

LECCIÓN 5

LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO

Mariano Bacigalupo Saggese
UNED

SUMARIO: 1. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN: 1.1. Densidad normativa y alcance del control jurisdiccional; 1.2. Normas de programación condicional y potestades administrativas regladas; 1.3. Conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa; 1.4. Intensidad del control jurisdiccional: control positivo versus control negativo; 1.5. Control del ejercicio y control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión.—2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO: 2.1. Concepto y clases de potestades discrecionales; 2.2. Límites jurídicos y control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional.—3. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE SU LEGALIDAD: EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Conceptos jurídicos indeterminados; 3.2. El margen de apreciación; 3.3. Límites jurídicos del margen de apreciación y alcance de su control jurisdiccional; 3.4. Distinción entre margen discrecional y margen de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidad; 3.5. La *discrecionalidad técnica* de la Administración.—4. BIBLIOGRAFÍA; 4.1. Bibliografía citada; 4.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN

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

2. El correlato necesario de lo anterior es el sometimiento de la entera actividad administrativa al **control jurisdiccional**. En efecto, los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de la actuación administrativa (incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria), así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). No existen, por consiguiente, ámbitos de la actividad administrativa sustraídos de entrada al control judicial (*infra* § 34.1). Allá donde haya vinculación de la actuación administrativa a la ley y el Derecho (y siempre la habrá, como se ha dicho, aunque sea en mayor o menor medida), cabrá el control jurisdiccional de su legalidad o conformidad a Derecho. Obviamente, siempre que se interponga contra aquélla un recurso admisible que permita o habilite un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del mismo, ya que sin recurrente no es posible el control judicial.

1.1. Densidad normativa y alcance del control jurisdiccional

3. El sometimiento de la Administración al control jurisdiccional es un correlato necesario de su vinculación a la ley y el Derecho. El control judicial es, por tanto, un control en Derecho, un **control jurídico**. Este solo tiene por objeto comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la ley y el Derecho; o, lo que es lo mismo, que no infringe el ordenamiento jurídico. Por el contrario, si el ordenamiento no regula agotadoramente todos los aspectos de una determinada actuación administrativa, confiriendo por tanto a la Administración un margen de apreciación o de decisión, el control jurisdiccional no se extiende a la **oportunidad o acierto** de la misma, más allá de su estricta conformidad con la ley y el Derecho. En este sentido, el artículo 70.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) dispone que “(l)a sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados”, y el artículo 70.2 LJCA que “(l)a sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier in-

fracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. En todo caso, el artículo 71.2 LJCA recalca que “(l)os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

4. Todo control presupone un parámetro, y los parámetros del control jurisdiccional son, como se ha dicho, exclusivamente **parámetros jurídicos**, esto es, la ley y el Derecho. Por consiguiente, no es viable el control jurisdiccional en ausencia de parámetro jurídico. En ausencia de parámetro no hay control sino decisión. Dicho de otro modo, si el juez contencioso-administrativo carece de un parámetro jurídico para enjuiciar la actuación administrativa impugnada y, sin embargo, se pronuncia sobre la misma, no juzga sino que administra. Sucede, empero, que esto le está constitucionalmente vedado al juez (art. 117.4 CE). De ahí que exista, por tanto, una correlación necesaria entre el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y la **intensidad de su control judicial**. Cuanto más intensa es la programación por el ordenamiento jurídico de la actividad administrativa, más intenso es también el control jurisdiccional de esta. Y viceversa, si el ordenamiento programa la actividad administrativa con menor intensidad, el control judicial de la misma será también necesariamente menos intenso. Conviene recalcar, no obstante, que —como se ha dicho— la actividad administrativa no se produce nunca en un ámbito enteramente libre de normas o, al menos, de principios jurídicos, por lo que siempre será posible contrastarla con estos. Sin embargo, la intensidad del control no podrá ser mayor que la intensidad con la que el ordenamiento jurídico programe en cada caso la actuación administrativa impugnada.

5. Con todo, algunos autores consideran que la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa no es —o no debe ser— el único factor (ni siquiera el determinante) para establecer la intensidad debida del control jurisdiccional. Para ello se proponen los siguientes **criterios alternativos** (o, al menos, complementarios): (i) la diferencia existente entre la autoridad administrativa y el órgano jurisdiccional revisor en punto a la **capacidad** para alcanzar en el caso considerado la mejor solución para los intereses públicos; (ii) la **incertidumbre** existente acerca de si la decisión cuestionada es la que más conviene al interés público; (iii) la **plausibilidad** sustancial de la decisión administrativa enjuiciada, entendida esta como la distancia existente entre la solución a la que ha llegado la Administración al apreciar los hechos, interpretar el Derecho y aplicarlo al caso considerado y la solución a la que llegaría el órgano jurisdiccional revisor a la vista de la información disponible si tuviera que decidir *ex novo* (cuanto menos plausible sea la decisión revisada, menor debería ser la deferencia con la que los tribunales la juzguen); (iv) las **garantías organizativas**, procedimentales y formales observadas en el caso concreto por la Administración para decidir (cuanto más rigurosas hayan sido, mayor habrá de ser el margen de apreciación); (v) la **legitimidad democrática** del órgano administrativo autor de la decisión enjuiciada (cuanto mayor sea esta legitimidad, más aceptables por los ciudadanos serán sus decisiones y, adicionalmente, mejor alineados estarán sus preferencias con las de la mayoría de ellos, por lo que el riesgo de que incurran en ciertas desviaciones será menor y, en consecuencia, el margen de maniobra que se le otorgue a la Administración habrá de ser más amplio); (vi) el **riesgo** de que la Administración, al llevar a cabo la actuación cuestionada, se desvíe de la solución más conveniente para el interés público y prescrita por el Derecho (cuanto mayor sea ese riesgo, menor habrá de ser la deferencia judicial); (vii) los **costes** de los errores en los que los órganos jurisdiccionales puedan incurrir al revisar una actuación administrativa, que difieren en función de si la decisión judicial declara su ilegalidad (falso positivo) o su legalidad (falso negativo). Cuanto más costosos sean los falsos positivos en relación con los falsos

