

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: I. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL SENTIDO ORIGINARIO DE ESTE PRINCIPIO.—II. EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA: 1. *Las construcciones tradicionales del principio de legalidad de la Administración: aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación negativa.* 2. *La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad.*—III. EL MECANISMO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO TÉCNICA DE ATRIBUCIÓN LEGAL DE POTESTADES: 1. *El concepto técnico de potestad. Caracteres y clases.* 2. *La singularidad de las potestades administrativas. Potestades y poder público. Potestades y situaciones activas de los súbditos. Potestades funcionales o fiduciarias.* 3. *La técnica de la atribución de potestad. Autoatribución de potestades. Atribución expresa y poderes implícitos o inherentes. Atribución específica y supuestas cláusulas generales de apoderamiento. Las situaciones de excepción, la suspensión de la legalidad y sus límites:* A) *Autoatribución de potestades;* B) *Atribución expresa y poderes inherentes o implícitos;* C) *Atribución específica y cláusulas generales de apoderamiento.*—IV. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES: 1. *La esencia de la distinción y sus términos concretos.* 2. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.* 3. *Las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad:* A) *La evolución de las técnicas de control;* B) *El control de los elementos reglados. En especial, el control del fin y la desviación de poder;* C) *El control de los hechos determinantes;* D) *El control por los principios generales del Derecho.* 4. *Discrecionalidad y arbitrariedad. Significado y alcance de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos.* 5. *Control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva.*—V. LA DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—NOTA BIBLIOGRÁFICA

### I. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL SENTIDO ORIGINARIO DE ESTE PRINCIPIO

No tendría objeto que intentásemos precisar aquí las relaciones entre el Estado (en el amplio sentido de toda forma política suprema) y el Derecho. Sí debe decirse, no obstante, que toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser «legítimo» (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden «tener derecho» al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho. La formulación kelseniana de una identificación entre Estado y Derecho es una simple expresión, más o menos afortunada, de este postulado.

Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho. Es ahí, en ese terreno material y no estructural, donde las diferencias son considerables. Cuando se niega a un Estado su condición de Estado de Derecho, se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho; es, en realidad, una afirmación que sólo puede hacerse desde una posición de Derecho Natural,

sea cual sea la versión de éste, esto es, desde la imagen de un modelo material determinado del contenido del Derecho, con el que se cree poder pedir cuentas a un Derecho positivo concreto, con el que se puede por tanto negar la legitimidad al Derecho positivo que le contradiga. Así el marxismo desautorizaba el sistema jurídico occidental como simple superestructura de dominación de clase.

El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas. Los revolucionarios rechazaban ambas cosas: la fuente del Derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en ésta misma, en su voluntad general; y, a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la Ley general (*lex singularis* o privilegio es una *contradictio in terminis* para la filosofía naturalista del iluminismo que alimenta a la Revolución), Ley general que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder. Desde esta concepción material del Derecho el sistema absolutista era visto como la expresión de la más pura arbitrariedad (como, inversamente, el régimen de Asambleas populares sería valorado por las monarquías reaccionarias de la Restauración). Pero, por otra parte, no se trataba sólo de desplazar del Rey al pueblo el origen del Derecho y de reducir todos los actos singulares de mando a la mera particularización de leyes generales; todo ello está en servicio de una idea sustancial de Derecho, que no es la de pretender *la gloire del'Etat*, o la realización de un «orden moral» y transpersonal, sino la de asegurar *la liberté du citoyen*, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente.

Una vez que esa nueva concepción del Derecho (en su fuente; en su manifestación, en su fin) se ha consolidado, el concepto de Estado de Derecho se identifica con su realización y se erige en un modelo de Derecho natural que va a presidir toda la evolución política de Occidente hasta nuestros días. Hoy se mantiene, y aun se acendra, la misma convicción común sobre el origen y el fin del Derecho; la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible, la impone, de modo que cualquier otro sistema básico de Derecho parte necesariamente de la negación de esa igualdad (en beneficio de un hombre, o de un grupo, o de una clase, o de un partido, o de una iglesia), y del sometimiento de los ciudadanos a fines y a mitos transpersonales, que exceden siempre necesariamente de su propio bien y lo instrumentalizan. El segundo elemento estructural, referente a la necesaria producción del Derecho por medio de leyes generales, ha sido, sin embargo, erosionado, quizás paralelamente a la transformación de la Ley natural en la concepción del propio mundo físico y biológico y, como ya hemos visto más atrás, no hay

ningún inconveniente de principio en la admisión de leyes singulares, que hoy son, además, perfectamente normales en todos los ordenamientos (sin perjuicio de que no sean ya, o al menos no deban ser, los rescriptos singulares o *lettres de cachet* del absolutismo, excepciones arbitrarias al sistema general de los derechos).

Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la Ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado, es la Ley; ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley. Sólo en «nombre de la Ley» puede imponerse obediencia. Los textos revolucionarios son categóricos. Así, en la Constitución de 1791 (art. 3 de la Secc. 1.<sup>a</sup>, Cap. II), se afirma, precisamente porque es una Constitución monárquica y para excluir cualquier similitud respecto del pasado inmediato, que: «No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia». Antes, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 había dicho en su artículo 5: «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena»; de lo que concluye su artículo 7: «Los que soliciten, dicten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias [por arbitrarias ha de entenderse en el pensamiento ilustrado-revolucionario las órdenes no justificadas en una Ley o contradictorias con el tenor de ésta] serán castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la Ley debe obedecer al instante; se hace culpable de la resistencia».

La segunda idea que refuerza esa exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley previa es el principio técnico de la división de los poderes: el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es «ejecutar» la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las Leyes. Lo mismo ocurre con el poder judicial, que deja de ser un poder libre, supuesta expresión directa de la soberanía y con la misma fuerza creadora que el poder normativo supremo, para quedar definitivamente legalizado, sometido a la Ley.

Es a esta técnica estructural precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la Administración: ésta está sometida a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

Esta idea, hoy casi obvia, supone, sin embargo, una novedad histórica de primer orden. El Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como

legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos («cosmos de privilegios»: Max WEBER). El Derecho Público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del Monarca, pero, dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales, estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*). Cuando las leyes existían (lo cual era contingente y no necesario), se trataba de un *instrumentum regni* entre otros, producto de las circunstancias concretas, pero que no aspiraban a la permanencia o a la inexorabilidad, ni eran sustantivables como instancias reguladoras del poder y mucho menos como presupuestos de la concreta actuación de éste. En cualquier caso, de las leyes políticas no podía entenderse que derivasen nunca derechos subjetivos para los súbditos, aun cuando éstos pudiesen exhibir derechos subjetivos de naturaleza patrimonial que, a través de la doctrina de los rescriptos contra *ius naturale ac gentium*, que ya conocemos, podían eventualmente oponer como límites a la acción del Príncipe.

Lo verdaderamente singular del régimen de Derecho Público surgido de la Revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el Derecho Administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos.

Tal es el sentido general del principio de legalidad administrativa.

## II. EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA

La cuestión, desde ese planteamiento simple y claro, se complica con el surgimiento y desarrollo de un poder normativo propio de la Administración, el poder reglamentario, tema ya conocido para nosotros. Ya hemos visto que el origen del poder reglamentario está históricamente en la doctrina del principio monárquico, aunque haya concluido por independizarse completamente del mismo. Pero resta el hecho de que la Administración ya no se presenta, en los términos originarios de la división de los poderes, como una simple instancia de ejecución de normas heterónomas, sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas (en el sentido de que tienen origen en ella misma).

Esto no obstante, la Ley, en el sentido formal del concepto, como producto del poder legislativo, sigue enmarcando la actuación administrativa

en general, por lo mismo que la Ley, o bien opera directamente sobre la Administración, o bien condiciona, o limita, o determina, o excluye en los términos que hemos estudiado más arriba, esa actuación especial administrativa que es producir Reglamentos. Podría entonces estudiarse una expresión del principio de legalidad de la Administración en el sentido estricto de legalidad referida a la Ley formal. No es infrecuente encontrar en la doctrina un tratamiento de ese punto de vista, especialmente allí donde se especifica el tema de las materias reservadas a la Ley.

Por nuestra parte, variaremos ahora ese planteamiento. Creemos que el tema de las materias reservadas a la Ley debe estudiarse donde lo hemos hecho, esto es, al tratar de las relaciones entre Ley y Reglamento y de los límites del poder reglamentario. En este momento nuestra perspectiva es más amplia y, en todo caso, diferente; desde ella intentamos explicar la peculiaridad de las relaciones entre la Administración y el ordenamiento jurídico, sin distinguir dentro de éste cada una de sus fuentes peculiares. Porque ocurre que esas relaciones no obedecen a un esquema único, lo que no quiere decir, como es evidente, que todas las fuentes del ordenamiento tengan que tener por ello un valor intercambiable. El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar, sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre las diversas fuentes que lo nutren. Ahora nos interesa justamente estudiar ese juego unitario del ordenamiento, como antes estudiamos analíticamente su composición. Por ello hablaremos de principio de legalidad de la Administración haciendo general el concepto de legalidad, no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que HAURIGU llamaba «el bloque de la legalidad» (Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres). (MERKL llamó a esta perspectiva «principio de juridicidad» de la Administración, para reservar el nombre de «principio de legalidad» al juego procedente con la sola Ley formal; pero parece una complicación terminológica innecesaria, una vez aclaradas las cosas.)

Nuestro tema es precisar en qué sentido el ordenamiento opera para determinar la posición jurídica de la Administración y su actuación concreta. O inversamente: qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige.

### 1. Las construcciones tradicionales del principio de legalidad de la Administración: aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación negativa

Según el planteamiento originario del principio de legalidad, la Administración, primero, no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley (lo que podemos extender a las demás fuentes del ordenamiento, en la medida en que se produzcan legítimamente); y segundo, a ese mecanismo se le calificaba de proceso de ejecución de

la Ley (o de la legalidad, en el amplio sentido antes indicado). El problema consistiría en concretar el contenido de ese proceso ejecutivo.

La primera expresión, más o menos construida, para calificar la técnica de ejecución de la legalidad por la Administración consideró tal ejecución como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas, según el ejemplo histórico ofrecido por la sentencia judicial aplicativa de la Ley. OTTO MAYER observó agudamente que sobre este esquema judicial, ofrecido quizá irreflexivamente a los juristas que nutrieron mayoritariamente las Asambleas y los cuadros revolucionarios por su práctica procesal habitual, se forjó el concepto clave de acto administrativo, que se consideró una declaración concreta con la que la Administración particulariza o aplica una previsión general normativa.

Pero ese paralelo entre acto administrativo y sentencia, que inicialmente satisface la necesidad de una explicación técnica, va a ser resueltamente repudiado más tarde al notarse que, evidentemente, no puede intentarse explicarse por el mismo rasero la posición respecto de la Ley de la Administración y de los Tribunales. STAHL forjó una fórmula llamada a hacer fortuna para explicar el diferente tipo de vinculación a la Ley de uno y otro poder: mientras que los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la Ley. Cuando la Administración construye una carretera, por ejemplo, lo hace no para ejecutar la Ley de Carreteras, sino en virtud de las razones materiales que hacen a dicha carretera conveniente u oportuna en el caso concreto; el objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la Ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad.

Al hilo de esta nueva explicación técnica se inserta el tema capital de las potestades discrecionales. Como luego veremos más atentamente, la Administración cuenta con poderes reglados, o de mera aplicación legal automática (por ejemplo, una liquidación tributaria, jubilar a un funcionario por edad) y con poderes discrecionales, en cuyo ejercicio utiliza criterios de apreciación que no están en las Leyes y que ella sola es libre de valorar (por ejemplo el nombramiento o la remoción de un cargo de libre designación o la decisión de construir o no una carretera, para seguir con el ejemplo anterior). La existencia de poderes discrecionales es inexcusable para el funcionamiento de la Administración y su presencia marca resueltamente lo más importante de la acción administrativa; y de ahí que tales poderes se caracterizarían justamente por su libertad, por su exención respecto de la Ley. En otros idiomas los términos utilizados son más expresivos que los castellanos reglado-discrecional para apuntar a esta supuesta nota. Así, en francés el poder reglado se llama *lié*, o vinculado, lo que deja suponer que el término opuesto se caracteriza por estar exento de vinculación. En alemán, la discrecionalidad se designa *freie Ermessen*,

libre apreciación, literalmente, lo que igualmente alude a una libertad de principio, a una ausencia de vínculo legal. La discrecionalidad sería así la expresión de una libertad absoluta de determinación, radicada en el centro mismo de la personalidad administrativa, en su autonomía personal (A. HAURIUO); caracterización donde desaparece la nota originaria de una actividad administrativa limitada a la mera ejecución legal. Lo cual, bien entendido, no sería una simple toma de posición en el plano teórico, sino que es una concepción que apáreja las más graves consecuencias prácticas. La Administración podría hacer «no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe» (MEYER-ANSCHÜTZ). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. La discrecionalidad operaría así en el *gesetzesfrei Raum*, en el espacio libre de Ley. Es fácil valorar la enorme distancia que separa esta concepción y sus radicales consecuencias de régimen de los fundamentos y fórmulas originarias que en la Revolución francesa, por la idea de la legalización necesaria de toda autoridad y de toda competencia pública, habían lanzado el tema del principio de legalidad administrativa.

