Traducció al català de:
Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 141-162
Madrid, 2026
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L05
© Mariano Bacigalupo Saggese
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.
Edició i traducció: Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC). Creative Commons CC BY SA

LLIÇÓ 5

LA VINCULACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA A LA LLEI I EL DRET

Mariano Bacigalupo Saggese
Universitat Nacional d'Educació a Distància (UNED)

SUMARI: 1. LA VINCULACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA A LA LLEI I EL DRET I EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALITAT DE LA SEVA ACTUACIÓ: 1.1. Densitat normativa i abast del control jurisdiccional; 1.2. Normes de programació condicional i potestats administratives reglades; 1.3. Conceptes jurídics indeterminats, potestats discrecionals i programació finalista de l'actuació administrativa; 1.4. Intensitat del control jurisdiccional: control positiu *versus* control negatiu; 1.5. Control de l'exercici i control de l'atribució de les potestats que confereixen a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió. —2. LA DISCRECIONALITAT ADMINISTRATIVA I EL CONTROL JUDICIAL DEL SEU EXERCICI: 2.1. Concepte i classes de potestats discrecionals; 2.2. Límits jurídics i control jurisdiccional de l'activitat administrativa discrecional. —3. L'APLICACIÓ ADMINISTRATIVA DE CONCEPTES JURÍDICS INDETERMINATS I EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA SEVA LEGALITAT: EL MARGE D'APRECIACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ: 3.1. Conceptes jurídics indeterminats; 3.2. El marge d'apreciació; 3.3. Límits jurídics del marge d'apreciació i abast del seu control jurisdiccional; 3.4. Distinció entre marge discrecional i marge d'apreciació *versus* concepte unitari de discrecionalitat; 3.5. La discrecionalitat tècnica de l'Administració. —4. BIBLIOGRAFIA: 4.1. Bibliografia citada; 4.2. Bibliografia complementària recomanada.

1. LA VINCULACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA A LA LLEI I EL DRET I EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALITAT DE LA SEVA ACTUACIÓ

1. La funció constitucional de l'Administració pública consisteix a servir amb objectivitat els interessos generals i, a aquest efecte, actua amb **sotmetiment ple a la llei i al dret** (art. 103.1 de la Constitució espanyola, CE). Aquest sotmetiment és una de les manifestacions més rellevants de l'Estat de dret (art. 1.1 CE) i, més concretament, d'un dels seus principis fonamentals, a saber: el principi de legalitat (art. 9.1 CE). L'activitat administrativa es troba, per tant, plenament juridificada o, cosa que és el mateix, no es desenvolupa mai en un àmbit totalment lliure de regles o, almenys, de principis jurídics. És per aquest motiu que l'actuació administrativa és sempre també aplicació (o observança) de la llei i el dret.

2. El correlat necessari del que s'acaba de dir és el sotmetiment de l'activitat administrativa completa al **control jurisdiccional**. En efecte, els òrgans jurisdiccionals controlen la legalitat de l'actuació administrativa (inclòs l'exercici de la potestat reglamentària), així com el sotmetiment d'aquesta actuació a les finalitats que la justifiquen (art. 106.1 CE). Per consegüent, no existeixen àmbits de l'activitat administrativa sostrets d'entrada al control judicial (*infra* § 34.1). Allà on hi hagi vinculació de l'actuació administrativa a la llei i al dret (i sempre n'hi ha, com s'ha dit, encara que sigui en més o menys grau), hi cal el control jurisdiccional de la legalitat o conformitat al dret d'aquesta actuació. Òbviament, és així sempre que s'interposi contra aquesta actuació un recurs admissible que permeti o habiliti un pronunciament jurisdiccional sobre el seu fons, ja que sense recurrent no és possible el control judicial.

1.1. Densitat normativa i abast del control jurisdiccional

3. El sotmetiment de l'Administració al control jurisdiccional és un correlat necessari de la vinculació que té a la llei i al dret. El control judicial és, per tant, un control en dret, un **control jurídic**: només té per objecte comprovar que l'actuació administrativa impugnada s'ajusta a la llei i al dret o, el que és el mateix, que no infringeix l'ordenament jurídic. Per contra, si l'ordenament no regula tots els aspectes d'una determinada actuació administrativa fins a exhaurir-los, de manera que, per tant, confereix a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió, el control jurisdiccional no s'estén a l'**oportunitat o encert** d'aquesta actuació, més enllà de l'estricta conformitat amb la llei i el dret. En aquest sentit, l'article 70.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA) disposa: "La sentència ha de desestimar el recurs quan s'ajustin a dret la disposició, l'acte o l'actuació impugnats"; l'article 70.2 LJCA: "La sentència ha d'estimar el recurs contenciós administratiu quan la disposició, l'actuació o l'acte incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de

poder". En tot cas, l'article 71.2 LJCA recalca: "Els òrgans jurisdiccionals no poden determinar la forma en la qual han de quedar redactats els preceptes d'una disposició general en substitució dels que anul·lin ni poden determinar el contingut discrecional dels actes anul·lats".

4. Tot control pressuposa un paràmetre, i els paràmetres del control jurisdiccional són, com s'ha dit, exclusivament **paràmetres jurídics**, és a dir, la llei i el dret. Per consegüent, no és viable el control jurisdiccional en absència de paràmetre jurídic. En absència de paràmetre, no hi ha control sinó decisió. Dit d'una altra manera: si el jutge contenciós administratiu no disposa d'un paràmetre jurídic per enjudiciar l'actuació administrativa impugnada i, no obstant això, es pronuncia sobre aquesta actuació, no jutja sinó que administra. Ara bé, succeeix que això està vedat constitucionalment al jutge (art. 117.4 CE). És per aquest motiu que existeix, per tant, una correlació necessària entre el grau de vinculació de l'Administració a l'ordenament jurídic i la **intensitat del seu control judicial**. Com més intensa és la programació per part de l'ordenament jurídic de l'activitat administrativa, més intens és també el control jurisdiccional d'aquesta. I viceversa: si l'ordenament programa l'activitat administrativa amb menys intensitat, el control judicial d'aquesta serà també necessàriament menys intens. No obstant això, convé recalcar que —com s'ha dit— l'activitat administrativa no es produeix mai en un àmbit totalment lliure de normes o, almenys, de principis jurídics, per la qual cosa sempre serà possible contrastar-la amb aquests principis. Tanmateix, la intensitat del control no pot ser superior que la intensitat amb què l'ordenament jurídic programi en cada cas l'actuació administrativa impugnada.

5. Amb tot, alguns autors consideren que la densitat de la programació normativa de l'actuació administrativa no és —o no ha de ser— el factor únic (ni tan sols el determinant) per establir la intensitat deguda del control jurisdiccional. Per a això, es proposen els **criteris alternatius** següents (o, almenys, complementaris): (i) la diferència existent entre l'autoritat administrativa i l'òrgan jurisdiccional revisor respecte de la **capacitat** per aconseguir la millor solució per als interessos públics en el cas que es considera; (ii) la **incertesa** existent sobre si la decisió qüestionada és la que convé més a l'interès públic; (iii) la **plausibilitat** substancial de la decisió administrativa jutjada, entesa com la distància existent entre la solució a la qual ha arribat l'Administració en apreciar els fets, interpretar el dret i aplicar-lo al cas considerat i la solució a la qual arribaria l'òrgan jurisdiccional revisor en vista de la informació disponible, si hagués de decidir *ex novo* (com menys plausible sigui la decisió revisada, menor hauria de ser la deferència amb la qual els tribunals la jutgen); (iv) les **garanties organitzatives**, procedimentals i formals que en el cas concret ha observat l'Administració per decidir (com més rigoroses hagin estat, més alt ha de ser el marge d'apreciació); (v) la **legitimitat democràtica** de l'òrgan administratiu autor de la decisió jutjada (com més gran sigui aquesta legitimitat, més acceptables pels ciutadans són les seves decisions i, addicionalment, més ben alineades estan les seves preferències amb les de la majoria d'aquests, per la qual cosa el risc que incorrin en certes desviacions és menor i, en conseqüència, el marge de maniobra que s'atorga a l'Administració ha de ser més ampli); (vi) el **risc** que l'Administració, en dur a terme l'actuació qüestionada, es desviï de la solució més convenient per a l'interès públic i prescrita pel dret (com més gran sigui aquest risc, menor ha de ser la deferència judicial); (vii) els **costos** dels errors en els quals els òrgans jurisdiccionals puguin incórrer en revisar una actuació administrativa, que difereixen segons si la decisió judicial en declara la il·legalitat (fals positiu) o la legalitat (fals negatiu) (com més costosos siguin els falsos positius en relació amb els falsos negatius, major hauria de ser la deferència atorgada a l'Administració); (viii) el fet que el legislador, de **manera explícita** o almenys inequívoca, hagi establert que l'Administració disposa de discrecionalitat per adoptar certes decisions seria també un factor determinant, en el grau en què la llei redu-

eix l'arbitri que els òrgans jurisdiccionals tenen per determinar l'existència i l'amplitud de l'espai decisori atorgat a l'Administració (DOMÉNECH, 2018: 145 i següents).

