios adoptados por la Administración amparados por el artículo 103.1 de la Constitución».

[31] Me refiero a la línea jurisprudencial que, en materia de control de la calificación de terrenos por los planes urbanísticos, se plasma en una serie de sentencias recientes del Tribunal Supremo, que parecen arrancar de las de 22 de septiembre y 1 y 15 de diciembre de 1986, y que se recoge en el mencionado libro del magistrado J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Doctrina ésta que parte directa y exclusivamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos para afirmar que la revisión judicial no sólo se extiende a la verificación de la realidad de los hechos, sino también alcanza a «valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia y discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico [...]». Dada la indefinición del criterio controlador que se utiliza —la «incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto»—,

De todas formas, la dificultad de un control jurídico material o sustantivo de las determinaciones de los planes ha de conducir necesariamente, como está ocurriendo en todas partes, a extremar las garantías procedimentales. Sobre ello volveremos un poco más adelante.

c) Discrecionalidad de iniciativa. Se entiende aquí por tal la capacidad reconocida por el ordenamiento a las Administraciones públicas para crear servicios, promover actividades públicas o acordar prestaciones o medidas de fomento y asistencia. A veces el contenido propiamente político de este tipo de discrecionalidad es notorio, hasta el punto de que puede confundirse con la pura definición de prioridades políticas gubernativas, que, según la jurisprudencia constitucional, constituye un tipo de actividad no administrativa y, por tanto, exento de control jurisdiccional contencioso-administrativo[32]. Pero no se trata de eso, sino de la iniciativa para la realización de actividades y la prestación de servicios no previstos por las leyes y también de aquellos otros que las leyen prevén, incluso a veces con carácter obligatorio, pero dejando en manos de la Administración la elección del momento y el modo de la iniciativa. También en estos casos el control jurídico sustantivo resulta complicado, aunque puedan deducirse algunos límites de esta naturaleza al ejercicio de la discrecionalidad[33]. En estos supuestos los controles de la discrecionalidad han de ser más bien de otros tipos[34].

d) Discrecionalidad política *stricto sensu*. Se halla en todos aquellos supuestos en que la ley otorga, expresa o implícitamente, un margen de libertad a los órganos gubernativos para que valoren los aspectos y las consecuencias

mediante esta doctrina se puede llegar a avalar una especie de control máximo de la discrecionalidad de planeamiento, guiada por la percepción subjetiva de lo que son o no soluciones «racionales» o «lógicas». Pero, como puede comprobarse fácilmente examinando los repertorios jurisprudenciales más recientes, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo referidas a las calificaciones urbanísticas no suscriben esta tendencia, sino que mantienen un criterio más prudente. Volveremos sobre el argumento en el texto.

[32] Véase la STC 45/1990, de 15 de marzo.

[33] Buen ejemplo de lo que se quiere decir lo ofrece la STS de 25 de abril de 1989, por la que, partiendo del derecho a un medio ambiente adecuado reconocido por el artículo 45 de la Constitución y de la obligación de los municipios de proteger el medio ambiente y la salubridad pública y establecer servicios de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (art. 26 de la LBRL), se condena a un Ayuntamiento a satisfacer la pretensión de un vecino de solucionar de manera definitiva y eficaz el problema del vertido de las aguas fecales del municipio a un determinado cauce. Sin duda que el Ayuntamiento tiene una obligación legal de prestar los servicios en cuestión, pero, puesto que la ley no especifica más, también goza de una «discrecionalidad de iniciativa» sobre el momento y el modo de prestación del servicio, que difícilmente puede ser controlada por un órgano judicial. De ahí que la bienintencionada sentencia de que se trata encuentre al final dificultades para concretar las medidas que el Ayuntamiento queda obligado a adoptar, más allá de señalar su obligación de incluir en sus presupuestos, si fuese necesario, las partidas correspondientes «para realizar las obras adecuadas para poner fin a la situación» de atentado al derecho al medio ambiente adecuado del recurrente. La sentencia se limita a recomendar, «como orientación» mínima, las obras que sugiere un informe técnico. Pero a pesar de esta mera recomendación (que de por sí desborda la función de juzgar), la discrecionalidad subyacente plantea problemas ciertos de ejecución de la sentencia.