Tal concepto de la discrecionalidad, y correlativamente de la legalidad de la Administración, ha estado vigente en nuestro país hasta tiempos asombrosamente recientes, concretamente hasta la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La Ley Santamaría de Paredes de lo contencioso-administrativo de 1888 (que permanece virtualmente intacta a través de sus refundiciones de 1894 y 1952), por una parte, excluía rotundamente del control judicial todos los actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, justamente por considerar que el *criterium* de tales actos no puede encontrarse en la legalidad, sino en la libertad absoluta de la Administración, la cual no sería en este caso susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales, que sólo desde la legalidad y en nombre de ella pueden actuar; y en segundo lugar, la propia Ley nos ilustra sin equívocos de que para ella la discrecionalidad existe siempre que no se presente norma aplicable al caso (art. 2, *u contrario*: «se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una Ley, de un Reglamento o de otro precepto administrativo»). Si además tenemos en cuenta que para esta Ley, y para la jurisprudencia que la interpretó, los actos discrecionales son tales por la presencia de algún elemento discrecional, lo que bastaba para excluirlos de todo control judicial, aun cuando contuviesen (como veremos que ocurre necesariamente siempre) algún elemento reglado, se comprende que la legalidad de la Administración, entendida como un principio vinculativo del ordenamiento sobre la Administración, operaba sólo en una franja estrechísima de su actividad, en tanto que lo sustancial de ésta quedaba completamente al margen de la legalidad y de la correspondiente fiscalización jurisdiccional.

Consecuencia impresionante, donde se comprueba una vez más hasta qué punto las teorías jurídicas equivocadas son rara vez inocuas: todas arrastran efectos injustos y graves.

¿Cómo pudo llegarse a esas posiciones, que eran casi generales en toda Europa —con la excepción pragmática de algunas jurisprudencias— hasta esta última posguerra? Hay que ver aquí, en primer término, un nuevo eco de la nefasta doctrina del «principio monárquico», que pretende justificar en la condición histórica del monarca como jefe del Ejecutivo un principio de libertad autonómica en la organización y en el funcionamiento de la Administración, que la liberaría de su dependencia de la Ley, postulada por el principio democrático y por la doctrina genuina de la división de los poderes; el nombre de Frederick Julius STAHL, el jurista reaccionario, como punto de partida de la teoría, no es aquí casual. Pero al lado de ese sustrato histórico, está también operando visiblemente, y quizá de manera predominante, la «interpretación heterodoxa» de la división de los poderes que lanza el constitucionalismo francés desde sus mismos orígenes y que se expresa en la exención jurisdiccional del Ejecutivo, y en la tendencia al reforzamiento resuelto de éste, apenas vinculado por otra vía que la constitucional del régimen parlamentario.

Se ha llamado con acierto a esta gran concepción de la legalidad de la Administración, tan decepcionante en sus consecuencias finales, la doctrina de la *negative Bindung* (WINKLER), de la vinculación negativa de la Administración por la Ley: ésta operaría, en efecto, como un límite externo a una básica libertad de determinación.

## 2. La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad

Fue el kelsenismo en el plano de la teoría, y dentro de él de manera especial su administrativista MERKL, quienes pusieron en marcha la primera reacción sistemática contra esa explicación deficiente de la legalidad de la Administración. La construcción kelseniana no podía admitir ningún poder jurídico que no fuese desarrollo de una atribución normativa precedente; incluso la eficacia jurídica de la autonomía más amplia, sea privada o de los entes públicos, y por tanto de la discrecionalidad, sólo puede explicarse dentro del sistema en virtud de esa expresa atribución antecedente de un poder autonómico (o, en su caso, discrecional), por las normas, y no por razón de ningún atributo o cualidad personal de cualquier sujeto que pudiese darse al margen o exento de esas normas. El proceso de producción jurídica es un proceso de *legis executio* paulatina a partir de la norma fundamental; en la medida en que la Administración se inserta necesariamente en una fase de ese proceso no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes (tanto cuando ella misma dicta Reglamentos como cuando desciende a los últimos grados de la aplicación singular, o aun de los actos ejecutivos de mero hecho). Observación capital y difícilmente discutible, de donde MERKL, extraerá esta consecuencia de prin-

cipio: «no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción... Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado».

Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la *positive Bindung*, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (WINKLER), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado. Esta aceptación, que recupera un viejo principio fundamental del orden político, del que los protagonistas de la Revolución francesa fueron lúcidamente conscientes, es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger, insertándola para ello entre sus normas básicas. Así la Constitución austríaca de 1920, obra en la que KELSEN influye decisivamente, como es bien sabido, dispone en su artículo 18 que la Administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino *auf Grund der Gesetze*, sobre el fundamento de la Ley. Más recientemente, la Ley Fundamental de Bonn, más bien escasamente kelseniana (y aquí justamente lo demuestra), establece en su artículo 20, párrafo 3: «El poder Ejecutivo y los Tribunales *sind an Gesetze und Recht gebunden*», están vinculados a la Ley y al Derecho; con esta vinculación al Derecho no plasmado en la Ley se intenta expresar precisamente el abandono del positivismo legalista, pero en cualquier caso lo que luce, a nuestros efectos, es el principio general de una vinculación general de la Administración a las normas.

La nueva Constitución española se inscribe también explícitamente en esta dirección utilizando al efecto fórmulas muy próximas a las que acaban de citarse: Así, y reiterando la idea ya expresada en el artículo 9.1 («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»), el artículo 103.1 establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*», expresión que obviamente alude a la necesidad de una conformidad total a las normas —y a los principios que las sostienen— y no a una mera libertad básica de acción con el sólo límite externo de las mismas. En Leyes ordinarias se confirma esta concepción, especialmente en la LPC, artículo 53.2 («el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico»), 63.1 (invalidez de los actos de la Administración que incurran en «cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación del poder») y LJ, artículo 70 («1. La sentencia desestimarán el recurso contencioso-administrativo cuando se ajusten a Derecho la disposición, el acto o actuación impugnados. 2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»). En

este sentido hay que entender la consagración como principio básico en el artículo 9.3 de la Constitución del «principio de legalidad», que por estar incluido en el Título Preliminar del Texto fundamental, tiene, como ya sabemos, el carácter de decisión política fundamental con valor super-constitucional protegido por el artículo 168.

Así, pues, no hay en Derecho español ningún «espacio franco o libre de Ley» en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de «someterse a Derecho», han de ser «conformes» a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen «infracción del Ordenamiento jurídico» y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. En términos de BALLBE, que fue entre nosotros el primero que recapacitó lúcidamente sobre este mecanismo:

La conexión necesaria entre Administración y Derecho y la máxima que lo cifra —*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur* [lo que no está permitido ha de entenderse prohibido, por diferencia, dice el mismo autor en otro lugar, del principio que rige la vida privada: *permissum videtur in omne quod non prohibetur*: ha de entenderse permitido todo lo que no está prohibido]— implica, ...que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico se pueda derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida... Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición.

El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (en estos términos, por lo demás ya comunes, la Sentencia de 3 de enero de 1979: «el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse»). Cómo este mecanismo de cobertura previa se manifiesta en concreto y el modo en que se articula con los poderes administrativos de actuación, intentaremos precisar lo seguidamente.

### III. EL MECANISMO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO TÉCNICA DE ATRIBUCIÓN LEGAL DE POTESTADES

#### 1. El concepto técnico de potestad. Caracteres y clases

El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.

Para comprender con exactitud este mecanismo conviene parar mientes en la figura jurídica subjetiva creada normalmente por la Ley en su relación con la Administración, la figura jurídica de la potestad. La legalidad atribuye potestades a la Administración, como hemos dicho, y a este concepto de potestad debe darse un sentido técnico preciso. Ha sido SANTI ROMANO el que con más rigor ha propuesto un concepto de potestad, concepto genérico, ni siquiera limitado al campo del Derecho público, y que aun dentro de éste es también identificable en titularidades privadas, pero que parece, no obstante, capital para explicar la relación entre la Administración y la legalidad que en este momento nos preocupa.

El concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el de derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos. A partir de este núcleo común, todas las demás notas son diferenciales entre la potestad y el derecho subjetivo. Así, el derecho subjetivo se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado. Pensemos, por ejemplo, en el derecho del contratante: surge de una particular relación jurídica contractual, creada por un pacto, recae sobre la prestación obligacional específica y concreta definida por el contrato, consiste en una pretensión hacia el cumplimiento de dicha prestación, corresponde con el deber correlativo del deudor, sujeto obligado. Pues bien, ninguna de estas notas conviene a la potestad, que más bien se caracterizaría por oposición a las mismas.

En efecto: la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direc-

ciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma. No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino una «situación pasiva de inercia» (GIANNINI), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido.

Para la mejor comprensión de esas notas adelantemos desde ahora algún ejemplo, los que ofrecen la potestad reglamentaria, o la expropiatoria, o la de policía general. La titularidad de estas potestades no procede del tráfico jurídico de la creación o innovación de relaciones jurídicas a través de negocios, actos o hechos jurídicos, sino directamente del ordenamiento. No son poderes que recaigan sobre objetos específicos, como es lo propio de los derechos subjetivos (yo soy propietario de esta finca, de este automóvil, de esta pluma); no hay aquí «especificidad de objeto dominado», sino una extrinsecación de poderes en grandes sectores genéricos. La potestad reglamentaria no recae sobre un objeto particularizado y concreto, sino sobre un ámbito abstracto susceptible de englobar una pluralidad indeterminada o indeterminable de objetos; la potestad expropiatoria no recae sobre una cosa o un derecho específicos, sino sobre «la propiedad privada o derechos o intereses patrimoniales legítimos» (art. 1 LEF), genéricamente; del mismo modo la potestad de policía general o de salvaguarda del orden y la seguridad públicas, no es referible a una situación singularizable y concreta, sino a cualquier situación actual o futura, de cualquier contenido y cualesquier sujeto o localización, que altere «el libre ejercicio de los derechos y libertades y... la seguridad ciudadana» (art. 1.1 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero de 1992).

No se resuelven tampoco esas potestades en ninguna pretensión concreta, sino en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos: dictar Reglamentos, con el carácter vinculante de las normas jurídicas; producir expropiaciones singulares; dictar órdenes generales o singulares, prohibiciones, sanciones, requisas, etc., para restablecer el orden perturbado. Del ejercicio de esas potestades pueden surgir, como se notará, relaciones jurí-

dicas (las creadas o innovadas por el Reglamento «sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual», decía la LJ de 1956, art. 39.3, o previo ese acto aplicativo; las derivadas del procedimiento expropiatorio concreto una vez iniciado el mismo respecto de un bien y ún expropiado particularizados; las creadas con los destinatarios singulares de las medidas policiales), pero se trata claramente de relaciones creadas o innovadas por la actuación de dichas potestades y que como tales no preexisten a dicha actuación ni son correlativas a la titularidad de las potestades.

En fin, frente a esas potestades nadie está en una situación de deber ú obligación, sino en la abstracta de sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica; sometidos o vinculados a esa sujeción no están personas determinadas, sino el conjunto de los ciudadanos (y aun de los extranjeros residentes sobre el territorio): todos tendrán que admitir que un Reglamento les afecte, o que una expropiación recaiga eventualmente sobre sus bienes, o que los mandatos y acuerdos de la policía del orden hagan de ellos sus destinatarios; pero a la vez esa incidencia podrá ser desventajosa, si de la misma resultan cargas o gravámenes para alguno de los sujetos sometidos a tales potestades, pero también ventajosa, puesto que el Reglamento puede ampliar o mejorar su esfera de derechos, o cabe que sea declarado «beneficiario» de una expropiación (art. 2 LEF), o que la policía de seguridad salvaguarde o tutele precisamente sus propios intereses; cabe, en fin, y también será normal, la indiferencia frente al ejercicio concreto de las potestades, cuando tal ejercicio no afecta a la propia esfera.

Así explicado el mecanismo de las potestades, conviene insistir en su origen directo en el ordenamiento y no en actos jurídicos determinados. La potestad es siempre una derivación de un *status* legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto.

Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas.

La clasificación más importante de las potestades es la que distingue las innovativas y las conservativas. Las primeras consisten en la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas con-

cretas, derechos, deberes, obligaciones, normas. Las segundas se ordenan a conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas. Ejemplo de las primeras, las tres potestades aludidas (reglamentaria, expropiatoria, de policía); de las segundas, la potestad certificante, o ciertas manifestaciones de la propia potestad de policía.

La distinción entre potestades de supremacía general y de supremacía especial (o insertas en una relación general o especial de poder) ya nos es conocida. Las primeras sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de títulos concretos. Las segundas sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación organizatoria determinada de subordinación, derivada de un título concreto: sobre los funcionarios o los usuarios de los servicios públicos (así, la potestad disciplinaria, los soldados, los presos, etc.).

Hay potestades que recaen sobre la propia esfera del titular (la potestad organizatoria) y otras que someten a terceros, etc.

## 2. La singularidad de las potestades administrativas. Potestades y poder público. Potestades y situaciones activas de los súbditos. Potestades funcionales o fiduciarias

Como hemos advertido, todos los sujetos del ordenamiento reciben de éste determinadas potestades, pero el fenómeno es especialmente significativo en el caso de la Administración, que concreta en ello la técnica del principio de legalidad. Es a través de la potestad concretamente como se manifiesta el llamado en la teoría política «poder público», el cual, sea sociológica y estructuralmente lo que sea, se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a la Administración por el ordenamiento. La técnica de la potestad, en el sentido que ha quedado explicada, que es una técnica de la teoría general del Derecho, encuentra en la expresión de una situación de poder público, de supremacía o superioridad, una manifestación especialmente adecuada. La potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiestan en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. Constituye así el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas.

Pero es importante insistir en que, desde un punto de vista formal, esas potestades administrativas donde se expresa una inequívoca supremacía política no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente, varíen en su contenido material concreto. Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar *res nullius*, o la potestad de acción, o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc.

Por otra parte, sería un simplismo pretender que todas las potestades administrativas expresan necesariamente la superioridad política de la Administración, de modo que de ellas no surgiesen sino gravámenes para los ciudadanos. Ya hemos observado que es igualmente normal que del ejercicio de las potestades administrativas surjan situaciones beneficiosas para los particulares, pero en cualquier caso ha de notarse que aun las potestades gravosas se construyen técnicamente de forma que inevitablemente son actuables con ocasión de su ejercicio derechos subjetivos de los particulares. Ello es una consecuencia directa de que tales potestades enuncian facultades estrictamente limitadas y condicionadas y no absolutas o ilimitadas. Desde ahora hemos de advertir que, por más que expresen con normalidad situaciones de poder público, las potestades administrativas ni son, ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta limitación se articula una correlativa situación jurídico-activa de los ciudadanos. Es éste un principio capital en la concepción actual del Estado de Derecho, cuya justificación intentaremos ofrecer más adelante, cuando hablemos de la situación jurídica del administrado.

La legalidad define, pues, y atribuye, con normalidad, potestades a la Administración. La acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas. La dinamicidad inacabable de la vida administrativa tiene su causa en este mecanismo técnico. El artículo 2.4 de LOFAGE, sobre el que ya llamamos la atención en el capítulo anterior, dice por ello: «las potestades y competencias que, en cada momento tengan atribuidas la Administración del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de unos y otros». Regla aplicable a todas las Administraciones.

Es, en fin, importante notar que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría (quizá todas menos las puramente organizatorias) a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...». Lo cual comporta dos consecuencias, que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto de la del derecho subjetivo: negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino que es

un mecanismo técnico preciso; esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades (art. 53.2 LPC: «El contenido de los actos... será adecuado a los fines de aquéllos», e *infra* sobre desviación de poder), del mismo modo que la omisión del ejercicio de la potestad cuando el interés colectivo lo exige constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración que puede determinar tanto una condena a ese ejercicio (así, Sentencia de 9 de noviembre de 1965, por lo que hace a la obligación de dictar un Reglamento; la nueva LJ de 1998 ha montado al efecto una vía especial: arts. 29, 108 y 136), como eventualmente, una responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de tal omisión se hayan derivado daños a particulares (art. 139 LPC). El artículo 106 del texto constitucional ha venido a sancionar de modo explícito este planteamiento y las consecuencias que de él derivan al precisar, primero, que el control por los Tribunales de la actuación administrativa se extiende, por supuesto, a la legalidad, pero también (lo que supone una precisión adicional destinada a cerrar el paso a eventuales interpretaciones restrictivas de dicho término), a la verificación del «sometimiento de ésta a los fines que la justifican», y a ratificar, después, la cláusula general de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento lesivo de los servicios públicos, ya consagrada con anterioridad por la legislación ordinaria.

Es esta circunstancia la que determina la calificación de las potestades administrativas como poderes fiduciarios, esto es, poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo. El constitucionalismo anglosajón ha calificado por ello con la técnica del *trust* los poderes ejercitados por el Ejecutivo; éste sería un simple *trustee* del pueblo, al que vendría a corresponder la posición de *cestui qui trust*. Ya LOCKE observó que el poder es *entrusted, power given with trust*, de donde se trataría siempre de *a fiduciary power to act for certain ends*, y no de un poder absoluto.

En la técnica jurídica continental, más que la de *trust* se han utilizado en las primeras formulaciones revolucionarias y han continuado en la tradición del constitucionalismo francés las ideas de representación o de mandato o delegación. Pero es evidente que no puede haber tal. No hay representación (o mandato o delegación) en el mecanismo de atribución de potestades porque ésta se efectúa, como ya sabemos, a través de la legalidad (Derecho objetivo) y no como un apoderamiento intersubjetivo, definiendo facultades de obrar construidas al efecto y no transmitiéndolas. Aun cuando sea la Ley formal la que habilite potestades, no es posible interpretar la Ley como un mecanismo de transmisión o de mandato, de forma que permitiese a la Administración ejercitar poderes que perteneciesen al pueblo, autor (previa la representación política) de la Ley; lo cual resulta por demás obvio cuando las potestades administrativas no se originan directamente en la Ley formal, sino en fuentes extralegales, incluso en normas cuya emanación es obra de la propia Administración, los Reglamentos (autohabilitación). Aquí vuelve a ser útil recordar que la figura

jurídica de la potestad no es exclusiva de la Administración, y que su mecanismo es idéntico cuando se otorga a sujetos privados, supuesto en el cual la idea de representación o de delegación resulta impensable. Simplemente, las potestades conferidas por la legalidad a la Administración se configuran como potestades funcionales o fiduciarias, en el sentido dicho (lo cual no es anómalo que ocurra en algunas potestades conferidas a sujetos privados, así la patria potestad).

### 3. La técnica de la atribución de potestad. Autoatribución de potestades. Atribución expresa y poderes implícitos o inherentes. Atribución específica y supuestas cláusulas generales de apoderamiento. Las situaciones de excepción, la suspensión de la legalidad y sus límites

#### A) AUTOATRIBUCIÓN DE POTESTADES

Explicado el contenido técnico de la potestad, ha de volverse de nuevo al mecanismo de su atribución por el ordenamiento. La Administración actúa las potestades que le han sido previamente atribuidas, hemos dicho con reiteración. Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente habrá de comenzar por promover una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba. Es ésta una experiencia absolutamente común, que se hace especialmente visible con ocasión de acciones administrativas justificadas en motivos coyunturales más o menos apremiantes (grandes calamidades públicas, crisis políticas, creación de nuevas organizaciones, acciones urgentes de política económica, etc.).

Ese mecanismo de la previa innovación normativa para producir la atribución de potestades con las cuales seguidamente poder actuar, mediante el ejercicio de tales potestades, ese mecanismo se produce incluso cuando es la propia Administración la llamada a dictar la norma nueva, esto es, cuando esa norma basta que sea un Reglamento. Hay que decir que es ésta una función absolutamente normal de los Reglamentos y también por ello mismo uno de sus riesgos más notorios, pues a través de éste instrumento normativo la Administración puede autoatribuirse potestades nuevas y más intensas, autohabilitarse para una acción cada vez más absorbente y compleja; los límites propios de la potestad reglamentaria, y en particular la reserva de materias a la Ley, es aquí la única garantía para que esa posibilidad (que con frecuencia es una posibilidad construida por una delegación legal: por ejemplo, artículo 106 LRL sobre Ordenanzas de exacciones como previas a la exigibilidad de éstas); no concluya en abuso.

Ha de notarse también que no hay en este fenómeno de autohabilitación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo

formal. Pues la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria; del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta, una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta es ya posible. A esta técnica la doctrina francesa la ha asignado un nombre propio, el principio del *Règlement préalable*, del Reglamento previo, que no es más, en rigor, que una especificación a una hipótesis muy concreta del principio más amplio de la legalidad.

#### B) ATRIBUCIÓN EXPRESA Y PODERES INHERENTES O IMPLÍCITOS

La atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; *lege silente*, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye.

Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo. Esta doctrina fue formulada originariamente en el Derecho público anglosajón, tanto en el ámbito del Derecho Constitucional (*inherent powers* de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros —enmienda X—; entre ellos está nada menos que la posición del Presidente para conducir las relaciones internacionales), como en el del *local government* (competencias de los entes locales construidas sobre el sistema de lista —y no sobre el de cláusula general—, corregida tal lista con los *implied powers*). De ahí el tecnicismo ha pasado al Derecho Internacional, tanto en materia de interpretación de Tratados, para corregir el principio *nihil servandum quod non scriptum* (los Estados no tienen otras obligaciones que las consignadas expresamente en el Tratado), como para definir unas «competencias implícitas» en las Organizaciones Internacionales, no obstante no poder tener éstas otras competencias que las de atribución, conferidas por los instrumentos internacionales que las crean. La inherencia o la implicación han de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes «normales» administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados).

Nuestra Sentencia constitucional de 4 de mayo de 1982 ha dicho al respecto que «el deber general de auxilio recíproco entre autoridades esta-

tales y autónomas... no es menester justificarlo en preceptos concretos (pues) se encuentra implícito en la propia forma de organización territorial del Estado», lo que no parece discutible. Es obvio, sin embargo, que este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio. Se trata, simplemente, de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casticismo ciego, lo cual, por otra parte, está claro desde la doctrina general del ordenamiento que más atrás se ha expuesto y que impide identificar a éste con la Ley escrita. En ese difícil filo entre una prohibición de extensiones analógicas y una exigencia de coherencia legal se mueve la doctrina de los poderes inherentes o implícitos, que son, en definitiva, poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento aunque no por el componente escrito del mismo.

#### C) ATRIBUCIÓN ESPECÍFICA Y CLÁUSULAS GENERALES DE APODERAMIENTO

El segundo requisito de la atribución de potestades es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Ley ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho abierto por la Revolución francesa, en cuyo seno vivimos. La justificación de este aserto no es difícil. Desde un punto de vista abstracto un poder jurídico indeterminado es difícilmente concebible, o más claramente, es una contradicción con el sistema de Derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites (de los derechos de unos con los de otros, de los de cada uno con los de la colectividad, de los de ésta con los derechos de los ciudadanos, especialmente con los fundamentales o constitucionalmente declarados). En términos más simples, un derecho ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento, porque esa ilimitación destruiría todos los demás derechos, los haría imposibles. El segundo argumento para excluir poderes indeterminados es de pura técnica organizativa: toda organización y más aún a medida que aumenta en complejidad, se edifica sobre una distribución de funciones y de competencias en un conjunto de órganos. No puede haber un órgano que disponga de todas las competencias a la vez, por más que siempre existiría alguno que tenga alguna eminencia sobre todos y aun que vigile el funcionamiento del conjunto. Así como antes argüimos que desde el punto de vista intersubjetivo un poder ilimitado destruiría los derechos de los demás sujetos, ahora desde la perspectiva interna de la organización hay que decir que una competencia global y absoluta de un órgano destruirá la organización entera, al sustituirse en el conjunto general de los órganos y al excluir la existencia de límites entre la organización y sus miembros (que nunca pueden integrar en una sola organización la totalidad de su vida y de sus intereses, ni aun siquiera los de carácter colectivo o social).

