



**UNIVERSIDAD DE JAÉN**  
*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*

Trabajo Fin de Grado

**EL CONTROL JUDICIAL DE  
LA DISCRECIONALIDAD  
ADMINISTRATIVA**

**Alumno: Cristóbal Figueras Martínez**

**Junio, 2015**

## RESUMEN

El presente trabajo, que vamos a elaborar, tiene como objetivo principal analizar desde un punto de vista teórico y práctico el régimen jurídico de la discrecionalidad administrativa, el cual es una de las cuestiones clásicas del Derecho Administrativo, elaborada por la doctrina y objeto de polémica, sobre todo en el ámbito del control judicial. La discrecionalidad administrativa es una potestad de la Administración que se reconoce principalmente para dictar actos administrativos que se denominan “discrecionales”, de modo que esta puede optar por varias soluciones, todas igualmente lícitas, a diferencia de los actos administrativos “reglados”. También se puede contemplar la discrecionalidad administrativa en relación con la potestad reglamentaria, pero es distinta de la actividad que implica la producción de actos jurídicos que gozan de los privilegios de la autotutela administrativa, es decir, el conjunto de prerrogativas que el Derecho administrativo otorga a la Administración pública para el cumplimiento de su fin, el servicio objetivo a los intereses generales como prescribe el art. 103.1 de la Constitución.

En lo referente al control judicial que se realiza sobre la discrecionalidad, las principales técnicas son aquellas que se encargan del control de los hechos determinantes, el control de los elementos reglados y el control por los Principios Generales del Derecho, pues como toda figura en el Derecho, la discrecionalidad debe respetar la Ley y el Derecho. Igualmente, la discrecionalidad debe ser diferenciada como lo hace la Constitución Española, de la arbitrariedad que resulta prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Teniendo en cuenta la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, destacamos que los actos discrecionales están sometidos al deber de motivación. En esta materia resulta imprescindible conocer las técnicas que prevé el legislador para delimitar y controlar la discrecionalidad administrativa así como la jurisprudencia ordinaria que interpreta y aplica los preceptos que configuran la actividad administrativa y el sometimiento a la Ley y al Derecho. Por este motivo, comentaremos los criterios que utiliza la jurisdicción contencioso-administrativa en la aplicación de las técnicas para el control de la discrecionalidad administrativa, destacando la jurisprudencia ordinaria que parece de mayor relevancia.

## **ABSTRACT**

This work, which will develop, whose main objective is get into the legal system of administrative discretion, which is one of the classic questions of administrative law developed by the doctrine and controversial subject, particularly in the field of control court. Administrative discretion is a power of the Administration, so that it can opt for various solutions, all equally legitimate, unlike the regulated powers. With regard to judicial control which is conducted on the discretion, the main techniques are those that are responsible for controlling the determining factors, control elements and control regulated by the general principles of law, as with any figure in the right, discretion must respect the law. Similarly, the discretion must be differentiated as does the Spanish Constitution, the arbitrariness that is prohibited by Article 9.3 of the Spanish Constitution, which guarantees the prohibition of arbitrary action of public authorities. Considering Law 30/1992 on the Legal Regime of Public Administrations and the Common Administrative Procedure, we emphasize that discretionary acts are subject to the obligation to state reasons. In this regard it is essential to know the techniques provided the legislature to define and control the administrative discretion and ordinary case law that interprets and applies the precepts that make up the administrative activity and submission to the Law and the Law. For this reason we will refer to some statements.

## ÍNDICE

CAPITULO I. INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO II. LA DISCRECIONALIDAD SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU DISTINCIÓN CON LA ARBITRARIEDAD.....	7
CAPITULO III. EL SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY Y AL DERECHO Y EL CONTROL DE LOS FINES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.....	9
CAPITULO IV. LA DISCRECIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA.....	13
4.1. DISTINCIÓN CON ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES: LA MOTIVACIÓN.....	15
4.2. ACTOS POLÍTICOS Y ACTOS DISCRECIONALES.....	17
4.3. ACTOS DISCRECIONALES Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	18
4.4. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD.....	21
CAPITULO V. TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.....	24
5.1 COMENTARIO AL ARTÍCULO 71.2 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	27
5.2. CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.....	29
5.3. CONTROL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS.....	31
5.4. CONTROL POR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	32
CAPITULO VI. LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	37
CAPITULO VII . CONCLUSIÓN.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	47

## CAPITULO I. INTRODUCCIÓN.

Resulta muy interesante adentrarse en un tema que ha sido abordado de forma constante por la doctrina administrativa, pero del que me ocupo para descubrir de nuevo la relevancia que tiene dentro de un Estado de Derecho que pretende el sometimiento de los poderes públicos al Derecho. Como idea de fondo, podríamos decir que la discrecionalidad resulta inevitable en la actividad administrativa, ya que es inviable que la actividad esté predeterminada totalmente por el Ordenamiento Jurídico, de forma que todos los actos administrativos sean reglados. El régimen de la discrecionalidad administrativa, así como sus diferencias con otra figuras y su control por parte de los Tribunales, ha sido un tema muy tratado numerosos autores, probablemente por la controversia que esta presenta. Por esto, este trabajo no será un trabajo de estudio e investigación novedoso, sino una investigación sobre el estudio que numerosos autores han realizado a lo largo de los años.

Dicho esto, considero imprescindible mencionar la noción de discrecionalidad administrativa dada por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ, cuando establece que:

*“La discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina , no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo”<sup>1</sup>.*

El artículo 103.1 de la Constitución Española, establece como objetivo de la Administración Pública el servicio objetivo al interés general, la que puede realizarse a través de actos reglados y de actos discrecionales que son la mayoría de los actos administrativos. De igual forma, la Constitución Española y la legislación administrativa, acepta el sistema de autotutela administrativa (declarativa y ejecutiva) que otorga a los actos administrativos la presunción de validez y los potestades de ejecución.

---

<sup>1</sup> García de Enterría y Fernández, (2013), *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra: Thomson Reuters, Civitas, p. 498.

En este sentido, debemos recordar el artículo 53 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que define el acto administrativo, estableciendo:

*“1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.*

*2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”.*

El motivo de nombrar este artículo es que todos los actos discrecionales son un tipo de acto administrativo.

Es aquí cuando podríamos decir, como ya veremos más adelante, que entra en funcionamiento el control judicial sobre la discrecionalidad administrativa, pues no por ser un acto de “libre”<sup>2</sup> decisión de la Administración, estos actos se encuentran exentos de control jurídico. De este modo podríamos plantear una pregunta que más adelante trataremos con el fin de que a lo largo de la lectura de este trabajo, reflexionemos y finalmente veamos si pensábamos de manera acertada, así formulo la pregunta, ¿Pueden los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de manera libre a la hora de realizar el control sobre la discrecionalidad de la Administración sustituir a su voluntad una decisión adoptada por la Administración que sea contraria al Ordenamiento Jurídico?.

Dicho esto, y pese a que el nombre de este trabajo sea “El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa”, antes de abordar el estudio de las técnicas de control, considero oportuno, o mejor dicho, obligatorio, abordar el significado de la discrecionalidad administrativa, así como su relación con los principios que establece el régimen jurídico de la actuación administrativa y su distinción con algunas figuras típicas del Derecho Administrativo.

---

<sup>2</sup> Entrecorrido la palabra libre en el sentido de que una solución adoptada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa, no es considerada libre, pues se podrán optar por soluciones que sean totalmente justas, sin embargo, también se podrá llevar a cabo una mala elección optando por aquella no comprendida en el margen de selección de la Administración.

## **CAPITULO II. LA DISCRECIONALIDAD SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU DISTINCIÓN CON LA ARBITRARIEDAD.**

En lo que respecta al tema, el significado de la discrecionalidad, puede ser entresacado de nuestra Constitución, que a través de su artículo 9.3<sup>3</sup>, nos establece, la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Pero ¿a qué quiere referirse esto? Pues bien la Carta Magna obliga a los poderes públicos a actuar conforme a la ley, pudiendo entender entre líneas la voluntad del legislador de que todo acto de la Administración, no sea un acto de capricho, un acto arbitrario, puesto que estos actos se apartan de la ley, sino un acto discrecional o reglado, actos que respeten la ley y el Derecho.

Como apunte, debemos decir que la discrecionalidad administrativa es distinta a la discrecionalidad del legislador. En todo caso considero oportuno recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de la discrecionalidad del legislador, encontrando así el Auto del Tribunal Constitucional 72/2008, de 26 de febrero, que en su fundamento jurídico tercero expone que:

*“En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actividad legislativa, este Tribunal ha reiterado que el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse sin imponer constricciones indebidas al Poder legislativo y respetando sus opciones políticas, máxime cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad. De este modo se ha hecho especial incidencia en que en tales casos el análisis se ha de centrar en verificar si el precepto controvertido establece una discriminación, que entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad sin que resulte pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En todo caso, también se ha destacado que no es posible confundir lo que es arbitrio legítimo del legislador con capricho, inconsciencia o incoherencia*

---

<sup>3</sup> Artículo 9.3 CE “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

*creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”<sup>4</sup>.*

Dejando a un lado estas consideraciones, en cuanto a la discrecionalidad administrativa, podríamos decir que se elimina la posibilidad de que la Administración elija con total libertad y en una misma resolución a quien aplicar y a quien no la misma ley vigente en el momento, con independencia del rango de la norma, ya que este tipo de acto, es lo que en sí mismo está prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad. Igual aplicabilidad tendría lo dicho con respecto a los Tribunales, pues sus decisiones en ningún caso podrán ser arbitrarias. Así vemos que también se admite en el Derecho la discrecionalidad judicial, de naturaleza totalmente distinta a la de la Administración Pública.

---

<sup>4</sup> Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs), (2008), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, p. 162.