6. No cal negar que, en la pràctica, aquests factors expliquen, explícitament o implícitament, la inclinació dels òrgans jurisdiccionals a revisar l'activitat administrativa impugnada amb més o menys intensitat, però —elevats a categoria dogmàtica— comporten el risc que la determinació per part dels òrgans jurisdiccionals de la intensitat del control judicial de l'actuació administrativa es transformi obertament en una **qüestió de política o discrecionalitat judicial** no regida necessàriament per criteris normatius. És a dir, la intensitat del control judicial de l'activitat administrativa no estaria, en el que és essencial, heterodeterminada pel legislador i els titulars de la potestat reglamentària (mitjançant la graduació de la densitat de la programació normativa), sinó autodeterminada pel mateix jutge contenciós administratiu (conformement a un cistell de criteris orientatius o indicadors com els esmentats abans). Qualsevol control de l'activitat administrativa que, atesa l'estructura i densitat de la norma de conducta oferta per l'ordenament jurídic, s'aparti —en grau inferior o en grau superior— del control possible en dret és problemàtic des del punt de vista de l'Estat de dret. Si se n'aparta en un grau inferior (per defecte), es posa en dubte el mandat constitucional de plena justiciabilitat de l'actuació administrativa (art. 24 i 106 CE), mentre que, si se n'aparta en grau superior (per excés), els tribunals desborden la funció jurisdiccional i envaeixen l'esfera decisòria reservada al poder executiu (en lloc de jutjar, administren).

1.2. Normes de programació condicional i potestats administratives reglades

7. Com s'acaba d'indicar, l'ordenament jurídic pot programar l'activitat administrativa amb intensitat diversa. Tradicionalment, s'ha considerat que la vinculació òptima de l'actuació administrativa —des del punt de vista de l'ideal europeu de l'Estat de dret que es va imposar un cop acabada la Segona Guerra Mundial, a mitjan segle passat— és la que presenta la **màxima intensitat possible**. Si la vinculació de l'Administració a l'ordenament és molt intensa, el principi de legalitat es compleix amb plenitud, l'actuació de l'Administració resulta altament previsible i, a més, s'aconsegueix que el control judicial d'aquesta pugui ser també especialment intens, profund i incisiu.

8. El grau màxim de vinculació de l'Administració a l'ordenament jurídic s'aconsegueix quan aquest ordenament programa la seva actuació a través de **normes d'estructura condicional dotades d'una alta densitat normativa**. Són normes de programació condicional les que associen l'adopció d'una determinada conseqüència jurídica al fet que es doni un determinat supòsit de fet, descrit en la norma ("L'Administració ha d'adoptar la conseqüència jurídica *X* si es dona el supòsit de fet *Y*"). En aquests casos, la potestat és reglada quan la norma descriu amb precisió el supòsit de fet i, a més, obliga l'Administració, en cas que es doni aquest supòsit, a adoptar una conseqüència jurídica determinada. L'aplicació de tals normes es duu a terme mitjançant un sil·logisme elemental i consisteix, en el que és essencial, en la subsumpció o inclusió de la realitat a la qual es pretén aplicar la norma en el supòsit de fet que s'hi descriu. Si aquesta realitat encaixa en el supòsit de fet normatiu, l'Administració —sense més ni més— ha d'adoptar la conseqüència jurídica prevista en la norma, és a dir, ha d'actuar (sense marge de decisió de cap classe) conformement al que exigeix la norma habilitant. Quan l'ordenament atribueix a

l'Administració una potestat mitjançant normes d'estructura semblant, podem afirmar que aquesta potestat és una potestat reglada.

9. Per exemple, l'article 53 de la Llei 24/2013, de 6 de desembre, del sector elèctric, que regula l'**autorització d'instal·lacions** de transport, distribució, producció i línies directes, disposa en l'apartat 6: "Els procediments administratius d'autorització tenen caràcter reglat (…)"; i en l'apartat 7: "L'Administració pública competent únicament pot denegar l'autorització quan no es compleixin els requisits que prevegi la normativa aplicable o quan tingui una incidència negativa en el funcionament del sistema".

10. En conseqüència, atès que quan la potestat actuada per l'Administració és reglada la seva actuació es troba sotmesa a una elevada densitat de programació normativa —perquè la norma detalla amb precisió el que ha de fer l'Administració—, el control jurisdiccional d'aquesta pot ser, correlativament, un **control de màxima intensitat**: pot, fins i tot, condemnar l'Administració a adoptar una decisió administrativa concreta, amb el contingut específic predeterminat en la norma jurídica. Per exemple, el jutge contenciós administratiu pot condemnar un ajuntament a atorgar una llicència d'edificació, si el projecte constructiu que ha presentat el promotor és conforme al planejament urbanístic.

1.3. Conceptes jurídics indeterminats, potestats discrecionals i programació finalista de l'actuació administrativa

11. Com s'ha assenyalat, la funció constitucional de l'Administració consisteix a servir eficaçment els interessos generals (art. 103.1 CE). No obstant això, aquesta funció no la pot complir una administració l'actuació de la qual es programa exclusivament a través de normes de programació condicional dotades d'una alta densitat normativa ("si es dona la situació *X* la decisió administrativa ha de ser *Y*"). La realitat a què s'ha d'enfrontar l'Administració amb la finalitat de servir els interessos generals és complexa i canviant, per la qual cosa requereix disposar de **potestats flexibles i adaptables fàcilment** a les peculiaritats de cada cas per poder tutelar aquests interessos eficaçment, com n'és el deure constitucional. De la mateixa manera que l'ideal de l'Estat de dret tendeix a exigir que la vinculació de l'Administració a l'ordenament sigui particularment intensa, el principi d'Estat social (art. 1.1 i 9.2 CE) i la legitimació democràtica (directa o indirecta) de la mateixa Administració incideixen en certa manera en la direcció oposada, en exigir al legislador que doti l'Administració de potestats flexibles que li permetin intervenir eficaçment sobre una realitat social creixentment complexa i mudable en defensa dels interessos generals. Tanmateix, les potestats reglades no ofereixen sempre aquesta flexibilitat necessària. És per això que resulta plenament d'acord amb l'Estat social i democràtic de dret el fet que **el legislador atenuï de manera creixent** —encara que sempre dins dels límits que imposa el principi constitucional de reserva de llei— la intensitat de la vinculació de l'Administració a la llei. Així, en la STC 6/2026, de 15 de gener, el Tribunal Constitucional recalca que la "discrecionalitat no és una anomalia de l'Estat de dret, sinó un element que pot ser necessari i idoni

per assolir, en certs casos, una actuació administrativa eficaç, ja sigui per la naturalesa de la matèria sobre la qual versa, que pot exigir un judici de valor l'encert del qual resulta compatible amb la predeterminació legislativa, ja sigui per la posició institucional que l'Administració pública té atribuïda en l'ordre constitucional, en què li correspon certa funció conformadora de l'ordre social per a la salvaguarda dels interessos generals (art. 103.1 CE)" [FJ 4.3.2.*b*)].