Una tercera razón para justificar la necesidad de que toda potestad pública sea limitada se alimenta del *ethos* de la libertad que aportó a la construcción del régimen constitucional la filosofía ilustrada: en principio está la libertad («los hombres nacen y mueren libres»; art. 1 de la Declaración de los Derechos de 1789), lo que implica que «todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena» (art. 5, *idem*); para restringir esa libertad originaria hace falta una Ley que así lo imponga (art. 4, *idem*). De modo que la Administración no puede pretender un poder general sobre los ciudadanos, que era el dogma básico del absolutismo, sino sólo potestades concretas, construidas por la ley analíticamente, como simples excepciones singulares a la situación básica de libertad. Más aún: no toda la libertad es limitable por la Ley; las libertades fundamentales o básicas, incluidas en la parte dogmática de las Constituciones, han de asegurar un núcleo personal irreductible, y absoluto frente a todos los poderes del Estado y, por tanto, frente a la misma Ley que los define (así lo proclama el Preámbulo de la Declaración de 1789 y en nuestra Constitución el art. 53.1: la Ley «en todo caso deberá respetar su —de los derechos y libertades fundamentales— contenido esencial»). La existencia de tales libertades o derechos fundamentales impide necesariamente reconocer poderes ilimitados en la Administración frente a los ciudadanos; es, justamente, la primera función de la institución de tales libertades o derechos básicos.

El principio de la tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública (adelantemos sobre el derecho de la organización la idea elemental de que la competencia no es más que la medida de la potestad que corresponde a cada ente y, dentro de éste, a cada órgano) es, pues, un principio esencial del Estado de Derecho contemporáneo, que deriva de su condición de Estado que reconoce los derechos ajenos y no sólo los propios, de su carácter de complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y de competencias entre órganos diversos, de su reconocimiento, más o menos intenso o auténtico, pero sin excepciones hoy, siempre explícito, de un orden de derechos y libertades fundamentales del ciudadano. No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito (*agere licere*), tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente.

Se habla, no obstante, de «cláusulas generales de apoderamiento». Así, en materia municipal, el artículo 25.1 LRL establece que el Municipio «puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», regla que sería, como ha notado CARRO, la traducción legislativa de la garantía institucional contenida en el artículo 137 de la Constitución para la autonomía municipal. La misma LRL, artículo 21.1.j), permite al Alcalde «adoptar personalmente ... en caso de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas». O en materia de orden público, artículo 1.2 de

la Ley de Protección de la Seguridad ciudadana de 1992, «asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos».

Pues bien, es claro que no se trata en absoluto de una atribución de poderes ilimitados. Primero, porque en todos los casos se trata de una aco-tación de supuestos que no son ellos mismos ilimitados, sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los «conceptos jurídicos indeterminados», a los que luego aludiremos; así los «intereses peculiares de los pueblos», o la situación contraria al orden público no son, indefinidamente, cualquier supuesto que la Administración libremente quiera estimar, sino supuestos perfectamente delimitables por aplicación del concepto legal a situaciones reales, de modo que, por amplias que tales situaciones puedan ser, siempre podrá decirse con certeza de otras que no caen en absoluto bajo el concepto, lo que denota su limitación. Por otra parte, estos supuestos de ejercicio de la potestad juegan bajo la técnica normal de la legitimación, como requisito que condiciona la posibilidad de ejercicio de una potestad, pero no por ello trasladan a ésta una ilimitación de contenido o de posibilidades de actuación. Ese contenido está siempre tasado y no puede dejar de estarlo, según ya notamos; es obvio en el caso de los poderes municipales (así lo precisa, por cierto, el citado art. 25.1 LRL; la posibilidad aparentemente ilimitada de la actuación ha de entenderse «en el ámbito de sus competencias»), como también en los del poder ordinario de policía.

En el caso de la autonomía municipal puede admitirse, desde su garantía constitucional, que los municipios disponen de una competencia residual para desarrollar actividades que consideren de interés para su comunidad, siempre que la Ley no haya ocupado el correspondiente ámbito de actuación reservándolo a otra Administración por entender que exista un interés público prevalente (la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación parcial de la LOTC permite ahora a las entidades locales promover conflictos en defensa de la autonomía local frente a las Leyes estatales y autonómicas que lesionen dicha autonomía).

En el caso de los poderes excepcionales de policía, justificados en un «estado de necesidad» colectivo [que requiere una definición formal, normalmente: estados de alarma, de excepción y de sitio en el artículo 116 de la Constitución, pero que puede presentarse sin tal declaración: calamidad pública, preceptos citados y Sentencia constitucional de 8 de junio de 1982], estado de necesidad que justifica suspender momentáneamente la legalidad ordinaria (*salus publica suprema lex esto, silent leges inter arma*), y que, por tanto, enuncian los poderes públicos más extensos, no llegan a ser poderes ilimitados, en cuanto que están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que los atribuyen, y no a cualesquiera fines, lo que les hace a la vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adecuación (art. 53.2 LPC y Sentencia constitucional citada) y, por supuesto, por las normas penales —eventualmente del Derecho

penal militar— lo que denota la existencia de límites (véase art. 55.3 de la Constitución, explícito en este sentido: «La utilización *injustificada* o *abusiva* de las facultades reconocidas... producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes»; véase también el art. 116 del propio texto fundamental, que alude expresamente a límites territoriales, temporales y de contenido, y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio). En todo caso, estos poderes de excepción son tales, esto es, excepcionales al sistema de la legalidad ordinaria, que lo suspenden transitoriamente, y en último término son corregibles, en cuanto puedan implicar cargas patrimoniales singulares («destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos»), cuya producción puede ser legítima en cuanto justificada en el fin que se persigue, mediante la técnica de la indemnización resarcitoria (art. 116.3 de la Constitución: «no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes»; artículo 120 LEF). Tal excepcionalidad, aun no siendo absoluta, como queda dicho, deja intacto, pues, el sistema de la legalidad en su funcionamiento normal, tal como se ha expuesto (incidentalmente digamos que la construcción técnica de una dictadura —desde los orígenes del concepto en Derecho romano— consiste en la extensión de tales poderes de excepción, que dejan en suspenso la legalidad, a las situaciones ordinarias; frecuentemente ello parte de la consideración del mantenimiento de un determinado grupo social en el poder como la situación de «orden» a proteger por medios de excepción). El artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981, antes citada, es absolutamente categórico al respecto («1. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. 2. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes»).

#### IV. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES

##### 1. La esencia de la distinción y sus términos concretos

La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una forma de atribución aplicable a todos los casos. Pero, ello supuesto, existe a continuación una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo —aplicación de una cuota establecida por la Ley a una

base fijada sobre un hecho imponible determinado—, etc.); o bien, por el contrario, definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (por ejemplo: construcción de una obra pública, ascensos o designaciones electivas de funcionarios o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (por ejemplo: fijación del *quantum* de una subvención, determinación del contenido de la norma reglamentaria, del Plan urbanístico, etc.), bien de ambos elementos.

La distinción de esas dos formas de atribución legal de las potestades administrativas corresponde al par de conceptos potestad reglada-potestad discrecional.

El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (*accertamento*, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Administración de una manera que podría llamarse automática —si no fuera porque el proceso aplicativo de la Ley, por agotadoras que sean las previsiones de ésta, rara vez permite utilizar con propiedad ese concepto, ante la necesidad de procesos interpretativos que incluyen necesariamente valoraciones, si bien éstas no sean desde luego apreciaciones subjetivas (piénsese, por ejemplo, en todo el proceso aplicativo de las normas fiscales, no obstante ser la potestad liquidatoria típicamente reglada, como antes notamos).

Por diferencia con esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter. Por eso 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 (como en las hipótesis de remisión normativa que se estudiaron más atrás) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. De este modo, y como certeramente recordó la Exposición de Motivos de la LJ de 1956, la discrecionalidad «surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público» (y también: supone «delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata»). No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto.

Esto último, la existencia de una medida en las potestades discrecionales, es capital. También hemos observado que la remisión de la Ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial y no total. Esto es una simple aplicación del principio de la mensurabilidad de todas las competencias públicas o de su necesaria limitación, que más atrás se expuso, pero encuentra en este ámbito de la discrecionalidad un interés destacado. En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad. También lo recordó oportunamente el Preámbulo de la LJ de 1956: «La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque..., la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto» (habla de actos y no de potestades desde la perspectiva de su impugnación; todo acto administrativo es resultado del ejercicio de una potestad).

En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: 1.ª la existencia misma de la potestad; 2.ª su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos); 3.ª la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y —dentro de éste— a un órgano determinado y no a cualquiera; 4.ª por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio,

fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional de un *quantum* pero dentro de determinadas magnitudes, etc.). De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora.

La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura «nomocracia» objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los ordenadores). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político. Por supuesto que es cierto que abundan las discrecionalidades injustificadas o abusivas y que debe postularse resueltamente su conversión en potestades regladas cuando la justicia, como no es raro, se acomode mejor a esta técnica y a la exclusión de apreciaciones subjetivas. Pero es ilusorio pretender agotar en cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Sustancialmente, eso es la política, la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la comunidad. Hay por ello potestades que en sí mismas son y no pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economía o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas. Es más: la atribución a la Administración de muchas funciones se hace buscando justamente para su gestión la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discrecionalidad permite y sólo por ello.

Resta notar que la existencia de potestades discrecionales, constituye por sí misma un desafío a las exigencias de la justicia, porque ¿cómo controlar la regularidad y la objetividad de las apreciaciones subjetivas de la Administración, cómo evitar que invocando esa libertad estimativa se agravie en el caso concreto la equidad, cómo impedir que la libertad de apreciación no pare en arbitrariedad pura y simple? La discrecionalidad, ha dicho HANS HUBER, «es el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho». Refleja de forma bien perceptible el antiguo modo de gobernar, que parece prescindir de la Ley y consagra la voluntad de los gobernantes como criterio único y último de decisión. Y es que en el fondo hay una indiscutible continuidad histórica entre los actuales conceptos de lo discrecional y lo reglado y la primitiva sistematización de la actividad del Rey en dos bloques diferenciados, *gubernaculum* y *iurisdictio*, que BRACON acertó a formular hace ya siete siglos, en los albores del Estado moderno,

para encajar en el primero los asuntos en los que se entendía que el Rey podía desplegar libremente, como supremo gobernante, la prerrogativa regia («no apropiada para la lengua de ningún abogado», en las expresivas palabras de Jacobo I Estuardo), y en el segundo aquellos otros en los que había de actuar como supremo juez y venía obligado por su juramento a derivar los conflictos hacia los Tribunales para resolverlos según Derecho.

Esta distinción, que es general en esa época en toda Europa y que luce por eso también en nuestra legislación de Partidas, se corresponde exactamente con la que un siglo después formulará BALDO de una *potestas extraordinaria o ab (lege) soluta* y una *potestas ordinaria o regulata* (de *puissance réglée en justice* hablan las fuentes centroeuropeas de los siglos xv y xvi) y, por supuesto, con nuestro castizo binomio *gubernativo-contencioso*, que llena nuestra Historia moderna y contemporánea y enlaza, a través de la Ley Jurisdiccional de Santamaría de Paredes de 1888, con la terminología actual que esta Ley utiliza para expresar las mismas ideas y que seguirán vivas hasta la radical rectificación que operó la benemérita LJ de 1956, hace sólo cuarenta y seis años.

Los cambios terminológicos no pueden en absoluto ocultar que la idea que subyace a las palabras es siempre una y la misma: afirmar axiomáticamente la inmunidad jurisdiccional de las decisiones de los gobernantes en todos aquellos casos en los que la Ley no impone por sí misma de forma inequívoca la solución a adoptar fue la fórmula del siglo xix, hasta 1956. El razonamiento, hoy como ayer, es bien simple: si la Ley renuncia a regular la discrecionalidad y ésta consiste más bien en que la Ley se remite a la apreciación subjetiva de los agentes de la Administración, no hay modo de articular un control de legalidad de su ejercicio; sólo podrá valorarse su oportunidad, pero esto será propio de un juicio político (podrá ser por ello controlado por un órgano político; por ejemplo, la discrecionalidad ejercitada por el Gobierno por las Cámaras dentro del sistema parlamentario, o por los electores, cuando se trate de autoridades electivas, o por órganos públicos con competencias específicas en ese orden —órganos de tutela sobre la oportunidad, en el caso de los entes instrumentales, por ejemplo—); no será en ningún caso articulable en un juicio de Derecho, que es lo propio de los Tribunales contencioso-administrativos.

Todavía hasta hace poco, con ocasión de la elaboración de una nueva LJ, se sostuvo con empeño digno de mejor causa esta posición (PAREJO, SÁNCHEZ MORÓN, ORTEGA), como lo demuestra la viva polémica doctrinal que tuvo lugar en dicha oportunidad. Por nuestra parte creemos que tal actitud es insostenible en su elementalidad y que aceptarla equivale a consagrar una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos. El gran tema del Derecho Administrativo contemporáneo es, precisamente, el de juridificar este último reducto de la antigua arbitrariedad, sin perjuicio, naturalmente, de respetar lo que el mismo implica de legítima libertad de decisión, querida por la Constitución y las Leyes.