### **CAPITULO III. EL SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY Y AL DERECHO Y EL CONTROL DE LOS FINES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.**

El sentido de la discrecionalidad administrativa reside en el artículo 103.1 y 106.1 de la Constitución española. Así el artículo 103.1 CE establece que:

*“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.*

Con respecto a este artículo, habla sobre el sometimiento pleno a la ley y al derecho, estableciendo como deben de ser los actos de la Administración. Pues bien, estos actos no pueden ser cuales quiera, sino, que deben de ser actos que busquen el interés público general. Uno de los inconvenientes que nos encontramos es saber realmente que es el interés público. Pues bien para esto debe hacerlo de manera objetiva, es decir, prohibiendo todo acto que pudiese ser considerado discriminatorio por funciones subjetivas, de igual modo, ese afán de perseguir el interés público, solo para conseguirse a través del sometimiento pleno a la ley por parte de los actos de la Administración<sup>5</sup>.

Como vemos, en dicho artículo, se enumeran una serie de principios, a los cuales, la Administración queda sometida, aunque a lo largo del texto Constitucional encontremos muchos otros más. Con respecto al principio de eficacia, este hace referencia a la necesidad de la Administración de adecuar los medios a los fines, teniendo estas la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales, potestades expropiatorias, sancionadores, entre otras. Por otro lado, y en relación al principio de jerarquía, consistente en organizar los órganos que componen la Administración de una forma piramidal encontrando de este modo una subordinación de los órganos inferiores a los superiores de una manera estricta. En tercer lugar, encontramos el principio de descentralización, la cual puede ser entendida en el ámbito territorial (teniendo un sentido político) y en el ámbito funcional (teniendo un sentido administrativo o de gestión). El siguiente principio que se enumera, es el principio de desconcentración, que no descentralización, haciendo referencia, al modo de organización y de las relaciones internas de una misma Administración. Y por ultimo, encontramos el

---

<sup>5</sup> García Trevijano, E. (2003) “Sinopsis artículo 103 CE: Los principios de actuación de las Administraciones Públicas”, *Congreso de los Diputados*, 2003,

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>

principio de coordinación, que debe ser entendida como una coordinación tanto en el seno de una misma Administración, como con las demás Administraciones.

Pero no solo relacionado con el artículo 9.3 CE encontramos en artículo 103.1 CE, pues también ligado a este artículo 9.3 CE, tenemos el artículo 106.1 de la misma Carta Magna el cual establece que:

*“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.*

Control de los fines de la actuación administrativa, que es lo mismo que el control judicial, sería el contenido del mismo. Como bien sabemos, son los Tribunales españoles los encargados de velar por el cumplimiento de las normas legales al igual que de sancionar todos aquellos actos contrarios a lo que estas dicen. En relación con el artículo 106.1 de la Constitución Española, cuando menciona a los Tribunales hace referencia a dos consideraciones. La primera de ellas se refiere a que la jurisdicción es la jurisdicción contencioso-administrativa, que se rige por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1988 en los términos que configura el artículo 1.1:

*“Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”.*

De forma que estos, controlan la actividad de la Administración sometida al Derecho Administrativo.

La segunda consideración establece que, además de la jurisdicción contencioso-administrativa, el control judicial de la Administración Pública se lleve a cabo por la jurisdicción penal, civil y laboral para las causas correspondientes a estos ordenes jurisdiccionales.

De otra parte, el control judicial de la Administración Pública, se construye sobre el respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24.1 CE),

así como a partir de los principios que regulan la actuación administrativa (art. 103.1 y art. 106 CE).

Como bien se establece en la Constitución Española, el legislador no puede negar a nadie el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que tenga derecho e intereses legítimos para ellos. Pues bien al igual que no se le puede privar a nadie, tampoco se le puede privar a la propia Administración tal y como establece el artículo 106.1. Así, tanto el control judicial como el derecho a la tutela judicial efectiva no permiten que haya actos de la Administración, bien sean positivos, bien negativos, que puedan ser considerados inmunes al control judicial. Y no solo eso, pues toda norma anterior a la Constitución que no permita la revisión de los actos de la Administración debe ser derogada. Todo lo dicho, no debe entenderse como la posibilidad o necesidad de impugnación de cualquier tipo de acto administrativo, si no como la posibilidad de revisión de estos actos ante los Tribunales<sup>6</sup>, y ante un jurista imparcial, protegiendo así igualmente la protección de los derechos e intereses de los particulares frente a la Administración.

Como ultimo punto en lo referente al artículo 106.1, encontramos como la norma suprema, obliga a la Administración a que los actos o actuaciones por ella realizada, se sometan a los fines que justifican estos actos o actuaciones. Pues bien, la no sumisión de estos a los fines, se considera como una desviación de poder, la cual podría derivar en un ilícito penal o administrativo, en este ultimo caso, pudiendo llegar a ser anulados los actos de la Administración por desviación de poder<sup>7</sup>. Tenemos que decir, que esto es un vicio que produce la anulabilidad de los actos administrativos.

Tal y como podemos ver en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 5ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2011, el artículo principal al que nos referimos en este apartado (art. 9.3 CE) adquiere sin duda una gran importancia, estableciendo por ejemplo, la cuestión de acotar los límites de la discrecionalidad. En el fundamento jurídico decimo sexto establece que:

*“El ejercicio de la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se encuentra afecto desde luego a la finalidad de satisfacer el interés público, insistimos,*

---

<sup>6</sup> Al hacer referencia a los Tribunales, nos referimos a los órganos jurisdiccionales competentes.

<sup>7</sup> García Trevijano, E. (2003) “Sinopsis artículo 106: El control jurisdiccional”, *Congreso de los Diputados*, 2003, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=106&tipo=2>

*con proscripción de la arbitrariedad y respetando la igualdad, principios todos ellos reconocidos constitucionalmente en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la CE*<sup>8</sup>.

De este modo, podemos comprobar la incompatibilidad existente entre arbitrariedad y discrecionalidad.

Al igual que el Tribunal Supremo ha hablado sobre estas diferencias entre arbitrariedad y discrecionalidad, el Tribunal Constitucional también lo ha hecho, en lo referente al poder judicial cuando en su Sentencia 71/1993 de 1 de marzo nos dice en su fundamento jurídico segundo que:

*“A través de numerosas resoluciones este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, protegido por el artículo 14 CE y conectado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 CE, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen”*<sup>9</sup>.

En relación a la Administración Pública, en todo acto administrativo lo que predomina no es la arbitrariedad, puesto que esto es contrario a derecho, a la ley, si no que lo que tiene que ser el centro de un acto o actuación administrativa, es que este acto o actuación sea discrecional o en su caso reglada, pero siempre respetando los límites establecidos y velando por conseguir el interés público.

---

<sup>8</sup> STS, Sección 5ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de junio de 2011 (Ponente María del Pilar Teso Gamella).

<sup>9</sup> STC 71/1993 de 1 de marzo.

## **CAPITULO IV. LA DISCRECIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA.**

En lo que compete a las potestades que tiene la Administración, una de estas es la potestad discrecional. La discrecionalidad administrativa, a día de hoy, es una realidad muy compleja y confusa, pero a la vez importante y abordada por la regulación que ofrece el Derecho Administrativo, integrado por las normas jurídicas con rango de ley, reglamentos y principios generales del Derecho. Este primer acercamiento al concepto de la discrecionalidad administrativa, es muy importante, pues será la base que nos ayudará a entender todos los posibles problemas que pueden plantearse junto a esta, encontrando aquellos relacionados con los límites, control judicial, entre otros.

La discrecionalidad de la que se habla, hace referencia al margen que tiene la Administración a la hora de tomar una decisión. Más adelante, distinguiremos entre dos conceptos fundamentales, como son los actos reglados y los actos discrecionales, pero antes procederé a dar el significado de la discrecionalidad.

Hay determinados supuestos en los que la ley impone la solución a un supuesto concreto, sin embargo, podemos encontrar otros supuestos en los que la ley únicamente se limita a establecer unas características mínimas de estos, es decir, no especifica, por lo tanto, en la propia Administración la que tiene que decidir la solución a esto, mediante un análisis subjetivo de cada caso, buscando siempre el interés público y aquella solución más conveniente. Al ocurrir esto, a la propia Administración se le concede un margen en el que ella misma podrá decidir la solución, de este modo, la labor realizada por la Administración, puede considerarse como una labor de cumplimentación de la ley a través de una decisión propia de la Administración.

Si nos preguntamos ¿por qué existe este tipo de potestad discrecional otorgada a la Administración? tenemos que decir que si la ley estableciese todos los supuestos o todas las soluciones que la Administración tiene que tomar, el objetivo de buscar siempre el interés general sería imposible de lograr<sup>10</sup>.

Importante también es saber quienes pueden ser los titulares del poder de decisión que una solución discrecional trae consigo. Pues bien en este punto, podemos decir, que solo los

---

<sup>10</sup> Sánchez Morón, M. (2014), *Derecho Administrativo Parte General*, Madrid: Tecnos p. 93.

Gobiernos y Administraciones públicas son los titulares de esto. Sin embargo, este poder discrecional que tienen, no es ilimitado, es decir, no poder utilizarlo como a ellos convengan, ya que de este modo actuarían de una manera arbitraria, arbitrariedad que esta prohibida en nuestra Carta Magna en su artículo 9.3 anteriormente mencionado.

Llegados al final de este punto, podría mostrar la importancia que tiene la discrecionalidad no solo en España. Pues bien, en otros países de la Unión Europea, es también una figura o una potestad de la que goza la Administración. Este por ejemplo es el caso de Italia, donde podemos encontrar una “attività amministrativa vincolata” y una “attività amministrativa discrezionale”, esta ultima en la cual la ley se limita a disciplinar solo algunos aspectos de la materia, dejando a la autoridad administrativa la tarea de elegir la mejor solución a adoptar, entre aquellas posibles según la ley, con el fin de realizar el interés publico específico. Es definida como la libertad vinculada a una sola elección<sup>11</sup>.