negativos, mayor habría de ser la deferencia otorgada a la Administración; (viii) el hecho de que el legislador, de **manera explícita** o al menos inequívoca, haya establecido que la Administración dispone de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones sería también un factor determinante, en la medida en que la ley reduce el arbitrio que los órganos jurisdiccionales tienen para determinar la existencia y la amplitud del espacio decisorio otorgado a la Administración (DOMÉNECH, 2018: 145 y ss.).

6. No cabe negar que, en la práctica, estos factores explican, explícita o implícitamente, la inclinación de los órganos jurisdiccionales a revisar la actividad administrativa impugnada con mayor o menor intensidad, pero —elevados a categoría dogmática— comportan el riesgo de que la determinación por los órganos jurisdiccionales de la intensidad del control judicial de la actuación administrativa se transforme abiertamente en una **cuestión de política o discrecionalidad judicial** no necesariamente regida por criterios normativos. Es decir, la intensidad del control judicial de la actividad administrativa no estaría, en lo esencial, heterodeterminada por el legislador y los titulares de la potestad reglamentaria (mediante la graduación de la densidad de la programación normativa), sino autodeterminada por el propio juez contencioso-administrativo (con arreglo a una cesta de criterios orientativos o indicadores como los anteriormente mencionados). Cualquier control de la actividad administrativa que, dada la estructura y densidad de la norma de conducta ofrecida por el ordenamiento jurídico, se aparte —en más o en menos— del control posible en Derecho es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si se aparta en menos (por defecto), se pone en entredicho el mandato constitucional de plena justiciabilidad de la actuación administrativa (arts. 24 y 106 CE), y si se aparta en más (por exceso), los tribunales desbordan la función jurisdiccional e invaden la esfera decisoria reservada al poder ejecutivo (en lugar de juzgar, administran).

1.2. Normas de programación condicional y potestades administrativas regladas

7. Como se acaba de indicar, el ordenamiento jurídico puede programar la actividad administrativa con intensidad diversa. Tradicionalmente se ha considerado que la vinculación óptima de la actuación administrativa —desde el punto de vista del ideal europeo del Estado de Derecho que se impuso, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo pasado— es aquella que presenta la **mayor intensidad posible**. Si la vinculación de la Administración al ordenamiento es muy intensa, el principio de legalidad se cumple con plenitud, la actuación de la Administración resulta altamente previsible y, además, se logra que el control judicial de esta pueda ser también especialmente intenso, profundo e incisivo.

8. El grado máximo de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico se alcanza cuando este programa su actuación a través de **normas de estructura condicional dotadas de una alta densidad normativa**. Son normas de programación condicional aquellas que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, descrito en la norma (“La Administración adoptará la consecuencia jurídica X si concurre el supuesto de hecho Y”). En estos casos, la potestad es reglada cuando la norma describe con precisión el supuesto de hecho y, además, obliga a la Administración, en caso de que concurra el mismo, a adoptar una consecuencia jurídica determinada. La aplicación de tales normas se lleva a cabo mediante un elemental silogismo y consiste, en lo esencial, en la subsunción de la realidad a la que se pretende aplicar la norma en el supuesto de hecho descrito en la misma. Si dicha realidad encaja en el supuesto de

hecho normativo, la Administración debe —sin más— adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, debe actuar (sin margen de decisión de ninguna clase) con arreglo a lo exigido por la norma habilitante. Cuando el ordenamiento atribuye a la Administración una potestad mediante normas de semejante estructura, podemos afirmar que dicha potestad es una potestad reglada.

9. Por ejemplo, el artículo 53 de la Ley 24/2013, de 6 de diciembre, del sector eléctrico, que regula la **autorización de instalaciones** de transporte, distribución, producción y líneas directas, dispone en su apartado 6 que “(l)os procedimientos administrativos de autorización tendrán carácter reglado (...)” y, en su apartado 7, que “(l)a Administración Pública competente únicamente podrá denegar la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos en la normativa aplicable o cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema”.

10. En consecuencia, dado que cuando la potestad actuada por la Administración es reglada su actuación se halla sometida a una elevada densidad de programación normativa, el control jurisdiccional de aquella podrá ser, correlativamente, un **control de máxima intensidad**: podrá incluso condenar a la Administración a adoptar una concreta decisión administrativa, con el contenido específico predeterminado en la norma jurídica. Por ejemplo, el juez contencioso-administrativo podrá condenar a un ayuntamiento a otorgar una licencia de edificación, si el proyecto constructivo presentado por el promotor es conforme con el planeamiento urbanístico.