## 2. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

Para determinar con precisión el ámbito de libertad estimativa que comporta la discrecionalidad resulta capital distinguir ésta del supuesto de aplicación de los llamados «conceptos jurídicos indeterminados». La confusión de ambas técnicas ha supuesto en la historia del Derecho Administrativo un gravísimo peso, que sólo recientemente ha comenzado a liberarse. Es un mérito de la doctrina alemana contemporánea del Derecho Público haber llevado esta distinción hasta sus últimas consecuencias.

Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer los recursos de reposición o de alzada es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario sesenta y cinco o setenta años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la Ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.

Conviene notar a este respecto, para evitar un malentendido bastante frecuente sobre el que suelen construirse las críticas ulteriores, que esa

«unidad de solución justa» a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una «*apreciación por juicios disyuntivos*», en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente.

Así se viene entendiendo y resolviendo pacíficamente la cuestión en todas las esferas o ramas del Derecho, a las que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es común. En todas ellas es tan notoria como antigua y, como hemos dicho, pacífica su presencia. En el Derecho Civil (buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia, etc.); en el Penal (nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos, etc.); en el Procesal (dividir la contienda de la causa, conexión directa, pertenencia y relevancia de las pruebas, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio de reparación imposible o difícil, etc.); en el Mercantil (interés social, diligencia del buen comerciante, sobreseimiento general en los pagos, etc.). Es sencillamente una técnica general e inexcusable de toda normación, cuya utilización nunca ha planteado en estos ámbitos mayores dificultades, y cuya determinación final entra en las facultades de cognición de los hechos y de interpretación de las normas propias de toda jurisdicción.

No hay ninguna razón, absolutamente ninguna, para que su uso por las normas del Derecho Administrativo las planteen. La única diferencia en este campo radica en que la primera aplicación de tales conceptos corresponde a la Administración, pero ésta es una diferencia enteramente ajena y exterior al proceso aplicativo que tales conceptos reclaman y que resulta sólo del privilegio posicional de la decisión previa (del que trataremos en el capítulo siguiente), lo que en absoluto justifica la confusión de esta técnica con el uso de una potestad discrecional.

Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho. Así el ascenso de funcionarios por elección permite considerar igualmente justas, en principio, la designación de Juan como la de Pedro o la de Antonio, precisamente porque se trata de una discrecionalidad; en cambio, si se tratase de aplicar el concepto jurídico indeterminado de falta de respeto en un procedimiento disciplinario no sería igualmente justo que se reprochase a uno o a otro funcionario, o que se calificase una misma conducta alternativamente como respetuosa o como irrespetuosa; sólo una única solución será la justa, con exclusión de toda otra.

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extraju-

ídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

Las consecuencias de ese contraste son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto de los demás límites generales que veremos), es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria).

Sobre esta base se cae inmediatamente en la cuenta de que una buena parte de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las Leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados. Durante mucho tiempo, especialmente tras la formulación clásica del concepto de discrecionalidad por el austriaco TEZNER, se identificó ésta con la utilización por la Ley de «conceptos imprecisos», entendiéndose que en tales casos habría que interpretar que la precisión última de dichos conceptos correspondía discrecionalmente a la Administración. Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad está excluida y que más que remitir la Ley a una decisión libre de la Administración, en cuyo ejercicio saldrían indiferentes jurídicos o contenidos igualmente justos, se trata, por el contrario, de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez.

No está de más observar aquí que el juez administrativo no es un cuasi-juez o un juez con menos poderes que los de otros órdenes jurisdiccionales, sino exactamente igual que cualquiera de éstos, como con toda evidencia resulta del artículo 117.3 de la Constitución. Le es referible, pues, en la misma medida que a todos los demás jueces, la misión que a todos ellos encomienda el artículo 24 de la Norma Fundamental de otorgar «tutela judicial efectiva». El «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración, que proclama el artículo 103.1 de la Constitución,

implica para ésta, inexcusablemente, sometimiento pleno al juez, como se han cuidado de subrayar las Sentencias constitucionales de 17 de diciembre de 1992 y 29 de abril de 1993.

Así, conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa «apreciación por juicios disyuntivos» de las circunstancias concurrentes a la que antes aludimos.

Así acertó a percibirlo ya una antigua Sentencia de 24 de octubre de 1959 al observar que se «ha transformado la noción de acto administrativo discrecional, pues, sin perjuicio de cierta amplitud de criterios en la decisión, ésta, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglada, ya que no se considera válido más que cuando cumple con el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público», para terminar anulando la resolución de un concurso por estimar que una de las ofertas era superior a la que había resultado ganadora y ello a pesar de la expresa calificación como discrecional de la apreciación de los méritos de los concursantes que se incluía en las bases del concurso. En esa misma línea se situaron luego las Sentencias de 2 de octubre de 1965 y 27 de febrero de 1975, la primera de las cuales no dudó en afirmar que a ese modo de actuar «obligan Leyes de tipo constitucional, de superior rango a cualquier otra que hubiese sido promulgada, así como principios de moral y equidad», afirmación ésta un tanto forzada para la época, sin duda, pero hoy indiscutible a la vista de lo dispuesto en los artículos 9.3, 24 y 106 de la Constitución.

Llegados a este punto conviene hacer algunas precisiones para evitar malentendidos y salir al paso de ciertas críticas a las que éstos han dado lugar. Por lo pronto hay que notar que en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (*Begriffkern*) o «zona de certeza», configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto» (*Begriffshof*), más o menos precisa, y, finalmente, una «zona de certeza negativa», también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Por ejemplo: la zona de certeza del justo precio de esta casa puede situarse en diez millones de pesetas, precio absolutamente mínimo según las estimaciones comunes; la zona de imprecisión puede estar entre diez y quince; la zona de certeza negativa, de quince hacia arriba. Igualmente para el concepto de «trastorno de orden público»: el núcleo es claro, el halo puede ser más difuminado, la zona de certeza negativa es el orden mismo, o con mínimas e irrelevantes alteraciones, etc. Supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o «halo» conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva o negativa, lo cual no es baladí, precisamente, en vía de principio.

La doctrina alemana reconoce en el halo conceptual un «margen de apreciación» (*Beurteilungsspielraum*) en favor de la Administración, como primera aplicación del concepto (margen al que parece aludir la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959, más atrás citada, cuando dice: «sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión»). Tal margen de apreciación no da entrada, sin embargo, a la libre voluntad de la Administración (si tal fuese estaríamos en el campo de la discrecionalidad); expresa sólo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda.

Nuevamente es oportuno hacer aquí otra precisión, a saber: hay conceptos indeterminados que incorporan nociones de experiencia; otros, en cambio, son conceptos de valor, como más atrás notamos. Los primeros se ventilan en la apreciación de los hechos (si el edificio está en ruina o no) y, por tanto, la competencia del juez para controlar su aplicación es ilimitada, como se reconoce por la doctrina alemana más autorizada (WOLFF, BACHOF, STOBER); los segundos, en la medida en que implican juicios de valor, bien sean técnicos («impacto ambiental») o políticos («interés público», «utilidad pública»), son los que proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio dentro del «halo» del concepto, presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades, ya que el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir, siempre posibles, y que la prueba que se practique en el curso del proceso podrá eventualmente acreditar.

Un buen ejemplo de este control siempre posible lo ofrecen hoy las Sentencias de 10 y 15 de junio de 1994 y 14 de febrero de 1995, a propósito de un concepto de valor de amplísimo «halo», el de «utilidad pública». Las tres, que se refieren a un mismo supuesto, no dudan en calificar de artificiosa e impropcedente la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de unos terrenos para construir un cementerio público, supuesto que sobre ellos ya existía un cementerio privado, lo que ponía de manifiesto que con aquella declaración no se pretendía complementar las instalaciones y servicios mortuorios del municipio, sino sustituir la actividad privada que ya se había iniciado con autorización del Ayuntamiento, suplantando, en definitiva, a éste en el legítimo ejercicio de sus atribuciones. En esa misma línea y con referencia a un concepto también indeterminado como el de «necesidad de ocupación», las Sentencias de 8 de febrero, 9 de marzo, 3 de julio y 9 de diciembre de 1993, entre otras muchas. Lo mismo en relación al concepto de «urgencia» de la expropiación, tradicionalmente interpretado en clave de discrecionalidad por la jurisprudencia, ahora formalmente rectificadas a partir de las Sentencias de 22 de septiembre, 3 de octubre y 3 de diciembre de 1992.

Ni siquiera, pues, este último reducto del «margen de apreciación», en el cual ha querido reconstruirse, aunque bajo otra vestidura más modesta, la vieja defensa de la discrecionalidad, es identificable con ésta e inaccesible al juez. Como ha dicho acertadamente SAINZ MORENO, por muy difusos que puedan ser los límites de un concepto hay siempre un criterio para saber hasta dónde llegan esos límites y ese criterio lo proporciona el propio núcleo, «porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo». A la luz de ese resplandor el juez puede, siempre que se le facilite procesalmente la representación del conjunto de los hechos relevantes y las pericias que puedan resultar oportunas, revisar la inicial aplicación del concepto indeterminado realizada por la Administración y enjuiciar su adecuación a la Ley, anulándola en cuanto los límites de ese margen de apreciación hayan sido transgredidos. Cuando esto ocurra, el juez no estará sustituyendo la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino simplemente identificando si ésta ha rebasado los límites que la Ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado. Será, pues, un control legal negativo y, como tal, inexcusable, y de ningún modo, como algunos pretenden, un control político o con criterios políticos aplicado por un órgano sin competencia en este campo. Un control tan legítimo —importa subrayarlo— como el que realiza el propio juez cuando verifica que la Administración ha actuado correctamente dentro del espacio que el «margen de apreciación» le reserva, cosa que nunca ha suscitado protesta alguna por parte de nadie. En último extremo, tanto en un caso como en otro, con su enjuiciamiento final el juez se limita a reducir la «zona de incertidumbre», reconduciendo el caso concreto a una de las dos zonas de certeza, la positiva o la negativa, que es exactamente lo mismo que hace frente a todo problema interpretativo, porque la existencia de incertidumbre, de imprecisiones o de dudas, es consustancial en todo litigio.

A través de esa profundización en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la idea de discrecionalidad tiende a reducirse de forma importante, como es obvio. Sus supuestos tradicionales no son ya identificados con la idea de exención de control; han pasado a ser únicamente supuestos de «dificultad de control», considerando el tema desde la perspectiva procesal de la prueba, por tratarse de supuestos en que normalmente han de integrarse en una sola apreciación conjunta aspectos y valores diversos. Siempre que sea posible ofrecer al Tribunal una crítica seria y fundada de la decisión administrativa en causa desde la perspectiva de un concepto jurídico indeterminado, explícito o implícito en la Ley (también el de interés público, de tan amplio «hala», como permite ver tanto la jurisprudencia constitucional —Sentencias de 11 de junio de 1984, 18 y 20 de julio de 1989, 14 de abril y 16 de junio de 1994—, como la ordinaria —Sentencias de 11 de noviembre de 1994, 23 de enero, 23 de febrero, 26 y 31 de mayo de 1995, etc.—), será jurídicamente posible que el Tribunal revise la apreciación del concepto realizada por la Administración en su función interpretativa y aplicativa de la Ley. En este último extremo, como ha notado SAINZ MORENO, la discrecionalidad no se justificará ya por una

simple razón formal de competencia exclusiva y excluyente de la Administración, constatada la cual el juez tendría que aceptar cualquier uso que la Administración haya hecho de la misma; se justificará únicamente en la presunción de racionalidad (*test of reasonableness*) con que la Administración la ha utilizado, por su contacto con los hechos, por sus medios técnicos, por la multiplicidad de aspectos y valores que ha tenido que integrar en la decisión. Pero esa presunción será *iuris tantum* y cualquier recurrente podrá destruirla, y el juez apreciarlo así, si las circunstancias y las pruebas aportadas justifican que el uso de la potestad ha sido irrazonable en el caso concreto, posibilidad que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados justifica definitivamente.