Dicho todo esto, vemos la importancia del tema tratado, tal es el caso, que incluso algún autor se atreve ha realizar una distinción de las principales concepciones de la discrecionalidad administrativa<sup>12</sup>. Entre las distintas concepciones, DESDENTADO DAROCA distingue aquella discrecionalidad proveniente de la relación entre la actividad administrativa y la ley, concepción tratado con anterioridad; la discrecionalidad administrativa como fruto del control judicial de la actividad administrativa, en la cual la discrecionalidad es definida en un sentido negativo, entendida como aquellos actos emanados de la Administración que en ningún caso son susceptibles de control judicial, en contraposición de aquellos actos sin controlables; la discrecionalidad administrativa como seña de independencia de la Administración frente al poder judicial y legislativo, concepción a través de la cual, la Administración tiene la potestad discrecional, la cual le otorga una esfera de independencia, que se refiere a que actúa sin la intromisión de los demás poderes estatales; la discrecionalidad administrativa como núcleo de decisión final delimitado por dos variables, la ley y la actitud de los tribunales, concepción que como nos dice DESDENTADO DAROCA QUE:

*“Supone una estimación subjetiva de las condiciones de ejercicio de la potestad*

---

<sup>11</sup> Clemente di San Luca, G. (2012), *Lezioni di diritto amministrativo per el corso di base*, Nápoles: Editoriale Scientifica.

<sup>12</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 54-70.

*atribuida a la Administración y un ámbito de decisión final libre, ausente de control, pero este ámbito de independencia que corresponde a la Administración, sino que, por el contrario, se configura como un ultimo reducto que queda como consecuencia de que los tribunales no han extendido a él su control”<sup>13</sup>.*

Y por ultimo, se puede establecer una concepción mas novedosa, la discrecionalidad como deber de adoptar la solución más adecuada al interés público.

#### **4.1. DISTINCIÓN CON ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES: LA MOTIVACIÓN.**

En lo que respecta a la distinción entre los actos reglados y los actos discrecionales nombrada en el apartado anterior, podríamos comenzar definiendo lo que es un acto reglado.

Pues bien, los actos reglados, son aquellos actos o soluciones adoptadas por la Administración ya que es la ley la que les obliga, es decir, existen supuestos en los que la ley establece la solución a adoptar, la manera de actuar de la Administración. En estos casos, la Administración no puede actuar a su voluntad, sino que debe actuar respetando el mandato. Podría decirse de otro modo, que para el caso concreto solo hay una solución posible, y esa es la que la Administración debe de adoptar, esta solución seria una *“pura y simple ejecución de la ley y, en su caso, de los reglamentos”<sup>14</sup>.*

Como podemos comprobar, la diferencia entre un acto reglado y un acto discrecional, radica en la solución adoptada por la Administración, siendo esta una decisión impuesta por la ley, por lo que nos encontraríamos ante un acto reglado; o una decisión que debe tomar la administración mediante el estudio de una serie de elementos y siempre que se le permita a la Administración, encontrándonos ante un acto discrecional.

Llegados a este punto, es necesario hacer referencia a una de las diferencias legales existentes entre los actos reglados y los actos discrecionales. Pues bien, el artículo 54.1 letra f de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que todo acto discrecional debe ser motivado, no haciendo

---

<sup>13</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, p. 61.

<sup>14</sup> Sánchez Morón, M. (2014), *Derecho Administrativo Parte General*, Madrid: Tecnos, p. 92.

referencia en ningún momento a actos reglados. Esto es así porque en los actos reglados, las soluciones a dar por la Administración, ya vienen previamente interpuestas y establecidas en la ley; sin embargo, en los actos discrecionales, esta motivación de la que habla el artículo 54.1 letra f de la ley 30/1992, aparece aquí como obligatoria, pues la decisión tomada por la Administración no viene interpuesta por la ley, si no que es propia, por lo tanto existe la obligación de justificar y explicar el por qué de esa decisión tomada, pues al ser la motivación un elemento esencial en los actos discrecionales, la falta de esta podría inducir a muchos a pensar en el carácter arbitrario de la decisión, independientemente de que del contexto pueda extraerse el verdadero carácter discrecional, o que posteriormente puedan darse las explicaciones necesarias y suficiente. Pero en el caso de que esto no ocurriese, esta decisión discrecional deberá ser anulada, pues falta un elemento o requisito esencial en esta.

Con referencia a este tema, el profesor PARADA establece que:

*“En el Antiguo Régimen ni siquiera se exigía en las sentencias judiciales, pues se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad en el Estado absoluto (...). En el Derecho administrativo la motivación se exigió en los reglamentos ministeriales dictados en desarrollo de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1890”<sup>15</sup>.*

Con respecto a este concepto que ahora tratamos como es el de la motivación, el Tribunal Supremo nos dice que la motivación es:

*“La exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión ínsita en el acto como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o, al menos, restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriere contra el acto”<sup>16</sup>.*

Con respecto a la discrecionalidad, como bien se ha dicho, es indispensable que la Administración motive las resoluciones, ya que en los actos discrecionales, es fundamental expresar por parte de la Administración de forma clara y suficiente el por qué de su

---

<sup>15</sup> Parada, R. (2008), *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid: Marcial Pons, p. 136.

<sup>16</sup> STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de octubre de 1981 (Ponente Antonio Agundez Fernández), considerando séptimo.



decisión<sup>17</sup>.

Igualmente, el Tribunal Supremo se pronunció con respecto a este tema, estableciendo que la motivación de los actos discrecionales de la administración no era una limitación de sus potestades discrecionales, si no un modo con el que poder diferenciar aquellos actos discrecionales y por tanto lícitos, de aquellos arbitrarios<sup>18</sup>, prohibidos por el artículo 9.3 CE.

Finalmente, es importante destacar brevemente la llamada motivación *in aliunde*, la cual se basa en llevar a cabo la motivación sobre elementos técnicos que se encuentran recogidos en el expediente administrativo.

#### **4.2. ACTOS POLÍTICOS Y ACTOS DISCRECIONALES.**

En lo que respecta a esta distinción y comenzando a hablar de los actos políticos, podemos encontrar como en la Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, se estableció que:

*“Los actos políticos no constituyen una especie del genero de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”.*

Estos actos políticos aparecieron primeramente en Francia extendiéndose con posterioridad otros países europeos, entre ellos España. Surgió la teoría del móvil político, la cual nos decía que todos los actos que fuesen dictados por los altos cargos de la política, monarquía... y que tuviesen un fin político, dejaban de ser administrativos para pasar a ser considerados como políticos, con la consecuencia de que dejaban de someterse estos actos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Actualmente en Francia se mantiene esta teoría, pero estos actos políticos se limitan a una lista de actos, los cuales han ido siendo menos con el transcurso del tiempo.

---

<sup>17</sup> STS, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de diciembre de 1998, (Ponente Eladio Escusol Barra).

<sup>18</sup> STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de junio de 1994, (Ponente Pedro José Yagüe Gil).

En lo que respecta a España, la teoría antes mencionada permaneció en la jurisprudencia hasta principios de los años sesenta, época en la que el Tribunal Supremo la modificó. Para ello, el Tribunal Supremo dijo que la función política y la función administrativa, serían distintas, cada una de ellas sería empleada para actos diferentes, estableciendo que solo eran considerados actos políticos, aquellos que afectaban como un todo al Estado, es decir, grandes decisiones de estado, no equiparables a meros actos administrativos que afectaban a uno o varios individuos.

Finalmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 en su artículo 2 letra a, estableció lo siguiente

*“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

*a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.*

Todo ello quiere decir que este tipo de actos si que debían ser controlados por esta jurisdicción, ya que dentro de estos podíamos encontrar elementos reglados, como sucede con los actos discrecionales, hechos que hace presumir la eliminación de la antigua teoría del sistema español.

#### **4.3. ACTOS DISCRECIONALES Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**

Como hemos podido comprobar en numerosas ocasiones a la hora de buscar un artículo determinado para aplicar a un caso determinado en la ley, encontramos numerosos conceptos bien definidos, conceptos los cuales no plantean duda a la hora de su aplicabilidad, pero, sin embargo, también podemos encontrar otra serie de conceptos, los cuales son mas difíciles de comprender, en lo referente a su aplicabilidad. Nos encontramos así con lo que se llama conceptos jurídicos determinados y conceptos jurídicos indeterminados, estos últimos sobre los que nos vamos a centrar.

Los conceptos jurídicos indeterminados, son conceptos establecidos por la ley, cuyos límites no están especialmente bien establecidos, pero que nos hacen entender que solo hay

una solución correcta, un supuesto concreto y determinado. Estos conceptos jurídicos indeterminados, no son únicos en el Derecho Administrativo, si no, que podemos encontrarlos además en otras ramas del Derecho, como son el Derecho Civil, Penal, Procesal y Mercantil. Pero la especialidad que estos tienen radica sobre todo en la rama que ahora nos ocupa, la del Derecho Administrativo.

Pues bien, es a la Administración a la que compete la aplicación de tales conceptos, lo cual no puede inducir a error, y confundir esto con la potestad discrecional sobre la que se basa el trabajo, ya que en los conceptos jurídicos indeterminados, la Administración puede dar una solución sea esta la correcta o no, pero sabiendo siempre que para estos conceptos establecidos en la ley solamente hay una solución correcta. Sin embargo la potestad discrecional le permita a la administración tomar una decisión sobre un caso, caso en el que podemos encontrar que hay mas de una solución correcta, lo que es lo mismo que una solución justa.

Esta distinción a realizar entre los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional, ha sido tomada de la doctrina alemana, por la doctrina española.

En tal materia, podemos encontrar mucha controversia lo que ha permitido al juez la posibilidad de estudiar y verificar si la solución adoptada es la correcta, es decir, el fin perseguido por la ley, punto en el cual se diferencia del ámbito de la discrecionalidad, en el cual el control que puede ser realizado sobre esta, es simplemente para verificar que la solución adoptada se encuentra subsumida entre el margen permitido por la ley para el caso concreto.

Anteriormente, tanto la jurisprudencia como la doctrina, entendían que la aplicación de tales conceptos jurídicos indeterminados correspondía a la Administración, y por tanto tenían que limitar el control sobre tales apreciaciones realizadas. Esto era así puesto que se entendía que el legislador no precisaba estos conceptos, con el fin de que únicamente fuese la Administración, la que a través de un acto discrecional los precisase, sin embargo, esta concepción fue posteriormente cuestionada por la doctrina administrativa mayoritaria.

Tras esto, se estableció, que tales conceptos se sujetaban sobre dos cuestiones principales. La primera de estas una cuestión interpretativa; y la segunda, referente a que esa interpretación que se debe realizar a los textos, solo nos permite obtener una idea exacta, la

cual está ligada al fin perseguido por la norma, lo que nos hace entender que en estas situaciones, no hay lugar para la discrecionalidad<sup>19</sup>.