12. En el **dret administratiu liberal** (preconstitucional) espanyol, que ha deixat empremta en la ciència juridicoadministrativa espanyola fins avui dia, la discrecionalitat ha estat una institució bastant estigmatitzada i sospitosa de la dogmàtica iusadministrativa, fronterera i, per tant, només separada tènuement de l'arbitrarietat. Se l'aborda preferentment des de la perspectiva garantista del control jurisdiccional i de la reducció necessària, no des de la perspectiva funcional del compliment de les finalitats de l'actuació administrativa. En els últims vint-i-cinc o trenta anys la doctrina espanyola ha començat a revisar la perspectiva fins ara predominant, però en la praxi del dret administratiu espanyol la inèrcia doctrinal dels anys seixanta als vuitanta continua sent molt forta i l'**halo de la patologia**, la sospita i el ressentiment continuen acompanyant la discrecionalitat administrativa. La superació definitiva d'aquest estat de coses és una assignatura encara pendent del dret administratiu espanyol.

13. L'**atenuació** de la vinculació administrativa a la llei s'aconsegueix reduint la densitat amb què les normes programen el contingut de l'activitat administrativa. Alhora, aquest objectiu es pot aconseguir, amb intensitat creixent, vinculant l'Administració mitjançant algun dels tipus de norma següents: de programació condicional amb conceptes jurídics indeterminats; d'atribució de potestats discrecionals, i de programació final. Com es veu tot seguit.

14. La vinculació de l'Administració a la llei s'atenua, en primer lloc, mitjançant normes de programació condicional el supòsit de fet de les quals es descriu amb l'ajuda de **conceptes jurídics indeterminats**. Formalment, la doctrina encara avui majoritària entén que les potestats que s'atorguen mitjançant aquestes normes són potestats reglades, però —com veurem més endavant— admet de manera pràcticament unànime que, a l'hora d'aplicar-les, l'Administració gaudeix (o pot gaudir almenys en alguns supòsits) d'un *marge d'apreciació*, no gaire diferent del marge de decisió del qual indiscutiblement es dota l'Administració quan se li atribueixen potestats discrecionals genuïnes.

15. En segon lloc, la llei també es pot servir de normes de programació condicional que, comprovada la concurrència del supòsit de fet, no obliguen, tanmateix, l'Administració a adoptar la conseqüència jurídica prevista en la norma (l'adopció és facultativa), o li permeten triar entre diverses conseqüències jurídiques possibles. Aquestes serien les **potestats discrecionals** en sentit estricte, que poden atribuir dos tipus de discrecionalitat, a saber: o bé discrecionalitat **d'actuació** (l'adopció per l'Administració de la conseqüència jurídica prevista per la norma és facultativa, és a dir, no obligatòria), o bé discrecionalitat **d'elecció** (quan la norma obliga a adoptar una conseqüència jurídica, però permet a l'Administració triar entre diverses conseqüències jurídiques possibles). També és possible que una mateixa norma atribueixi a l'Administració totes dues classes de discrecionalitat alhora (la norma preveu una varietat de conseqüències jurídiques possibles, però no obliga a adoptar-ne cap).

16. Un exemple paradigmàtic de norma habilitant que atribueix totes dues classes de discrecionalitat (i amb conceptes jurídics indeterminats en el supòsit de fet normatiu) seria l'article 7.2 de la Llei 24/2013, de 26 de desembre, del sector elèctric: "El Govern pot adoptar, per a un termini determinat, les **mesures necessàries** per garantir el subministrament d'energia elèctrica quan es doni **algun dels supòsits següents**: a) Risc cert per a la prestació del subministrament d'energia elèctrica; b) Situacions de desproveïment d'alguna o algunes de les fonts d'energia primària (…).

17. Finalment, en els casos en què la realitat regulada resulta particularment complexa o mudable, és a dir, quan **no és possible descriure el supòsit de fet normatiu** amb un mínim grau de precisió (ni tan sols amb l'ajuda de conceptes jurídics indeterminats), l'ordenament renuncia a una programació condicional de l'actuació administrativa i opta per programar-la merament per finalitats o objectius (programació finalista o teleològica). Aquest tipus de programació normativa és el que dona lloc al més ampli dels marges de decisió que l'ordenament pot atorgar a l'Administració, atès que l'ordenament no predetermina els mitjans que l'Administració ha d'emprar o pot emprar per aconseguir les finalitats o els objectius que la llei l'obliga a perseguir. Les **normes de programació final** defereixen l'elecció dels mitjans a la discrecionalitat de l'Administració. La manifestació més clara del marge de decisió que comporta aquesta manera de programació és l'anomenada **discrecionalitat de planificació**. En aquests casos, es parla d'una "discrecionalitat de configuració" (PAREJO, 2017: 11).

18. Un exemple de la discrecionalitat planificadora es pot trobar en la legislació urbanística, en què es regulen el contingut i l'elaboració dels **plans urbanístics**. Segons l'article 3.3 del Text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana, aprovat pel Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre: "Els poders públics formulen i despleguen, en el medi urbà, les polítiques de la seva respectiva competència, d'acord amb els principis de competitivitat i sostenibilitat econòmica, social i mediambiental, cohesió territorial, eficiència energètica i complexitat funcional, i procuren que estigui dotat suficientment i que el sòl s'ocupi de manera eficient, combinant els usos de manera funcional. En particular: a) Possibiliten l'ús residencial en habitatges constitutius de domicili habitual en un context urbà segur, salubre, accessible universalment, de qualitat adequada i integrat socialment, proveït de l'equipament, els serveis, els materials i productes que eliminin o, en tot cas, minimitzin, per aplicació de la millor tecnologia disponible al mercat a preu raonable, les emissions contaminants i de gasos d'efecte d'hivernacle, el consum d'aigua, energia i la producció de residus, i en millorin la gestió; b) Afavoreixen i fomenten la dinamització econòmica i social i l'adaptació, la rehabilitació i l'ocupació dels habitatges buits o en desús (…)". Jurisprudència reiterada ha afirmat que aquestes normes legals concedeixen una àmplia discrecionalitat d'opció a cada ajuntament (per exemple, STS de 8 de març de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1473).

19. Com és lògic, l'atenuació de la vinculació de l'Administració a l'ordenament jurídic comporta sempre un efecte indefugible: la **intensitat del control jurisdiccional disminueix**; com més ampli sigui el marge d'apreciació o de decisió atribuït a l'Administració, menys intens en pot ser el control judicial.

1.4. Intensitat del control jurisdiccional: control positiu *versus* control negatiu

20. Com s'acaba de recordar, la intensitat del control jurisdiccional varia segons el grau de vinculació de l'Administració a l'ordenament. Aquest control és de mà-

xima intensitat quan l'ordenament predetermina de manera exhaustiva i exhauridora el sentit o contingut de l'actuació administrativa, és a dir, quan l'Administració exerceix potestats totalment reglades. El control de l'exercici d'aquesta mena de potestats és un **control positiu**. No es limita a determinar si l'actuació impugnada presenta cap vici jurídic, sinó que té per objecte comprovar si aquesta actuació es correspon precisament amb l'única que, en el cas concret, l'ordenament jurídic permet. En aquests casos, el jutge contenciós administratiu reconstrueix, en certa manera, la decisió administrativa que era procedent adoptar en el cas d'acord amb l'ordenament. Això significa que, si l'actuació administrativa impugnada no coincideix amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret, el jutge pot no tan sols anul·lar-la, sinó ordenar també, si escau, substituir-la per la que sigui procedent en dret.

21. El control jurisdiccional de l'actuació administrativa és, per contra, d'una intensitat sensiblement menor quan l'Administració gaudeix d'un **marge d'apreciació o de decisió** en l'exercici de la potestat actuada. És a dir: (i) quan gaudeix d'un marge d'apreciació a l'hora de subsumir la realitat del cas concret en el supòsit de fet d'una norma que el descriu mitjançant conceptes jurídics indeterminats; (ii) quan exerceix una potestat que li atribueix discrecionalitat d'actuació o d'elecció (o ambdues alhora); o, finalment, (iii) quan duu a terme una actuació la programació normativa de la qual és merament finalista.