1.3. Conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa

11. Como se ha señalado, la función constitucional de la Administración consiste en servir eficazmente los intereses generales (art. 103.1 CE). Esta función no la puede cumplir, sin embargo, una Administración cuya actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional dotadas de una alta densidad normativa (“si se da la situación X la decisión administrativa debe ser Y”). La realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de **potestades flexibles y fácilmente adaptables** a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente, como es su deber constitucional. Así como el ideal del Estado de Derecho tiende a exigir que la vinculación de la Administración al ordenamiento sea particularmente intensa, el principio de Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y la legitimación democrática (directa o indirecta) de la propia Administración inciden en cierto modo en la dirección opuesta, exigiendo al legislador que dote a la Administración de potestades flexibles que le permitan intervenir eficazmente sobre una realidad social crecientemente compleja y mudable en defensa de los intereses generales. Las potestades regladas no ofrecen siempre, sin embargo, esa necesaria flexibilidad. De ahí que resulte plenamente acorde con el Estado social y democrático de Derecho el que **el legislador atenúe de manera creciente** —aunque siempre dentro de los límites que impone el principio constitucional de reserva de ley— la intensidad de la vinculación de la Administración a la ley.

12. En el **Derecho administrativo liberal** (preconstitucional) español, que ha dejado su huella en la ciencia jurídico-administrativa española hasta nuestros días, la discrecionalidad ha sido una institución bastante estigmatizada y sospechosa de la dogmática iusadministrativa, fronteriza y, por tanto, solo tenuemente separada de la arbitrariedad. Se la aborda preferentemente desde la perspectiva garantista de su control jurisdiccional y de su necesaria reducción, no desde la perspectiva funcional del cumplimiento de los fines de la actuación administrativa. En los últimos veinticinco—treinta años la doctrina española ha empezado a revisar la perspectiva hasta ahora predominante, pero en la praxis del Derecho administrativo español la inercia doctrinal de los años sesenta a ochenta sigue siendo muy fuerte y el **halo de la patología**, la sospecha y el resquemor siguen acompañando a la discrecionalidad administrativa. La superación definitiva de este estado de cosas es una asignatura aún pendiente del Derecho administrativo español.

13. La **atenuación** de la vinculación administrativa a la ley se logra reduciendo la densidad con la que las normas programan el contenido de la actividad administrativa. A su vez, este objetivo se puede alcanzar, con intensidad creciente, vinculando a la Administración mediante alguno de los siguientes tipos de norma: de programación condicional con conceptos jurídicos indeterminados; de atribución de potestades discrecionales; y de programación final. Como sigue.

14. La vinculación de la Administración a la ley se atenúa, en primer lugar, mediante normas de programación condicional cuyo supuesto de hecho se describe con la ayuda de **conceptos jurídicos indeterminados**. Formalmente, la doctrina aún hoy mayoritaria entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son potestades regladas, pero —como veremos más adelante— admite de forma prácticamente unánime que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un *margen de apreciación*, no muy distinto del margen de decisión del que indiscutiblemente se dota a la Administración cuando se le atribuyen genuinas potestades discrecionales.

15. En segundo lugar, la ley también puede servirse de normas de programación condicional que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a esta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles. Serían estas las **potestades discrecionales** en sentido estricto, que pueden atribuir dos tipos de discrecionalidad, a saber: o bien discrecionalidad **de actuación** (la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa, es decir, no obligatoria), o bien discrecionalidad **de elección** (cuando la norma obliga a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite a la Administración elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles). También es posible que una misma norma atribuya a la Administración ambas clases de discrecionalidad a la vez (la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la adopción de ninguna de ellas).

16. Un ejemplo paradigmático de norma habilitante que atribuye ambas clases de discrecionalidad (y con conceptos jurídicos indeterminados en el supuesto de hecho normativo) sería el artículo 7.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: “El Gobierno podrá adoptar, para un plazo determinado, las **medidas necesarias** para garantizar el suministro de energía eléctrica cuando concorra **alguno de los siguientes supuestos**: a) Riesgo cierto para la prestación del suministro de energía eléctrica; b) Situaciones de desabastecimiento de alguna o algunas de las fuentes de energía primaria (...)”

17. Finalmente, en aquellos casos en que la realidad regulada resulta particularmente compleja o mudable, es decir, cuando **no es posible describir el supuesto de hecho normativo** con un mínimo grado de precisión (ni siquiera con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados), el ordenamiento renuncia a una programación condicional de la actuación administrativa y opta por programarla meramente por fines u objetivos (programación finalista o teleológica). Este tipo de programación normativa es el que da lugar al más amplio de los márgenes de decisión que el ordenamiento puede otorgar a la Administración, toda vez que el ordenamiento no predetermina los medios que la Administración deba o pueda emplear para lograr los fines u objetivos que la ley le obliga a perseguir. Las **normas de programación final** defieren la elección de los medios a la discrecionalidad de la Administración. La manifestación más clara del margen de decisión que comporta este modo de programación es la llamada **discrecionalidad de planificación**. Se habla en estos casos de una “discrecionalidad de configuración” (PAREJO, 2017: 11).

18. Un ejemplo de la discrecionalidad planificadora se puede encontrar en la legislación urbanística, donde se regula el contenido y elaboración de los **planes urbanísticos**. Según el artículo 3.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: “Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular: a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión; b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso (...)”. Reiterada jurisprudencia viene afirmando que estas normas legales conceden una amplia discrecionalidad de opción a cada ayuntamiento (por ejemplo, STS de 8 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1473).