En el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados, *“la Administración posee una presunción a favor de su juicio”*<sup>20</sup>, sin embargo dicha presunción no supone una eliminación del control judicial, pero si una limitación basando su control únicamente en comprobar si la solución de la Administración supera los límites establecidos por la ley. De esta forma el juez al enjuiciar o controlar si lo dictado por la administración se ajusta a lo determinado por la ley, podrá anular la solución de la Administración por sobrepasar lo límites establecidos.

Ahora bien, debemos de entender que este control o esta anulabilidad de lo dictado por la Administración no supone una sustitución de lo dicho por la Administración en su propia solución, debiendo entender que el Juez solamente se limita a encuadrar el supuesto en aquel predeterminado en la ley.

Como ejemplo a este caso, podemos encontrar un termino considerado jurídicamente indeterminado, como es el termino “justo precio” en la expropiación forzosa. Como bien establece ESTEVE PARDO:

*“El objetivo explícito y reiterado de la ley es que se pague una indemnización por los bienes objeto de expropiación por el valor de su justo precio; pero es evidente la incapacidad de la ley para concretar todos los justos precios de todos los bienes que sean susceptibles de expropiación”*<sup>21</sup>.

Como vemos, la ley deja a la administración la labor de especificar lo que se considera “precio justo”, sin que esta tenga la posibilidad de tomar varias soluciones, eliminando aquí la discrecionalidad. El concepto “precio justo” debe considerarse como que solo hay un “precio justo” de modo que la Administración solo puede establecer una única solución justa.

---

<sup>19</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, p. 114.

<sup>20</sup> García de Enterría y Fernández, (2013), *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra: Thomson Reuters, Civitas, p. 506.

<sup>21</sup> Esteve Pardo, J. (2013), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, p. 109.

#### 4.4. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD.

Dentro de la potestad discrecional de la Administración, como es normal en el Derecho, podemos encontrar distintos tipos de discrecionalidad en función del criterio de clasificación que se adopte. De esta forma, podríamos establecer como principales tipos de discrecionalidad, la discrecionalidad política y la discrecionalidad técnica (M. SÁNCHEZ MORÓN).

Así, podemos decir que la discrecionalidad política, entra en juego cuando el órgano competente posee un margen para adoptar una decisión de manera expresa o implícita, valorando las posibles consecuencias políticas que esta podría traer consigo. El control judicial en este tipo de discrecionalidad, es más limitado, pues el fondo de estas decisiones es político y subjetivo, de modo que no puede ser sustituido por una resolución emitida por el juez que se refiera a criterios de oportunidad.

Por otro lado, encontramos la discrecionalidad técnica, la cual es aquella por la que el órgano competente posee un margen de decisión, decisión que tiene que estar fundada sobre criterios técnicos, normalmente criterios propios de un saber específico. Claro está en este tipo de discrecionalidad, que el control judicial que se ejerce, es aun mayor, teniendo incluso el tribunal la posibilidad de declarar nulo un acto administrativo siempre y cuando las pruebas demuestren el error de la Administración.

En lo que respecta a esta discrecionalidad técnica, vemos como el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha pronunciado en referencia a esta, en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 16 de abril de 2014, estableciendo en su fundamento jurídico tercero que:

*“La discrecionalidad técnica no supone una autorización “en blanco” para asignar libérrimamente la puntuación sino que la misma ha de tener engarce en la convocatoria y en todo caso, bajo el imperio del principio de mérito y capacidad ( arts.103 y 23.2 CE, así como 55 del EBEP ), ha de asegurar a los participantes interesados el conocimiento de las razones de una u otra calificación ( art.54.2 de la Ley 30/1992 : “debiendo en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”, en relación con el art.27.1 de la misma Ley 30/1992 : ” Acta que especificará necesariamente...los puntos principales de las*

*deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados”). Una cosa es que las bases no impongan desglose de puntuación por cada criterio (ejercicios primero y segundo) o de la calificación numérica (ejercicios tercero y cuarto) ni tampoco voto motivado de cada vocal, y otra muy distinta que ello autorice a que el Tribunal niegue a los aspirantes el derecho a una respuesta motivada sobre las circunstancias que explican la calificación. Si el Tribunal calificador pudiera escudarse en los dígitos que expresan su voluntad de calificación serían inútiles las pautas generales de valoración de cada prueba e incluso serían superfluos temarios y cuestionarios.*

*De ahí que nuestro Tribunal Supremo ha precisado que aunque las bases no impongan una motivación específica, detallada y pormenorizada, si existe una reclamación por parte de un aspirante, el Tribunal calificador ( y la Administración en que se integra) deben ofrecer una explicación, y con mayor razón cuando en casos como el de autos en vía administrativa se formuló reclamación expresa y detallada, que recibió la callada por toda respuesta, con el artificio de remitirse a unas Actas vacías de explicación y refugiarse en la discrecionalidad técnica”<sup>22</sup>.*

Volviendo de nuevo a la discrecionalidad política, esta se manifiesta en numerosas decisiones de la Administración, así podemos encontrar por ejemplo la discrecionalidad reglamentaria, que es distinta a la discrecionalidad de los actos administrativos, la cual entra en juego en el momento de aprobar reglamentos, si bien hay que decir, que numerosos reglamentos administrativos, tienen un contenido puramente técnico.

Con respecto a los momentos en los cuales la Administración decide cuales son sus prioridades y los objetivos a perseguir, aquí podemos decir que entra en juego una discrecionalidad de iniciativa, en supuestos como por ejemplo la construcción de un parking público, la ampliación de cualesquiera de las instalaciones de la Administración, entre otras.

No menos importante, es la discrecionalidad administrativa ordinaria o también conocida de gestión, que incluye:

*“las numerosísimas decisiones de menor trascendencia que han de adoptar cotidianamente los gestores públicos en virtud de criterios de conocimiento, de*

---

<sup>22</sup> STSJ de Galicia, sección 1ª, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de abril de 2014 (Ponente José Ramón Chavez García).

*experiencia o de razón, completando las imprecisiones o los vacíos de las disposiciones legales y reglamentarias que deben aplicar”<sup>23</sup>.*

Por ultimo pero no menos importante, podemos hablar también de la discrecionalidad urbanística de la Administración. Esta se refiere a todas aquellas respuestas o soluciones adoptadas por la Administración en el seno de cuestiones relativas a la Ley de Suelo. Por tanto, en la potestad de planeamiento urbanístico de la Administración, encontramos un carácter discrecional, al existir la posibilidad de que la Administración establezca como configurar el territorio, eso si, dentro de unos limites establecidos por la ley<sup>24</sup>.

Como ultimo apunte en referencia al tema, debemos hacer una breve distinción fundamental sobre la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad política, pues bien, en el caso de esta primera, el órgano encargado de tomar la decisión, únicamente se limitará a realizar juicios para determinar la mejor manera de optimizar el fin perseguido por la norma. Sin embargo, en el segundo caso, caso de la discrecionalidad política, es el órgano encargado de tomar la decisión el que establecerá el objetivo a alcanzar, lo que trae consigo la realización de juicios políticos, por lo tanto viéndose esto como la promoción de varios grupos sociales<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sánchez Morón, M. (2014), *Derecho Administrativo Parte General*, Madrid: Tecnos, p. 96.

<sup>24</sup> Vicente Díaz, V. (2002), “El acto discrecional de denegación de la aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo en suelo urbanizable después del RDL 4/2000, de 23 de junio (LA LEY 2260/2000) (Breve referencia a la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 6, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2002, Ref. 1043/2002, pág. 1043, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

<sup>25</sup> Lifante Vidal, I. (1989), “Dos Conceptos de Discrecionalidad Jurídica”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: Doxa, p. 49.

## CAPITULO V. TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.

Llegados a esta cuestión principal, nos cabe preguntarnos si ¿Puede el Tribunal modificar la solución tomada en el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la Administración, o debe única y exclusivamente dedicarse a anular esta solución?.

Pues bien, tal y como podemos ver, el legislador se ha pronunciado sobre esto, de modo que en el artículo 71.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que:

*“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.*

Igualmente, vemos como en la Exposición de Motivos de la presente Ley, se hace referencia a este artículo, cuando se expone que:

*“La Ley recuerda la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que precise que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad”<sup>26</sup>.*

Dicho esto, vemos que la respuesta al primer interrogante dado, ya tiene solución desde 1998, cuando se estableció esta imposibilidad a los Tribunales, de modificar una solución por otra dada por ellos mismos.

La administración a la hora de tomar una solución discrecional, sabe que hay un amplio abanico de soluciones, todas ellas justas, correctas y lícitas. El fin de un procedimiento donde se debe tomar una solución discrecional, no es otro, que anular la solución establecida, pues esta no se encuentra dentro de las posibles soluciones.

---

<sup>26</sup> Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



Sin embargo, podemos encontrar casos en los cuales esa pluralidad de soluciones que la ley permite, se vea reducida con el transcurso del procedimiento Administrativo. La consecuencia de esta, será la reducción del abanico de posibles soluciones, y no solo eso, sino que su desaparición también puede llegar a darse, dando lugar a que únicamente quede una única solución. En esta situación es inevitable pensar en la posibilidad que tiene el juez y mas que posibilidad necesidad u obligación de establecer esa única solución restante como la solución al procedimiento, incorporándola en el fallo.

No obstante, si en la conclusión del procedimiento Administrativo por el ejercicio de potestades discrecionales, el abanico de posibilidades continua siendo amplio, será competencia de la Administración, tomar la decisión correcta de entre las posibles restantes, debiendo de esta forma, limitarse el Tribunal, a anular o no, la posible solución escogida por la Administración.

Así de este modo, podemos ver como GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>27</sup> al abordar esta cuestión, destaca en la Sentencia de 2 de abril de 1991, la cual de modo muy sencillo aclara lo anteriormente visto diciendo:

*“Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración podrá decidir al respecto”* y estableciendo igualmente que *“por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia”*.

Apreciación importante, es también la realizada por GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>28</sup>, quienes nos dicen que el procedimiento de adoptar una solución ejercitando una potestad discrecional, posee muchos caracteres de apreciación subjetiva.