22. En qualsevol d'aquests casos, el control jurisdiccional, encara que d'intensitat diversa (perquè l'amplitud del marge d'apreciació o de decisió no és la mateixa en tots), és un **control negatiu**. Inversament al que succeeix en el cas del control de l'exercici de les potestats reglades, el control d'un marge d'apreciació o de decisió de l'Administració no té per objecte comprovar si l'actuació impugnada es correspon amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret. És així per la senzilla raó que, si l'Administració gaudeix d'un marge d'apreciació o de decisió, el que és normal és que no existeixi una única actuació conforme a dret en el cas concret.

23. No obstant això, el que s'acaba de dir no significa que s'acomodi a l'ordenament jurídic qualsevol decisió o actuació imaginable i, per tant, que resulti inviable qualsevol control en dret de l'exercici que l'Administració faci del seu marge d'apreciació o de decisió. És així perquè, si bé la llei atorga un marge d'apreciació o de decisió a l'Administració, l'elecció que l'Administració adopti en l'exercici d'aquest marge ha de respectar no tan sols els límits —formals o materials— que li imposa la mateixa llei que l'atorga (els aspectes reglats de tota potestat o "conceptes judicialment assequibles" dels quals també parla la jurisprudència de la Sala Tercera del Tribunal Suprem [STS de 23 de gener de 2025, ECLI:ES:TS:2025:22] en relació amb el control de la discrecionalitat dels actes de govern), sinó també el conjunt de **principis que integren l'ordenament jurídic** i que sempre s'han d'observar, amb independència que la llei programi l'actuació de l'Administració amb més o menys intensitat (*infra* § 6.66). Cal recordar, una vegada més, que l'Administració no només està sotmesa a la llei, sinó també al dret (art. 103.1 CE). Per tant, l'elecció que adop-

ti l'Administració en l'exercici del marge d'apreciació o de decisió que li atorga la llei, encara que es mantingui dins dels límits que legalment delimiten aquest marge, ha d'observar els principis constitucionals i generals del dret que vinculen l'Administració en la seva activitat completa, qualsevol que sigui la densitat normativa amb què aquesta es trobi programada per la llei. Aquests principis són, fonamentalment, el principi d'interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE), el principi d'igualtat (art. 14 CE), el principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE) —i, com a manifestació d'aquest últim, el principi de protecció de la confiança legítima—, així com el principi de proporcionalitat (*infra* §§ 4. 37, 28, 33, 35 i 36).

24. No obstant això, el control en dret que permeten aquests principis no és, com s'ha dit, un control positiu, sinó **merament negatiu**. No té per objecte comprovar si l'actuació impugnada es correspon amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret (que, convé insistir-hi, no hi sol ser quan la llei atorga a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió), sinó que es limita a comprovar si l'actuació impugnada presenta cap vici jurídic, consistent precisament en la infracció d'algun d'aquests principis (per al planejament urbanístic, per exemple: STSJ Madrid de 3 de febrer de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:62). Si l'actuació impugnada no presenta cap vici, és plenament conforme a dret i l'ha de confirmar el jutge contenciós administratiu, encara que hi pot haver altres alternatives que ho serien igualment. L'elecció entre aquestes alternatives no pot ser revisada en seu jurisdiccional, perquè, com que totes són inobjectables des d'un punt de vista jurídic, qualsevol pretensió revisora desbordaria els límits propis d'un control en dret, per penetrar de ple en l'àmbit del judici sobre l'oportunitat o l'encert de la decisió adoptada per l'Administració, la revisió de la qual està vedada a la jurisdicció. Com emfatitza el Tribunal Constitucional en la STC 6/2026, "resulta sempre exigible que els òrgans judicials exerceixin aquest control amb subjecció estricta als paràmetres previstos constitucionalment i legalment, sense substituir l'autoritat pública competent en el judici de discrecionalitat que la llei reserva exclusivament a aquesta" [FJ 4.3.2.*d*)].

25. No obstant això, un mateix estàndard o cànon de control pot conduir a una major o menor intensitat en el control de la decisió administrativa impugnada en funció del **tipus d'interessos que estiguin en joc** o de l'evolució experimentada per aquest paràmetre amb el pas del temps. Per exemple, el cànon de la interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE) utilitzat pel Tribunal Suprem per controlar la discrecionalitat de la decisió sobre el planejament urbanístic va passar d'objectar o descartar només les decisions irracionals a considerar invàlida qualsevol decisió no motivada convincentment (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022). Ara bé, no s'ha de perdre de vista que el control negatiu —mitjançant principis jurídics— de les actuacions administratives discrecionals i, en general, de totes les programades feblement per l'ordenament jurídic (inclòs el control de la ponderació dels béns i interessos en conflicte i el dels tres vicis jurídics en què pot incórrer la ponderació, a saber: ponderació absent, ponderació deficient o insuficient i ponderació desproporcionada) és sempre un control delicat perquè és fronterer entre el control de la juridicitat i el de l'oportunitat. Per tant, és un control propici per a l'extralimitació jurisdiccional. Pel que es fa, en particular, al **control de la proporcionalitat**, és procedent emfatitzar que en els dos primers graons d'aquest control (idoneïtat o adequació i necessitat de la mesura triada: *supra* § 4.25) correspon a l'Administració un marge d'apreciació, inherent al caràcter prospectiu tant del judici d'idoneïtat o eficàcia de la mesura adoptada com del de necessitat (absència de mesures alternatives menys restrictives però, previsiblement, també idònies o eficaces per a la consecució del fi legítim perseguit). Cal advertir, en tot cas, que l'observança d'aquests límits del control jurisdiccional no és una qüestió de deferència cap al poder executiu com a opció de política judici-

al. Al contrari, es tracta de límits intrínsecs del control jurídic (per tant, de **deferència deguda**), sota pena de fer indistingible el control de juridicitat del d'oportunitat i, en definitiva, de diluir la delimitació dels àmbits propis i reservats de la potestat executiva i de la jurisdiccional.

26. En aquest sentit, només excepcionalment els principis jurídics exhaureixen el marge d'apreciació o de decisió atorgat legalment a l'Administració. Ocasionalment, es pot donar algun cas en què, malgrat que l'Administració gaudeix inicialment o formalment d'un marge d'apreciació o de decisió, sigui procedent entendre que tan sols una única actuació no incorreria en infracció d'algun principi jurídic, ja que s'apreciaria que qualsevol altra d'imaginable en el cas concret infringiria necessàriament algun d'aquests principis. En aquests casos, la doctrina parla d'un exhauriment o esgotament o, en terminologia encunyada per la dogmàtica alemanya, d'una **reducció a zero** del marge d'apreciació o de decisió. Aquest exhauriment del marge d'apreciació o de decisió determina que la potestat actuada es transformi en el cas concret en una potestat reglada (atès que en el cas només una única solució s'ajusta a dret). En conseqüència, el control jurisdiccional de l'actuació impugnada és també en aquests casos un control positiu (i no merament negatiu, com succeeix normalment quan la llei atorga a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió), i per això té per objecte comprovar si aquesta actuació es correspon o no amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret.

1.5. Control de l'exercici i control de l'atribució de les potestats que confereixen a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió

27. Finalment, és procedent distingir encara entre el **control de l'exercici i el control de l'atribució** de les potestats que confereixen a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió. El primer és un control concret; el segon, per contra, un control abstracte.

28. El control al qual ens hem referit fins ara és el primer, és a dir, el control jurisdiccional concret sobre l'**exercici** d'aquestes potestats, que, com s'ha vist, és —en general— un control negatiu o d'intensitat limitada. Hi ha control jurisdiccional d'exercici, per exemple, quan un tribunal comprova si l'Administració ha aplicat correctament a un professor universitari concret els criteris normatius que en regeixen l'avaluació de l'activitat investigadora (STS de 12 de juny de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2524).