19. Como es lógico, la atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico conlleva siempre un efecto insoslayable: la **intensidad del control jurisdiccional disminuye**; cuanto más amplio sea el margen de apreciación o de decisión atribuido a la Administración, menos intenso podrá ser su control judicial.

1.4. Intensidad del control jurisdiccional: control positivo *versus* control negativo

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

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

21. El control jurisdiccional de la actuación administrativa es, por el contrario, de una intensidad sensiblemente menor cuando la Administración goza de un **margen de apreciación o de decisión** en el ejercicio de la potestad actuada. Es decir, cuando (i) goza de un margen de apreciación a la hora de subsumir la realidad del caso concreto en el supuesto de hecho de una norma que lo describe mediante conceptos jurídicos indeterminados; (ii) cuando ejerce una potestad que le atribuye discrecionalidad de actuación o de elección (o ambas a la vez); o, en fin, (iii) cuando realiza una actuación cuya programación normativa es meramente finalista.

22. En cualquiera de estos casos el control jurisdiccional, aunque de intensidad diversa (pues la amplitud del margen de apreciación o de decisión no es la misma en todos ellos), es un **control negativo**. Inversamente a lo que sucede en el caso del control del ejercicio de las potestades regladas, el control de un margen de apreciación o de decisión de la Administración no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico. Por la sencilla razón de que, si la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión, lo normal será que no exista una única actuación conforme a Derecho en el caso concreto.

23. Lo anterior no significa, sin embargo, que se acomode al ordenamiento jurídico cualquier decisión o actuación imaginable y, por tanto, que resulte inviable cualquier control en Derecho del ejercicio que la Administración haga de su margen de apreciación o de decisión. Porque si bien la ley otorga un margen de apreciación o de decisión a la Administración, la elección que esta adopte en el ejercicio de dicho margen no debe respetar tan solo los límites —formales o materiales— que al mismo le imponga la propia ley que lo otorga (los aspectos reglados de toda potestad), sino también el conjunto de **principios que integran el ordenamiento jurídico** y que deben ser siempre observados, con independencia de que la ley programe la actuación de la Administración con mayor o menor intensidad (*infra* § 6.66). Recuérdese una vez más que la Administración no solo está sometida a la ley, sino también al Derecho (art. 103.1 CE). Por tanto, la elección que adopte la Administración en el ejercicio del margen de apreciación o de decisión que le otorga la ley deberá, aun cuando se mantenga dentro de los límites que legalmente acoten dicho margen, observar los principios constitucionales y generales del Derecho que vinculan a la Administración en su entera actividad, cualquiera que sea la densidad normativa con la que esta se halle programada por la ley. Esos principios son, fundamentalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) —y, como manifesta-

ción de este último, el principio de protección de la confianza legítima—, así como el principio de proporcionalidad (*infra* §§ 4. 37, 28, 33, 35 y 36).

24. Sin embargo, el control en Derecho que permiten tales principios no es, como se ha dicho, un control positivo sino **meramente negativo**. No tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que, cabe insistir, no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios (para el planeamiento urbanístico, por ejemplo: STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:62). Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforma a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso-administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre estas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en Derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.

25. No obstante, un mismo estándar o canon de control puede conducir a una mayor o menor intensidad en el control de la decisión administrativa impugnada en función del **tipo de intereses que estén en juego** o de la evolución experimentada por dicho parámetro con el paso del tiempo. Por ejemplo, el canon de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) utilizado por el Tribunal Supremo para controlar la discrecionalidad de la decisión sobre el planeamiento urbanístico pasó de objetar o descartar solo las decisiones irracionales a considerar inválida cualquier decisión no convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

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

1.5. Control del ejercicio y control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión

27. Finalmente, procede distinguir aún entre el **control del ejercicio y el control de la atribución** de las potestades que confieren a la Administración un margen

de apreciación o de decisión. El primero es un control concreto, el segundo, por el contrario, un control abstracto.

28. El control al que nos hemos venido refiriendo hasta ahora es el primero, es decir, el control jurisdiccional concreto sobre el **ejercicio** de dichas potestades, que, como se ha visto, es —por lo general— un control negativo o de intensidad limitada. Hay control jurisdiccional de ejercicio, por ejemplo, cuando un tribunal comprueba si la Administración ha aplicado correctamente a un concreto profesor universitario los criterios normativos que rigen la evaluación de su actividad investigadora (STS de 12 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2524)

29. El otro posible control jurisdiccional es abstracto, **sobre la norma misma** que atribuye a la Administración un margen de apreciación o de decisión. El alcance limitado que tiene el control jurisdiccional del ejercicio de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión puede plantear dudas sobre la licitud de la atribución a la Administración de tales potestades, sobre todo cuando se le otorgan **en ámbitos especialmente sensibles** de la intervención administrativa en la realidad social.

30. En estos ámbitos, cuya regulación la Constitución reserva normalmente a la ley (por ejemplo, la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, art. 53.1 CE), cabría pensar que el principio de **Estado de Derecho exige que el legislador programe** las decisiones administrativas con un mayor grado de densidad normativa, es decir, vincule a la Administración preferentemente a través de potestades regladas, de tal forma que el control jurisdiccional de la actuación administrativa pueda ser un control de máxima intensidad (esto es, un control positivo).