Esta línea de pensamiento, en la que se situó ya con decisión la Sentencia de 24 de octubre de 1959, antes citada, se fue afirmando progresivamente y encontró una formulación explícita en la Sentencia de 28 de abril de 1964 («las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede elegir la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado —ruina, precio justo, utilidad pública, etc.— es configurado por la Ley de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del Jurado de Expropiación, que... no es libre para decidir, a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios... sino que... ha de... determinar... el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo y, por ello, dicha... función... constituye un proceso de subsunción... de un supuesto normal de aplicación del Derecho, sometido sin traba alguna, por eso precisamente, a la función jurisdiccional, encargada de velar por la recta aplicación de la Ley al mundo de los hechos»), que se repite desde entonces con plena seguridad. Son expresivas en este sentido, entre otras muchas, las Sentencias de 12 de diciembre de 1979, 17 de febrero de 1981, 3 de mayo, 21 de junio, 8 de julio, 27 de septiembre, 15 de octubre y 17 de diciembre de 1985, 26 de enero, 23 de octubre y 30 de noviembre de 1987, 1 de julio y 21 de noviembre de 1991, 24 de abril de 1995 y 30 de mayo, 13 de junio de 2000, 26 de enero de 2001 y 4 de junio de 2002 (estas últimas en relación a la expresión «proposición más ventajosa» que utiliza el artículo 88.2 LCAP al referirse a la adjudicación de los contratos por el procedimiento de concurso).

### 3. Las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad

#### A) LA EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL

El asedio a la inmunidad judicial de la discrecionalidad resume uno de los capítulos más importantes de la evolución del Derecho Administrativo. La discrecionalidad es inicialmente equiparada a los «actos de imperio», categoría opuesta a la de «actos de gestión», y respecto de la

mismía no se admite recurso contencioso-administrativo por las razones que bien nos constan. Tempranamente (en el primer tercio del siglo XIX) surge en Francia el recurso llamado de «exceso de poder» como una excepción a esa inmunidad, para controlar, aunque excepcionalmente, los actos de autoridad en alguno de sus aspectos, ya que no en su fondo. Inicialmente este recurso sólo se admite cuando la impugnación está basada en un vicio de incompetencia del órgano que dicta el acto. Pronto, sin embargo, el Consejo de Estado francés, que es el lúcido creador de estas técnicas, va a equiparar a la incompetencia el vicio de forma, puesto que la competencia está atribuida al órgano por la Ley para que la ejerza precisamente por un cauce determinado. El paso siguiente es el descubrimiento de la técnica de la desviación de poder como tercera vía de penetración en la esfera exenta de la discrecionalidad: la libertad de decisión conferida al órgano no le autoriza a apartarse del fin en consideración al cual la potestad se ha otorgado. A fin de siglo se extiende el recurso a cualquier violación de Ley, directa o indirecta, con lo cual la vía excepcional que era el *excès de pouvoir* se ha generalizado, desplazando, incluso, a la vía ordinaria que era el recurso de plena jurisdicción (el cual queda desplazado hacia los temas únicos de responsabilidad patrimonial) y englobando, por su mayor flexibilidad y por su nueva lógica de valoración de las relaciones jurídico-administrativas, incluso la impugnación de los actos de gestión. La evolución posterior contempla la progresiva extensión del recurso hacia el control de los hechos de cuya consideración parte la acción administrativa, aspecto que se consideraba tradicionalmente vedado en esta vía, de acuerdo con una interpretación entonces al uso del principio de separación de poderes, de la que, por cierto, no ha conseguido todavía desprenderse el Derecho norteamericano, según la cual los hechos se consideraban cuestión ajena a la legalidad, ámbito único en que a los jueces les era dado moverse. El *arrêt Gomel* de 1914 afirmó primero la competencia del Consejo de Estado para verificar si el emplazamiento de una construcción podía o no considerarse comprendido en la perspectiva monumental del lugar y si, en tal caso, podía o no perjudicar esa perspectiva, alumbrando así la técnica del error manifiesto de apreciación de los hechos y, dos años después, el *arrêt Camino* acabó pura y simplemente con la artificiosa distinción entre hecho y Derecho; recabando para el juez administrativo la competencia para comprobar la existencia misma de los hechos y liberándole ya para siempre de la presentación, eventualmente interesada, que de éstos pudiera hacer la Administración so pretexto del carácter discrecional de sus potestades.

El control jurisdiccional de los hechos y, sobre todo, el de la calificación jurídica de los mismos, dio desde entonces acceso al problema de fondo y permitió al Consejo de Estado verificar por esta vía la correcta aplicación por la Administración de conceptos tales como *bon ordre, sûreté, sécurité, salubrité* (a partir del *arrêt Benjamin* de 1933), recuperando el espacio por ellos cubierto que tradicionalmente se consideraba comprendido en el ámbito de lo discrecional, lo mismo que más tarde, en la segunda postguerra, aseguraría la doctrina alemana de los conceptos jurídicos

indeterminados, que acabamos de estudiar. La aplicación ulterior de los principios generales del Derecho como técnica de reducción de la discrecionalidad administrativa se añadiría más adelante con el *arrêt Barel* de 1954 y el *arrêt Maison Genestal* de 1968 daría un paso más al exigir a la Administración en cualquier caso indicar con precisión las razones de hecho y de derecho capaces de justificar la decisión discrecional adoptada. El *arrêt Ville Nouvelle Est* de 1971 aportaría, en fin, la técnica del balance costes-beneficios, afirmando a la vista de esas razones y sobre la base del principio de proporcionalidad, que «una operación no puede ser declarada de utilidad pública más que si los atentados que supone para la propiedad privada, su coste financiero y, eventualmente, los inconvenientes de orden social que comporta no son excesivos habida cuenta del interés que presenta», lo que da culminación a un largo proceso evolutivo a través del cual se ha ido perfilando todo un completo arsenal técnico para combatir el último reducto de la arbitrariedad administrativa, lo que el Consejo de Estado francés viene haciendo caso por caso con una admirable sutileza, aunque renunciando a elaborar una teoría general, que se abstiene conscientemente de formular para retener en su mano las riendas de la política jurisprudencial.

En España este proceso ha sido mucho menos abierto. La configuración inicial del contencioso se hace sobre el modelo francés, pero el mismo se petrifica en un momento dado, justamente aquel anterior a la formidable creación del *excès de pouvoir* —lo cual fue una gran desgracia para nuestro Derecho—. La Ley Santamaría de Paredes, de 1888, cuya vigencia se prolonga hasta 1957, ignora todo de esa evolución jurisprudencial, no obstante haber alcanzado en aquel momento prácticamente todo su sentido. La aplicación de esta Ley por el Tribunal Supremo no fue precisamente un ejemplo: todas sus posibles virtualidades quedaron estancadas y fue de hecho interpretada en el más estrecho y formalista de sus sentidos.

Una dirección jurisprudencial original, sin embargo, intentó entre nosotros abrir paso a las mismas exigencias que el exceso de poder francés: la jurisprudencia, anterior a la Ley Santamaría, y que se prolongará hasta nuestros mismos días, que justifica un pronunciamiento anulatorio, por encima de los límites legales de la jurisdicción, cuando los actos enjuiciados han incurrido en «vicios de orden público». Con esta expresión se alude a que ciertas irregularidades de los actos se imponen por su gravedad frente a la limitación de los poderes jurisdiccionales, efectiva precisamente frente a los actos discrecionales. Entre esos vicios nuestra jurisprudencia alcanza a tipificar la incompetencia y el vicio de forma, que son también, como hemos visto, las dos primeras «aperturas» (en la terminología procesal francesa) del *excès de pouvoir*, vicios ante los cuales el Tribunal olvida su falta de jurisdicción para enjuiciar los actos discrecionales. Pero la creación jurisprudencial se para ahí: no alcanza a descubrir por sí misma, o no se atreve a continuar, nuevas técnicas de control actuable frente a los actos discrecionales, ni siquiera los que ya en el Derecho Administrativo francés habían alcanzado plena carta de naturaleza.

En esta situación adviene la LJ de 1956. El grave retraso de nuestro Derecho Administrativo queda patente con sólo recordar esa fecha. Esta Ley, como recuerda su Preámbulo, no incluye ya —formidable novedad respecto a la regulación anterior— entre los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa los actos discrecionales. Al mismo tiempo, formula por vez primera en nuestro Derecho la técnica de la desviación de poder, como una más —y, por supuesto, no la única— entre las infracciones del ordenamiento jurídico (artículo 83.2 y 3). Desde entonces queda planteado en términos radicalmente nuevos el problema del control de la discrecionalidad en nuestro Derecho.

Pueden sistematizarse de varias maneras las técnicas de control actuales frente al ejercicio de las potestades discrecionales por la Administración. La primera, y más extensa probablemente, es la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Pero con independencia de sus aplicaciones extremas, se trata más bien de delimitar el ámbito propio de la discrecionalidad de aquello que no lo es en estricto sentido. Queda en pie el problema del control cuando nos encontramos ante una discrecionalidad reconocida como tal (bien por razones materiales o por motivos procesales, esto último como pretende la doctrina extrema de los conceptos jurídicos indeterminados). Para articular ese control son operantes tres técnicas diversas: control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder; control de los hechos determinantes; control por los principios generales del Derecho.

Este enunciado general nos parece en el orden práctico y aplicativo más eficaz que el intento catalogador de distintos grados de discrecionalidad («escala de la discrecionalidad»), que han desarrollado algunos autores (DESDENTADO, BACIGALUPO, CIRIANO). La mayor o menor amplitud de la discrecionalidad así como la operatividad de los controles disponibles depende, por supuesto, en primer término de la estructura y de la densidad de regulación de los concretos enunciados legales, que no siguen categorías previas, pero también de las circunstancias del caso, que el Juez aprecia más cercanamente. Las técnicas que vamos a recorrer son, en este sentido, más guías heurísticas, aunque ancladas en la naturaleza de la institución de la discrecionalidad, que fórmulas rígidas.

En todo caso, todas las técnicas de control quedan enmarcadas ahora, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, en el cuadro de la formal prohibición que ésta contiene en su artículo 9.3 de la arbitrariedad de los poderes públicos, prohibición que obliga a distinguir netamente entre la discreción y el arbitrio legítimos y la mera voluntad o el puro capricho de los administradores. Sobre esto volveremos más adelante, porque a fines didácticos estimamos preferible analizar primero una a una las técnicas singulares ya indicadas.

## B) EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS. EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER

La primera reducción del gran dogma de la discrecionalidad se opera, como ya hemos visto, observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, fondo parcialmente reglado —en general o en relación a una situación jurídica concreta—, etc.). El control de estos elementos reglados permite, pues, un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional. La discrecionalidad, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución. El control de los mismos por el Tribunal no suscita ninguna cuestión.

No parece necesario detenerse aquí en un examen detallado de las posibilidades de control que ofrece la verificación de cada uno de los elementos reglados necesariamente presentes en los actos discrecionales, salvo en lo que se refiere al control del fin, que da lugar a la técnica de la desviación de poder. La técnica en cuestión es un hallazgo de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que se produce, como ya hemos visto, en la segunda mitad del siglo pasado (*arrêt Lesbats* de 1864: el prefecto sólo puede regular la entrada, estacionamiento y circulación de vehículos en los patios de las estaciones de ferrocarril en interés de la policía, no para asegurar la ejecución de un contrato entre una compañía ferroviaria y un empresario de vehículos públicos) a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar. Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad.

En nuestro propio Derecho esta técnica se recibe muy tardíamente y, salvada hecha de algunos precedentes jurisdiccionales aislados en relación con los arbitrios municipales con fines no fiscales, no llega a tener consagración, como ya notamos, hasta la LJ de 1956. El artículo 70.2 de la vigente LJ, siguiendo a la anterior, dispone terminantemente que:

... la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder.*

El propio precepto legal, apartándose de la técnica legislativa habitual, aporta, incluso, una definición de la desviación de poder (que se repite sustancialmente en el art. 70.2 de la vigente LJ de 1998):

«Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico.»

La definición legal es bastante clara, como puede verse. Sin embargo, es imprescindible hacer algunas precisiones.

Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa (así, por ejemplo, una finalidad persecutoria o de venganza: Sentencia de 4 de febrero de 1959), sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad. Así, por ejemplo, existe desviación de poder cuando la Administración municipal utiliza los llamados arbitrios con fines no fiscales por la prestación de ciertos servicios con el propósito de recaudar fondos para otras atenciones generales (doctrina jurisprudencial anterior, incluso, a la Ley Jurisdiccional de 1956); o cuando modifica los Planes de ordenación urbana reduciendo las zonas verdes de uso público con la finalidad de ahorrarse los gastos inherentes a la expropiación de los terrenos necesarios (Sentencia de 12 de enero de 1973); o cuando se utiliza una potestad de policía no en vista de garantizar la seguridad de personas y cosas, sino con objeto de devengar una tasa, con una finalidad simplemente fiscal (Sentencias de 1, 16 y 24 de diciembre de 1969; 13 de febrero de 1971, etc., que anulan las tasas municipales por inspección de calderas, motores e instalaciones industriales cuando tal inspección o no se ha prestado o se ha realizado de manera puramente formularia); o cuando se tramita un expediente de concesión de licencias de taxi sin acreditar la necesidad de las mismas, con el solo fin de resolver la situación personal de anteriores titulares que se habían visto privados de ellas por resolución judicial (Sentencia de 25 de septiembre de 1995). En todos estos casos los fines realmente perseguidos por la Administración (recaudar fondos para atenciones generales, ahorrar gastos de expropiación, evitar el pago de eventuales indemnizaciones), aunque públicos y estimables, no coinciden con los previstos por la norma atributiva de la potestad (los fines de dirección y estímulo indirecto de la actividad privada que enunciaba el art. 390 TRRL, ya derogado, para los arbitrios con fines no fiscales; habilitar zonas verdes de uso general suficientes para una razonable ordenación de la estructura urbana del sector planeado; la seguridad de personas y cosas; las necesidades del transporte urbano). La Sentencia de 18 de junio de 2001 lo subraya expresamente: «cuando la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante».