29. L'altre possible control jurisdiccional és abstracte, **sobre la norma mateixa** que atribueix a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió. L'abast limitat que té el control jurisdiccional de l'exercici de les potestats que confereixen a l'Administració un marge d'apreciació o de decisió pot plantejar dubtes sobre la licitud de l'atribució a l'Administració d'aquestes potestats, sobretot quan se li atorguen **en àmbits especialment sensibles** de la intervenció administrativa en la realitat social.

30. En aquests àmbits, la regulació dels quals la Constitució reserva normalment a la llei (per exemple, la regulació de les condicions d'exercici dels drets fonamentals, art. 53.1 CE), caldria pensar que el principi d'**Estat de dret exigeix que el legislador programi** les decisions administratives amb un grau més alt de densitat normativa, és a dir, que vinculi l'Administració preferentment a través de potestats reglades, de tal manera que el control jurisdiccional de l'actuació administrativa pugui ser un control de màxima intensitat (això és, un control positiu).

31. Precisament en aquest sentit, el **Tribunal de Justícia de la Unió Europea** (TJUE) ha establert en la doctrina jurisprudencial que les potestats que permeten a les autoritats dels estats membres adoptar **mesures restrictives d'alguna llibertat fonamental** comunitària (per exemple, de les llibertats de circulació de capitals i d'establiment, reconegudes en els articles 63 i 49 TFUE, respectivament) només es poden entendre compatibles amb aquestes llibertats si, entre altres exigències, l'ordenament nacional regula les condicions d'exercici d'aquestes potestats de tal manera (és a dir, amb un grau de densitat normativa tal) que la jurisdicció pugui sotmetre'n l'aplicació en els casos concrets a un control judicial efectiu; o, cosa que és el mateix, a un control jurisdiccional de màxima intensitat. Segons el parer del TJUE, això no succeeix quan el legislador nacional atribueix a l'Administració de l'Estat membre un **marge d'apreciació o de decisió massa ampli**, ja que en aquests casos el control jurisdiccional només pot ser un control negatiu d'intensitat mínima.

32. Així, per exemple, s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia Europeu en una sentència de 17 de juliol de 2008 (assumpte C–207/07) que va estimar el recurs per incompliment que havia interposat la Comissió Europea contra el Regne d'Espanya en relació amb els termes en què la Llei espanyola del **sector d'hidrocarburs** (Llei 34/1998, de 7 d'octubre) atribuïa a la Comissió Nacional d'Energia (CNE) —que aleshores era l'organisme regulador dels sectors energètics a Espanya (*infra* § 8.29 i § 9)— la potestat d'autoritzar l'adquisició de participacions per o en empreses que desenvolupin en aquests sectors activitats que tinguin la consideració de regulades o altres de subjectes a una intervenció administrativa que impliqui una relació de subjecció especial. En la sentència, que conclou declarant parcialment la incompatibilitat d'aquest requisit autoritzatori amb les llibertats comunitàries de circulació de capitals i d'establiment, el Tribunal de Justícia Europeu argumenta: "las disposiciones que establecen las razones por las que la CNE está facultada para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización de adquisición de una participación en una empresa que realice actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades están redactadas en **términos generales e imprecisos**. Se hace referencia a los supuestos de existencia de riesgos significativos o de efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades de las empresas que operan en el sector energético, o bien a la necesidad de proteger el interés general en el sector energético, sin precisar de qué modo se caracterizan tales supuestos o tal necesidad. Estos conceptos no permiten a los interesados conocer de antemano las condiciones a que pueden supeditarse las operaciones sujetas a autorización previa ni distinguir con certeza los diferentes supuestos en los que dicha autorización puede denegarse (…). De ello se sigue que tal régimen de autorización previa confiere a la Administración una **facultad discrecional difícilmente controlable** por los órganos jurisdiccionales que entraña un riesgo de discriminación". Fixeu-vos, per tant, que, en aquest supòsit, el Tribunal de Justícia Europeu no va controlar l'exercici de la potestat atribuïda a l'Administració nacional en un cas concret, sinó que va controlar en abstracte la legalitat europea d'atribuir a un organisme administratiu nacional una potestat que conferia a aquest organisme un marge d'apreciació o de decisió que el Tribunal va jutjar excessivament ampli.

2. LA DISCRECIONALITAT ADMINISTRATIVA I EL CONTROL JUDICIAL DEL SEU EXERCICI

33. Com s'ha pogut comprovar, el legislador disposa de diversos instruments per atenuar la vinculació de l'Administració a la llei a fi de garantir-ne l'eficàcia de l'actuació al servei dels interessos generals (és a dir, a fi de dotar l'Administració de

flexibilitat i capacitat d'adaptació a una realitat creixentment complexa i mudable). El més conegut i clàssic d'aquests instruments consisteix a atribuir-li **potestats discrecionals**. Per a un examen del règim jurídic d'aquestes potestats, hem de referir-nos als aspectes següents: (i) concepte i classes de potestats discrecionals; (ii) els límits jurídics que delimiten el marge de decisió del qual gaudeix l'Administració en l'exercici d'aquestes potestats, i l'abast correlatiu del **seu control jurisdiccional.**

2.1. Concepte i classes de potestats discrecionals

34. Com ja s'ha assenyalat, les potestats que confereixen a l'Administració un marge de decisió discrecional se li atribueixen mitjançant els tipus de normes següents: **normes de programació condicional** que, comprovada la concurrència del supòsit de fet, no obliguen, tanmateix, l'Administració a adoptar la conseqüència jurídica prevista en la norma (l'adopció és facultativa), o li permeten triar entre diverses conseqüències jurídiques possibles; i **normes de programació final**, és a dir, normes que, en lloc d'associar conseqüències jurídiques al fet que es doni un determinat supòsit de fet descrit en la mateixa norma (normes de programació condicional), vinculen l'actuació administrativa fixant tan sols **finalitats o objectius**, però sense predeterminar els mitjans per aconseguir-los.

35. Aquests tipus de norma donen lloc, alhora, a tres classes de discrecionalitat:

a) **Discrecionalitat d'actuació**: l'adopció per part de l'Administració de la conseqüència jurídica que la norma preveu és facultativa (això és, no obligatòria). És a dir, un cop comprovat que es dona el supòsit de fet normatiu, l'Administració gaudeix de discrecionalitat per decidir si actua o no actua.

b) **Discrecionalitat d'elecció**: un cop comprovat que es dona el supòsit de fet, la norma obliga l'Administració a adoptar una conseqüència jurídica, però li permet triar entre diverses conseqüències jurídiques possibles.

c) Finalment, una **discrecionalitat de mitjans** (o d'elecció de mitjans) especialment àmplia la confereixen a l'Administració les normes que es limiten a programar la seva actuació mitjançant la mera fixació de finalitats o objectius (normes de programació final). En aquests casos, i a diferència del que succeeix en el supòsit anterior, l'actuació administrativa no exigeix comprovar prèviament que es dona un determinat supòsit de fet normatiu, i l'elecció dels mitjans no es troba constreta, a més, per un elenc de mesures delimitat legalment.

36. Les primeres dues classes de discrecionalitat es poden donar **simultàniament** en l'exercici d'una mateixa potestat. Això ocorre quan la norma preveu una varietat de conseqüències jurídiques possibles, però no obliga l'Administració a adoptar-ne cap ("Si es dona el supòsit de fet *X*, l'Administració pot adoptar les conseqüències jurídiques *Y* o *Z*"). D'aquesta manera, l'Administració no només gaudeix de discrecionalitat per decidir si actua o no actua, sinó també per triar la conseqüència jurídica (d'entre les diferents que la norma preveu) si opta per actuar.

