

## LA ESTRUCTURA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD\*

Gabriel Doménech Pascual

Catedrático de Derecho Administrativo

Universitat de València

**RESUMEN:** El presente artículo pretende poner de manifiesto, en primer lugar, que el control de la discrecionalidad es un fenómeno que aparece en diversas esferas del ordenamiento jurídico, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado, y que presenta en todas ellas aspectos y problemas comunes, que requieren y de hecho suelen recibir soluciones jurídicas análogas. El artículo trata también de hacer ver que, por esa razón, es posible y útil elaborar una teoría general (o un conjunto de teorías generales relativas a determinados aspectos) del control de la discrecionalidad, válida para cualquier sector del ordenamiento jurídico. En el artículo se esbozan a modo ilustrativo las líneas principales de una posible teoría general tal desde la perspectiva del análisis económico del Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Discrecionalidad administrativa; discrecionalidad legislativa; discrecionalidad judicial; control judicial; derecho societario; problema de agencia; delegación.

**ABSTRACT:** This article aims to show, in the first place, that the review of discretionary decisions is a phenomenon that appears in various spheres of the legal system, both in public and private law, and that it presents common aspects and problems in all of them, which require and indeed often receive analogous legal solutions. The article also seeks to show that, for this reason, it is useful to develop a general theory (or a set of general theories pertaining to specific aspects) of said review, applicable to any sector of the legal system. The article outlines the main lines of a possible such general theory from the viewpoint of Law and Economics.

**KEYWORDS:** Administrative discretion; judicial discretion; legislative discretion; delegation; agency problem; corporate law; judicial review; self-restraint.

---

\* Este artículo ha sido elaborado al amparo del proyecto de investigación PROMETEU/2021/009, financiado por la Generalitat Valenciana. Agradezco enormemente los comentarios de Maribel Sáez Lacave y dos revisores anónimos. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.— 2. LA DELEGACIÓN.— 3. EL CONTROL DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR DELEGACIÓN: 3.1. Concepto; 3.2. Tipos de control; 3.3. Beneficios del control; 3.4. Costes del control.— 4. LA DEFERENCIA DEL SUPERVISOR Y LA DISCRECIONALIDAD DEL AGENTE: 4.1. Concepto; 4.2. Beneficios de la deferencia; 4.3. Costes de la deferencia. 4.4. Factores determinantes del grado óptimo de deferencia: 4.4.1. Capacidad para decidir acertadamente; 4.4.2. Divergencia de intereses; 4.4.3. Plausibilidad sustancial de la decisión objeto de control; 4.4.4. Medidas de cuidado adoptadas para tomar una decisión acertada. Procedimiento y motivación; 4.4.5. Relevancia de los intereses en juego; 4.5. La determinación del grado de deferencia.— 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Se han publicado numerosas obras académicas relativas a la discrecionalidad administrativa<sup>1</sup>, la discrecionalidad del legislador<sup>2</sup>, la discrecionalidad judicial<sup>3</sup>, la discrecionalidad de los administradores de sociedades mercantiles<sup>4</sup>, etc. En cambio, son muy escasos los trabajos en los que se trata de elaborar y presentar una teoría general de la discrecionalidad, con vocación de dar cuenta de los fenómenos jurídicos mencionados en el párrafo anterior y otros semejantes, válida para el Derecho público y el privado<sup>5</sup>.

En este artículo se trata de poner de manifiesto que una teoría (o, más exactamente, un conjunto de teorías, que analicen diversos aspectos del control) de la discrecionalidad en general es posible, útil e incluso necesaria. Y lo es por las siguientes razones:

(i) Los mencionados fenómenos presentan aspectos y problemas comunes, que están sujetos o requieren regulaciones jurídicas análogas. Es posible por ello elaborar una teoría general (o conjunto de teorías generales) que ponga de manifiesto la existencia de esos problemas comunes, así como la eventual conveniencia de darles soluciones semejantes.

(ii) Una buena teoría general del control de la discrecionalidad también permite explicar las diferencias existentes entre distintos tipos de este control, así como las

---

<sup>1</sup> *Vid.*, entre otros, BELTRÁN DE FELIPE (1995); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016); DOMÉNECH PASCUAL (2018 y 2021); BACIGALUPO (1997 y 2023); ARROYO JIMÉNEZ (2024); PONCE SOLÉ (2024).

<sup>2</sup> *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998); FERRERES COMELLA (2021); DA SILVA MOREIRA (2019).

<sup>3</sup> *Vid.*, entre otros, DWORKIN (1963); IGLESIAS VILA (1999 y 2024); NIETO (2000); KIM (2007); FERRER BELTRÁN (2021 y 2024).

<sup>4</sup> *Vid.*, por todos, SÁEZ LACAVE (2024).

<sup>5</sup> *Vid.*, por ejemplo, SHAVELL (2007); STEIN (2024); LIFANTE (2002); HART (2013), aunque en estos dos últimos trabajos no se contempla el ejercicio de discrecionalidad por parte de sujetos privados.

razones por las cuales hay que someterlos en algunos puntos a diferentes regímenes jurídicos.

(iii) Una teoría tal satisface mejor que las «subteorías» que se han ocupado de concretos tipos de discrecionalidad ciertos criterios que las teorías científicas deberían poseer idealmente<sup>6</sup>. Aquella es más *amplia*, pues sus explicaciones y predicciones pueden extenderse más allá de las observaciones para las que dichas subteorías se elaboraron inicialmente e incluso pueden aplicarse a otras parcelas de la realidad que todavía no han sido objeto de un análisis teórico específico. Es más *fecunda*, pues desvela semejanzas, diferencias y relaciones no observadas entre realidades jurídicas distintas. Es más *simple*, pues permite ordenar fenómenos que, sin ella y tomados uno por uno, quedarían aislados y, en su conjunto, confusos. Y, en fin, tiene una mayor capacidad unificadora, pues muestra que una serie de fenómenos aparentemente independientes pueden ser explicados en términos de un principio superior.

(iv) En suma, dicha teoría general del control de la discrecionalidad permite comprender y explicar mejor las realidades jurídicas objeto de su análisis.

Para elaborar esa teoría conviene tener muy en cuenta, por un lado, los hallazgos de las subteorías jurídicas específicas que se han ocupado de distintos tipos de discrecionalidad y, por otro lado, las teorías elaboradas en el seno de disciplinas científicas no jurídicas que han analizado las decisiones e interacciones sociales que se producen en relación con el fenómeno de la discrecionalidad en general. Aquí destaca la teoría económica de la agencia<sup>7</sup>, que ha tenido una enorme influencia en varias ciencias sociales<sup>8</sup> y que, en particular, ha sido utilizada con notable éxito para analizar los problemas que plantea la discrecionalidad en el ámbito del Derecho societario<sup>9</sup> y, sobre todo, en el del Derecho público<sup>10</sup>. Esta teoría económica tiene una doble utilidad a estos efectos. En primer lugar, explica y puede ser empleada para hacer predicciones relativamente fiables acerca de cómo reaccionarán las personas que se ven envueltas en la adopción de decisiones discrecionales frente a las distintas normas jurídicas que regulan dicha adopción. En segundo lugar, permite determinar los costes y beneficios de estas normas y, por lo tanto, evaluarlas y precisar cuáles son las que mejor satisfacen los intereses del conjunto de la sociedad.

En las páginas que siguen se presenta un esbozo de una teoría general de la discrecionalidad desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, sin pretensión alguna de analizar de manera exhaustiva todos los numerosos problemas que aquí se plantean.

---

<sup>6</sup> Vid. KUHN (1977: 320 y ss.); WENDEL (2011: 1052 y ss.).

<sup>7</sup> Vid., entre otros muchos, ROSS (1973); JENSEN y MECKLING (1976);

<sup>8</sup> Vid., entre otros, KISER (1999); BENDOR y MEIROWITZ (2004); SHAPIRO (2005).

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, SÁEZ LACAVE (2024).

<sup>10</sup> Vid., por ejemplo, ARNOLD (1987); STEPHENSON (2006c); GAROUPA y MATHEWS (2014); COOTER y GILBERT (2022).

## 2. LA DELEGACIÓN

Llamemos delegación al acto en virtud del cual se otorga a una o varias personas —denominadas agentes— el poder de tomar decisiones que afectan a los intereses de otra persona o personas —denominadas principales— con el fin de satisfacer dichos intereses.

Las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales pueden considerarse en este sentido agentes de los ciudadanos, que son los principales; el tutor de una persona discapacitada, un agente de esta; y los administradores de una sociedad mercantil, agentes de los accionistas. A todos ellos se les ha conferido el poder de tomar decisiones que afectan a sus correspondientes principales, es decir, decisiones de las que pueden derivarse costes y beneficios para estos. Y a todos ellos se les ha conferido ese poder para que lo ejerzan en beneficio de sus principales.

Dicho poder puede haber sido otorgado al agente directamente por el principal o por otro sujeto, que normalmente es también agente del principal. Como ejemplo del primer caso puede servir el administrador de una sociedad mercantil que es nombrado como tal por los accionistas. Ejemplos del segundo caso serían el nombramiento judicial del tutor de un menor y la habilitación legislativa efectuada en favor de una Administración pública para que ejecute mediante reglamentos o actos singulares lo dispuesto en una norma de rango de ley. Tanto el juez como el tutor pueden ser considerados agentes del menor; el legislador y la Administración, agentes de la ciudadanía.

En ocasiones, la aceptación de la delegación es voluntaria para el agente, que normalmente puede negociar, en mayor o menor medida, sus términos con el delegante. Así ocurre, por ejemplo, cuando se nombra a los administradores de sociedades mercantiles. La voluntariedad de la delegación y la posibilidad de negociar sus condiciones tienden a asegurar que esta es beneficiosa tanto para el agente como para el principal<sup>11</sup>. En otros casos, el agente está obligado a aceptar la delegación. Así ocurre, por ejemplo, cuando el legislador impone a una autoridad administrativa o judicial la realización de una determinada actividad.

Es posible que una misma persona sea agente de varios principales y, viceversa, que un mismo principal tenga varios agentes. Nótese, por ejemplo, que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales son agentes de toda la ciudadanía. Es decir, cada ciudadano tiene muchos agentes públicos; y cada uno de estos últimos, numerosísimos principales.

Las delegaciones sucesivas o «cadenas de delegación» constituyen un caso particular de pluralidad de agentes. En estas cadenas, uno o varios agentes realizan sucesivas delegaciones en favor de otros agentes. Las cadenas de delegación son especialmente largas y complejas en el ámbito público.

---

<sup>11</sup> COOTER y GILBERT (2022: 291, 292 y 205).