[34] Sobre todo controles políticos, en las asambleas legislativas y corporaciones democráticas, controles sociales a través de fórmulas de participación y controles administrativos de eficacia o presupuestarios (estos últimos, no obstante, deficitarios en nuestro derecho vigente, sobre todo en el caso de las entidades locales), además del control que pueden ejercer instituciones como el Defensor del Pueblo y equivalentes, a lo que pueden sumarse reclamaciones y demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, como en el caso comentado en la nota anterior, el incumplimiento de una obligación legal genérica causa daños indemnizables.

políticas de sus decisiones. Naturalmente, la remisión al criterio político está presente en muchos de los supuestos de discrecionalidad. Pero ahora se quieren identificar aquellos en que lo único que ha de contar (o lo que prevalece absolutamente) es este tipo de criterios, de «política del caso». Por ejemplo, la decisión del Delegado del Gobierno de suspender o no los actos o acuerdos de una entidad local, en el supuesto y con los requisitos establecidos en el art. 67 de la LBRL. En este caso, el Delegado del Gobierno debe apreciar, en primer lugar, si un acto o acuerdo de una entidad local «atenta gravemente al interés general de España», situación fáctica definida mediante un concepto tan indeterminado que sería imposible no reconocer a la autoridad gubernativa un amplio margen de apreciación para el que sólo pueden utilizarse criterios políticos. Pero, además, constatada la existencia de una situación semejante, el Delegado del Gobierno tiene la opción, evidentemente política, de aplicar el rigor legal o intentar remediar la situación de otra forma. Por último, si decide suspender, puede adoptar las «medidas pertinentes a la protección de dicho interés», lo que abre una serie de posibilidades (no ilimitadas jurídicamente, por supuesto) que lógicamente habrá que evaluar desde planteamientos políticos. Los ejemplos podrían multiplicarse. Piénsese en las instrucciones o directrices de servicio que priorizan el control fiscal de las rentas de profesionales y empresarios o la protección policial del centro o de la periferia de las ciudades, o la decisión de realizar una campaña de información a los jóvenes sobre los métodos anticonceptivos y la definición de los términos de la misma.

En este tipo de casos se hace evidente que el derecho no puede sustituir a la política, sino que es sólo un límite externo y necesariamente amplio, el marco de reglas en el que se desarrolla el juego democrático y que permite un sinfín de opciones diversas conforme al valor constitucional del pluralismo. Pues, si es claro que en el Estado de

derecho no cabe oponer principio democrático a principio de legalidad, tampoco cabe trufar como requerimientos jurídicos el rechazo de cualquier legítima opción política que no se comparta.

e) Discrecionalidad técnica. Por contraposición al supuesto anterior, se trata ahora de aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a 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). Pero, como se ha razonado, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta y opinable. Por eso, 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 a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces.

Ahora bien, 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 la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión, si es que tales criterios están definidos en una 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 el caso de la discrecionalidad técnica el principio de la objetividad de la Administración o la imparcialidad del funcionario, ambos recogidos en el artículo 103 de la Constitución, es lo primero a tener en cuenta, por lo que el control de los aspectos organizativos

(composición de los órganos de evaluación, cualificación de sus miembros) y procedimentales (informes y motivaciones técnicas) debe apurarse al máximo[35].

f) Discrecionalidad táctica[36]. Es aquel margen de libertad de que la Administración dispone para adoptar una decisión rápida y eficaz ante situaciones de hecho que lo requieren. Piénsese en la situación en que se hallan los agentes de policía ante supuestos de peligro para la seguridad pública, o las autoridades monetarias ante los movimientos especulativos, o los órganos de gobierno locales ante catástrofes naturales e imprevistas, momentos todos ellos en que la Administración debe poder reaccionar con prontitud y firmeza. Aquí las garantías procedimentales prácticamente no existen, la motivación formal previa tampoco (aunque se pueda motivar o justificar la actuación *a posteriori*), y el control jurídico de los aspectos sustantivos de la decisión se revela muy difícil, ya que no es posible reproducir en un proceso, es decir, «en frío», la situación de inminencia que dio lugar a aquélla.