El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto

que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales (lo recordó oportunamente el Preámbulo de la LJ de 1956). Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa. El artículo 106.1 de la Constitución subraya expresamente esta idea cuando encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como del «sometimiento de ésta a los fines que la justifican», fines (én plural) que, obviamente, son distintos en cada caso concreto. Esta técnica de control ha quedado, pues, constitucionalizada, nada menos.

A esta constatación de la identidad o divergencia de los fines se reduce todo el problema. No es, pues, exacto afirmar, como ha solido hacer cierta jurisprudencia, que sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurre ningún otro vicio de legalidad (Sentencias de 10 de febrero de 1964, 6 de mayo de 1967, 1 de abril de 1981, 29 de septiembre de 1992, 3 de junio de 1994, etc.). Por el contrario, es perfectamente posible e, incluso, muy frecuente, que la desviación de poder coexista en un mismo acto con cualesquiera otras infracciones legales, ya sean éstas de carácter material o simplemente formal. La concurrencia de estas otras infracciones no impide en absoluto declarar la desviación del fin previsto cuando esta desviación se produzca (en este sentido, las Sentencias de 4 de abril de 1972, 10 de noviembre de 1983, 2 de febrero de 1993, 25 de septiembre de 1995, 2 de febrero de 1996).

En cualquier caso, es evidente que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia. Fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto del señalado por la norma. Consciente de esta dificultad, así como de que la exigencia de un excesivo rigor probatorio privaría totalmente de virtualidad a la técnica de la desviación de poder, la mejor jurisprudencia suele afirmar que para que pueda declararse la existencia de esa desviación «es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal» (Sentencias de 1 de diciembre de 1959, 16 de junio y 9 de julio de 1997) a la vista de los hechos concretos que en cada caso resulten probados, si bien no bastan las «meras presunciones ni suspicaces e especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina» (Sentencias de 7 de octubre de 1963, de 2 de febrero de 1996 y 18 de junio de 2001).

La jurisprudencia reciente es ya categórica en este punto (Sentencias de 1 de octubre de 1982, 7 de marzo de 1986, 19 de enero de 1989, 14 de octubre de 1994) y habida cuenta de la dificultad de la prueba directa, acepta sin reparo la de presunciones, siempre, claro está, que se acrediten debidamente los hechos de los que parte la inferencia y entre ésta y aquéllos exista un enlace lógico acorde con el criterio humano (Sentencias de 10 de octubre de 1987, 25 de septiembre de 1995, 2 de febrero de 1996 y 18 de junio de 2001).

A la vista de lo expuesto no ofrece dudas la gran operatividad que puede corresponder a esta técnica de la desviación de poder de la que sigue habiendo frecuentes aplicaciones (*vid.* la Sentencia de 25 de septiembre de 1995 y sus numerosas referencias), a pesar de que se haya llegado a hablar en Francia, su país de origen, de un cierto *déclin du détournement de pouvoir*. Esta decadencia de la desviación de poder, de existir, se debe no ya a una pérdida de confianza en las posibilidades de esta técnica, sino, más propiamente, al hallazgo de otras distintas dotadas de un mayor poder de penetración. A continuación veremos cuáles son éstas.

#### C) EL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

Esto, que no puede ser más elemental aparentemente, es, sin embargo, un hallazgo relativamente reciente, que se produce en Francia, como ya hemos visto, con el *arrêt Camino* de 1916. En nuestro país, hasta la promulgación de la Ley Jurisdiccional de 1956, imperaba la idea de que el recurso contencioso-administrativo era una especie de segunda instancia o de casación, procesos éstos en los que las posibilidades de prueba de los hechos son muy limitadas o nulas. Dicha Ley reaccionó vivamente contra esta opinión, afirmando explícitamente en su Exposición de Motivos que «la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero *sin que ello signifique* —dicho sea a título enunciativo— *que sea impertinente la prueba*, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda».

Se admitió, consecuentemente, la posibilidad normal de prueba «cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia; a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito» (art. 60.3 LJ vigente). Se admite, incluso, que, aun después de concluida la fase probatoria, pueda el Tribunal acordar de oficio la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime procedente (art. 61 de la misma Ley), posibilidad ésta, por cierto, de la que los Tribunales hacen uso con naturalidad, aún no para suplir la inactividad de las partes (Sentencia de 12 de marzo de 1999).

Esta facultad en orden a la práctica de cualquier clase de pruebas hace perfectamente viable un control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión y, a través de él, del correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración, que, cualquiera que sea su efectivo alcance, sólo pueden operar cuando se producen las concretas circunstancias de hecho previstas en la norma que atribuye tales poderes. («Nunca dicho margen [de discrecionalidad] —dice la Sentencia de 17 de febrero de 1981— puede tener el alcance de excluirlo de acreditar, cuando menos, los fundamentos fácticos sobre los que actuó para, de esta forma, poder penetrar en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre cuya base se mueve.»)

Las posibilidades que ofrece esta técnica no necesitan ser encarecidas. Recuérdese, por ejemplo, la utilización que hizo de ella la Sentencia de 6 de julio de 1959 (asunto relativo a la clasificación del partido veterinario de Santisteban del Puerto), citada en uno de los capítulos precedentes, en la que el Tribunal no dudó en corregir los hechos que habían sido fijados erróneamente por la Administración, «sin hacer constatación alguna de su realidad o certeza» y dando simplemente por buenas «meras afirmaciones no comprobadas». En términos parecidos, la Sentencia de 6 de febrero de 1963 considera inaceptable que la Administración se pronuncie sobre «conjetura o presunción, sobre hecho no demostrado y cierto, que podrá producirse, pero cuya efectividad no ha quedado constatada, ya que ni siquiera se afirma en forma categórica». Otra Sentencia de 24 de enero de 1963 condena «que el correctivo se imponga con base en una mera suposición deducida de denuncia no comprobada», mientras que las Sentencias de 29 de octubre de 1962 y 31 de enero de 1963 anulan el acto recurrido al apreciar «una elemental insuficiencia de datos y una carencia de bases de enjuiciamiento» en su punto de partida. En la misma línea se mueven las Sentencias de 22 de mayo y 10 de noviembre de 1964, la última de las cuales anula un expediente sancionador «en el que tan sólo se hallan suposiciones no estatuidas en hechos concretos, sin más género de justificación para hacerlos gravitar sobre la responsabilidad personal del recurrente que las simples conjeturas de la policía, mientras que de otra parte aparece corroborada una normal actuación profesional del actor». De forma semejante, la Sentencia de 20 de octubre de 1966 anula una sanción impuesta por determinadas actividades proselitistas relacionadas con los «testigos de Jehová», por estimar que «los hechos no tienen

ya que toda infracción, cualquiera que sea el campo en el que se produce, pertenece al «ilícito» como supraconcepto y debe atenerse al régimen general previsto para el mismo, incluido el que para la prescripción de las faltas señala el CP, que debe entenderse por ello aplicable en el orden administrativo (Sentencias de 8 de octubre de 1959, 27 de septiembre de 1969, 9 de marzo de 1972, 28 de septiembre de 1973 y 10 y 17 de junio de 1974, 3 de febrero y 23 de junio de 1978, 3 de enero de 1980, etc.), aunque hoy, como veremos en su momento, la LPC y casi todas las leyes sancionatorias han positivado los plazos de prescripción de las infracciones administrativas.

El principio de igualdad era también invocado con frecuencia por la jurisprudencia preconstitucional para introducir una medida de las potestades administrativas, así, por ejemplo, para reducir a reglado el otorgamiento de licencias de construcción en los casos en que no existe Plan de ordenación ni ordenanzas aplicables (Sentencias de 24 de diciembre de 1956, 28 de mayo de 1963, 3 de abril de 1965 y 17 de mayo de 1967). Otra sentencia de 22 de mayo de 1967, también en materia de licencias, hace apelación al principio general que obliga a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al criterio o procedimiento menos restrictivo de la libertad individual (principio *favor libertatis*, art. 6.2 RSCL). El mismo principio sirve a la Sentencia de 21 de noviembre de 1974 para reducir a sus justas proporciones un acuerdo de la autoridad gubernativa que exigía a determinada asociación comunicar a aquella con setenta y dos horas de antelación todo acto interno de la misma, incluso conferencias, seminarios, mesas redondas, etc., afirmando al respecto que «cualquier duda que pudiese surgir al interpretar el término "sesiones generales" tendría que resolverse siempre en favor del derecho de asociación y en contra de sus trabas».

Otra aplicación del principio de igualdad como criterio reductor de la discrecionalidad administrativa lo ofrece la Sentencia de 27 de enero de 1965, que defiende la igual oportunidad de todos los estudiantes para obtener becas, abstracción hecha de su vocación al estado religioso.

La Sentencia de 20 de febrero de 1959 condena, como ya vimos al estudiar el problema de los límites sustanciales de la potestad reglamentaria, la extensión de las obligaciones docentes de los Catedráticos de Enseñanza Media a materias ajenas, aunque afines, a las suyas propias por estimar que tal extensión es contraria a «la naturaleza del cargo», deducida ésta de la configuración institucional dada al mismo por las normas aplicables.

Si esto era ya así antes de la Constitución mucho más ha de serlo ahora, como es evidente, supuesto el lugar privilegiado que la Norma Fundamental reserva a los principios generales del Derecho y el indiscutible valor normativo que a éstos corresponde, como el Tribunal Constitucional se cuidó de subrayar al resolver su primer recurso de inconstitucionalidad en la Sentencia de 2 de febrero de 1982 («valor aplicativo y no meramente programático»). La expresa prohibición constitucional de la arbitrariedad

de los poderes públicos que enérgicamente proclama el artículo 9.3 de la Norma Fundamental contribuye, por lo demás, a realzar su importancia. Toda conducta arbitraria está sin más solemnemente prohibida a la Administración al máximo nivel normativo por la Constitución, que, al garantizar a todos en su artículo 24 el «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», está remitiendo en última instancia a éstos la misión de verificar y, en su caso, corregir esa arbitrariedad aplicativa, sin excepción alguna.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad al que acabamos de aludir, y que en una acepción amplia justifica la vinculación a todos los principios generales del Derecho, merece, sin embargo, por su importancia una particular atención.

#### 4. Discrecionalidad y arbitrariedad. Significado y alcance de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos

El artículo 9.3 de la Constitución incluye entre los principios que expresamente garantiza el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a resultas de una enmienda presentada en el Senado por el Prof. L. MARTÍN-RETORTILLO inspirada en un antiguo trabajo de uno de nosotros. En la justificación de esa enmienda se advertía expresamente que con ella no se pretendía negar la libertad de actuar de la Administración, ni se desconocía tampoco que hay situaciones límite en las que no es posible el enjuiciamiento, sino que se intentaba simplemente dejar claro que hay «un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder», porque «el Estado de Derecho que recalca el artículo 1 impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad».

Se distinguía así con toda precisión por el ilustre profesor, entonces Senador de las Constituyentes, entre una discrecionalidad legítima y una arbitrariedad prohibida, distinción de la que, tras la promulgación de la Constitución, se hizo eco pronto la jurisprudencia subrayando con énfasis que «nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables, mientras lo segundo o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter de realmente indefinible y su inautenticidad» (Sentencia de 13 de julio de 1984).