La razón fundamental que justifica y explica la delegación es que el agente se encuentra mejor situado que el delegante y el principal para tomar decisiones que satisfacen más adecuadamente los intereses de este último. Las causas pueden ser varias. Es posible que el agente posea en mayor medida que el principal y el delegante la capacidad o los recursos necesarios para tomar dichas decisiones: tiempo, información, conocimientos, experiencia, medios materiales, etc.

La dificultad que ciertos grupos de personas encuentran para coordinarse en la gestión de asuntos de interés común explica y justifica que se delegue en uno o varios agentes el poder de gestionarlos. Cuanto mayor es el tamaño de esos grupos, más costosa se vuelve dicha coordinación y, en consecuencia, más beneficiosa resulta la delegación. De ahí que, en la esfera jurídico-pública, donde los grupos con intereses comunes están integrados por un número muy elevado de individuos cuyas preferencias no son siempre coincidentes, las delegaciones sean especialmente necesarias y frecuentes.

La delegación y la especialización se alimentan mutuamente. Por un lado, delegar en un sujeto el poder de adoptar determinadas decisiones favorece que este se especialice en su adopción. Cuanto más específicas son las delegaciones efectuadas en favor de diversos agentes, mayor es el grado de especialización que estos pueden alcanzar al decidir por delegación. Por otro lado, la especialización de ciertos individuos en la realización de determinadas tareas propicia que puedan realizarlas más eficientemente y, en consecuencia, que se les delegue el poder de llevarlas a cabo.

La delegación, sin embargo, también tiene inconvenientes. Esta se vuelve especialmente problemática cuando existe incertidumbre e información asimétrica, es decir, cuando: (i) las personas involucradas en la delegación no pueden predecir *ex ante*, en el momento de producirse esta, qué decisiones debería tomar el agente en el futuro por ser las mejores para el principal; y (ii) el agente tiene mejor información que el principal a los efectos de precisar cuáles son las decisiones que el primero debería adoptar o haber adoptado con dicho fin<sup>12</sup>. En tal situación, existe el riesgo de que el agente actúe en un sentido que no es el más conveniente para los intereses del principal. Este riesgo será tanto mayor cuanto: (i) mayor sea la divergencia entre los intereses del principal y los del agente; (ii) más costoso le resulte al principal (o a sus agentes) verificar en qué medida las decisiones que el agente en cuestión ha tomado o podría haber tomado sirven a los intereses del principal; (iii) más costoso resulte incentivar, mediante «castigos» o «recompensas», al agente que ha adoptado decisiones perjudiciales o beneficiosas para el principal; (iv) más difícil sea revocar la delegación, etc.

Los costes de la delegación (o agencia) dependen, entre otros factores, del número de principales afectados. Cuanto mayor sea este número: (i) más difícil y costoso

---

<sup>12</sup> En el Derecho privado anglosajón, las relaciones en las que se plantea un problema de principal-agente se denominan fiduciarias. *Vid.* FRANKEL (2010). Sobre la estructura económica del *Fiduciary Law*, *vid.*, entre otros, COOTER y FREEDMAN (1991); EASTERBROOK y FISCHER (1993); SITKOFF (2011).

resultará para los principales coordinarse entre sí para supervisar las decisiones de sus agentes, castigarlos, premiarlos y, en su caso, revocar la delegación que se les otorgó; y (ii) menores serán, *ceteris paribus*, sus incentivos para controlarlos. Adviértase que dichas actividades de control generan externalidades positivas para el conjunto de los principales, lo que propicia que no sean realizadas en la medida en que sería óptima para todos ellos. Por lo general, quienes las realizan soportan todos los costes de desarrollarlas, pero sólo obtienen una parte de sus beneficios, pues de ellas suelen aprovecharse también los restantes principales afectados, aunque no las hayan realizado. Esto puede dar pie a que algunos o todos ellos se comporten como «gorriones» (*free riders*), es decir, que eludan contribuir a la supervisión de los agentes, confiando en que otros principales contribuirán. Cuanto mayor sea el número de principales, menores serán los incentivos que cada uno de ellos tendrá para controlar a los agentes y más elevado será el riesgo de gorroneo.

### 3. EL CONTROL DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR DELEGACIÓN

#### 3.1. Concepto

A fin de reducir los referidos costes de delegación (o agencia) se pueden establecer y de hecho se establecen, en primer lugar, normas dirigidas a determinar quiénes actuarán como agentes. Con ellas se trata de asegurar que estos tienen la capacidad necesaria para servir óptimamente los intereses de sus principales, así como de reducir las divergencias existentes entre los intereses de unos y otros. Con este objetivo, en muchas ocasiones, se reconoce a los principales libertad para escoger a sus agentes. Por ejemplo, los socios de las sociedades mercantiles eligen a los administradores; los vecinos de un Municipio, a los concejales; los ciudadanos, a los miembros del parlamento, etc. En otras ocasiones, se observan reglas diferentes, más o menos complejas. Piénsese, por ejemplo, en cómo se determina quién es tutor de un menor o accede a la función pública.

En segundo lugar, también pueden establecerse normas que regulen cómo deben actuar los agentes<sup>13</sup>. El deber fundamental de todo agente es el de tomar, en el marco de su actividad de agencia, las decisiones más convenientes para los intereses del principal. Es frecuente que el legislador consagre explícitamente este deber abstracto<sup>14</sup> y, adicionalmente, regule en términos más concretos otros deberes derivados de aquel. Los administradores de sociedades mercantiles, por ejemplo, están obligados a obrar «en el mejor interés de la sociedad» y, además, a: no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que les han sido concedidas, guardar en principio

---

<sup>13</sup> Vid., por ejemplo, el art. 1719.I del Código civil.

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, los arts. 154 del Código civil; 227.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de julio (en adelante, LSC); y 103.1 de la Constitución española.

secreto sobre la información a la que hayan tenido acceso en el desempeño de su cargo, abstenerse de participar en decisiones en las que tengan un interés propio, evitar ponerse en una situación de conflicto de interés, llevar la diligencia de un ordenado empresario, actuar con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, etc.<sup>15</sup> Las autoridades administrativas y judiciales están sujetas a deberes muy semejantes. En el Derecho público, no obstante, la conducta de los agentes suele estar regulada también mediante normas más concretas que las utilizadas para ordenar la actividad de los agentes en el Derecho privado. En este último ámbito, hay menos reglas y, por lo tanto, la importancia relativa de los estándares es mayor<sup>16</sup>.

A fin de asegurar el cumplimiento de estos deberes y, por lo tanto, de garantizar que la actividad del agente satisface óptimamente los intereses del principal, es prácticamente imprescindible someter dicha actividad a algún mecanismo de supervisión o control. En virtud de estos mecanismos, se otorga al principal o a otro de sus agentes: (i) el poder de verificar si y hasta qué punto la actuación del agente se ha producido de acuerdo con las normas que regulan dichos deberes; y (ii) el poder de adoptar diferentes medidas en función de si la actividad examinada ha respetado o no las referidas normas (medidas de restablecimiento de la legalidad, restitución del enriquecimiento injusto, exigencia de responsabilidad civil, imposición de sanciones, otorgamiento de premios, etc.).

Una de las funciones que pueden cumplir estas medidas de control es incentivar el cumplimiento de los mentados deberes. Al implicar costes para el agente que los ha infringido o beneficios para el que los ha satisfecho, inducen su cumplimiento. Tales medidas incrementan los costes o los beneficios esperados que para el agente en cuestión implica actuar de una manera u otra. De este modo, los intereses del principal tienden a alinearse con los del agente; las decisiones cuya utilidad esperada para el principal es negativa (o positiva) tienden a tener para el agente que las toma una utilidad esperada igualmente negativa (o positiva). Por ejemplo, las sanciones penales y disciplinarias que a los jueces se les puede imponer si cometen ciertas infracciones en el ejercicio de sus funciones desincentivan dicha comisión, que lesiona gravemente el interés de la ciudadanía<sup>17</sup>. El incremento retributivo al que tienen derecho los jueces que superen en un 20 por ciento el objetivo correspondiente a su destino<sup>18</sup> incentiva que estos sean más productivos en su actividad jurisdiccional, lo que se supone redundará en beneficio de los justiciables.

---

<sup>15</sup> *Vid.* los arts. 225-232 LSC y PAZ-ARES (2015). Respecto de los deberes de los socios, *vid.* SÁEZ LACAVE (2016).

<sup>16</sup> Sobre la distinción entre estándares y reglas, *vid.*, por todos, KAPLOW (1992); KOROBIKIN (2000).

<sup>17</sup> *Vid.*, por ejemplo, los artículos 446-449 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>18</sup> Art. 9.1 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

### 3.2. Tipos de control

A veces, el principal ejerce directamente un cierto poder de control sobre su agente. Los accionistas de las sociedades mercantiles siempre tienen la posibilidad de supervisar la actuación de sus administradores y revocar sus nombramientos. En las sociedades democráticas, los ciudadanos pueden ejercer un control semejante sobre sus gobernantes a través de las elecciones.

Muy frecuentemente, sin embargo, el control es ejercido por otro agente o agentes. Los tribunales, por ejemplo, pueden controlar en determinadas circunstancias la actividad de: los administradores de las sociedades mercantiles; los tutores; las autoridades administrativas; las autoridades legislativas; otros tribunales, etc.

El control puede ser ejercido por uno o varios sujetos, que denominaré supervisores. En este último caso, el control puede ser unilateral o cooperativo. Cuando es unilateral, cada uno de los supervisores ostenta el poder de examinar la licitud de las actuaciones del agente y disciplinarlo. Cuando es cooperativo, el ejercicio del poder de control requiere el acuerdo de todos los supervisores<sup>19</sup>. También caben soluciones intermedias, con arreglo a las cuales un subconjunto más o menos amplio de los supervisores puede hacer uso de dicho poder sin necesidad de contar con el acuerdo de los restantes. Obviamente, cuanto mayor sea el número de los supervisores cuyo acuerdo se requiere para controlar al agente, más difícil y costoso les resultará controlarlo y, por lo tanto, mayor será la discrecionalidad que este tenga *de facto*.

El control de las actuaciones del agente puede situarse en diferentes momentos. A veces, tiene lugar antes de que estas comiencen a llevarse a cabo efectivamente. Sirvan como ejemplos la autorización judicial de actos de disposición de bienes pertenecientes a menores y personas con discapacidad<sup>20</sup> y la autorización judicial de ciertas medidas administrativas que implican la restricción de derechos fundamentales (entradas domiciliarias efectuadas para ejecutar forzosamente un acto administrativo, medidas dirigidas a proteger la salud pública, etc.)<sup>21</sup>. Otras veces, la supervisión se lleva a cabo *ex post*, después de que la actuación haya comenzado a realizarse o ya se haya producido. Es el caso del control de la actividad administrativa ejercido por los tribunales con ocasión de la interposición de recursos contencioso-administrativos. El control puede tener lugar antes o después de que la actividad en cuestión haya causado un daño al principal. No vamos a analizar aquí las ventajas y desventajas que se derivan de situar el control en un momento u otro<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> COOTER y GILBERT (2022: 278).