No quiere decirse que en tales casos la discrecionalidad administrativa carezca de límites, pero éstos no pueden aplicarse entonces sino de una forma muy laxa (errores absolutos de apreciación, medidas totalmente desproporcionadas...), pues de lo contrario el sentido de la responsabilidad jurídica podría paralizar los órganos de decisión. Lo que, por otra parte, viene a demostrar la futilidad del intento de imponer unos mismos límites abstractos y rígidos al ejercicio de toda potestad discrecional[37].

[35] Véase *infra* lo que se expone sobre las garantías organizativas y procedimentales.

[36] Categoría que se toma de M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 6.

[37] Es evidente, por ejemplo, la imposibilidad de aplicar a las rápidas decisiones del Banco de España sobre tipos de interés o de descuento las

g) Discrecionalidad de gestión. En este cajón de sastre cabe incluir todas aquellas decisiones discrecionales que cotidianamente han de tomar los gestores públicos en el ejercicio de sus funciones, ante la ausencia o la imprecisión de las disposiciones legales. Supuestos difíciles de clasificar, dado que hoy en día administrar es en gran medida ejercer esa discrecionalidad al servicio del interés general.

VI. SOBRE LOS LÍMITES JURÍDICOS GENERALES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La tipología expuesta no priva, sin embargo, de valor a los límites generales de la discrecionalidad administrativa deducidos por la doctrina que podríamos llamar «clásica» del derecho administrativo. Sólo que obliga a modular su aplicación según los supuestos. Esos límites generales son, por un lado, los de carácter sustantivo que aluden a los dos elementos reglados que concurren en toda decisión discrecional —los hechos en que se basa y el fin de interés público al que debe atender— y al necesario respeto a los principios generales del derecho. Por otro, los límites de carácter competencial, organizativo y procedimental. Conviene hacer algunas observaciones sobre todos ellos.

a) Empezando por los límites sustantivos, y como se ha venido haciendo en el estudio comparado precedente, poco puede añadirse aquí a la doctrina tradicional de la desviación de poder, salvo quizá la necesidad de revitalizar esta técnica de control judicial generalizando la aceptación de la

exigencias procedimentales y de motivación formal que se imponen en otros casos, lo que obligaría a matizar, cuando menos, la precipitada idea de que es arbitraria toda decisión administrativa no expresamente motivada. Sobre este punto también volveremos en el texto.

El problema de la discrecionalidad administrativa y su control por los órganos judiciales es un tema clásico de la teoría del derecho público. Ello no obstante, de tanto en tanto renace la polémica sobre los límites jurídicos de la discrecionalidad, su significado y función, y sobre las formas, técnicas y alcance que puede asumir el control judicial correspondiente. Así está sucediendo en los últimos años en nuestra doctrina del derecho administrativo, de la misma manera que ha sucedido y sucede también en otros ordenamientos. Circunstancia que no puede extrañar, pues la causa última del debate ahora abierto reside en los profundos cambios que las sociedades y los Estados democráticos están experimentando en su funcionamiento a finales de nuestro vertiginoso siglo.

El presente libro pretende aportar una contribución a esta reciente polémica, analizando el estado de la cuestión en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, trazando una breve panorámica de la misma en las de los países más próximos (Francia, Alemania, Italia, Gran Bretaña, Estados Unidos) y en el derecho comunitario europeo, e intentando replantear las bases teóricas y algunas de las consecuencias de las doctrinas hasta ahora prevalentes, tanto a la luz de las exigencias de nuestro tiempo como de los postulados constitucionales.

ciencias jurídicas

ISBN 84-309-2458-2

tecnos

1226128

miguel sánchez morón/discrecionalidad administrativa y control judicial

miguel sánchez morón

discrecionalidad administrativa y control judicial

tecnos