31. Precisamente en este sentido, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) ha establecido en su doctrina jurisprudencial que las potestades que permiten a las autoridades de los Estados miembros adoptar **medidas restrictivas de alguna libertad fundamental** comunitaria (por ejemplo, de las libertades de circulación de capitales y de establecimiento, reconocidas en los artículos 63 y 49 TFUE, respectivamente) solo podrán entenderse compatibles con dichas libertades si, entre otras exigencias, el ordenamiento nacional regula las condiciones de ejercicio de esas potestades de tal manera (es decir, con un grado de densidad normativa tal) que la jurisdicción pueda someter su aplicación en los casos concretos a un control judicial efectivo; o, lo que es lo mismo, a un control jurisdiccional de máxima intensidad. A juicio del TJUE, ello no sucede cuando el legislador nacional atribuye a la Administración del Estado miembro un **margen de apreciación o de decisión demasiado amplio**, ya que en estos casos el control jurisdiccional solo podrá ser un control negativo de intensidad mínima.

32. Así, por ejemplo, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo en una sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-207/07) que estimó el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España en relación con los términos en que la Ley española del **sector de hidrocarburos** (Ley 34/1998, de 7 de octubre) atribuía a la Comisión Nacional de Energía (CNE), a la sazón el organismo regulador de los sectores energéticos en España (*infra* § 8.29

y § 9), la potestad de autorizar la adquisición de participaciones por o en empresas que desarrollen en dichos sectores actividades que tengan la consideración de reguladas u otras sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial. En su sentencia, que concluye declarando parcialmente la incompatibilidad de tal requisito autorizatorio con las libertades comunitarias de circulación de capitales y de establecimiento, el Tribunal de Justicia Europeo argumenta que “las disposiciones que establecen las razones por las que la CNE está facultada para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización de adquisición de una participación en una empresa que realice actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades están redactadas en **términos generales e imprecisos**. Se hace referencia a los supuestos de existencia de riesgos significativos o de efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades de las empresas que operan en el sector energético, o bien a la necesidad de proteger el interés general en el sector energético, sin precisar de qué modo se caracterizan tales supuestos o tal necesidad. Estos conceptos no permiten a los interesados conocer de antemano las condiciones a que pueden supeditarse las operaciones sujetas a autorización previa ni distinguir con certeza los diferentes supuestos en los que dicha autorización puede denegarse (...). De ello se sigue que tal régimen de autorización previa confiere a la Administración una **facultad discrecional difícilmente controlable** por los órganos jurisdiccionales que entraña un riesgo de discriminación”. Repárese, por tanto, en que en este supuesto el Tribunal de Justicia Europeo no controló el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración nacional en un caso concreto, sino que controló en abstracto la legalidad europea de la atribución a un organismo administrativo nacional de una potestad que le confería a dicho organismo un margen de apreciación o de decisión que el Tribunal juzgó excesivamente amplio.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO

33. Como se ha podido comprobar, el legislador dispone de diversos instrumentos para atenuar la vinculación de la Administración a la ley en aras de garantizar la eficacia de su actuación al servicio de los intereses generales (es decir, a fin de dotar a la Administración de flexibilidad y capacidad de adaptación a una realidad crecientemente compleja y mudable). El más conocido y clásico de dichos instrumentos consiste en la atribución a la misma **de potestades discrecionales**. Para un examen del régimen jurídico de estas potestades hemos de referirnos a los siguientes aspectos: (i) concepto y clases de potestades discrecionales; (ii) los límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades, y el alcance correlativo de **su control jurisdiccional**.

2.1. Concepto y clases de potestades discrecionales

34. Como ya ha sido señalado, las potestades que confieren a la Administración un margen de decisión discrecional se atribuyen a esta mediante los siguientes tipos de normas: **normas de programación condicional** que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a esta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles; y **normas de programación final**, es decir, normas que, en lugar de anudar consecuencias jurídicas a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho descrito en la propia norma (normas

de programación condicional), vinculan la actuación administrativa fijándole tan solo **finés u objetivos**, pero sin predeterminar los medios para alcanzarlos.

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

a) **Discrecionalidad de actuación:** la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa (esto es, no obligatoria). Es decir, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho normativo, la Administración goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa.

b) **Discrecionalidad de elección:** comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, la norma obliga a la Administración a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

c) Finalmente, una **discrecionalidad medial** (o de elección de medios) especialmente amplia le confieren a la Administración las normas que se limitan a programar su actuación mediante la mera fijación de fines u objetivos (normas de programación final). En estos casos, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, la actuación administrativa no exige la previa comprobación de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho normativo, y la elección de los medios no se halla constreñida, además, por un elenco de medidas legalmente acotado.

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

37. Tradicionalmente, en la doctrina se ha discutido sobre **qué parte de la norma jurídica** atribuye a la Administración una potestad discrecional. Se consideró inicialmente por algunos autores, y aún es hoy una doctrina muy extendida, que la discrecionalidad se encuentra en los concretos términos autorizatorios de la norma. Esto es, en si la norma dice que la Administración “podrá” o “deberá” adoptar tal o cual decisión o consecuencia jurídica (por ejemplo, MOZO, 1985: 406). Más recientemente va ganando terreno la tesis de que la discrecionalidad se define en el **supuesto de hecho normativo** (BACIGALUPO, 1997: 191). El ejercicio de la discrecionalidad consiste entonces en que la Administración completa, en sede de aplicación, el supuesto de hecho imperfecto de la norma habilitante, creando criterios de decisión (adicionales) que no están preestablecidos por el legislador en el supuesto de hecho normativo pero que es preciso establecer para que la decisión administrativa de actuar o no actuar (y/o de actuar en un sentido u otro) no sea el resultado del puro arbitrio de la Administración (interdicción de la arbitrariedad). En consecuencia, y contrariamente a lo que ha venido sosteniendo la doctrina mayoritaria durante mucho tiempo, la discrecionalidad no es un fenómeno vinculado a las consecuencias jurídicas de las normas habilitantes de la acción administrativa sino al supuesto de hecho normativo (incompleto o directamente inexistente en los supuestos de mera programación final).