<sup>20</sup> *Vid.* los arts. 166 y 187 del Código civil.

<sup>21</sup> *Vid.* el art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>22</sup> *Vid., mutatis mutandis*, DOMÉNECH PASCUAL (2017).

### 3.3. Beneficios del control

Estos controles pueden cumplir principalmente dos funciones o, dicho de otra manera, generar dos grandes tipos de beneficios. En primer lugar, permiten corregir ciertas situaciones lesivas de los intereses del principal. Tras comprobar que el agente ha creado ilícitamente una de estas situaciones, el supervisor puede tomar medidas dirigidas a corregirla o a mitigar sus efectos lesivos.

En segundo lugar, incrementan la probabilidad de que el agente controlado realice en el marco de su relación de agencia actuaciones beneficiosas para el principal (que en adelante denominaré «lícitas» o «acertadas») y se abstenga de realizar actuaciones perjudiciales para este (que en adelante llamaré «ilícitas» o «desacertadas»). Esos beneficios pueden producirse a través de tres mecanismos:

El primero es el de los *incentivos*, ora negativos ora positivos. El hecho de que un sujeto pueda supervisar la actividad de sus agentes y, en función de su licitud, adoptar medidas que les favorecen («recompensas») o les perjudican («sanciones») incentiva que estos traten de tomar decisiones lícitas y no adoptar decisiones ilícitas.

La posibilidad de controlar la actividad del agente y «sancionarlo» por la realización de actuaciones ilícitas engendrará así un efecto disuasorio sobre estas, que será tanto más potente: cuanto mayores sean (i) la probabilidad de que el agente sea sancionado por ellas y (ii) el coste que para el agente tienen las correspondientes sanciones; y cuanto menores sean (iii) el beneficio que para el agente se deriva de actuar ilícitamente y (iv) la probabilidad de que el supervisor cometa errores al verificar la licitud o ilicitud de la actividad del agente.

Recompensar las actuaciones lícitas tendrá, por el contrario, un efecto alentador sobre estas, que será tanto más potente: cuanto mayores sean (i) la probabilidad de recibir una recompensa por ellas y (ii) la magnitud de esa recompensa; y cuanto menores sean (iii) el beneficio que al agente le reportaría actuar ilícitamente; y (iv) la probabilidad de que el supervisor cometa errores al examinar la licitud o ilicitud de las actuaciones del agente.

El segundo mecanismo es la *pura prevención o incapacitación*. Después de constatar que el agente va a desarrollar o seguir desarrollando una actividad ilícita, perjudicial para los intereses del principal, el supervisor puede tomar medidas que impidan que esta se realice o siga realizándose. De esta manera se interrumpe la producción de perjuicios para el principal. Obviamente, los controles previos permiten cumplir esta función mejor que los controles posteriores.

El tercer mecanismo es el de la *información*. Al examinar si un agente ha actuado lícita o ilícitamente, el supervisor produce información acerca de cómo debía haber actuado dicho sujeto. Por ejemplo, cuando resuelven casos en los que se discute si ciertas actuaciones administrativas o societarias son o no conformes a Derecho, los tribunales generan información valiosa acerca de cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas jurídicas que regulan esas actuaciones, clarificando su alcance, colmando sus eventuales lagunas, resolviendo sus contradicciones, etc. Esta informa-

ción podrá ser utilizada luego en casos análogos por el mismo u otros agentes para tratar de actuar lícitamente, así como por el mismo u otros supervisores con el fin de controlar actuaciones similares.

La cantidad, la calidad y la utilidad de esa información dependerán, obviamente, de la capacidad del supervisor para analizar los problemas planteados y determinar cuál es en cada caso la solución que mejor satisface los intereses del principal.

### 3.4. Costes del control

Controlar la actividad del agente conlleva varios costes para el principal. El primero es el *coste de los errores* en los que el supervisor puede incurrir al examinar si las actuaciones del agente son lícitas o ilícitas y tomar las correspondientes medidas. El supervisor puede cometer un falso positivo (considerar erróneamente que la actuación en cuestión es ilícita) o un falso negativo (concluir erróneamente que dicha actuación es lícita). Estos errores pueden causar diversos perjuicios:

(i) Las medidas adoptadas por el supervisor después de considerar erróneamente ilícitas las decisiones del agente pueden menoscabar de manera directa los intereses del principal. Imaginemos, por ejemplo, que un tribunal anula una norma reglamentaria que incrementaba en términos netos el bienestar de la ciudadanía.

(ii) Los falsos positivos son casi siempre costosos para el agente, en tanto en cuanto minan su reputación, impiden la realización de actividades acordes con sus preferencias o favorables para sus intereses, le obligan a invertir esfuerzo y tiempo en la realización de actividades alternativas, etc. En la medida en que son efectivamente costosos para el agente, tales errores producen sobre este una suerte de efecto desalentador (*chilling effect*): reducen sus incentivos para tomar decisiones lícitas, que satisfacen óptimamente los intereses del principal, pues el agente sabe que existe el riesgo de que estas decisiones sean erróneamente calificadas como ilícitas y él sufra un perjuicio por haberlas adoptado. Este efecto será tanto más intenso y pernicioso para el principal cuanto mayores sean: a) la probabilidad de que el supervisor considere erróneamente que las decisiones del agente son ilícitas, lo que dependerá a su vez de otros factores (como la capacidad y los incentivos del supervisor para juzgar acertadamente la licitud de las actuaciones del agente); y b) la magnitud del perjuicio causado al agente como consecuencia del error.

(iii) Los falsos negativos son, por el contrario, casi siempre beneficiosos para el agente, al ahorrarle los perjuicios que hubiera sufrido si el supervisor no se hubiera equivocado al enjuiciar la ilicitud de sus decisiones. De ahí que estos errores tiendan a alentar la realización de actividades ilícitas: incrementan los incentivos que el agente tiene para llevarlas a cabo, a la vista de que pueden ser erróneamente calificadas como lícitas, lo que redundará en su beneficio. Este efecto alentador será tanto más potente y negativo para el principal cuanto mayores sean: a) la probabilidad de que el supervisor cometa un falso negativo, probabilidad que dependerá a su vez de otros factores (tales como la capacidad y los incentivos del supervisor para enjuiciar acer-

tadamente la licitud de las decisiones cuestionadas); y b) los perjuicios que el agente se ahorra como consecuencia del error.

En segundo lugar, el control puede disuadir al agente de tomar decisiones beneficiosas para el principal, aun cuando el supervisor no cometa errores al ejercer sus funciones. Imaginemos que el agente puede o bien buscar poca información para resolver el caso planteado y adoptar la solución A o bien buscar mucha información y adoptar la solución B o la C. Si el agente se decanta por la primera alternativa, la solución A será considerada lícita en un eventual control, pues a la vista de la información disponible el supervisor no será capaz de saber que hay soluciones más beneficiosas para el principal (B y C). Si el agente decide buscar mucha información, la solución B será considerada ilícita en un eventual control y en su lugar se establecerá la solución C. Los beneficios netos que para el principal y el agente se derivan de cada solución se detallan en la siguiente tabla.

	A	B	C
Para el principal	20	30	40
Para el agente	2	4	1

Nótese que, en ausencia de control, el agente buscará mucha información para resolver el caso planteado y adoptará la solución B, que es la que más le favorece y la segunda más beneficiosa para el principal. En cambio, si sus decisiones son controladas, se decantará por no buscar información y adoptará la alternativa A, que es la peor para el principal de las tres posibles.

Un resultado similar puede producirse si existe un elevado riesgo de que las soluciones que *ex ante* parecen más beneficiosas para el principal e incluso para el agente sean consideradas luego ilícitas por el supervisor y este adopte a continuación medidas costosas para el agente. Imaginemos que el agente puede tomar la decisión «conservadora» X, que con total certeza será considerada lícita en un eventual control, o la decisión «arriesgada» Z, que en el caso de ser controlada se considerará ilícita con una probabilidad 0,6, en cuyo caso el agente sufrirá un perjuicio de 5. Los beneficios netos esperados que para el principal y el agente se derivan de ambas decisiones en ausencia y en presencia de control se detallan respectivamente en las dos siguientes tablas:

	X	Z
Para el principal	20	30
Para el agente	2	4

	X	Z
Para el principal	20	30
Para el agente	2	$4 - (0,6 \cdot 5) = 1$

Nótese que, si sabe que su decisión será controlada, el agente se decantará por la alternativa X, pues los beneficios esperados que esta le reporta (2) son superiores a los de la alternativa Z (1), que el agente escogería si su decisión no fuera objeto de control y cuyos beneficios para el principal (30) exceden de los de X (20).

En tercer lugar, la realización de las actividades de control tiene *costes de procedimiento*. Para llevarlas a cabo, el supervisor y a veces también el agente controlado han de invertir recursos (tiempo, esfuerzo, etc.) que ya no podrán dedicar a otros usos alternativos beneficiosos para el principal. En la tramitación de los procedimientos a través de los cuales los tribunales controlan la actividad administrativa, por ejemplo, se emplea una considerable cantidad de medios que en última instancia sufragan los ciudadanos.

#### 4. LA DEFERENCIA DEL SUPERVISOR Y LA DISCRECIONALIDAD DEL AGENTE

##### 4.1. Concepto

La discrecionalidad del agente y la deferencia del supervisor son las dos caras de la misma moneda. Que la persona encargada de controlar la actividad de un agente se muestre deferente al ejercer este control significa que aquella considera lícitas las actuaciones controladas de este que se mantienen dentro de un cierto espacio en el que caben varias soluciones. La deferencia es tanto mayor cuanto mayor amplitud tiene dicho espacio, es decir, cuanto más numerosas y distintas son las soluciones que pueden ser adoptadas por el agente y consideradas lícitas por el supervisor. La deferencia puede verse como una limitación de la intensidad del control que el principal o sus agentes ejercen sobre la licitud de la actuación de otros agentes en el marco de sus relaciones de agencia. No existe deferencia alguna cuando el conjunto de decisiones que pueden ser adoptadas por el agente y consideradas lícitas por el supervisor sólo tiene un elemento.