37. Tradicionalment, en la doctrina s'ha discutit sobre **quina part de la norma jurídica** atribueix a l'Administració una potestat discrecional. Inicialment, alguns autors van considerar —i encara és avui una doctrina molt estesa— que la discrecionalitat es troba en els termes autoritzatoris concrets de la norma. Això és: es troba en si la norma diu que l'Administració "pot" o "ha de" adoptar una decisió o conseqüència jurídica o bé una altra (per exemple, MOZO, 1985: 406). Més recentment, guanya terreny la tesi que la discrecionalitat es defineix en el **supòsit de fet normatiu** (BACIGALUPO, 1997: 191). Aleshores, l'exercici de la discrecionalitat consisteix en el fet que l'Administració completa, en seu d'aplicació, el supòsit de fet imperfecte de la norma habilitant, en crear criteris de decisió (addicionals) que no estan preestablerts pel legislador en el supòsit de fet normatiu, però que cal establir perquè la decisió administrativa d'actuar o no actuar (i/o d'actuar en un sentit o un altre) no sigui el resultat del pur arbitri de l'Administració (interdicció de l'arbitrarietat). En conseqüència, i contràriament al que ha sostingut la doctrina majoritària durant molt temps, la discrecionalitat no és un fenomen vinculat a les conseqüències jurídiques de les normes habilitants de l'acció administrativa, sinó al supòsit de fet normatiu (incomplet o directament inexistent en els supòsits de mera programació final). Així, per cert, ja s'assumeix de manera inequívoca en la jurisprudència del Tribunal Constitucional; vegeu la STC 6/2026, FJ 4.3.2.*b*): "El legislador, per això, pot conferir a l'Administració àmbits de discrecionalitat, ja sigui de caràcter normatiu, ja sigui de caràcter executiu o aplicatiu. Aquest segon tipus d'escenaris (…) es caracteritzen perquè el legislador deixa deliberadament obert o incomplet el supòsit de fet normatiu d'una actuació administrativa concreta, perquè sigui l'Administració la que determini quins són els criteris més idonis per preservar i promoure, a través seu i d'acord amb les circumstàncies concurrents, la realització de l'interès general. La missió de l'òrgan administratiu que exerceix una potestat discrecional és, per tant, determinar els criteris objectius que han de servir per completar el supòsit de fet normatiu que el legislador ha decidit deixar obert o incomplet".

38. L'exercici de la discrecionalitat produeix *pro*–futur una "**autovinculació**" relativa (no absoluta) de l'Administració titular de la potestat discrecional. Si en el futur es vol apartar dels criteris de decisió conformement als quals va actuar en casos anteriors anàlegs o similars, ho ha de justificar, de manera que es descarta que l'apartament es pugui reputar arbitrari (art. 35.1 *c*) LPAC). Així mateix, l'Administració pot reforçar l'autovinculació, contribuint a la transparència de la seva actuació i a la seguretat jurídica, donant publicitat preventiva als criteris que guien l'exercici de la seva discrecionalitat mitjançant la publicació de **comunicacions, guies tècniques** o altres instruments equivalents de dret tou o *soft law* (*infra* § 16.28).

2.2. Límits jurídics i control jurisdiccional de l'activitat administrativa discrecional

39. Com ja s'ha explicat, les potestats discrecionals no s'exerceixen en un àmbit lliure de dret i, per tant, no és tampoc immune al control en dret que correspon a la jurisdicció. No obstant això, atès que l'actuació administrativa efectuada en l'exercici de potestats discrecionals es troba sotmesa a una programació normativa de baixa densitat, el control jurídic de l'exercici d'aquestes potestats és necessàriament un **control d'intensitat limitada**; és a dir, en general, un control merament negatiu. La doctrina i la jurisprudència han desplegat cànons que fan possible imposar límits a l'exercici de la discrecionalitat administrativa, al mateix temps que es manté el dogma que el control per part del jutge se cenyeix a l'examen de la legalitat de les decisions de l'executiu: el principi de proporcionalitat; la doctrina dels defec-

tes de la ponderació (en el sistema alemany); la desviació de poder en els sistemes francès, italià i europeu; la interdicció de l'arbitrarietat en l'espanyol, etc. La transcendència dels defectes procedimentals (i l'eventual consideració com a irregularitats no invalidants) també varia en els detalls tenint en compte criteris o cànons establerts més o menys sòlidament en cadascun dels sistemes (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

40. Aleshores, vegem de manera una mica més detinguda quins són concretament els **límits jurídics** que l'Administració ha de respectar a l'hora d'exercir una potestat discrecional, i l'observança dels quals pot —i ha de— fiscalitzar el jutge contenciós administratiu en cas d'impugnació. Si l'Administració infringeix algun d'aquests límits, la seva decisió discrecional presentarà un vici jurídic que en determinarà l'anul·lació. Així, en la STC 6/2026, el Tribunal Constitucional recorda que "els paràmetres de control judicial de la discrecionalitat han de ser (…) tant els encunyats tradicionalment per la legislació i jurisprudència administratives (relatius als fets determinants, la competència, el procediment i la desviació de poder) com els que deriven dels principis característics o proscripció de l'arbitrarietat dels poders públics (art. 9.3 CE)" [FJ 4.3.2.*d*)].

41. El primer límit ve donat pels **fets determinants** de l'actuació administrativa. La determinació d'aquests fets no és discrecional. Per tant, el jutge determina els fets sense vinculació a la determinació efectuada per la mateixa Administració. Això significa també que la comprovació que es dona el supòsit de fet normatiu que habilita a l'Administració a actuar discrecionalment és, en principi, plenament revisable judicialment. Aquesta afirmació ha de ser matisada, no obstant això, en els casos en què la norma descriu el supòsit de fet mitjançant conceptes jurídics indeterminats, ja que, com veurem més endavant, en aquests supòsits l'Administració pot gaudir d'un marge d'apreciació per subsumir la realitat en el supòsit de fet de la norma i, per consegüent, per apreciar si el supòsit de fet descrit en la norma es dona o no en el cas.

42. En segon lloc, el control jurisdiccional és igualment ple o de màxima intensitat en relació amb els aspectes formals de caràcter reglat de tota potestat discrecional. Aquests aspectes inclouen l'observança **de la competència i del procediment** establert legalment. També comprèn el compliment de l'obligació legal de **motivació** de les decisions discrecionals (*infra* § 17.42). Aquesta última exigència no té només una rellevància merament formal, sinó també **material** per al control —que esmentarem tot seguit— que té per objecte comprovar si la decisió infringeix o no cap principi constitucional o principi general del dret.

43. En tercer lloc, les decisions discrecionals presenten un vici jurídic si incorren en **desviació de poder**. Cal recordar que l'article 106.1 CE estableix que els òrgans jurisdiccionals controlen no només la legalitat de l'actuació administrativa, sinó també que aquesta se sotmeti a les finalitats que la justifiquen. En aquest sentit, l'article 48.1 LPAC disposa: "Són anul·lables els actes de l'Administració que incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de poder". Igualment, l'article 70.2 LJCA, ja esmentat abans, estableix: "La sentència ha

d'estimar el recurs contenciós administratiu quan la disposició, l'actuació o l'acte incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de poder". Així mateix, aquest precepte legal defineix el concepte de desviació de poder: d'acord amb el que estableix en el paràgraf segon, "S'entén per desviació de poder l'exercici de potestats administratives per a **fins diferents** dels que fixa l'ordenament jurídic".

44. Encara que la llei no limita expressament la desviació de poder a les potestats discrecionals, aquest és un vici típic de l'exercici d'aquesta classe de potestats. Cal tenir en compte que, si es tracta d'una **potestat reglada** i l'actuació administrativa es correspon puntualment amb l'única que permet l'ordenament jurídic, resulta del tot **irrellevant** des del punt de vista jurídic si l'Administració va actuar animada o no pel fi per al qual se li ha atribuït la potestat exercida. Per contra, si la potestat actuada és discrecional i la decisió de l'Administració s'adopta en aparença dins dels límits del marge de decisió que li confereix aquesta potestat, sí que resulta plenament rellevant saber si la decisió ha estat adoptada o no per al fi per al qual la potestat discrecional ha estat atribuïda a l'Administració. No obstant això, es tracta d'un vici normalment **difícil de provar** en la pràctica processal.

45. Finalment, el límit jurídic més important que l'ordenament jurídic imposa a l'exercici de potestats discrecionals és el deure d'observança dels **principis constitucionals i principis generals del dret**, als quals es troben sotmesos en la seva actuació tots els poders públics. Com ja s'ha dit, aquests són, en el que és essencial, el principi d'interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE), el principi d'igualtat (art. 14 CE), el principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE) —i, com a manifestació d'aquest últim, el principi de protecció de la confiança legítima—, així com el principi de proporcionalitat i el mandat de ponderació que hi és inherent.