Llegados a este punto, considero importante hacer mención de la polémica habida en este ámbito del control judicial de la discrecionalidad, provocada por las discrepancias existentes entre diversos autores, aunque no discrepancias tan fuertes. Sin embargo, a pesar de estas diferencias o discrepancias, encontramos puntos de conexión entre estos autores de los

---

<sup>27</sup> García de Enterría y Fernández, (2013), *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra: Thomson Reuters, Civitas, p. 529.

<sup>28</sup> Gamero Casado y Fernández Ramos, (2013), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, p. 70.

que caben destacar a ATIENZA, SÁNCHEZ MORÓN, PAREJO y T.R. FERNÁNDEZ, los cuales, no dudan del inexcusable sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho.

No obstante, el problema no son los contraposiciones entre unos y otros autores, sino, las técnicas de control de la discrecionalidad y su verdadero alcance, constituyen el principal problema del control de la discrecionalidad.

Así cabe mencionar que GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS establecen un cuadro resumen, exponiendo las técnicas de control de la discrecionalidad, tal y como muestro a continuación.

#### **Técnicas de control de la discrecionalidad**

<b>Técnica</b>	<b>Manifestaciones o contenido</b>
Control de los elementos reglados	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Competencia.</li> <li>- Procedimiento de ejercicio de la potestad (trámites).</li> <li>- Fin de la potestad (desviación de poder).</li> </ul>
Control de los hechos determinantes	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adecuación del ejercicio de la potestad a la realidad del mundo físico.</li> <li>- Control especialmente intenso en el caso de la discrecionalidad técnica.</li> <li>- Su aplicación exige prueba fehaciente.</li> </ul>
Control de los principios generales del Derecho	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Proporcionalidad, prohibición de arbitrariedad...</li> </ul>

Tabla 1: Cuadro descriptivo de las técnicas de control de la discrecionalidad y su contenido según GAMERO CASADO Y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>29</sup>.

Dicho esto a modo introductorio es conveniente proceder al análisis y explicación de las diversas técnicas de control de la discrecionalidad, teniendo en cuenta siempre que todo acto discrecional debe ampararse en el artículo 9.3 CE, debiendo ser las soluciones dadas al caso discrecionales y no arbitrarias.

---

<sup>29</sup> Gamero Casado y Fernández Ramos, (2013), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, p. 70.

## 5.1 COMENTARIO AL ARTÍCULO 71.2 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La ley, establece una serie de limitaciones a los Tribunales. La que a nosotros nos ocupa, es la referente a la establecida en el momento del control judicial de la discrecionalidad, en aquellos momentos en que la solución dada por la Administración es considerada nula. Pues bien, ¿qué sucede entonces?. El artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece la imposibilidad por parte de los Tribunales de determinar la forma en que debe quedar redactados los preceptos contenidos en aquellas soluciones dadas por la Administración declaradas nulas<sup>30</sup>, cuya redacción dice lo siguiente:

*“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.*

Respecto a esto, GONZÁLEZ PÉREZ<sup>31</sup>, nos referencia una serie de Sentencias. La primera de ellas referente a la diferencia, en este sentido, con la anterior Ley. Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 4ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de Junio de 2008 (Ponente Enrique Lecumberri Marti), la cual establece en su fundamento jurídico tercero que:

*“A diferencia de lo que acontecía en la derogada Ley de veintisiete de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, que en su artículo 85, establecía que cuando los fallos que se dictasen por las Salas de lo Contencioso- Administrativo, en materia de Ordenanzas Fiscales, anulasen el acto del recurso, deberían expresar la forma que habían de quedar redactados los preceptos impugnados; el artículo 71.2 de la Ley vigente Jurisdiccional prohíbe que los órganos jurisdiccionales puedan determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general cuando la anulasen. De esta forma, en los supuestos de anulación de cualquier disposición general, las potestades de las Salas de lo Contencioso- Administrativo sólo*

---

<sup>30</sup> González Pérez, J. (2011), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Navarra: Thomson Reuters, p. 758.

<sup>31</sup> González Pérez, J. (2011), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Navarra: Thomson Reuters, p. 759.

*alcanzan a su eventual anulación, pero no se extienden a la condena a la Administración para que elabore una nueva regulación, porque con ello quedaría desnaturalizada la función jurisdiccional, que sólo se ejerce sobre el control de la conformidad a derecho del acto o disposición impugnado”<sup>32</sup>.*

De igual modo, referencia otra Sentencia del Tribunal Supremo, la cual nos refrenda el contenido del artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estableciendo que:

*“El art. 71.2 LJCA es meridianamente claro a este respecto: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados."Ello significa, habida cuenta de que el carácter reglamentario del Real Decreto 172/2007 está fuera de toda duda, que es posible en esta sede anular aquellos extremos de la nueva demarcación registral que se estimen ilegales; pero no cabe sustituir los extremos anulados por otros”<sup>33</sup>.*

Dicho esto, vemos como los Tribunales no tienen la posibilidad de modificar la redacción de una disposición dada por la Administración y declarada nula. Anteriormente, también se quiso prever la posibilidad de modificación del contenido, siempre y cuando la solución correcta fuese solo una, pero finalmente esto no llegó a ser incluido en el artículo que nos encontramos comentando.

Ahora, resulta oportuno, entrar en el fondo del asunto de una cuestión, la cual ha tenido mucha polémica en la doctrina administrativa, y es aquella del control de la discrecionalidad administrativa.

---

<sup>32</sup> STS, sección 4ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de Junio de 2008 (Ponente Enrique Lecumberri Marti).

<sup>33</sup> STS, sección 6ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2010 (Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), fundamento jurídico cuarto.

## 5.2. CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.

Toda Administración al llevar a cabo una potestad, lo que incluye también a las potestades discrecionales, trabaja sobre una exacta realidad de hecho. Así, podemos decir, que la Administración a la hora de llevar a cabo una exacta potestad discrecional, esta debe basarse sobre hechos exactos, hechos existentes, de modo que la Administración en ningún momento podrá inventar la realidad y mucho menos desfigurarla.

Dicho esto, podemos establecer como concepto de los hechos determinantes, como aquella realidad física o lo que es lo mismo, material, sobre la que se apoya una decisión administrativa; son elementos externos del precepto jurídico, que lo condicionan a la hora de su interpretación y aplicación.

Los Tribunales son competentes para encargarse del control sobre los hechos determinantes. Con este control lo que se pretende es establecer si la valoración dada por la Administración haciendo uso de su potestad discrecional, respeta o se adecua a estos hechos materiales.

Actualmente, la revisión de los hechos determinantes fijados por la Administración en un proceso, debido al ejercicio de una potestad administrativa, no presenta barreras, de forma que el interesado al que le afecte la solución de la Administración podrá hacer cuantas alegaciones y pruebas considere pertinentes.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956<sup>34</sup>, permitió este tipo de control sobre los hechos determinantes. El control de los hechos determinantes pasó a ser un tipo de control de la discrecionalidad, cosa que perdura hasta actualmente. Si embargo, podíamos decir que no es una técnica de control de la discrecionalidad, puesto que realmente lo que se está controlando es que se de o no el presupuesto fáctico de la norma, se trata por tanto del control de un elemento reglado, pretendiendo verificar la realidad sobre la que la Administración se ha apoyado para llevar a cabo esa potestad discrecional<sup>35</sup>.

No obstante, el control que se realiza, no se basa única y exclusivamente en el control

---

<sup>34</sup> Actualmente derogada y sustituida por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

<sup>35</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 211-216.

de la existencia de dichos hechos determinantes, sino, que va más allá, extendiéndose a la apreciación y valoración que la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional ha llevado a cabo sobre esos hechos. Por lo tanto, es evidente que el control sobre los hechos determinantes, lo que controla, no es exclusivamente la existencia de esos hechos, sino, la apreciación llevada a cabo por la Administración, es decir, la relación entre la solución establecida y la realidad existente<sup>36</sup>.

Las materias en las que abunda este control judicial de los hechos determinantes por el ejercicio de la potestad administrativa de la Administración, son en materia de urbanismo y medio ambiente. Así, claro resulta el ejemplo que nos expone GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, el cual nos dice:

*“La Administración puede decidir declarar una zona determinada como paraje natural. Ello comporta considerables restricciones urbanísticas. Los particulares podrán recurrir contra la decisión administrativa con base en el hecho de que en tal zona no existen especies dignas de protección. El juez ponderará si la decisión adoptada por la Administración se adecua o no a la realidad subyacente”<sup>37</sup>.*

Este control es considerado por la parte de la doctrina como un control destinado al control de un tipo específico de discrecionalidad, conocido comúnmente como discrecionalidad técnica, que como bien hemos dicho anteriormente, lo que trata es de reducir ese margen de valoración subjetiva, preocupándose sobre todo en una ponderación de carácter técnico realizado por expertos en la materia. De este modo, también podemos decir, que el supuesto de control de la discrecionalidad técnica, resulta menos complejo, pues los hechos determinantes fácilmente podrán hacer ver que la solución adoptada por la Administración no la optima técnicamente al caso concreto.

La jurisprudencia en estos casos exige prueba, pues los meros indicios y presunciones no bastarán para poder demostrar que la decisión adoptada por la Administración no era la acertada.

---

<sup>36</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 211.216.

<sup>37</sup> Gamero Casado y Fernández Ramos, (2013), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, p. 71.

Como apunte final, afirmamos que la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional, puede realizar la apreciación de los hechos, empleando diversos criterios, cabiendo en tal sentido, valoraciones realizadas mediante un juicio de experiencia común, un juicio de experiencia técnica o, incluso un juicio de oportunidad. De este modo, podemos decir que los dos primeros medios de valoración de los hechos, son controlables por un juez, en el primer supuesto a través de las máximas de la experiencia; y en el segundo supuesto, el de un juicio de experiencia técnica, aunque los conocimientos de los que disponga el juez en tal materia sean insuficientes, esa falta de conocimiento, puede verse sustituida por una prueba pericial y su posterior apreciación por el juez. Sin embargo, en las valoraciones realizadas a través de un juicio de oportunidad, el juez no tiene la facultad como para controlar y modificar la valoración realizada por la Administración, por lo que un control en base a otros criterios diferentes de oportunidad no sería admisible, lo cual no excluye como es evidente que el juez pueda controlar que la decisión adoptada, se adecue a los límites establecidos para la discrecionalidad<sup>38</sup>.