La discrecionalidad es el reflejo de la deferencia. Decimos que un agente tiene discrecionalidad para decidir cuando la persona encargada de controlar sus decisiones muestra o debe mostrar una cierta deferencia hacia ellas, es decir, cuando aquel tiene *de facto* la posibilidad (el poder) de elegir entre varias soluciones que han de considerarse lícitas por el supervisor. A mi juicio, no es muy acertado llamar a dicho poder libertad, pues este último término se utiliza normalmente para designar un poder de elegir entre varias alternativas de actuación otorgado a una persona para que esta satisfaga sus propios intereses. La discrecionalidad, en cambio, es un poder de elección que se confiere a un sujeto (el agente) para servir los intereses de otro sujeto (el principal).

Algunos autores consideran que «el ejercicio de una potestad discrecional permite... optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del

Derecho»; «la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección... entre indiferentes jurídicos»<sup>23</sup>.

En nuestra opinión, el hecho de que un agente tenga *de facto* la posibilidad de elegir entre varias soluciones que han de ser consideradas lícitas por el supervisor no significa necesariamente que esas soluciones sean jurídicamente indiferentes, ni tampoco es lógicamente incompatible con la circunstancia de que, *de iure*, aquel tenga o pueda tener el deber de adoptar la mejor decisión posible para el principal en el marco de su relación de agencia<sup>24</sup>.

Este deber jurídico puede haber sido establecido de manera explícita<sup>25</sup> o implícita. Por ejemplo, de varios preceptos de la Constitución española se infiere que los poderes públicos están obligados a tomar las decisiones que mejor satisfacen los intereses de la ciudadanía, también cuando disponen de un cierto margen de discrecionalidad para decidir.

(i) En virtud de los principios de economía y eficiencia (art. 31.2 CE), no basta que los poderes públicos actúen al servicio de los intereses generales, sino que han de hacerlo eficientemente, maximizando la utilidad social de sus escasos recursos. Una decisión no puede considerarse eficiente si hay otra alternativa que sirve mejor tales intereses, bien porque esta incrementa la satisfacción de al menos alguno de ellos sin perjudicar ninguno (en la jerga de los economistas, es eficiente en el sentido de Pareto), bien porque dicha alternativa consigue elevar la satisfacción de algunos intereses públicos en la medida suficiente como para compensar el menoscabo que supone para otros (es, por lo tanto, eficiente en sentido Kaldor-Hicks<sup>26</sup>).

(ii) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) también da soporte al referido deber. Resultaría injustificable racionalmente y, por ende, arbitrario, por ejemplo, que una autoridad escogiera una de las alternativas comprendidas dentro de su margen de actuación discrecional a pesar de estimar y manifestar que hay otras soluciones, también incluidas allí, que sirven mejor los intereses generales.

(iii) Si los principios jurídicos que la Constitución consagra constituyen mandatos de optimización, que ordenan a los poderes públicos la realización de ciertos valores en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y

---

<sup>23</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: cap. VIII, IV.2).

<sup>24</sup> En sentido similar, LIFANTE VIDAL (2002: 433-434) considera que los poderes discrecionales están regulados por «normas de fin», que obligan a optimizar los recursos disponibles para maximizar la satisfacción de un fin. En la doctrina española, han afirmado el deber de las Administraciones públicas de tomar en cada caso la decisión que mejor satisface el interés general, entre otros, ALONSO MAS (1998: 361 y ss.); PONCE SOLÉ (2016: ap. 3; 2022: 143); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 172 y ss.).

<sup>25</sup> *Vid.* el art. 227.1 LSC.

<sup>26</sup> *Vid.* KALDOR (1939); HICKS (1939).

jurídicas existentes<sup>27</sup>, entonces dichos poderes están obligados a actuar en el sentido que maximice, que mejor satisfaga, efectivamente tales principios.

Además, hay una importante razón pragmática para afirmar la existencia de un deber tal. Como varios estudios empíricos han evidenciado, el hecho de que una norma jurídica establezca el deber de observar cierta conducta determina que muchas personas la lleven a cabo efectivamente, aun cuando la inobservancia de esa norma no sea fiscalizable ni sancionable por los tribunales<sup>28</sup>. Es posible que muchos destinatarios de semejante norma tiendan a cumplirla: (i) porque perciben que esta refleja el contenido de reglas, usos y preferencias de la comunidad y estiman que su incumplimiento puede desencadenar la imposición de costosas «sanciones sociales» —v. gr., reputacionales—; (ii) porque para ellos respetar el Derecho vigente resulta intrínsecamente valioso; (iii) por la natural querencia de los individuos a imitar lo que hacen otros, etc.<sup>29</sup>

La discrecionalidad puede haber sido otorgada por el delegante de manera inequívoca o equívoca. Esto último puede suceder, por ejemplo, cuando los requisitos de licitud de las decisiones del agente no han sido específicamente regulados por el delegante, o lo han sido en términos contradictorios, imprecisos o ambiguos.

Algunos autores, sin embargo, vienen a considerar que en el segundo caso no existe genuina discrecionalidad<sup>30</sup>. De acuerdo con la teoría —de origen alemán— de los «conceptos jurídicos indeterminados», las potestades discrecionales no han de ser confundidas con las potestades regladas mediante tales conceptos. Estos aluden a «una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados» en el enunciado de la ley, pero que «admite ser precisada en el momento de la aplicación» de la norma legal. Entonces sólo hay una solución: o se da o no se da en la realidad el concepto; «la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto». Los tribunales, en consecuencia, pueden «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», a diferencia de lo que sucede cuando nos encontramos con una decisión realmente discrecional, en cuya «entraña» hay un espacio de libre elección que no es fiscalizable judicialmente.

Ello no quita, según dichos autores, que las autoridades encargadas de ejercer esas potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados gocen de un cierto «margen de apreciación» a la hora de interpretarlos y aplicarlos. En la estructura de todo concepto indeterminado son identificables: un núcleo fijo o «zona de certeza positiva», referida a las realidades claramente comprendidas por el concepto; una «zona de certeza negativa», referida a las realidades excluidas con seguridad del

---

<sup>27</sup> ALEXI (1994: 75 y 76); LOPERA MESA (2004).

<sup>28</sup> *Vid.*, entre otros, FISMAN y MIGUEL (2007); GALBIATI y VERTOVA (2014).

<sup>29</sup> *Vid.* COOTER (2006); TYLER (2006); SHAVELL (2012).

<sup>30</sup> *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: cap. VIII, IV.2), de donde se extraen las frases entrecomilladas que siguen.

concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto», donde no estaría claro ni lo uno ni lo otro. Pues bien, habida cuenta de «la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa», habría que reconocer que la Administración, en los casos que caen dentro de ese halo, en particular cuando se trata de conceptos que implican «juicios de valor», dispone de un cierto margen de apreciación, de una suerte de «beneficio de la duda», si bien sólo «puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos». Aquí, «el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir».

Esta teoría ha merecido justas críticas<sup>31</sup>. Resulta incongruente sostener que los jueces pueden fiscalizar plenamente la aplicación administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados y verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución lícita, al tiempo que se estima que los jueces han de reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en su aplicación.

En segundo lugar, de la distinción entre los márgenes de apreciación que implican tales conceptos y los márgenes de genuina discrecionalidad no se siguen consecuencias prácticas cualitativamente diferentes. Los jueces deben actuar de la misma manera en los dos casos. En ambos han de mostrar una cierta deferencia frente a las decisiones administrativas revisadas.

En tercer lugar, la tesis de que ambos márgenes difieren en cuanto a su naturaleza —volitiva o cognitiva— es cuestionable. Si, como hemos visto, todos los poderes públicos deben tomar siempre las decisiones más convenientes para el interés general, entonces nunca son enteramente libres para optar y tanto sus márgenes de discrecionalidad como los de apreciación tienen siempre una índole cognitiva. Lo que justifica que los tribunales se muestren deferentes hacia determinadas decisiones de la Administración es precisamente que esta se encuentra mejor situada que aquellos para *conocer* y establecer la solución que satisface óptimamente dicho interés.

Ello no quita que el hecho de que el delegante haya otorgado un poder discrecional de manera explícita o inequívoca tenga relevancia. Como luego veremos, este otorgamiento limita la discrecionalidad del supervisor para determinar el grado de deferencia que han de recibir las decisiones del agente.

## 4.2. Beneficios de la deferencia

La deferencia limita la intensidad del control ejercido por el supervisor sobre la actividad del agente y, por consiguiente, tanto los costes como los beneficios que tendría controlar «plenamente» esta.

---

<sup>31</sup> *Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN (1994: pp. 116 y ss.); BACIGALUPO (1997: 157 y ss.; 2023: § 5.58); CIRIANO VELA (2000: 126 y ss. y 442 y ss.); MUÑOZ MACHADO (2015: 246 y ss.); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 173 y 174); DOMÉNECH PASCUAL (2018 y 2021). En relación con el Derecho de la Unión Europea, MENDES (2017).

(i) La deferencia disminuye la probabilidad de que el supervisor incurra en un falso positivo (considere erróneamente que la actuación en cuestión es ilícita) y, por lo tanto, reduce los costes esperados de los errores de este tipo. Recordemos que las medidas adoptadas por el supervisor después de cometer un falso positivo pueden menoscabar directamente los intereses del principal. Y que, en tanto en cuanto son costosos para el agente, los falsos positivos minan los incentivos de este para tomar decisiones lícitas, que satisfacen óptimamente los intereses del principal. Semejante efecto desalentador será tanto más intenso cuanto mayores sean: la magnitud del perjuicio causado al agente como consecuencia del falso positivo; y la probabilidad de que se cometa un error de este tipo, lo que dependerá a su vez de factores tales como la capacidad y los incentivos del supervisor para juzgar acertadamente la licitud de las actuaciones del agente.

(ii) La deferencia reduce la probabilidad de que el supervisor estime que el agente ha actuado ilícitamente y tome medidas costosas para este, que minarían sus incentivos para esforzarse, buscar información, innovar y adoptar soluciones más beneficiosas para el principal que las que adoptaría en presencia de un control pleno.