38. El ejercicio de la discrecionalidad produce *pro-futuro* una “**autovinculación**” relativa (no absoluta) de la Administración titular de la potestad discrecional. Si en el futuro desea apartarse de los criterios de decisión con arreglo a los cuales actuó en casos anteriores análogos o similares, debe justificarlo, descartando así que el apartamiento pueda reputarse arbitrario (art. 35.1 c) LPAC). Asimismo, la Admi-

nistración puede reforzar su autovinculación, contribuyendo a la transparencia de su actuación y a la seguridad jurídica, dando publicidad preventiva a los criterios que guíen el ejercicio de su discrecionalidad mediante la publicación de **comunicaciones, guías técnicas** u otros instrumentos equivalentes de *soft law* (*infra* § 16.28).

2.2. Límites jurídicos y control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional

39. Como ya se ha explicado, el ejercicio de potestades discrecionales no se produce en un ámbito libre de Derecho y, por tanto, no es tampoco inmune al control en Derecho que corresponde a la jurisdicción. Sin embargo, dado que la actuación administrativa realizada en el ejercicio de potestades discrecionales se halla sometida a una programación normativa de baja densidad, el control jurídico del ejercicio de estas potestades es necesariamente un **control de intensidad limitada**, esto es, por lo general, un control meramente negativo. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado cánones que hacen posible imponer límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa al mismo tiempo que se mantiene el dogma de que el control por el juez se ciñe al examen de la legalidad de las decisiones del ejecutivo: el principio de proporcionalidad, la doctrina de los defectos de la ponderación (en el sistema alemán), la desviación de poder en los sistemas francés, italiano y europeo, la interdicción de la arbitrariedad en el español, etc. La transcendencia de los defectos procedimentales (y su eventual consideración como irregularidades no invalidantes) también varía en sus detalles conforme a criterios o cánones establecidos más o menos sólidamente en cada uno de los sistemas (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

40. Veamos entonces de manera algo más detenida cuáles son concretamente los **límites jurídicos** que la Administración debe respetar a la hora de ejercer una potestad discrecional, y cuya observancia puede —y debe— fiscalizar el juez contencioso-administrativo en caso de impugnación. Si la Administración infringe alguno de estos límites, su decisión discrecional adolecerá de un vicio jurídico que determinará su anulación.

41. El primer límite viene dado por los **hechos determinantes** de la actuación administrativa. La determinación de los mismos no es discrecional. Por lo tanto, el juez determina los hechos sin vinculación a la determinación efectuada por la propia Administración. Esto significa también que la comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho normativo que habilita a la Administración a actuar discrecionalmente es, en principio, plenamente revisable judicialmente. Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, ya que, como veremos más adelante, en estos supuestos la Administración puede gozar de un margen de apreciación para subsumir la realidad en el supuesto de hecho de la norma y, por consiguiente, para apreciar si el supuesto de hecho descrito en la norma concurre o no en el caso.

42. En segundo lugar, el control jurisdiccional es igualmente pleno o de máxima intensidad en relación con los aspectos formales de carácter reglado de toda potestad discrecional. Estos aspectos incluyen la observancia de la **competencia y del procedimiento** legalmente establecido. También comprende el cumplimiento de la obligación legal de **motivación** de las decisiones discrecionales (*infra* § 17.42). Esta última exigencia no posee solo una relevancia meramente formal sino también **material** para el control —que mencionaremos enseguida— que tiene por objeto comprobar si la decisión infringe o no algún principio constitucional o principio general del Derecho.

43. En tercer lugar, las decisiones discrecionales adolecen de un vicio jurídico si incurrn en **desviación de poder**. Recuérdese que el artículo 106.1 CE establece que los órganos jurisdiccionales controlan no solo la legalidad de la actuación administrativa, sino también el sometimiento de esta a los fines que la justifican. En este sentido, el artículo 48.1 LPAC dispone que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. Igualmente, el artículo 70.2 LJCA, ya citado anteriormente, establece que “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para **fines distintos** de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

44. Aunque la ley no limita expresamente la desviación de poder a las potestades discrecionales, es este un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que si se trata de una **potestad reglada** y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo **irrelevante** desde el punto de vista jurídico si la Administración actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida. Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente **difícil de probar** en la práctica procesal.

45. Finalmente, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales es el deber de observancia de los **principios constitucionales y principios generales del Derecho** a los que se hallan sometidos en su actuación todos los poderes públicos. Como ya se ha dicho, son estos, en lo esencial, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) —y, como manifestación de este último, el principio de protección de la confianza legítima—, así como el principio de proporcionalidad y el mandato de ponderación que le es inherente.

46. Recuérdese, sin embargo, que el control que permiten tales principios es un **control meramente negativo**. No tiene por objeto comprobar si la actuación fiscalizada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el orde-

namiento jurídico (que, como ya nos consta, no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación discrecional impugnada se halla o no incurso en la infracción de alguno de dichos principios. El recurso solo prosperará si la actuación discrecional impugnada se revela arbitraria, irracional, irrazonable, discriminatoria o desproporcionada. Si, por el contrario, ninguna de tales tachas concurre en la actuación fiscalizada, esta será conforme a Derecho y procederá la desestimación del recurso.