### **5.3. CONTROL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS.**

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, podemos ver como el Tribunal Supremo se ha pronunciado con respecto al control de los elementos reglados estableciendo que:

*“En cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el Ordenamiento Jurídico, estos sí son susceptibles de control jurisdiccional”<sup>39</sup>.*

Podríamos decir, que toda actuación administrativa, esta regulada por una serie de disposiciones que regulan, aunque solo sea de manera básica, el ejercicio de la potestad, siendo esto conocido como elementos reglados. Así podemos hablar, como ya hemos hecho referencia anteriormente, de los supuestos en los que la ley establece la solución exacta que la Administración tiene que adoptar, no dejando la norma la posibilidad de realizar una apreciación subjetiva, pues todo los elementos son elementos reglados; por otro lado encontramos las potestades discrecionales, en las que la norma deja un margen de apreciación a la Administración, de modo que esta puede elegir entre un amplio abanico de posibles

---

<sup>38</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 211-216.

<sup>39</sup> STS, Sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 1993 (Ponente Mariano Baena del Alcázar).

soluciones, siendo consideradas cada una de ellas como justas. Sin embargo, en estas últimas, podemos encontrar algunos elementos reglados, siendo estos al menos tres.

El primero de ellos es la competencia, la cual hace referencia, al órgano que deberá ejercer tal potestad, siendo este órgano o bien un Director General, Alcalde, Consejero, entre otros.

Con respecto al segundo elemento mínimo, encontramos el procedimiento de aplicación. Aquí se hace referencia a los pasos a seguir en el ejercicio de la potestad, incluyendo también, datos relevantes como los plazos de ejercicio, beneficios de los administrados, la necesidad de evacuar ciertos informes, entre otros. Además debemos sumar un plus a esto, el cual viene establecido en el artículo 54.1 letra f de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el fin de poder diferenciar una potestad discrecional y por tanto justa de aquella arbitral, pues el texto de la Carta Magna como bien se ha hecho mención con anterioridad, prohíbe claramente, la *“interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

Y por último como tercer y último elemento mínimo, encontramos el fin de la potestad, el cual hace referencia al objetivo final perseguido. Es determinante o importante saber, que este último elemento al igual que los anteriores no solo es utilizado para controlar las potestades regladas, sino, que es empleado igualmente en el control de las potestades discrecionales.

#### **5.4. CONTROL POR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.**

La Administración como bien se entresaca del artículo 103.1 CE, esta bajo sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, pero no solo eso, pues también la Administración debe someterse a los principios generales del Derecho.

Debemos decir pues, que la Administración esta sometida a estos en el ejercicio de las potestades regladas, pero sin embargo, también en lo que aquí nos incumbe, en el ejercicio de las potestades discrecionales.

El control por los principios generales del Derechos de una potestad discrecional no debe entenderse como la capacidad del juez de anular y modificar la solución dada por la Administración por una propia, porque en tal caso como nos dice GARCÍA DE ENTERRÍA y



FERNÁNDEZ<sup>40</sup>, lo que se estaría realizando, sería una modificación de la discrecionalidad de la Administración por la discrecionalidad del juez. El objetivo real es entrar en el seno de la cuestión enjuiciada con el fin de encontrar objetivamente una explicación en que se exprese un principio general.

Podemos encontrar determinados principios generales del Derecho muy ligados a la discrecionalidad, tal y como pueden ser el principio de proporcionalidad, prohibición de la arbitrariedad y razonabilidad, los cuales sirven como parámetro y criterio para su control.

En primer lugar hablaremos del control de la arbitrariedad. Como bien sabemos y establece el artículo 9.3 CE la arbitrariedad esta prohibida, por lo tanto arbitrariedad y discrecionalidad no están ligadas, no son lo mismo, el criterio que distingue a una de la otra, es la motivación de la decisión. En ningún caso que la Administración adopte una decisión discrecional significa que esta es legitima por el mero hecho de emanar de la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional, pues el acto donde se represente este ejercicio deberá estar fundado sobre unos hechos que lo justifiquen.

Por esto anteriormente dicho, los Tribunales tratan de controlar si la potestad discrecional ejercida por la Administración esta fundada o en caso contrario es arbitral, en este ultimo caso daría lugar a la nulidad del acto por los Tribunales. Por tanto si el Tribunal no encuentra razón alguna que justifique la solución discrecional dada, considerará a esta como arbitraria.

Pero el control judicial no se detiene aquí, pues se requiere que la decisión adoptada sea adecuada, es decir, la decisión arbitraria no es arbitraria por el mero hecho de no alegar razones por lo que se adopto, sino, también por el hecho de no ser adecuada. Podemos encontrar soluciones dadas por la Administración donde se alegan diversos motivos que la justifican, pero estos motivos no son adecuados, por lo tanto la decisión sería arbitraria. Puede que el requisito de la motivación, que es imprescindible, no haya sido respetado por la Administración, por lo tanto en el procedimiento deberá contestar a la parte demandante dando los motivos pertinentes que justifiquen su decisión, motivos que son también controlables por el Tribunal. Como nota importante debemos mencionar la imposibilidad de realizar este control de la fundamentación de la decisión a priori. Por lo tanto para concluir

---

<sup>40</sup> García de Enterría y Fernández, (2013), *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra: Thomson Reuters, Civitas, pp. 519-522.

con el control de la arbitrariedad, debemos decir que lo realmente importante en estas situaciones, es que la Administración adopte decisiones discrecionales, con motivos aceptables y atendibles<sup>41</sup>.

Además de lo ya dicho, el control de las decisiones discrecionales adoptadas por la Administración, se extiende también al control de la razonabilidad, en lo que se refiere al contenido de la decisión. Esto no autoriza a los jueces a anular una decisión adoptada por la Administración únicamente porque la considere irrazonables, pues deberán llevar a cabo un control objetivo, con el fin de determinar si la opción a la que ha optado la Administración puede considerarse razonable. Por lo tanto, este control no puede hacerse de un modo subjetivo, no permitiendo al juez el uso de sus opiniones sobre el caso concreto que se trate. Este control no puede ser considerado como un control que valore las decisiones que adopte la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional.

Un problema que encontramos es aquel que permite al juez anular aquellas decisiones por el consideradas no razonables, pero sin embargo, no se establecen los parámetros necesarios para esto, por lo que el Tribunal debe atender caso a caso individualmente.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad, podemos decir que este a su vez esta compuesto de otros tres principios o criterios sobre lo cuales recae el control judicial de la discrecionalidad.

En un primer lugar, encontramos el principio de idoneidad de la decisión discrecional, pues bien aquí lo que se pretende es que la decisión adoptada por la Administración sea la adecuada para alcanzar el fin perseguido, por lo tanto, es caso de no ser la adecuada, los tribunales tienen el deber de anularla, pero ¿Cómo llegan los Tribunales a esta conclusión?. Pues bien, los Tribunales podrán hacer uso de la experiencia o de conocimientos técnicos especializados aportados al proceso como prueba pericial. Aquí el control que realizan los Tribunales, consiste en considerar como no idóneos, aquellos actos no necesarios o que no podían llegar a producir el fin deseado por la Administración. Hay que saber, que el Tribunal no podrá en ningún momento sustituir la decisión no idónea de la Administración por la suya propia, si no que una vez determinado por el Tribunal las verdaderas soluciones idóneas, será la Administración, la encargada de decidir la solución.

---

<sup>41</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 225-231.

En segundo lugar, encontramos el principio de necesidad de la medida. El control que los Tribunales realizan sobre este principio, se basa en control sobre la decisión adoptada por la Administración con el fin de saber si la decisión por esta tomada es la menos gravosa, control fundamental y muy importante cuando la decisión tomada por la Administración tiene una repercusión directa o indirecta sobre derechos o intereses particulares. Por lo tanto en las decisiones tomadas por la Administración no de forma correcta, este control podrá acarrear la nulidad de esta por parte del Tribunal.

Podemos en estos casos, encontrarnos frente a casos sencillos, pero no siempre es así, debido que normalmente todas las posibles decisiones traen consigo ventajas pero también inconvenientes, lo que provoca una tarea difícil. Por ello, en estos casos tan específicos, la decisión correcta dependerá del valor que se le haya dado a los intereses que se encuentren en juego. Así, podemos encontrar algunos casos en los que el propio Ordenamiento Jurídico, establece el valor o el peso que se le atribuye a un determinado interés, de manera que la Administración se limita a proteger, por decirlo de algún modo, el que jerárquicamente se encuentre mejor situado, es decir, al que se le otorgue mayor protección. Pero el problema radica, cuando el Ordenamiento Jurídico no determina ni establece ese valor determinado a un interés concreto, debiendo por tanto la Administración determinar esos valores en el ejercicio de una potestad discrecional fuerte. De este modo, y conociendo estas dos situaciones, debemos decir que en el segundo supuesto, los Tribunales deben respetar en todo caso la atribución realizada por parte del Ordenamiento Jurídico a la Administración, de determinar el valor o peso de uno o varios intereses. Sin embargo, cuando este valor o peso está bien determinado por el Ordenamiento Jurídico, la última palabra corresponde a los Tribunales, de modo que la interpretación y la decisión adoptada por la Administración podrá ser revisada y sustituida por los Tribunales.

Igualmente podemos decir que aquellos supuestos en los que el Ordenamiento Jurídico no establece los valores de determinados intereses, cuando el Tribunal se entromete en la decisión de la Administración, estos, se están entrometiendo en una función que no les pertenece, haciendo ver que realmente no actúan como tribunales, si no como órganos superiores jerárquicamente, como administradores<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial, pp. 231-240.

En tercer y último lugar, nos encontramos con el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En el control que se realiza sobre este principio, se examina aisladamente la decisión adoptada por la Administración. Lo que se pretende con este análisis, es conocer las ventajas y desventajas de la decisión, de este modo, los Tribunales conocen los beneficios y costes de la decisión y realizan una comparación de estos con el fin de saber si la medida puede ser considerada de interés público o no.