(iii) La deferencia reduce los costes de procedimiento en que hay que incurrir para llevar a cabo el control. De un lado, porque revisar deferentemente una decisión requiere menos tiempo, esfuerzo e información que revisarla plenamente. En este último caso, el supervisor debe determinar cuál es la solución, de entre todas las posibles, que satisface óptimamente los intereses del principal. En el primer caso, en cambio, el supervisor no necesita averiguar cuál es la solución óptima, sino sólo precisar si la adoptada se encuentra dentro de un cierto margen. De otro lado, al reducir la probabilidad de que la decisión objeto de control sea declarada ilícita, la deferencia disminuye los incentivos que las personas interesadas en que se declare esa ilicitud tienen para poner en marcha el correspondiente procedimiento de control y, por consiguiente, cabe esperar que se tramiten menos procedimientos de este tipo. Imaginemos, por ejemplo, que los tribunales se muestran extraordinariamente deferentes respecto de ciertas decisiones administrativas, hasta el punto de que nunca las consideran ilegales. Conscientes de esta práctica judicial, los afectados por dichas decisiones muy difícilmente las impugnarán ante los tribunales, pues la nula probabilidad de que sean declaradas ilegales hará que el beneficio esperado de recurrirlas sea casi siempre inferior a sus costes<sup>32</sup>. En suma, cuanto mayor es la deferencia, menor es tendencialmente el número de procedimientos de control y menos cuesta tramitar cada uno de ellos.

---

<sup>32</sup> En determinadas circunstancias, sin embargo, puede producirse el resultado contrario. Un aumento de la deferencia puede propiciar que la Administración adopte decisiones más cuestionables y perjudiciales para los interesados, lo que a su vez puede incrementar el número de ocasiones en que estos las recurren ante los tribunales. *Vid.* GIVATI (2009).

### 4.3. Costes de la deferencia

La deferencia incrementa la probabilidad de que el supervisor incurra en un falso negativo, es decir, que dé por lícita una actuación que en realidad es ilícita y no satisface de manera óptima los intereses del principal. Este incremento tiene cuando menos tres efectos perjudiciales para el principal:

(i) En la medida en que los falsos negativos reducen los costes esperados que para el agente implica actuar ilícitamente, dichos errores *alientan la adopción de decisiones ilícitas*, cuyo número, en consecuencia, tenderá a incrementarse. Imaginemos, por ejemplo, que los tribunales se vuelven extremadamente deferentes al revisar las adjudicaciones de contratos públicos. Esta circunstancia reduce la probabilidad de que los tribunales anulen los contratos adjudicados ilegalmente por las autoridades administrativas en su propio beneficio y a costa de los intereses de la ciudadanía. Dado que la anulación de estos contratos tiene consecuencias costosas para las autoridades que los adjudicaron, dicha reducción aumentará los beneficios esperados de cometer tales ilegalidades, lo que a su vez provocará que el número de estas tienda a incrementarse.

Este efecto alentador de actuaciones ilícitas derivado de la deferencia será tanto más potente y negativo para los intereses del principal cuanto mayores sean (a) el beneficio que el agente puede obtener si actúa ilícitamente y (b) los costes esperados que para el agente tendría su actuación ilícita si esta fuera controlada plenamente, y que el agente se ahorra de resultados de la deferencia. Tales costes, a su vez, estarán en función creciente de (c) la probabilidad de que una actuación ilícita del agente sea declarada como tal si se la somete a control pleno y de (d) la magnitud de la «sanción» impuesta al agente por actuar ilícitamente.

(ii) Los falsos negativos *impiden que el supervisor adopte medidas preventivas* dirigidas a evitar que se desarrollen o sigan desarrollándose actividades ilícitas y contrarias a los intereses del principal. Imaginemos que los tribunales se vuelven extremadamente deferentes al autorizar actos de disposición de los bienes de personas menores de edad o discapacitadas. Este cambio jurisprudencial incrementará el número de los actos de disposición ilícitos, que perjudican los intereses de estas personas, con independencia de la influencia que además pueda tener sobre los incentivos de sus representantes legales para solicitar la autorización de un mayor número de esos actos.

(iii) Los falsos negativos *impiden que el supervisor adopte medidas correctivas* dirigidas a eliminar o mitigar los efectos lesivos para los intereses del principal de la situación creada por la correspondiente actuación ilícita.

Además, la deferencia *reduce la información generada en los procedimientos de control* acerca de cómo tienen que actuar los agentes para que sus decisiones sean lícitas y conformes con los intereses del principal. De un lado, y como ya hemos visto, porque la deferencia disminuye en determinadas circunstancias el número de casos en los que se controla la actuación de los agentes y se produce información al respec-

to. De otro lado, porque en los procedimientos de control deferente no es necesario examinar cuál es la solución, de entre todas las posibles, que satisface óptimamente los intereses del principal, sino sólo responder a una cuestión de alcance mucho más limitado: la de si la solución revisada se encuentra dentro del referido espacio. Es decir, cuanto mayor es la deferencia, menor es tendencialmente el número de procedimientos en los que se podría generar esa información y menos información produce cada uno de ellos.

#### 4.4. Factores determinantes del grado óptimo de deferencia

A fin de maximizar la satisfacción de los intereses del principal, debería reconocerse un cierto margen de deferencia al agente si y en la medida en que los beneficios esperados que para el principal se derivan ello superen a sus costes. A estos efectos conviene tener en cuenta que unos y otros dependen crucialmente de varios factores<sup>33</sup>, principalmente de los siguientes.

##### 4.4.1. Capacidad para decidir acertadamente

El primer factor es la diferencia existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para tomar decisiones que satisfacen óptimamente los intereses del principal. La capacidad para efectuar este juicio depende de varias circunstancias, tales como el tiempo, los recursos materiales, la experiencia y los conocimientos de que disponen las personas encargadas de decidir, su legitimidad, la cercanía de estas personas respecto de los hechos relevantes para tomar una u otra decisión, etc.

Esta capacidad es un factor relevante principalmente porque determina la probabilidad de incurrir en errores a la hora de precisar qué decisiones satisfacen mejor los intereses del principal. Cuanto más elevada sea la capacidad de una persona para decidir acertadamente, menos probable será *ceteris paribus* que cometa un error en este punto. Además, la mayor capacidad puede tener también otras ventajas, como la de facilitar que las decisiones correspondientes sean aceptadas por las personas afectadas.

La diferencia existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para precisar cuáles son las mejores soluciones para el principal determina la probabilidad de que el supervisor incurra en falsos positivos o falsos negativos. Supongamos que la capacidad del agente es muy elevada, hasta el punto de que siempre acierta; y la del supervisor, muy baja, hasta el punto de que siempre se equivoca. Así las cosas, la probabilidad de que este último cometa un falso positivo al controlar plenamente las decisiones del

---

<sup>33</sup> Cfr. CRAIG (2022); ARROYO JIMÉNEZ (2024). Otros autores, en cambio, consideran que el único factor determinante de la intensidad del control judicial de la actividad administrativa debería ser la densidad con la que esta ha sido programada por el ordenamiento jurídico. *Vid.* BACIGALUPO (2023: § 5.4-6).

agente es elevadísima (igual a 1: siempre yerra), mientras que la probabilidad de cometer un falso negativo al mostrarse deferente es reducidísima (igual a 0: nunca yerra). En estas circunstancias, es obvio que el supervisor debería ser siempre deferente frente a las decisiones del agente. En general, cuanto mayor sea la diferencia (positiva) existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para decidir acertadamente, más deferente debería ser este último, pues la probabilidad de cometer un falso positivo es más elevada; y la de incurrir en un falso negativo, menor.

Esto explica por qué los tribunales suelen conceder a las autoridades administrativas una amplia discrecionalidad para tomar decisiones que requieren efectuar complicadas evaluaciones económicas o sociales o apreciaciones de hechos técnicamente complejas, y/o respecto de los cuales existe una gran incertidumbre científica<sup>34</sup>. Por lo general, las administraciones públicas cuentan con mejores conocimientos y están mejor pertrechadas que los jueces para decidir acertadamente sobre estas cuestiones.

Cuanto mayor es la diferencia de capacidad entre las administraciones públicas y los jueces para decidir acertadamente, más amplio suele ser el margen de apreciación que estos reconocen a las primeras. De ahí que, por ejemplo: (i) el control judicial de las decisiones administrativas sobre acceso al empleo público es normalmente más incisivo cuando se revisa la evaluación de conocimientos jurídicos, respecto de los cuales los jueces son expertos, que cuando se hace lo propio con saberes de distinta índole<sup>35</sup>; (ii) la deferencia de los jueces tiende a ser mayor cuanto mayor es su carga de trabajo, pues entonces tienen menos tiempo para estudiar cada uno de los casos sometidos a su juicio y, por lo tanto, la referida diferencia de capacidad se acentúa<sup>36</sup>.

Análogamente, los tribunales internacionales de derechos humanos reconocen un «margen de apreciación» a las autoridades nacionales para resolver los problemas planteados en relación con la protección de estos derechos. Al encontrarse «en relación directa y permanente con las fuerzas vivas de su país, las autoridades nacionales están en principio en mejor posición que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y el contexto locales»<sup>37</sup>. Para tomar decisiones acertadas en esta materia, hay que analizar, a la vista de las peculiaridades de cada caso, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos cuestionadas. Y

---

<sup>34</sup> *Vid.*, entre otras, la STS de 16 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5341); las SSTJUE de 21 de enero de 1999 (*Upjohn*, C-120/97, § 34), 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28); y las SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/97, §§ 97 y ss.), 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 142) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449). En la doctrina, *vid.*, entre otros, CIRIANO VELA (2000: 359 y ss.); ESTEVE PARDO (2009); HERNÁNDEZ (2011); RUIZ PALAZUELOS (2018); RODRÍGUEZ PONTÓN (2019). En relación con el Derecho de la Unión Europea, *vid.* FRITZSCHE (2010); NEHL (2019).

<sup>35</sup> En sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1208 y 1215).

<sup>36</sup> *Vid.* COAN (2012); DOMÉNECH-PASCUAL, MARTÍNEZ-MATUTE y MORA-SANGUINETTI (2021); y, *mutatis mutandis*, en relación con la revisión de resoluciones judiciales por tribunales superiores, HUANG (2011); LAVIE (2016).

<sup>37</sup> SSTEDH de 25 de septiembre de 1996 (*Buckley c. Reino Unido*, 20348/1992, § 75) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

las autoridades domésticas están normalmente mejor situadas que los jueces internacionales para efectuar semejantes análisis, pues suelen tener un mejor conocimiento de las circunstancias en las que se plantean los correspondientes conflictos y que determinan si las medidas enjuiciadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas<sup>38</sup>.

Este margen de apreciación resulta especialmente amplio cuando: hay que «apreciar en qué podría consistir la política óptima en [un] campo social y técnico difícil»<sup>39</sup>; «lo que se encuentra en juego son cuestiones de política general sobre las que pueden razonablemente existir profundas divergencias en un Estado democrático»<sup>40</sup>; o «no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa ni sobre la importancia relativa del interés en juego ni sobre el mejor medio de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas»<sup>41</sup>. En los tres supuestos, el problema es sustancialmente el mismo: la cuestión planteada es muy compleja y hay una elevada incertidumbre (científica, técnica, económica, moral, etc.) acerca de cuál es la mejor manera de resolverla. Y en los tres supuestos cabe pensar que las autoridades domésticas están mejor situadas que los jueces internacionales para encontrar la solución óptima.