47. Téngase presente, no obstante, que, como ya se ha señalado, un mismo estándar o canon de control puede conducir a una mayor o menor intensidad en el control de la decisión administrativa impugnada en función del tipo de intereses que estén en juego o de la **evolución** experimentada por dicho parámetro con el paso del tiempo. Por ejemplo, el canon de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) utilizado por el Tribunal Supremo para controlar la discrecionalidad de la decisión sobre el planeamiento urbanístico pasó de objetar o descartar solo las decisiones irracionales a considerar inválida cualquier decisión no convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

48. Hemos de recordar, sin embargo, que **excepcionalmente** los principios jurídicos sí pueden llegar a agotar el margen de decisión discrecional atribuido a la Administración. Como ya hemos explicado, esta situación se produce en aquellos casos en que se da una **reducción a cero de la discrecionalidad**. En estos casos, ya mencionados, el control jurisdiccional de la actuación fiscalizada es un control positivo, y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

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

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

entre la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación del que goza la Administración cuando aplica conceptos jurídicos indeterminados, y la similitud del alcance de su respectivo control jurisdiccional; la llamada discrecionalidad técnica de la Administración, que en realidad es, en lo esencial, una manifestación del margen de apreciación que conlleva la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

3.1. Conceptos jurídicos indeterminados

50. Los conceptos que aquí nos ocupan son **conceptos vagos** (como se los denomina en la teoría del lenguaje) que, cuando se los emplea en la redacción de una norma jurídica, la doctrina los denomina conceptos jurídicos indeterminados. Lo característico de tales conceptos, a los que necesariamente han de recurrir con suma frecuencia los titulares de potestades normativas en el ejercicio de su función reguladora (que es, por definición, una tarea abstracta y general), reside en que el juicio sobre la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho normativo no suele ser un juicio seguro sino, en la mayoría de los casos, un juicio dudoso y, por tanto, opinable.

51. El juicio sobre la subsunción solo es (relativamente) seguro cuando el caso concreto se incardina en alguna de las dos **zonas de certeza** del concepto, a saber: bien en su zona de certeza positiva (el caso se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto), bien en su zona de certeza negativa (el caso no se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto).

52. Por ejemplo, el artículo 1.2 de la **Ley del Patrimonio Histórico Español** (Ley 16/1985, de 25 de junio) establece que integran dicho Patrimonio “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico”. Pues bien, ninguna duda cabría de que un palacio del siglo XVII diseñado por un arquitecto famoso de la época es un “inmueble de interés histórico-artístico” (zona de certeza positiva), y tampoco cabría ninguna duda de que un edificio de reciente construcción que aloja las oficinas administrativas del rectorado de una universidad nunca podría merecer tal consideración (zona de certeza negativa). Sin embargo, si la pregunta es si, a los efectos nuevamente de la Ley del Patrimonio Histórico Español, cabe predicar la cualidad de “inmueble de interés científico” de un edificio que alberga unos modernos laboratorios de un centro de investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) la respuesta puede parecer dudosa. Este caso se situaría, por lo tanto, en la llamada zona de incertidumbre (o zona de penumbra) del concepto indeterminado, que es aquella en la que el concepto, por carecer en ella de casi toda densidad semántica, apenas ofrece al aplicador un parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. En consecuencia, en estos casos la decisión sobre la aplicación del concepto que proceda la ha de adoptar el propio aplicador (la Administración) con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto (criterios extra semánticos) y, por ende, conforme a **criterios extrajurídicos**.

3.2. El margen de apreciación

53. El **margen de apreciación** que se reconoce a la Administración a la hora de aplicar conceptos jurídicos indeterminados se limita, en todo caso, al juicio sobre la subsunción procedente en los casos comprendidos en la **zona de incertidumbre**

del concepto. Lógicamente, no se extiende a la aplicación del concepto en sus zonas de certeza. Aquí la aplicación del concepto reviste un carácter estrictamente reglado, por lo que puede ser revisada plenamente por el juez contencioso-administrativo mediante un control de máxima intensidad (control positivo).

54. En la doctrina académica es objeto de discusión si todos los conceptos jurídicos indeterminados habilitan un margen de apreciación. La respuesta a este interrogante no es unívoca. En la **doctrina alemana**, por ejemplo, en la que tiene su origen dogmático la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se considera aún hoy de forma mayoritaria que estos conceptos no habilitan un margen de apreciación en todos los casos, sino solo en determinados supuestos (por ejemplo, en relación con decisiones de evaluación en el ámbito escolar o académico o de la función pública, decisiones de órganos especializados cuya adopción requiera valoraciones, apreciaciones o juicios prospectivos de carácter técnico o científico, u otras decisiones análogas). Estos supuestos se asemejan mucho, por cierto, a aquellos en los que la doctrina española advierte la existencia de una específica modalidad del margen de apreciación de la Administración a la que enseguida nos referiremos, a saber: la llamada discrecionalidad técnica. En nuestra doctrina, en cambio, se suele admitir el margen de apreciación con un **alcance más general**. Esto es, se parte en principio de la base de que en la zona de incertidumbre de cualquier clase de concepto jurídico indeterminado la Administración goza de un margen de apreciación. En efecto, según el Tribunal Supremo, la “libre apreciación (...) es inherente a la individualización de los conceptos jurídicos indeterminados” (STS de 12 de diciembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097), y al hacer esta afirmación no introduce modulación o excepción de ningún tipo.