46. No obstant això, cal recordar que el control que permeten aquests principis és un **control merament negatiu**. No té per objecte comprovar si l'actuació fiscalitzada es correspon amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret (com ja ens consta, no n'hi sol haver quan la llei atorga a l'Administració un marge de decisió), sinó que es limita a comprovar si l'actuació discrecional impugnada ha incorregut o no en la infracció d'algun d'aquests principis. El recurs només prosperarà si l'actuació discrecional impugnada es revela arbitrària, irracional, desraonada, discriminatòria o desproporcionada. Si, per contra, cap d'aquests defectes es dona en l'actuació fiscalitzada, aquesta actuació és conforme a dret i és procedent desestimar el recurs.

47. No obstant això, cal tenir present que, com ja s'ha assenyalat, un mateix estàndard o cànon de control pot conduir a una intensitat major o menor en el control de la decisió administrativa impugnada en funció del tipus d'interessos que estiguin en joc o de l'**evolució** que ha experimentat aquest paràmetre amb el pas del temps. Per exemple, el cànon de la interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE) utilitzat pel Tribunal Suprem per controlar la discrecionalitat de la decisió sobre el planejament urbanístic va passar d'objectar o descartar només les decisions irracionals a considerar invàlida qualsevol decisió no motivada convincentment (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

48. No obstant això, hem de recordar que **excepcionalment** els principis jurídics sí que poden arribar a exhaurir el marge de decisió discrecional atribuït a l'Administració. Com ja hem explicat, aquesta situació es produeix en els casos en què es dona una **reducció a zero de la discrecionalitat**. En aquests casos, ja esmentats, el control jurisdiccional de l'actuació fiscalitzada és un control positiu i, per això, té per objecte comprovar si aquesta actuació es correspon o no amb l'única que l'ordenament jurídic permet en el cas concret.

3. L'APLICACIÓ ADMINISTRATIVA DE CONCEPTES JURÍDICS INDETERMINATS I EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA SEVA LEGALITAT: EL MARGE D'APRECIACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ

49. La vinculació normativa de l'Administració no només resulta atenuada quan l'ordenament li atribueix potestats discrecionals. Com ja s'ha assenyalat, també s'atenua quan, malgrat que l'actuació administrativa es troba vinculada mitjançant normes de programació condicional que associen adoptar una determinada conseqüència jurídica al fet que es doni un determinat supòsit de fet, aquest es descriu mitjançant **conceptes jurídics indeterminats** (per exemple, conceptes com "utilitat pública", "interès social", "raons d'interès públic", "risc significatiu", "usos tradicionals", "interès artístic, històric, científic o tècnic", "oferta més avantatjosa", etc.). Com s'ha dit, la doctrina encara avui majoritària entén que les potestats que s'atorguen mitjançant aquestes normes són, malgrat la indeterminació en què incorre la descripció normativa del supòsit de fet, **potestats reglades**, però, com veurem tot seguit, admet immediatament —de manera pràcticament unànime— que, a l'hora d'aplicar-les, l'Administració gaudeix (o pot gaudir almenys en alguns supòsits) d'un **marge d'apreciació**, no susceptible d'un control jurisdiccional de màxima intensitat (o positiu). En els apartats següents analitzarem breument: la noció de concepte jurídic indeterminat; el concepte de marge d'apreciació; els límits jurídics que delimiten aquest marge i l'abast correlatiu del seu control jurisdiccional; la proximitat entre la discrecionalitat administrativa i el marge d'apreciació de què gaudeix l'Administració quan aplica conceptes jurídics indeterminats, i la similitud de l'abast del seu control jurisdiccional respectiu; l'anomenada discrecionalitat tècnica de l'Administració, que en realitat és, en el que és essencial, una manifestació del marge d'apreciació que comporta aplicar conceptes jurídics indeterminats.

3.1. Conceptes jurídics indeterminats

50. Els conceptes que aquí ens ocupen són **conceptes vagues** (com se'ls denomina en la teoria del llenguatge) que, quan són emprats en la redacció d'una norma jurídica, la doctrina anomena "conceptes jurídics indeterminats". El que és característic d'aquests conceptes, als quals necessàriament han de recórrer molt sovint els titulars de potestats normatives en l'exercici de la seva funció reguladora (que és, per definició, una tasca abstracta i general), rau en el fet que el judici sobre la subsumpció del cas concret en el supòsit de fet normatiu no sol ser un judici segur, sinó, en la majoria dels casos, un judici dubtós i, per tant, opinable.

51. El judici sobre la subsumpció només és (relativament) segur quan el cas concret s'incardina en alguna de les dues **zones de certesa** del concepte, a saber: bé en la zona de certesa positiva (el cas se subsumeix, sense cap dubte, en el concepte), bé

en la zona de certesa negativa (el cas no se subsumeix, sense cap dubte, en el concepte).

52. Per exemple, l'article 1.2 de la **Llei del patrimoni històric espanyol** (Llei 16/1985, de 25 de juny) estableix que integren aquest patrimoni "els immobles i objectes mobles d'interès artístic, històric, paleontològic, arqueològic, etnogràfic, científic o tècnic". Doncs bé, no hi ha cap dubte que un palau del segle XVII dissenyat per un arquitecte famós de l'època és un "immoble d'interès historicoartístic" (zona de certesa positiva), i tampoc no hi ha cap dubte que un edifici de construcció recent que allotja les oficines administratives del rectorat d'una universitat mai no pot merèixer aquesta consideració (zona de certesa negativa). No obstant això, si la pregunta és si —novament als efectes de la Llei del patrimoni històric espanyol— cal predicar la qualitat d'"immoble d'interès científic" d'un edifici que alberga els laboratoris moderns d'un centre de recerca del Consell Superior de Recerques Científiques (CSIC), la resposta pot semblar dubtosa. Aquest cas se situaria, per tant, en l'anomenada zona d'incertesa (o zona de penombra) del concepte indeterminat, que és aquella en què el concepte, per mancar-hi de gairebé tota densitat semàntica, a penes ofereix a l'aplicador un paràmetre o criteri que li permeti destriar quina és la subsumpció procedent del cas concret. En conseqüència, en aquests casos la decisió sobre l'aplicació del concepte que és procedent l'ha d'adoptar el mateix aplicador (l'Administració) conformement a criteris necessàriament aliens al concepte (criteris extrasemàntics) i, per tant, conformement a **criteris extrajurídics**.

3.2. El marge d'apreciació

53. El **marge d'apreciació** que es reconeix a l'Administració a l'hora d'aplicar conceptes jurídics indeterminats es limita, en tot cas, al judici sobre la subsumpció procedent en els casos compresos en la **zona d'incertesa** del concepte. Lògicament, no s'estén a l'aplicació del concepte en les zones de certesa. Aquí l'aplicació del concepte revesteix un caràcter estrictament reglat, per la qual cosa pot ser revisada plenament pel jutge contenciós administratiu mitjançant un control de màxima intensitat (control positiu).

54. En la doctrina acadèmica és objecte de discussió si tots els conceptes jurídics indeterminats habiliten un marge d'apreciació. La resposta a aquest interrogant no és unívoca. En la **doctrina alemanya**, per exemple, en la qual té l'origen dogmàtic la teoria dels conceptes jurídics indeterminats, es considera encara avui de manera majoritària que aquests conceptes no habiliten un marge d'apreciació en tots els casos, sinó només en determinats supòsits (per exemple, en relació amb decisions d'avaluació en l'àmbit escolar o acadèmic o de la funció pública; decisions d'òrgans especialitzats l'adopció de les quals requereix valoracions, apreciacions o judicis prospectius de caràcter tècnic o científic, o altres decisions anàlogues). Aquests supòsits s'assemblen molt, per cert, a aquells en què la doctrina espanyola adverteix l'existència d'una modalitat específica del marge d'apreciació de l'Administració a què ens referirem tot seguit, a saber: l'anomenada "discrecionalitat tècnica". En canvi, en la nostra doctrina se sol admetre el marge d'apreciació amb un **abast més general**. És a dir: es parteix, en principi, de la base que en la zona d'incertesa de qualsevol classe de concepte jurídic indeterminat l'Administració gaudeix d'un marge d'apreciació. En efecte, segons el Tribunal Suprem, la "libre apreciación (…) es inherente a la individualización de los conceptos jurídicos indeterminados" (STS de 12 de desembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097), i en fer aquesta afirmació no hi introdueix modulació o excepció de cap mena.