#### 4.4.2. *Divergencia de intereses*

Otro factor relevante es el de la medida en que los intereses del agente divergen de los del principal, es decir, el del coste neto esperado que para el principal implica que el agente tome la decisión más acorde con sus propios intereses. Si, como cabe razonablemente suponer, el agente trata de actuar en el sentido que más le conviene, dicha divergencia implica por definición el riesgo de que este adopte decisiones lesivas para los intereses del principal. A mayor divergencia, mayor riesgo. Y, obviamente, cuanto más elevado sea este riesgo, más costosa y desaconsejable será la deferencia.

Esto explica por qué la deferencia del juez hacia los administradores de las sociedades mercantiles «será esperable que se produzca si hay alineamiento entre las preferencias del juez [que podemos suponer están aproximadamente alineadas con las de los socios] y las que este atribuye al agente»<sup>42</sup>. De hecho, los tribunales estadounidenses utilizan para revisar dichas decisiones un estándar especialmente estricto (*entire fairness standard*) cuando estas se adoptaron en presencia de un conflicto de intereses<sup>43</sup>. En sentido similar, el artículo 226.1 de la Ley española de Sociedades de Capital excluye la aplicación de una regla de amplia «discrecionalidad empresarial» cuando el administrador actuó con «interés personal en el asunto objeto de decisión».

<sup>38</sup> GERARDS (2011: 85). *Vid.*, también, IGLESIAS VILA (2024).

<sup>39</sup> STEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner c. Reino Unido*, 9310/1981, § 44).

<sup>40</sup> S TEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 97) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

<sup>41</sup> STEDH de 4 de abril de 2023 (*A. H. c. Alemania*, 7246/2020, § 112).

<sup>42</sup> SÁEZ LACAPE (2024).

<sup>43</sup> STEIN (2024).

De ahí también que el Tribunal Supremo español reconozca a las administraciones públicas un margen de apreciación especialmente ancho cuando el órgano que ha adoptado la resolución impugnada goza de una singular imparcialidad<sup>44</sup>, sus miembros vienen «adornados» por las cualidades de la objetividad y la independencia<sup>45</sup> o son «ajenos a los intereses» afectados por la decisión<sup>46</sup>. Las garantías de imparcialidad, objetividad, independencia y ajenidad tienden a reducir las divergencias entre los intereses del agente (las personas titulares del órgano administrativo decisor) y los del principal (los ciudadanos afectados) y, por lo tanto, minoran el riesgo de que dicho órgano tome decisiones lesivas para la ciudadanía.

Análogamente, los tribunales suelen mostrarse más deferentes con las decisiones adoptadas por las autoridades cuya legitimidad democrática es mayor (es decir, cuya relación representativa con el pueblo es más estrecha). Normalmente son más deferentes con el legislador que con las autoridades administrativas, y tanto más deferentes con estas cuanto más legitimado democráticamente está el órgano artífice de la actuación revisada. Así, una de las razones por las cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) suele reconocer a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación para proteger tales derechos es que dichas autoridades «gozan de una legitimidad democrática directa»<sup>47</sup>. La razón de la relevancia que en este punto tiene el factor democrático salta a la vista. Cabe razonablemente suponer que cuanto mayor es la legitimidad democrática de una autoridad, más alineados están sus intereses con los de la ciudadanía y, por lo tanto, menor es el riesgo de que tomen medidas lesivas para esta.

#### 4.4.3. *Plausibilidad sustancial de la decisión objeto de control*

La plausibilidad de una decisión puede definirse como la probabilidad percibida por el supervisor, a la vista de su contenido, de que esta satisfaga óptimamente los intereses del principal. Cuanto menos plausible sea la decisión controlada, menos deferente hacia ella debería mostrarse el supervisor, obviamente<sup>48</sup>.

#### 4.4.4. *Medidas de cuidado adoptadas para tomar una decisión acertada. Procedimiento y motivación*

El agente puede y normalmente debe tomar ciertas medidas de cuidado dirigidas a garantizar el acierto de sus decisiones. Cabe razonablemente pensar que su adop-

---

<sup>44</sup> STC 353/1993, de 29 de noviembre.

<sup>45</sup> STS de 16 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5358).

<sup>46</sup> *Vid.*, las SSTs de 9 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:19825) y 9 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7981).

<sup>47</sup> SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 97) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

<sup>48</sup> STEPHENSON (2006b).

ción eleva la probabilidad de que se produzca efectivamente dicho resultado. Estas medidas consisten principalmente en: buscar, obtener y procesar información acerca de las circunstancias relevantes para decidir y, muy especialmente, acerca del impacto que las distintas alternativas de actuación pueden tener sobre los intereses del principal; analizar, a la vista de esa información, los costes y beneficios esperados de cada una de las referidas alternativas; determinar cuál es la que mejor satisface dichos intereses; explicar las razones por las que se ha llegado a dicha solución; y, en el caso de recabar la colaboración de otros sujetos para llevar a cabo dichas tareas, asegurar que estos reúnen ciertos requisitos de capacidad y objetividad.

De hecho, las autoridades legislativas, administrativas y judiciales están normalmente obligadas a observar un determinado procedimiento antes de tomar decisiones que afectan a los ciudadanos. Es decir, están obligadas a realizar un conjunto de actividades de obtención, procesamiento, evaluación y comunicación de información encaminadas a garantizar el acierto de las correspondientes decisiones. También están obligadas a motivar estas decisiones, a explicar las razones de hecho y derecho que las justifican. En el ámbito privado, los agentes deben tomar medidas de cuidado análogas, aunque no siempre estas han sido determinadas y reguladas con detalle por el legislador. Los administradores de sociedades de capital, por ejemplo, deben actuar «con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado»<sup>49</sup>.

La adopción de estas medidas de cuidado constituye un factor de importancia crucial a la hora de precisar el grado de deferencia que conviene reconocer al agente desde el punto de vista de los intereses del principal. Cuanto menor (mayor) sea el nivel de cuidado que el agente haya adoptado para decidir, menor (mayor) será la deferencia que merecen sus decisiones. O, dicho de otra manera, cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad otorgado al agente, más elevado será el nivel de cuidado con el que este debería actuar<sup>50</sup>. Y ello por varias razones:

En primer lugar, la adopción de medidas de cuidado aumenta la probabilidad de que el agente tome una decisión conveniente para los intereses del principal y, en consecuencia, incrementa también la probabilidad de que el supervisor cometa un falso positivo al verificar la licitud de las actuaciones del agente, lo que justificaría aumentar la deferencia en este punto.

En segundo lugar, si el hecho de que el supervisor declare ilícita la actuación del agente tiene consecuencias costosas para este, exigir como condición indispensable para mostrar deferencia y no declarar esa ilicitud que el agente cumpla las referidas medidas de cuidado incentiva evidentemente su cumplimiento. Por ejemplo, el hecho de que las autoridades administrativas sepan que sus actos serán anulados si no han sido preparados a través de un determinado procedimiento, unido a la circunstancia de que su anulación tendrá considerables costes para ellas, propiciará

---

<sup>49</sup> *Vid.* el art. 226.1 LSC; GUERRERO TREVIJANO (2015); ALFARO ÁGUILA-REAL (2015); SÁEZ LACAVE (2024).

<sup>50</sup> En sentido similar, FRITZSCHE (2010: 398); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 69 y ss.); NEHL (2019: 190); HOFMANN (2019: 91); PONCE SOLÉ (2022: 137); ARROYO (2024).

que observen ese procedimiento, lo que previsiblemente redundará en beneficio de la ciudadanía.

En tercer lugar, la adopción de esas medidas de cuidado, que normalmente tienen un coste significativo para el agente, puede servir para indicar o señalar de manera creíble que las decisiones resultantes son acertadas y valiosas tanto para el agente como para el principal, por lo que su declaración de ilicitud menoscabaría los intereses de ambos, lo que justificaría que los tribunales mostraran cierta deferencia hacia ellas, por las razones antes expuestas<sup>51</sup>.

La adopción de medidas de cuidado será especialmente necesaria, a los efectos de que el supervisor se comporte deferentemente, cuando existe un elevado riesgo de que la decisión examinada menoscabe los intereses del principal, por ejemplo, porque hay una cierta divergencia entre estos y los del agente<sup>52</sup> o porque dicha decisión es muy implausible. Nótese que, por esta razón, la plausibilidad sustantiva de una decisión y las garantías procedimentales observadas para dictarla tienden a ser sustitutivas o intercambiables. Cuanto más sospechoso o endeble sea el contenido de la decisión, más rigurosas deberán ser esas garantías a los efectos de que el supervisor la considere lícita<sup>53</sup>.

En la práctica, los tribunales tienden a actuar de acuerdo con estos criterios al revisar decisiones administrativas. Así, por ejemplo, «la posición del Tribunal Supremo sobre el rigor exigible a la motivación [suele] depender de las dudas sobre la justicia material de la resolución administrativa recurrida... las sombras de duda... llevan a alzar la exigencia de motivación»<sup>54</sup>. Cabe citar a título ilustrativo el caso del nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. El Consejo General del Poder Judicial había escogido a un candidato que había obtenido peor puntuación que otro respecto de los méritos susceptibles de mayor objetivación, y sólo había superado a este en el mérito cuya valoración entrañaba mayor subjetividad. Así las cosas, el Tribunal Supremo considera que «en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación... que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados... en la convocatoria». Y ello «a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder»<sup>55</sup>. De hecho, después de que el acuerdo fuera anulado por no contener ese «razonamiento especialmente cuidado», el Consejo volvió a escoger al mismo candidato, pero esta vez con una motivación más robusta que una ulterior sentencia del Tribunal Supremo consideró suficiente<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> *Vid.* STEPHENSON (2006a y 2006b).

<sup>52</sup> En sentido similar, PONCE SOLÉ (2022: 137).

<sup>53</sup> STEPHENSON (2006b).

<sup>54</sup> GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1202).

<sup>55</sup> STS de 10 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2039).

<sup>56</sup> STS de 27 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2487).

Por una razón análoga, el legislador español exige una motivación reforzada para las decisiones administrativas que «se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos»<sup>57</sup>. Esa separación constituye un «indicio de arbitrariedad en la actuación administrativa», una circunstancia que mina su plausibilidad y que debe ser contrarrestada mediante una explicación particularmente rigurosa de las razones que la sustentan<sup>58</sup>.

El artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece una regla de procedimiento dirigida a enervar el riesgo de que la junta adopte acuerdos lesivos para el «interés social», en casos en los que este riesgo es particularmente elevado. Los socios que se encuentran en determinadas situaciones de conflicto de interés y no se abstienen de votar corren con la carga de probar la conformidad con el interés social del acuerdo impugnado, si su voto fue decisivo. La precaución procedimental consistente en abstenerse, por consiguiente, permite «relajar la intensidad del escrutinio *ex post*»<sup>59</sup>.

Al enjuiciar leyes, el Tribunal Constitucional también condiciona a veces su deferencia a la adopción de medidas de cuidado análogas. La STC 140/2016, de 21 de julio (FFJJ 8, 11 y 13), por ejemplo, consideró que el legislador tenía que «justificar los criterios conforme a los cuales fija el importe de cada una de las tasas» judiciales impugnadas, así como su proporcionalidad. En ausencia de una justificación suficiente a este respecto, que no constaba en la memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de ley, el Tribunal estimó que la tasa cuestionada era contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

En varias sentencias relativas a restricciones impuestas a la implantación de grandes establecimientos comerciales, el Tribunal Constitucional anula sendas disposiciones autonómicas por contravenir la legislación estatal básica que supeditaba esas restricciones al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como su idoneidad y necesidad para lograr determinados objetivos legítimos. Pero, para declararlas inconstitucionales, el Tribunal no afirma que las restricciones cuestionadas eran inidóneas o innecesarias a esos efectos, sino sólo que el legislador no había aportado razones que justificaran suficientemente su idoneidad y necesidad<sup>60</sup>, y que no había proporcionado «los datos precisos en los que se justifica la adopción de la medida limitativa de acuerdo con tales razones»<sup>61</sup>.

En sentido similar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que las instituciones de la Unión deben adoptar medidas de cuidado semejantes cuando dictan decisiones administrativas discrecionales de carácter singular o general, así como cuando ejercen su discrecionalidad legislativa<sup>62</sup>. En general, deben

<sup>57</sup> Art. 35.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>58</sup> En relación con el precedente administrativo, *vid.* DÍEZ SASTRE (2008: 65 y 268 y ss.).

<sup>59</sup> SÁEZ LACAVE (2016: 48).

<sup>60</sup> *Vid.* las SSTC 26/2012, de 1 de marzo (FJ 5); 193/2013, de 21 de noviembre (FFJJ 6-8); 73/2016, de 14 de abril (FJ 6); y 128/2016, de 7 de julio (FJ 3).

<sup>61</sup> STC 157/2016, de 22 de septiembre (FJ 9).

<sup>62</sup> SSTJUE de 8 de junio de 2010 (*Vodafone y otros*, C-58/08, § 55); 12 de mayo de 2011 (*Luxemburgo c. Parlamento Europeo y Consejo*, C-176/09, § 65) y 13 de marzo de 2019 (*Polonia c. Parlamento*

«examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata», garantizar «el derecho del interesado a expresar su punto de vista» y motivar «la decisión de modo suficiente»<sup>63</sup>. En materia económica, en particular, el juez comunitario puede verificar no sólo «la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también... si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos»<sup>64</sup>. Una doctrina análoga ha sentado el TJUE en relación con las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales. Así, por ejemplo, «las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación»<sup>65</sup>.

El TEDH, por su parte, ha declarado que, cuando el Estado aborda «cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso decisorio debe, en primer lugar, comportar la realización de investigaciones y estudios apropiados, a fin de prevenir y evaluar previamente los efectos de las actividades que pueden atentar contra el ambiente y los derechos de los ciudadanos, permitiendo de esa manera el logro de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes»<sup>66</sup>. En segundo lugar, los individuos afectados deben tener la posibilidad de participar en el proceso decisorio, lo que incluye la posibilidad de acceder a la información relevante disponible y de impugnar efectivamente las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales<sup>67</sup>. En tercer lugar, el Estado debe justificar, «utilizando datos detallados y rigurosos», las decisiones adoptadas<sup>68</sup>. Si no se han tomado estas medidas de cuidado dirigidas a determinar dicho justo equilibrio, no cabe presumir que este ha sido alcanzado.

En sentido similar, los tribunales de los Estados Unidos de América aplican, para revisar las decisiones de las agencias administrativas y las de los administradores de sociedades mercantiles, cánones más deferentes cuando estas han sido preparadas con observancia de ciertas reglas de procedimiento<sup>69</sup>.

---

*Europeo y Consejo*, C-128/17, §§ 45, 100 y 136). *Vid.*, también, MENDES (2016); HOFMANN (2019).

<sup>63</sup> STJUE de 21 de noviembre de 2021 (*Technische Universität München*, C-269/19, § 14).

<sup>64</sup> STJUE de 15 de febrero de 2005 (*Tetra Laval*, C-12/03 P, § 39).

<sup>65</sup> SSTJUE de 22 de diciembre de 2008 (*Comisión c. Austria*, C161/07, § 36) y 24 de marzo de 2011 (*Comisión c. España*, C-400/08, § 83).

<sup>66</sup> STEDH de 10 de noviembre 2004 (*Taşkın y otros*, 46117/99, §§ 115 y ss.).

<sup>67</sup> STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 143).

<sup>68</sup> STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 145).

<sup>69</sup> En relación con la revisión de decisiones administrativas, *vid. Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576, 587 (2000). En relación con la revisión de actuaciones de administradores de sociedades mercantiles, *vid. Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, 125 A.3d 304, 312-13 (Del. 2015). En la doctrina, *vid. STEIN* (2024).

#### 4.4.5. *Relevancia de los intereses en juego*

El TEDH ha declarado en alguna ocasión que, cuando las medidas estatales enjuiciadas «atenta[n] contra uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona», el margen de apreciación que ha de reconocerse a los Estados es reducido<sup>70</sup>. Uno podría sentirse tentado a generalizar esta doctrina y afirmar que el supervisor debe mostrar siempre escasa deferencia hacia las medidas enjuiciadas que afectan gravemente a los intereses del principal.

Debe notarse, sin embargo, que la relevancia de los intereses del principal afectados por la correspondiente decisión juega un papel ambivalente<sup>71</sup>. Cuanto mayor es esta relevancia, más graves son los perjuicios ocasionados al principal por los falsos negativos cometidos por el supervisor al mostrarse deferente y considerar lícitas decisiones que en realidad son ilícitas. Pero, por otro lado, más graves son también los perjuicios que al principal pueden ocasionar los falsos positivos cometidos por el supervisor al declarar equivocadamente la ilicitud de las decisiones del agente y, por lo tanto, más aconsejable resultará que el supervisor se muestre deferente.

Así las cosas, la solución óptima para los casos en los que los intereses afectados revisten una gran trascendencia consistirá normalmente en que los supervisores muestren un elevado grado de deferencia, siempre que los agentes tengan mayor capacidad de decidir acertadamente y con la condición de que extremen el cuidado a la hora de tomar una decisión y justificarla.

En la práctica, suele observarse esta solución. Por ejemplo, en asuntos referidos a cuestiones complejas de política general en los que las medidas estatales afectan gravemente a los derechos humanos, el TEDH ha reconocido a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación, pero sólo si estas han observado ciertas exigencias de procedimiento dirigidas a lograr un justo equilibrio entre todos los intereses afectados<sup>72</sup>. En el ámbito societario, «los jueces mercantiles evitan por lo general entrar en el fondo del asunto o de la disputa, y tratan de amparar sus decisiones en el cumplimiento de procedimientos formales y en la corrección técnica, más que sustantiva o de contenido, de la decisión»<sup>73</sup>.

### 4.5. **La determinación del grado de deferencia**

El delegante tiene la primera palabra en la determinación del grado de deferencia que el supervisor debe mostrar hacia las decisiones del agente o, lo que es lo mismo, en la delimitación del margen de discrecionalidad que corresponde a este último.

---

<sup>70</sup> STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 102).

<sup>71</sup> En sentido similar, COOTER y GILBERT (2022: 316 y 317).

<sup>72</sup> Vid. las SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 116-130) y 10 de noviembre de 2004 (*Taskin y otros c. Turquía*, 46117/1999, §§ 116-126).

<sup>73</sup> SÁEZ LACAVE (2024).

Sin embargo, por lo general, resulta difícil que el delegante sea capaz de precisar de antemano y con absoluta exactitud el grado óptimo de deferencia, sobre todo cuando este es amplio.

Habida cuenta de que dicho grado óptimo puede variar notablemente en función de las circunstancias del caso concreto, el supervisor estará normalmente mejor situado que el delegante para determinarlo. Aquel puede evaluar más acertadamente la influencia que en cada caso tienen algunos de los factores analizados en epígrafes anteriores, factores que pueden tomar valores muy diferentes en cada ocasión. Piénsese en: la plausibilidad sustancial de la concreta decisión enjuiciada; las concretas medidas de cuidado adoptadas por el agente para asegurar el acierto de su decisión; la relevancia de los intereses en juego; la existencia de posibles conflictos de interés entre el principal y el agente, etc.

Si, además, no existe una gran divergencia entre los intereses del principal y los del supervisor y este adopta normalmente medidas de cuidado suficientes para asegurar su acierto, parece razonable que el supervisor disponga de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el grado de deferencia que ha de reconocerle al agente.

De hecho, el supervisor tiene usualmente la penúltima palabra a este respecto. Digo penúltima y no última porque a veces sus decisiones son revisables por otro u otros supervisores y porque, en el caso de que el supervisor actúe por delegación, el delegante siempre puede controlar su actividad y eventualmente revocar, modificar o condicionar la delegación al menos para los casos futuros.

El delegante puede limitar de dos maneras la discrecionalidad del supervisor para determinar el grado de deferencia que ha de reconocerse al agente. La primera consiste en disponer explícita o al menos inequívocamente que el agente goza de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones, lo que significa que el supervisor debe mostrar deferencia hacia estas. Por ejemplo, la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, establece que: los órganos administrativos encargados de evaluar las pruebas de acceso a este cuerpo funcional «actuarán con plena independencia y discrecionalidad técnica» (art. 28.5); «la libre designación consiste en la apreciación discrecional, por el órgano competente, de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto de trabajo» (art. 47.5); y «los Policías Nacionales que hayan obtenido un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser cesados del mismo con carácter discrecional». Al dejar sentado que estas decisiones son discrecionales, el legislador obliga a los jueces a mostrarse ampliamente deferentes con ellas. El legislador limita así la discrecionalidad de los jueces para determinar el grado de deferencia que deben mostrar al revisarlas. Cabe razonablemente entender, sin embargo, que tampoco excluye del todo la discrecionalidad judicial, pues los tribunales siguen teniendo un cierto margen para apreciar en algunos casos la ilegalidad de las correspondientes decisiones<sup>74</sup>, por ejem-

---

<sup>74</sup> Sobre las posibilidades de control de la llamada «discrecionalidad técnica», *vid.*, entre otros, DESDENTADO DAROCA (1997); GARCÍA ÁLVAREZ (2012); RIVERO YSERN y RIVERO OR-

plo, cuando el correspondiente órgano administrativo ha incurrido en un «patente error»<sup>75</sup> o en una desviación de poder<sup>76</sup>.