3.3. Límites jurídicos del margen de apreciación y alcance de su control jurisdiccional

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

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

3.4. Distinción entre margen discrecional y margen de apreciación versus concepto unitario de discrecionalidad

57. La doctrina aún hoy mayoritaria en España (aunque crecientemente cuestionada) sostiene que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeter-

minados habilitan en su zona de incertidumbre no altera la naturaleza reglada de la potestad (ni, por tanto, la unidad de solución justa que se predica del ejercicio de esta clase de potestades) y que, por ello, **el margen de apreciación y la discrecionalidad administrativa no comparten la misma naturaleza**. Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero margen de volición, mientras que el margen de apreciación sería un mero margen de cognición. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que “suele (...) admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de conceptos jurídicos indeterminados. En estas últimas hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida” (STS de 12 de diciembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097, ya citada).

58. A mi juicio, la tesis anterior no resulta convincente. No se sostiene la afirmación de que el margen de apreciación es un mero margen de cognición. Como se ha señalado, en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen al aplicador ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando el propio aplicador con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata –al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional- de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo. En ambos casos **la Administración completa, en sede de aplicación, el supuesto de hecho imperfecto** de la norma habilitante, creando criterios de decisión adicionales que no están preestablecidos por el legislador en el supuesto de hecho normativo pero que es preciso establecer para que la decisión administrativa no sea el resultado del puro arbitrio de la Administración. En suma, tanto el margen de apreciación como la discrecionalidad administrativa operan en el ámbito del supuesto de hecho normativo e integran, en consecuencia, un concepto unitario de discrecionalidad. Además, resulta notoria la similitud que existe entre la “amplia extensión” que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad limitada y basado en cánones muy similares (BACIGALUPO, 1997, 203).

3.5. La discrecionalidad técnica de la Administración

59. En la jurisprudencia y la doctrina española se habla de “discrecionalidad técnica” para hacer referencia a decisiones tomadas por órganos administrativos compuestos por expertos, técnicos o científicos y cuyas decisiones, precisamente por ser “técnicas”, **no pueden ser plenamente revisadas** por la jurisdicción contenciosa. Hay discrecionalidad técnica, por ejemplo, cuando en un procedimiento de selección de empleados públicos de la Universidad de Córdoba la correspondiente comisión evalúa los conocimientos y méritos de los distintos candidatos (por ejemplo, STS de 18 de mayo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:3505).

60. En general, son muchos los casos en los que la adopción de una decisión administrativa exige complejas apreciaciones, juicios prospectivos y valoraciones de riesgos de carácter técnico, económico o científico. Tales juicios **no se hallan prede-**

terminados -ni resultan en puridad predeterminables- por el Derecho, por lo que un control positivo del fondo de los mismos desbordaría necesariamente los límites propios de un control jurídico.

61. El control en Derecho de los juicios técnicos de la Administración responde al modelo de un **control negativo de intensidad limitada**. Según el Tribunal Constitucional, el control jurisdiccional “puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad” (STC 219/2004, FJ 6). En definitiva, el control jurisdiccional de los juicios técnicos de la Administración se reduce, en lo esencial, a dos supuestos: de un lado, el control de la observancia de los aspectos formales de carácter reglado (competencia, procedimiento y motivación), y, de otro, el control de la arbitrariedad y del error ostensible o manifiesto en la apreciación técnica.

62. Es objeto de discusión el verdadero significado de la tradicional “discrecionalidad técnica”. En mi opinión, y tal y como pone de manifiesto la doctrina alemana ya aludida, la llamada discrecionalidad técnica es en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equivoca y por ello controvertida), una manifestación del margen de apreciación. Concretamente, del margen de apreciación que provocan en su zona de incertidumbre aquellos **conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados**, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio. Así sucede, en particular, en el ámbito de la legislación que regula la intervención administrativa en **sectores especialmente complejos** de la realidad social, tales como el medio ambiente, los sectores energéticos, las telecomunicaciones o el sector financiero. Por ejemplo, el artículo 239 de la nueva Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMVSI) dispone que “(l)a CNMV podrá introducir límites y condiciones a la actividad de sus entidades supervisadas con la finalidad de evitar un endeudamiento excesivo del sector privado que pueda afectar a la estabilidad financiera”. Determinar a partir de qué umbral un endeudamiento debe considerarse “excesivo” (porque “pueda afectar a la estabilidad financiera”) exige conocimientos económicos altamente especializados que trascienden al saber jurídico.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1 Bibliografía citada

- Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad Administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100 (2018), pp. 131-164.
- Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- Luciano PAREJO ALFONSO, “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, *Práctica Urbanística*, núm. 144 (2017), pp. 1-35.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

4.2. Bibliografía complementaria recomendada

- María José ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, 2ª ed. (2ª reimp.), Thomson–Civitas, Madrid, 2004.
- Javier DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Eva DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.
- Tomás–Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1995.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid 2009.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “El control judicial de los planes administrativos”, *Blog de la Facultad de Derecho de la UAM*, 5/10/2022 (<https://www.blog.fder.uam.es/2022/10/05/el-control-judicial-de-los-planes-administrativos/>).
- Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.