Por último a modo de conclusión, debemos decir que en raras ocasiones, será posible la localización de las pautas o instrucciones necesarias para la realización objetiva de esta operación, en nuestro Ordenamiento Jurídico, produciéndose un peligro, aquel del fácil acceso de la subjetividad. A este peligro de acceso de la subjetividad como método de control, puede unirse el riesgo de que una decisión adoptada por la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional, sea sustituida por la propia decisión del Tribunal.

## **CAPITULO VI. LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.**

Una vez realizado el estudio de la discrecionalidad, así como la diferenciación de esta con algunas figuras comunes en el Derecho Administrativo, y un estudio detallado de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad, considero oportuno y obligatorio, analizar una serie de sentencias del Tribunal Supremo, donde la discrecionalidad esta presente en todas ellas, como medio de ratificación de todo lo dicho con anterioridad en el presente trabajo. De este modo y sin más dilación resulta interesante las siguientes sentencias.

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989: discrecionalidad en virtud de la ley

Esta Sentencia desestimó un recurso Contencioso-Administrativo de apelación interpuesto por una empresa contra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 22 de abril de 1986. Por este motivo, el TS confirmó el acto administrativo discrecional, que se trataba de la denegación de renovación de licencia de funcionamiento para juego de bingo.

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo acepta algunos fundamentos de derecho de la sentencia apelada e igualmente añade otros. Entre los de la sentencia apelada cabe destacar el primero, en el cual se hace referencia al sometimiento de la potestad discrecional a la ley, considerando nulo el pensar que no existe limitación a la hora de ejercer una potestad discrecional. Dicho fundamento de derecho dice lo siguiente:

*“La discrecionalidad en una resolución administrativa supone, prácticamente, que sin perjuicio de haberse sometido a los procedimientos establecidos para la formación de la voluntad del órgano que dicte la resolución, en el fondo de la misma no tiene limitación de ninguna clase y, al no tener limitación de ninguna clase, mal puede decirse que infrinja una norma jurídica. De seguirse tal criterio la conclusión no podría ser otra que entender que dicho precepto es nulo de pleno derecho por vulnerar la Constitución, que en su artículo 103-2 establece el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, en el artículo 106-1 dispone la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su*

*sumisión a los fines que la justifican”<sup>43</sup>.*

Igualmente en el segundo fundamento de derecho de la Sentencia apelada, se establece claramente que la discrecionalidad no es lo mismo que la arbitrariedad, igualmente, establece tanto los fines que persigue la discrecionalidad, así como el control de esta donde debe realizarse y donde debe prestar más atención. De esta forma, establece que:

*“El sentido de la discrecionalidad, hoy día, no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional”<sup>44</sup>.*

Dicho esto, considerado oportuno el estudio de aquellos actos que motivaron la denegación de la autorización de la renovación de la sala bingo.

Por último en el tercer fundamento de derecho del Tribunal Supremo, se establece la desestimación de los recursos sobre los que la sentencia de la audiencia de Barcelona pretende apoyarse.

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1990: discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad.

---

<sup>43</sup> STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 1989 (Ponente César González Mallo), antecedente de hecho segundo.

<sup>44</sup> STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 1989 (Ponente César González Mallo), antecedente de hecho segundo.

Igual importancia tiene la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 1990 (Ponente Julián García Estartús), en la cual se deja ver de forma clara la prohibición que hace el artículo 9.3 CE con respecto a la interdicción de la arbitrariedad, cuando expone al determinar la doctrina sobre la que se basa que:

*“La idea de discrecionalidad como facultad absoluta para producir actos administrativos, no puede entenderse como sinónimo de arbitrariedad, sino que dicha facultad discrecionalidad ha de fundarse en razones suficientes y ponderadas que no se opongan, por su finalidad, al Ordenamiento Jurídico armónico establecido”<sup>45</sup>.*

Dicho esto, vemos una diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, y esta es la motivación, pues un acto discrecional debe ser un acto motivado, que exprese la Administración los datos que le han llevado a optar por esta solución.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1994: discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad.

El mismo asunto que acabamos de tratar, aparece redactado en la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de septiembre de 1994 (Ponente Eladio Escusol Barra), la cual nos dice en su fundamento jurídico segundo, apartado dos que:

*“La potestad discrecional implica una facultad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas, según la Ley. Pero como la discrecionalidad no equivale nunca a arbitrariedad, se puntualiza que el ejercicio de la potestad discrecional exige que el acto en que se concreta el ejercicio de esa potestad sea razonado”<sup>46</sup>.*

De esta forma no nos cabe más que ratificar nuestra postura con respecto a la arbitrariedad y discrecionalidad. Además, de lo referido, podemos entresacar una idea ya comentada anteriormente, como es aquella de la diferencia entre la potestad discrecional y la potestad reglada. Pues cuando se habla de la potestad discrecional en dicha sentencia, se habla

---

<sup>45</sup> STS, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 1990 (Ponente Julián García Estartús).

<sup>46</sup> STS, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de septiembre de 1994 (Ponente Eladio Escusol Barra).

de la posibilidad de optar entre dos o más soluciones justas, por lo tanto podemos deducir que la potestad reglada es aquella en la que únicamente existe una solución válida.

#### 4. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011: discrecionalidad técnica.

Otras sentencias, se han pronunciado sobre la discrecionalidad técnica, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 7ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de febrero de 2011 (Ponente José Díaz Delgado), la cual trata un recurso de casación sobre una sentencia anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 21 de diciembre de 2007, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 188/2004.

El supuesto que se trata en este caso, procede de un examen para el acceso a la condición de funcionario, en el cual la demandante, alega que una de las preguntas formuladas es incorrecta, por lo tanto no puede ser utilizada a la hora de establecer la calificación del examen. Esto se da puesto que la interesada, se queda a pocas décimas de poder superar la prueba con el fin de poder pasar a las siguientes pruebas. Así se solicita la eliminación de dicha pregunta y se establezca la nueva calificación de la demandante, de modo que en el caso de que haya superado la prueba, pueda continuar con las siguientes y si todas las plazas ya han sido adjudicadas, si le exima de la realización de la misma en la próxima convocatoria y se proceda a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados a la interesada.

Dicho esto, la Sentencia del Tribunal Supremo, trata el ámbito de la discrecionalidad técnica, pues bien, la sentencia anterior alegaba la imposibilidad de los Tribunales de controlar la decisión adoptada por el Tribunal calificador. De este modo, el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico segundo alega que:

*“Entendida la doctrina de la llamada discrecionalidad técnica como un impedimento de control efectivo de la actividad de los Tribunales Calificadores supondría establecer una exención a la cláusula universal de residenciabilidad judicial de todos los actos administrativos, prevista en el artículo 106.1 de nuestra norma constitucional, y una violación de los preceptos constitucionales antes mencionados, pues sería una denegación de justicia, ya que esta no puede limitarse a ser una revisión meramente formal, sino que ha de penetrar en el fondo del asunto para resolver los intereses legítimos de los ciudadanos. Naturalmente, como ha puesto de relieve este*



*Tribunal en recientes sentencias, no se trata de sustituir el criterio técnico del Tribunal Calificador por el propio de los jueces, sino que esa sustitución ha de venir de la realización de las pruebas pertinentes que lleven a la conclusión del error en que ha incurrido el acto administrativo recurrido”<sup>47</sup>.*

Así, el Tribunal Supremo establece la posibilidad de control de aquellos supuestos de discrecionalidad técnica, pues bien, este no sustituye la solución dada con anterioridad, únicamente se limita a ver donde está el error con el fin de subsanarlo.

Lo anteriormente expuesto, se ve en la Sentencia, como esta en consonancia con otras Sentencias del Tribunal Supremo, pues en esta se hace referencia a una exclusivamente, como es el caso de una sentencia de la misma sala, Sentencia de 14 de septiembre de 2010, la cual nos establece que la doctrina de la discrecionalidad técnica, en ningún momento puede evitar el control jurídico, puesto que esto supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 23.2 CE.

5. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de diciembre de 2012: discrecionalidad técnica.

Como muestra de esto, encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2012 (Ponente Jorge Rafael Muñoz Cortes), la cual también se refiere en numerosas ocasiones a la discrecionalidad técnica, y a su control judicial, haciendo referencia a los Tribunales calificadores, pues como aparece en la sentencia en su fundamento jurídico segundo:

*“Los Tribunales calificadores quienes, según ha reconocido la jurisprudencia (entre otros tribunales esta misma Sala y valga por todas las STSS de 14 de Marzo y 8 de Noviembre de 1991) gozan de cierto margen de discrecionalidad para interpretar tales bases dada la especialidad en sus conocimientos, inmediatez al proceso selectivo, objetividad, imparcialidad e independencia que es propia de aquellos, por lo que fuera de los elementos reglados que puedan establecer las mismas bases, los respectivos Tribunales calificadores realizarán la aplicación de aquellas al caso concreto resolviendo las dudas e incertidumbres que en el desarrollo del proceso selectivo*

---

<sup>47</sup> STS, sección 7ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de febrero de 2011 (Ponente José Díaz Delgado).

*podieran surgir. A la vista de tales razones, constitutivas de la conocida por discrecionalidad técnica la labor de los Tribunales calificadores solo podrá ser corregida en los supuestos y de acuerdo con los medios propios del control judicial de la actividad discrecional de la Administración”<sup>48</sup>.*

De igual modo, para demostrar que la conocida como discrecionalidad técnica no queda al margen del control judicial, la anterior Sentencia establece de igual modo en su fundamento jurídico segundo que:

*“En relación a tal discrecionalidad técnica debemos recordar que los juicios técnicos de los tribunales calificadores, en cuanto que son efectuados por especialistas e la cuestión, no excluyen el necesario sometimiento al juzgador de las apreciaciones de tal órgano administrativo, puesto que de lo contrario, se quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva al quedar inimpugnables las estimaciones técnicas de dichos tribunales calificadores, tanto en el orden cualitativo como en el orden de puntuación, con referencia a las circunstancias concurrentes, siendo de tener en cuenta que para articular el necesario control de los actos de discrecionalidad técnica, al margen de los conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina y la jurisprudencia ha utilizado como criterios determinantes:*

*a) El control de los elementos reglados del acto discrecional y, en particular, la desviación de poder, definida en el artículo 83.3 de la LJCA , como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídicos.*

*b) La teoría de los hechos determinantes que obliga a indagar si en los casos examinados concurren los supuestos fácticos que hacen posible la aplicación de la norma jurídica, lo que dota a la Administración de un mayor o menor grado de discrecionalidad.*

*c) La aplicación de los principios que informan el ordenamiento jurídico y que hacen posible esa discrecionalidad, reconociendo la vigencia de principios como la igualdad dentro de la legalidad de todos los administrados u otros que tienen el rango*

---

<sup>48</sup> STSJ de Andalucía, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2012 (Ponente Jorge Rafael Muñoz Cortes)

*de principios generales del Derecho*”<sup>49</sup>.