Esta discrecionalidad explícitamente atribuida al agente no es, por lo tanto, absoluta, sino que tiene límites. En la medida en que estos no han sido predeterminados por el delegante con absoluta exactitud, el supervisor dispone de un cierto margen de discrecionalidad para modular su deferencia respecto de la actuación del agente. Pero ello no quiere decir que la atribución explícita de discrecionalidad carezca de relevancia. Con ella el delegante deja claro que el supervisor debe mostrarse ampliamente deferente. A falta de ella, la discrecionalidad del supervisor en este punto sería mucho mayor.

La segunda manera de limitar la discrecionalidad del supervisor consiste en que el delegante predetermine de manera precisa las condiciones de licitud de las decisiones del agente. Nótese que esta solución arroja como resultado que tanto el agente como el supervisor tienen escasa discrecionalidad. Al quedar predeterminado con un elevado grado de detalle y exactitud cómo ha de actuar el agente, este dispone de un escaso margen para actuar lícitamente y, correlativamente, el supervisor no tiene más remedio que ser poco deferente con él.

Para otorgar al supervisor un amplio margen de discrecionalidad dirigido a precisar el grado de deferencia que este ha de reconocer al agente, el delegante no necesita otorgárselo explícitamente. El delegante puede conseguir el mismo resultado regulando en términos contradictorios, silentes o imprecisos —mediante «conceptos jurídicos indeterminados»— las condiciones de licitud de las actuaciones del agente. Nótese que la utilización de tales términos en la regulación de la actividad del agente no significa necesariamente que este goce de discrecionalidad, sino sólo que el supervisor tiene en principio una cierta discrecionalidad para determinar si y en qué medida dicho agente puede actuar discrecionalmente.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Robert ALEXANDER (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994.
- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), «Artículo 226», en Javier JUSTE MENCÍA (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Civitas, Cizur Menor, pp. 325-360.
- María José ALONSO MAS (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- R. Douglas ARNOLD (1987), «Political Control of Administrative Officials», *Journal of Law, Economics and Organization*, 3(2), pp. 279-86.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ (2024), «Control judicial y deferencia en el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.

TEGA (2012); SÁNCHEZ MORÓN (2015); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015); MAURI MAJÓS (2019).

<sup>75</sup> STS de 16 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5341).

<sup>76</sup> STS de 21 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4688).

- Mariano BACIGALUPO (1997), *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- Mariano BACIGALUPO (2023), «La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho», en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercè DARNACULLETA GARDELLA (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, pp. 133-152.
- Miguel BELTRÁN DE FELIPE (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- Jonathan BENDOR y Adam MEIROWITZ (2004), «Spatial Models of Delegation», *American Political Science Review*, 98(2), pp. 293-310.
- César David CIRIANO VELA (2000), *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.
- Andrew COAN (2012), «Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law», *Yale Law Journal*, 122, pp. 422-458.
- Robert COOTER (2006), «The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint», *Fordham Law Review*, 75, pp. 1275-1286.
- Robert D. COOTER y Bradley FREEDMAN (1991), «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences», *New York University Law Review*, 66, pp. 1045-1075.
- Robert D. COOTER y Michael D. GILBERT (2022), *Public Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford.
- Paul CRAIG (2022), «Varying intensity of judicial review: a conceptual analysis», *Public Law*, 3, pp. 442-462.
- Pedro DA SILVA MOREIRA (2019), *Deferencia al legislador. La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, CEPC, Madrid.
- Eva DESDENTADO DAROCA (1997), *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid.
- Silvia DÍEZ SASTRE (2008), *El precedente administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2017), «¿Mejor antes o después? Controles públicos previos vs. controles públicos posteriores», *Papeles de Economía Española*, 151, pp. 47-62.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2018), «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, pp. 131-164.
- Gabriel DÓMENECH PASCUAL (2021), «El juego del Legislador, la Administración y el Juez», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, pp. 861-934.
- Gabriel DÓMENECH-PASCUAL, Marta MARTÍNEZ-MATUTE y Juan S. MORA-SANGUINETTI, (2021), «Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? A theoretical and empirical analysis», *International Review of Law and Economics*, 65.
- Ronald DWORKIN, «Judicial discretion», *Journal of Philosophy*, 60 (21), pp. 624-638.
- Franck H. EASTERBROOK y Daniel R. FISCHER (1993), «Contract and Fiduciary Duty», *Journal of Law & Economics*, 36(1), pp. 425-446.
- José ESTEVE PARDO (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, pp. 881-921.
- Tamar FRANKEL (2010), *Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Alexander FRITZSCHE (2010), «Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law», *Common Market Law Review*, 47, pp. 361-403.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998), *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2005), *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *Revista de Administración Pública*, 196, pp. 211-227.
- Jordi FERRER BELTRÁN (2021), «El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias», *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), pp. 244-273.

- Jordi FERRER BELTRÁN (2024), «La doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa y el principio de inmediación: una deferencia mal entendida al juzgador de primera instancia», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Víctor FERRERES COMELLA (2021), *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid.
- Raymond FISMAN y Edward MIGUEL (2007), «Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Diplomatic Parking Tickets», *Journal of Political Economy*, 115(6), pp. 1020-1048.
- Roberto GALBIATI y Pietro VERTOVA (2014), «How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior», *International Review of Law and Economics*, 38, pp. 48-57.
- Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (2012), «El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “discrecionalidad técnica”)», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. 1, pp. 1193-1221.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I.
- Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS (2014), «Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review», *American Journal of Comparative Law*, 62, pp. 1-33.
- Janneke GERARDS (2011), «Pluralism, Deference, and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, 17(1), pp. 80-120.
- Yehonatan GIVATI (2009), «Strategic Statutory Interpretation by Administrative Agencies», *American Law and Economics Review*, 12(1), pp. 95-115.
- Cristina GUERRERO TREVIANO (2015), «La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», *Revista de Derecho Mercantil*, 298, pp. 147-182.
- H. L. A. HART (2013), «Discretion», *Harvard Law Review*, 127(2), pp. 652-665.
- Juan Carlos HERNÁNDEZ (2011), *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el derecho comunitario. Test sustantivo y control judicial*, Aranzadi, Cizur Menor.
- John HICKS (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49(196), pp. 696-712.
- Herwig C. H. HOFMANN (2019), «The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality», *Review of European Administrative Law*, 13(2), pp. 87-112.
- Bert I. HUANG (2011), «Lightened Scrutiny», *Harvard Law Review*, 124, pp. 1109-1151.
- Marisa IGLESIAS VILA (2024), «Deferencia en los tribunales internacionales de derechos humanos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Michael C. JENSEN y William H. MECKLING (1976), «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, 3(4), pp. 305-360.
- Nicholas KALDOR (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49:195, pp. 549-552.
- Louis KAPLOW (1992), «Rules versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42, pp. 557-629.
- Pauline T. KIM (2007), «Lower Court Discretion», *New York University Law Review*, 82, pp. 383-442.
- Edgar KISER (1999), «Comparing Varieties of Agency Theory in Economics, Political Science, and Sociology: An Illustration from State Policy Implementation», *Sociological Theory*, 17(2), pp. 146-170.
- Russell B. KOROBKIN (2000), «Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited», *Oregon Law Review*, 79, pp. 25-59.
- Thomas S. KUHN (1977), *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press, Chicago.
- Shay LAVIE (2016), «Appellate Courts and Caseload Pressure», *Stanford Law and Policy Review*, 27, pp. 57-99.
- Isabel LIFANTE VIDAL (2002), «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 25, pp. 413-439.
- Isabel LIFANTE VIDAL (2024), «Sobre el ejercicio y el control de la discrecionalidad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.

- Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211-246.
- Joan MAURI MAJÓS (2019), «Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas», en Elisenda MALARET (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 325-357.
- Joana MENDES (2016), «Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law», *Common Market Law Review*, 53, pp. 419-452.
- Joana MENDES (2017), «Bounded discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU», *Modern Law Review*, 80(3), pp. 443-472.
- Santiago MUÑOZ MACHADO (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, BOE, Madrid, t. III.
- Hanns Peter NEHL (2019), «Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments in the European Union», en Joana MENDES (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 157-197.
- Alejandro NIETO (2000), *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona.
- Cándido PAZ-ARES (2015), «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 39, pp. 43-65.
- Juli PONCE SOLÉ (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, pp. 57-84.
- Juli PONCE SOLÉ (2022), *Manual de fonaments del Dret administratiu i de la gestió pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Juli PONCE SOLÉ (2024), «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿Indiferencia, insuficiencia, deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Enrique RIVERO YSERN y Ricardo RIVERO ORTEGA (2012), «¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. 1, pp. 2063-2078.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN (2019), «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», en E. Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 47-212.
- Stephen A. ROSS (1973), «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», *American Economic Review*, 63(2), pp. 134-139.
- Nuria RUIZ PALAZUELOS (2018), *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Maribel SÁEZ LACAVE (2016), «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, 1/2016.
- Maribel SÁEZ LACAVE (2024), «Delegación y deferencia. Reflexiones desde una perspectiva económica del Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2015), «Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica», *Revista de Administración Pública*, 197, pp. 209-222.
- Susan P. SHAPIRO (2005), «Agency Theory», *Annual Review of Sociology*, 31, pp. 263-284.
- Steven SHAVELL (2007), «Optimal Discretion in the Application of Rules», *American Law and Economics Review*, 9(1), pp. 175-194.
- Steven SHAVELL (2012), «When Is Compliance with the Law Socially Desirable?», *Journal of Legal Studies*, 41, pp. 1-36.

- Robert H. SITKOFF, «The Economic Structure of Fiduciary Law», *Boston University Law Review*, 91, pp. 1039-1049.
- Tomer S. STEIN (2024), «Judicial Review in Public and Private Governance», *Washington University Law Review*, 102(2).
- Matthew C. STEPHENSON (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58(4), pp. 753-813.
- Matthew C. STEPHENSON (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- Matthew C. STEPHENSON (2006c), «Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk and the Choice between Agencies and Courts», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- Tom R. TYLER (2006), *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Princeton.
- W. Bradley WENDELL (2011), «Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Analysis», *Cornell Law Review*, 96, pp. 1035-1074.