3.3. Límits jurídics del marge d'apreciació i abast del seu control jurisdiccional

55. Com ja ens consta, l'exercici de potestats que atorguen a l'Administració un marge d'apreciació no es produeix mai en un àmbit lliure de dret i, per tant, no és d'entrada immune al control jurisdiccional. No obstant això, atès que la programació normativa que ofereixen els conceptes jurídics indeterminats en la zona d'incertesa és de densitat molt baixa, el control jurídic de la seva aplicació en aquesta zona (que és en la qual opera el marge d'apreciació) és necessàriament un control d'intensitat limitada, això és, un **control merament negatiu**.

56. Segons el Tribunal Suprem, "la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación". No obstant això, això "no significa el reconocimiento de una omnímoda libertad, ni una imposibilidad de control", atès que –matisa el Tribunal- "siempre habrá de ser respetado el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad y siempre podrán hacerse valer, a través de la correspondiente impugnación, aquellos hechos y circunstancias que evidencien que se incurrió en ostensible error o clara irracionalidad, y que, por esto último, aquel mandato no fue observado" (STS de 12 de desembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097).

3.4. Distinció entre marge discrecional i marge d'apreciació *versus* concepte unitari de discrecionalitat

57. La doctrina encara avui majoritària a Espanya (encara que creixentment qüestionada) sosté que el marge d'apreciació que els conceptes jurídics indeterminats habiliten en la zona d'incertesa no altera la naturalesa reglada de la potestat (ni, per tant, la unitat de solució justa que es predica de l'exercici d'aquesta classe de potestats) i que, per això, el **marge d'apreciació i la discrecionalitat administrativa no comparteixen la mateixa naturalesa**. Segons aquesta tesi, la discrecionalitat consisteix en un veritable marge de volició o voluntat, mentre que el marge d'apreciació seria un mer marge de cognició o coneixement. En aquest sentit, el Tribunal Suprem assenyala que "suele (…) admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de conceptos jurídicos indeterminados. En estas últimas hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida" (STS de 12 de desembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097, ja citada).

58. Segons el meu parer, la tesi anterior no resulta convincent. No se sosté l'afirmació que el marge d'apreciació és un mer marge de cognició. Com s'ha assenyalat, en la zona d'incertesa els conceptes jurídics indeterminats no ofereixen a l'aplicador cap paràmetre o criteri que li permeti destriar quina és la subsumpció procedent del cas concret. Per tant, en aquesta zona del concepte la decisió sobre l'aplicació que en procedeix l'acaba adoptant el mateix aplicador, conformement a criteris necessàriament aliens al concepte i, per tant, d'acord amb criteris extrajurídics. En conseqüència, es tracta —tal

com succeeix quan s'exerceix una potestat discrecional— d'una decisió volitiva que de cap manera emana d'un judici merament cognitiu. En tots dos casos, **l'Administració completa, en seu d'aplicació, el supòsit de fet imperfecte** de la norma habilitant, en crear criteris de decisió addicionals que no estan preestablerts pel legislador en el supòsit de fet normatiu, però que cal establir perquè la decisió administrativa no sigui el resultat del pur arbitri de l'Administració. En suma, tant el marge d'apreciació com la discrecionalitat administrativa operen en l'àmbit del supòsit de fet normatiu i integren, en conseqüència, un concepte unitari de discrecionalitat. A més, resulta notòria la similitud que existeix entre l'"àmplia extensió" que es predica del marge d'apreciació i la del marge de decisió que ofereixen les potestats discrecionals genuïnes, així com la proximitat dels cànons del control jurisdiccional de tots dos marges. En tots dos casos, el control possible és un típic control negatiu, d'intensitat limitada i basat en cànons molt similars (BACIGALUPO, 1997, 203).

3.5. La discrecionalitat tècnica de l'Administració

59. En la jurisprudència i la doctrina espanyola es parla de "discrecionalitat tècnica" per fer referència a decisions preses per òrgans administratius compostos per experts, tècnics o científics i les decisions dels quals, precisament perquè són "tècniques", **no poden ser revisades plenament** per la jurisdicció contenciosa. Hi ha discrecionalitat tècnica, per exemple, quan en un procediment de selecció d'empleats públics de la Universitat de Còrdova la comissió corresponent avalua els coneixements i mèrits dels diferents candidats (per exemple, STS de 18 de maig de 2007, ECLI:ES:TS:2007:3505).

60. En general, són molts els casos en què l'adopció d'una decisió administrativa exigeix apreciacions complexes, judicis prospectius i valoracions de riscos de caràcter tècnic, econòmic o científic. Aquests judicis **no es troben predeterminats** —ni resulten clarament predeterminables— pel dret, per la qual cosa un control positiu del fons d'aquests judicis desbordaria necessàriament els límits propis d'un control jurídic.

61. El control en dret dels judicis tècnics de l'Administració respon al model d'un **control negatiu d'intensitat limitada**. Segons el Tribunal Constitucional, el control jurisdiccional "puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad" (STC 219/2004, FJ 6). En definitiva, el control jurisdiccional dels judicis tècnics de l'Administració es redueix, en el que és essencial, a dos supòsits: d'un costat, el control de l'observança dels aspectes formals de caràcter reglat (competència, procediment i motivació) i, d'un altre, el control de l'arbitrarietat i de l'error ostensible o manifest en l'apreciació tècnica.

62. És objecte de discussió el veritable significat de la tradicional "discrecionalitat tècnica". Al parer meu, i tal com posa de manifest la doctrina alemanya ja al·ludida, l'anomenada discrecionalitat tècnica és, en el que és essencial —i malgrat la denominació tradicional (equívoca i, per això, contro-

vertida)—, una manifestació del marge d'apreciació. Concretament, del marge d'apreciació que provoquen en la zona d'incertesa els **conceptes jurídics indeterminats que remeten a regles, criteris o paràmetres propis de coneixements especialitzats**, aliens tant al saber jurídic com a l'experiència comuna de l'home mitjà. Així succeeix, en particular, en l'àmbit de la legislació que regula la intervenció administrativa en **sectors especialment complexos** de la realitat social, com ara el medi ambient, els sectors energètics, les telecomunicacions o el sector financer. Per exemple, l'article 239 de la nova Llei 6/2023, de 17 de març, dels mercats de valors i dels serveis d'inversió (LMVSI), disposa: "La CNMV pot introduir límits i condicions a l'activitat de les seves entitats supervisades amb la finalitat d'evitar un endeutament excessiu del sector privat que pugui afectar l'estabilitat financera". Determinar a partir de quin llindar un endeutament s'ha de considerar "excessiu" (perquè "pot afectar l'estabilitat financera") exigeix coneixements econòmics altament especialitzats que transcendeixen el saber jurídic.

4. BIBLIOGRAFIA

4.1. Bibliografia citada

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

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad Administrativa", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100 (2018), pàg. 131-164.

Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal*, 1894-1983, Montecorvo, Madrid, 1985.

Luciano PAREJO ALFONSO, "El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza", *Práctica Urbanística*, núm. 144 (2017), pàg. 1-35.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

4.2. Bibliografia complementària recomanada

María José ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, València, 1998.

Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, 2a ed. (2a reimp.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

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

Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5a ed., Civitas, Madrid, 2008.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3a ed., Civitas, Madrid,1995.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid 2009.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "El control judicial de los planes administrativos", *Blog de la Facultad de Derecho de la UAM*, 5/10/2022 (https://www.blog.fder.uam.es/2022/10/05/el-control-judicial-de-los-planes-administrativos).

Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.