Por lo tanto, vemos como la discrecionalidad técnica queda sujeta al control judicial, pero no solo eso, sino, que a través de las mismas técnicas de control que se utiliza para la discrecionalidad.

6. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo de 2013: discrecionalidad urbanística.

En lo referente a la discrecionalidad en el ámbito urbanístico, también encontramos alguna Sentencia. Pues bien el ámbito urbanístico, es uno de los más típicos en la discrecionalidad administrativa. Muestra de ello, es la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de marzo de 2013 (Ponente Eduardo Calvo Rojas), en la cual se pretende declarar la nulidad del trazado realizado para dos calles. Pues esto se fundamenta en que tras declarar el Tribunal la nulidad de la solución dada por la Administración, este viola el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero no por anular la disposición, si no por dar un trazado sustitutivo a esas calle, pues modifican una disposición general, saliéndose de su competencia, siendo esto considerado un abuso en el ejercicio de su jurisdicción. Así de este modo, la Sentencia establece en su fundamento jurídico segundo que:

*“La determinación de las vías públicas constituye, pues, una de las típicas potestades discrecionales de la Administración, a materializar en la concreta elección efectuada en cada caso sobre la ubicación y características de dichas vías de acuerdo al modelo territorial más acorde al interés general. Claro está que tal discrecionalidad no puede ser ejercitada arbitrariamente, al estar siempre subordinada a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*<sup>50</sup>.

Finalmente, el Tribunal en su Sentencia, determina anular la forma en que se planifico las calles del Plan impugnado, pero no establece ningún criterio para diseñar el nuevo trazado, que sustituirá el anulado.

---

<sup>49</sup> STSJ de Andalucía, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2012 (Ponente Jorge Rafael Muñoz Cortes).

<sup>50</sup> STS sección 5ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de marzo de 2013 (Ponente Eduardo Calvo Rojas).

## **CAPITULO VII. CONSIDERACIONES FINALES**

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, extraer un concepto bien determinado y definido de lo que es la discrecionalidad administrativa, no es una cuestión sencilla, pues incluso para la doctrina ha sido muy discutida en numerosos debates y contradicciones. A pesar de todo esto, si podemos encontrar una serie de elementos característicos de esta figura que se derivan de la Constitución y la LJCA, como son la diferencia existente entre discrecionalidad y arbitrariedad; la posibilidad de elección por parte de la Administración de varias soluciones, a diferencia de las potestades regladas donde únicamente encontramos una solución; y la existencia de un control sobre la discrecionalidad por parte de los Tribunales.

Como bien hemos escrito anteriormente, otra característica de la discrecionalidad es el sometimiento de esta a la ley y al derecho, además, debe ajustarse y respetar los Principios Generales del Derecho, al igual que todas las ramas, cabiendo incluso un control sobre el respeto de estos en el ejercicio de una potestad discrecional. Pues también debemos tener claro que el control que se ha realizar por parte del Tribunal, solamente puede ser un control en sentido negativo, es decir, limitándose a declarar nula o ilícita la posible solución dada por la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional.

Esto es así puesto que no fue introducido en la redacción del actual artículo 71.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que el control llevado a cabo por el Tribunal reducen a una solución, todas las anteriormente posible, pues en este caso, se considero oportuno además de anular la solución anterior dada por la Administración, la posibilidad de sustituir esta solución por la legítimamente correcta, pues si esta es la única solución valida, lo mismo sería que fuese adoptada por la Administración, como por el Tribunal que esta conociendo el asunto. Pero como bien he dicho, esto no vio la luz en la Ley.

Como he redactado, este tema, ha sido un tema tratado desde hace mucho tiempo, y quizás desde mi parecer, ha sido objeto de tanto estudio y discrepancia, por la desconfianza que en unas épocas anteriores a la actual, se pudo llegar a tener con respecto a la Administración, con respecto al ejecutivo, en el sentido de que antiguamente, pudo llegar a pensarse que esta empleaba su situación para hacer uso de posibles excesos en su actividad propia, pues el margen de libertad a la hora de decidir que esta tenía era muy amplio, y el

control judicial sobre esta más limitado.

Igualmente, y dado a toda la importancia de esta figura en el Derecho Administrativo, y tras haber investigado sobre está, tanto en la lectura de documentos doctrinales, como sentencias de diferentes órganos y del Tribunal Supremo, me doy la oportunidad de expresar mi postura, quizás muy próxima a la de numerosos autores, respecto a este tema. Pues bien la posibilidad de que la Administración debe elegir entre numerosas soluciones posibles, todas igualmente lícitas, supone un problema grave, pues lo que supone la elección de una, supone unas ventajas pero al igual unos inconvenientes, de este modo el estudio de la solución correcta por parte de la Administración debe de ser una tarea minuciosa, consistente en el estudio de todas las posibles, y elección de la más favorable. No obstante, también cabe la posibilidad del legislador de ser aun mas concreto a la hora de desarrollar un precepto, pues a mi parecer, el trabajo ahorrado por parte del legislador en el momento de establecer la solución, o en este caso soluciones, es trabajo que deberá recuperar el ejecutivo, Administración. Así mediante la concreción clara y limitación, ya no a una sola solución, sino a una disminución del margen de elección de la Administración, las soluciones adoptadas serán aun mas justas, lo que conllevaría una reducción de los procedimientos iniciados para controlar la discrecionalidad de un acto administrativo.

Por ultimo, hay que decir que en este trabajo se ha comprobado una vez más la importancia de articular técnicas legales para controlar judicialmente la discrecionalidad. Este es un tema difícil por la misma naturaleza de la discrecionalidad inherente al cumplimiento de la misión de la Administración de servir a los intereses generales. Por lo tanto, resulta imposible determinar en la legislación administrativa por el legislador lo que debe hacer en cada momento la Administración pública, esto es inviable, y en un Estado de Derecho la Administración debe disponer de poderes discrecionales.

Al mismo tiempo el poder judicial está habilitado para un control pleno sobre la actividad discrecional tal y como establece el artículo 103.1 CE. Es importante que el Tribunal Supremo adopte pautas y criterios sobre la aplicación del art. 71.2 LJCA que sean coherentes con la legislación. En definitiva es el juez o tribunal Contencioso-Administrativo el encargado de materializar este control judicial de la discrecional, que no puede agotarse en una ley. Los hechos de cada día y la práctica administrativa demuestran que no es posible regular la actividad administrativa de forma completa y previa en la legislación en todos los casos, sino solo en algunos, lo cual no impide que se pueda enjuiciar esta actividad conforme

a criterios jurídicos, como se ha comprobado al examinar la jurisprudencia seleccionada en las páginas anteriores de este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), (2008), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Clemente di San Luca, G. (2012), *Lezioni di diritto amministrativo per el corso di base*, Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Desdentado Daroca, E. (1999), *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi Editorial.
- Esteve Pardo, J. (2013), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- Gamero Casado y Fernández Ramos, (2013), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos.
- García de Enterría y Fernández (2013), *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra: Thomson Reuters, Civitas.
- García Trevijano, E. (2003) “Sinopsis artículo 103 CE: Los principios de actuación de las Administraciones Públicas”, *Congreso de los Diputados*, 2003, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=103&tipo=2>
- García Trevijano, E. (2003) “Sinopsis artículo 106: El control jurisdiccional”, *Congreso de los Diputados*, 2003, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=106&tipo=2>
- González Pérez, J. (2011), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Navarra: Thomson Reuters.
- Lifante Vidal, I. (1989), *Dos Conceptos de Discrecionalidad Jurídica*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: Doxa.
- Parada, R. (2008), *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Morón, M. (2014), *Derecho Administrativo Parte General*, Madrid: Tecnos.
- Vicente Díaz, V. (2002), “El acto discrecional de denegación de la aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo en suelo urbanizable después del RDL 4/2000, de 23 de junio (LA LEY 2260/2000) (Breve referencia a la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La

Mancha)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 6, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Mar. Al 14 Abr. 2002, Ref. 1043/2002, pág. 1043, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

## **BIBLIOGRAFIA JURISPRUDENCIAL**

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

- STC 71/1993 de 1 de marzo.
- ATC 72/2008 de 26 de febrero.

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de octubre de 1981 (Ponente Antonio Agundez Fernández).
- STS, sección 1ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 1989 (Ponente César González Mallo).
- STS, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 1990 (Ponente Julián García Estartús).
- STS, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de diciembre de 1998, (Ponente Eladio Escusol Barra).
- STS, Sección 1ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de enero de 1993 (Ponente Mariano Baena del Alcázar).
- STS, sección 1ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de junio de 1994, (Ponente Pedro José Yagüe Gil).
- STS, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de septiembre de 1994 (Ponente Eladio Escusol Barra).
- STS, sección 4ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de Junio de 2008 (Ponente Enrique Lecumberri Marti).
- STS, sección 6ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de febrero de 2010 (Ponente Luis María Diez-Picazo Giménez).
- STS, sección 7ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2011 (Ponente José Díaz Delgado).
- STS, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2011(Ponente María del Pilar Teso Gamella).



- STS, sección 5ª, de la sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de marzo de 2013 (Ponente Eduardo Calvo Rojas),

### **Sentencias Tribunal Superior de Justicia**

- STSJ de Andalucía, sección 3ª, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2012 (Ponente Jorge Rafael Muñoz Cortes).
- STSJ de Galicia, sección 1ª, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de abril de 2014 (Ponente José Ramón Chávez García).