Discrecionalidad y arbitrariedad son, pues, «conceptos antagónicos», como afirma la Sentencia de 21 de noviembre de 1985 y repite ya, tras ella, como una cláusula de estilo, toda la jurisprudencia posterior. Y así es, en efecto, desde los propios orígenes del significado moderno del tér-

mino arbitrario; que se remontan a las luchas que precedieron y siguieron a la Revolución puritana en la Inglaterra del siglo XVII. LOCKE, que vivió ese agitado período, acertó a fijar con absoluta precisión ese significado, que alude desde entonces no sólo a un modo de gobernar identificable con el despotismo y la tiranía, sino también —y sobre todo— a la raíz y la esencia misma del poder en que, ese modo de gobernar se expresa, un poder que no tiene otro sustento que la mera voluntad o el simple capricho de quien lo detenta, que se ejerce, por tanto, al margen y con independencia de toda razón susceptible de prestarle la imprescindible justificación. Incluso el poder absoluto, es decir, esa *potestas extraordinaria* o *ab (lege) soluta* que se oponía en el pensamiento de la época a la *potestas ordinaria* o *regulata, reglée en justice*, que hoy conocemos con el nombre de poder discrecional, allí donde es necesario —advertía LOCKE refiriéndose al ejército y a la vida militar— no puede ser arbitrario, sino que sigue limitado por la razón y confinado al servicio de aquellos fines que en tales casos exigen que sea absoluto, esto es, discrecional (*and to let us see that even absolute power, where is necessary, is not arbitrary by being absolute, but is still limited by that reason and confined to those ends, which required it some cases to be absolute*). Toda la sutil y compleja teoría del poder discrecional que hemos tratado de exponer aquí se encuentra admirablemente planteada en esta breve advertencia desde hace ya tres siglos.

Es fácil entender, a partir de aquí, el significado y el alcance precisos del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que la Constitución de 1978 ha hecho suyo. Identificarlo con una simple condena de la tiranía y el despotismo a estas alturas sería banalizarlo y vaciarlo de todo contenido, como bien se comprende. Lo que el precepto constitucional quiere decir, el *novum* específico que introduce en el marco de una Norma Fundamental que constituye a España en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y que al servicio de esa fórmula política despliega a lo largo de su articulado un repertorio completo de técnicas llamadas a asegurar la efectividad de esos valores superiores, no puede ser otro que la *proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta*, sea éste quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen, que en el contexto general del sistema se da por descontada. De lo que se sigue necesariamente la *exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón* para toda decisión en la que el poder se exprese. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* queda, de este modo, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico-político.

Esta inexcusable obligación constitucional de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, que,

como es obvio, se hace particularmente intensa en el caso de los actos discrecionales [*vid.* la Sentencia de 29 de noviembre de 1985 y luego el actual art. 54.f) LPC], establece ya un primer nivel de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario, como han destacado con acierto las Sentencias de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, 3 de diciembre de 1986 y 21 de septiembre de 1993, entre otras muchas.

No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar al acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del artículo 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia («discutibles o no, pero considerables en todo caso», dice la Sentencia de 13 de julio de 1984, más atrás citada), deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones *justificativas*, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional.

Es aquí, en la labilidad misma del concepto de racionalidad (y, más aún, de razonabilidad, ideas ambas que en la jurisprudencia anglosajona quedan englobadas en el término *reasonableness*), en la dificultad de precisar su alcance, donde surgen los temores —y las críticas habituales— de que el problema del control de la arbitrariedad de los gobernantes termine remitiendo a la de los jueces, lo que —se dice— haría peor el remedio que la enfermedad, ya que éstos —se añade— carecen de la legitimidad que a aquéllos les otorga su elección por los ciudadanos.

Esos temores carecen, sin embargo, de todo fundamento, porque resultan de un puro sofisma, como es fácil demostrar. La crítica sería consistente si a la exigencia de razones a los gobernantes siguiera la libertad de los jueces para aceptar o rechazar esas razones y para sustituirlas a su buen criterio. Pero no es así. Por lo pronto, porque el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad vincula a todos los poderes públicos y por ello también a los Jueces y Tribunales y obliga a éstos, en consecuencia, a justificar con las razones del Derecho sus propias decisiones sobre la racionalidad o falta de ella de las resoluciones gubernativas sometidas a su control. Por otra parte, esa confrontación de razones (las de la Administración) con razones (las de los Tribunales) a la que todo proceso aboca no es simétrica, ya que la Administración es libre de elegir, dentro del amplio espacio que en cada caso le dejen la Ley y el Derecho, el tipo de razones (jurídicas, económicas, sociales, técnicas, ambientales, a corto, medio o largo plazo, etc.) que hayan de servir de soporte a sus decisiones, en tanto que los Tribunales no pueden utilizar para justificar las suyas, sino las razones del Derecho y sólo éstas, como ya hemos dicho.

*La tarea de los Tribunales no consiste, por tanto, en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar, a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente, en administradores, sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha obser-*

vado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado.

Esta verificación remite a un doble *test*. En aplicación del primero (*test de racionalidad*) el Tribunal deberá comprobar:

a) Si la realidad de los hechos ha sido respetada o falseada, porque a los hechos no alcanza, como ya dijimos, la libertad característica del poder discrecional. «Los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos» (Sentencia de 1 de diciembre de 1986). La prueba que se practique en el curso del proceso será aquí determinante, por tanto.

b) Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea. (Un ejemplo claro de lo primero en la Sentencia de 15 de diciembre de 1986: «aun guardando la distancia de catorce metros *no resulta racional* el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figura una industria como la descrita [insalubre y peligrosa]. Por muy severas y eficaces que sean las medidas correctoras aplicadas... resulta por lo menos inquietante la estancia habitual de niños en las proximidades de la mencionada industria, y lo propio puede sostenerse respecto de un destino socio-cultural». Un ejemplo de lo segundo es la Sentencia de 3 de mayo de 1985: «los antecedentes del actor, delitos cometidos con ocasión del tráfico rodado utilizando vehículos de motor, no pueden ser causa que determine la denegación de posesión de un arma para cazar».)

c) Si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores. (En el caso de las Sentencias de 3 de noviembre de 1980 y 16 de noviembre de 1982, producidas a propósito de sendas denegaciones de autorización de la instalación de dos industrias, se subraya que la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución tiene que prevalecer necesariamente sobre la legislación de dimensiones mínimas aplicable a las nuevas industrias, que pretende garantizar la viabilidad y rentabilidad de las industrias ya existentes.)

d) Si, caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción en favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos. Un buen ejemplo en la Sentencia de 11 de junio de 1991: en igualdad de capacitación, experiencia y medios para realizar una obra entre las dos empresas concursantes, la Administración adjudica el contrato a la que hizo la oferta más cara. La Sentencia de 18 de febrero de 2002, por su parte, contempla un supuesto paradigmático de error lógico, cuando advierte que «no guarda

relación alguna de causa a efecto el hecho de que pueda haber duda sobre cuál sea la oferta más ventajosa y la decisión de declarar desierto el concurso cuando resulta que aquella duda no deriva de la inidoneidad de las antiguas condiciones, sino de los informes emitidos para adjudicar el contrato con arreglo a las mismas».

Si el resultado de este primer *test* es desfavorable para la Administración, el juez habrá de anular la decisión sometida a su control, como lo hicieron correctísimamente las Sentencias que acaban de citarse. Si, por el contrario, le es favorable, el juez no tendrá más remedio que confirmar, le guste o no, la solución concretamente elegida por la Administración y cualquiera que sea su opinión sobre la bondad o eficacia de la misma, *a menos que* (*test de razonabilidad*) esta solución adolezca de incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada. (*vid.* art. 53.2 LPC: «el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos») no ya a sus ojos, sino a los de cualquier *persona sensata*, según el parámetro al uso en la jurisprudencia anglosajona, que apela a un *standard* de conducta muy semejante a los habituales en el Derecho privado y, al igual que éstos, perfectamente objetivable. Las Sentencias de 18 de julio de 1988 (estrechamiento de diez a cinco metros de una calle, que la estrangula en su parte central creando un auténtico cuello de botella causante de graves dificultades circulatorias, sin razón alguna que pudiera justificar la medida), 4 de abril de 1990 (previsión de un nuevo vial de circunvalación de una ciudad, con pendientes superiores al 25 por 100, de costosísima ejecución e innecesario por estar situado a pocos metros de otro que cumple idéntico objetivo, que, además, inutiliza un camping debidamente autorizado y en funcionamiento y afecta a una captación de agua potable) y 18 de marzo de 1992 (apertura de un nuevo vial, que el propio Ayuntamiento considera innecesario y que parte en dos una industria importante imposibilitando su funcionamiento) aplican de forma impecable este segundo *test*.

La Sentencia de 10 de mayo de 2000 se ha hecho eco expresamente y ha utilizado de manera ejemplar, además, este doble *test*, de racionalidad y de razonabilidad, en un asunto especialmente expresivo revocando en casación una sentencia que había confirmado la denegación de una solicitud de reversión de unos terrenos expropiados en su día por razones de colonización, que años después se desafectaron y enajenaron para la construcción de una planta siderúrgica, decisión que considera con acierto arbitraria, porque no supera ni el *test* de racionalidad (ya que da por bueno que ha habido desafectación, pero niega a continuación las consecuencias inherentes a la misma), ni el *test* de razonabilidad (porque considera que es compatible el funcionamiento de una planta siderúrgica en el seno de una zona de regadío de alto interés nacional con la conservación de un sistema en el que se producen déficits periódicos de los aportes hídricos naturales).

No es imposible, ni mucho menos, como puede verse, deslindar el legítimo ejercicio del poder discrecional de la arbitrariedad que la Constitución tan categóricamente prohíbe. Es, además, rigurosamente obligado en estricta aplicación del capital principio consagrado por el artículo 9.3 de la Norma Fundamental, que ha venido a proporcionar el marco general en el cual encuentran su preciso sentido y justificación todas las técnicas singulares más atrás estudiadas que la doctrina del Consejo de Estado francés ha ido alumbrando fatigosamente a lo largo de los dos últimos siglos para hacer efectivo el sometimiento del Estado, del poder a la razón, que eso es exactamente lo que significa, como idea regulativa, el Estado democrático de Derecho.

Un uso lingüístico más frecuente de la cláusula de interdicción de arbitrariedad aplicada a la Administración, aparte de esta matizada técnica singular, la considera como un título general que incluye el específico control de las potestades discrecionales por medio de los principios generales del Derecho, técnica expuesta ya en el epígrafe anterior.

### 5. Control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva

Una última cuestión resta por resolver y es la de la extensión de los poderes del juez ante el que se impugna un acto discrecional de la Administración. ¿Ha de limitarse a anular dicho acto cuando lo encuentre disconforme con el ordenamiento jurídico por cualquiera de las razones más atrás analizadas o puede, además, sustituir la decisión administrativa enjuiciada por la suya propia?

La pregunta no tiene demasiado sentido si se ha entendido rectamente lo que hasta aquí se ha dicho sobre la discrecionalidad administrativa y su control por los Tribunales, pero resulta obligado formularla porque en torno a ella gira una aparatosa polémica en la que se hace entrar en juego, incluso, como supuestamente amenazado, el propio equilibrio del sistema constitucional.

La respuesta, sin embargo, es muy simple: la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio. De ello se sigue que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la Ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar esa libertad de elección. El desenlace de un proceso trabado a propósito de una decisión discrecional será por ello, normalmente, la anulación de dicha decisión cuando, en efecto, rebasa o exceda los límites en cuestión. El artículo 72.2 LJ precisa, por ello, como regla general, que las Sentencias estimatorias no podrán sustituir los preceptos de una disposición general «ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Ocorre, sin embargo, con alguna frecuencia que esa inicial pluralidad de soluciones alternativas que la norma habilitante de un poder discrecional hace posibles se reduce notablemente en los casos concretos, como consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir en todo caso para efectuar la elección que esa norma permite. Para eso está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar «la legalidad, acierto y oportunidad» de las decisiones de la Administración. Trabado el proceso contencioso-administrativo contra la decisión concretamente adoptada, es también posible que como consecuencia del mismo el abanico de alternativas disponibles se reduzca todavía más e, incluso, que desaparezca y sólo quede en pie al final del mismo una única solución. Eso es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero (*Ermessens reduzierung auf Null*) de la discrecionalidad. Cuando ésta se produce en un proceso dado, es absolutamente inevitable que el juez lo reconozca así e incorpore al fallo esa única solución ya posible, porque así lo impone la lógica más elemental y así lo exige, en fin, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y plena que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Constitución.

La Sentencia de 21 de septiembre de 1993 lo explica magistralmente y con una gran sencillez, además, a propósito de la potestad de planeamiento urbanístico, que es el paradigma de la discrecionalidad. Dice así:

«Sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos “objetivos” se contemplan y analizan las “distintas alternativas posibles”, ha de producirse la “elección” de un determinado modelo territorial, que, además, ha de “justificarse”: éste es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias —incluso muchas— soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los “criterios de la ordenación” propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión —“elección”— del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, *siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia* —así Sentencias de 2 de abril de 1991, 15 de marzo de 1993, etc.»

A las Sentencias de 2 de abril de 1991 y 15 de marzo de 1993, que cita la que acaba de transcribirse, cabe añadir sin ánimo exhaustivo las de 4 de abril de 1988, 20 de marzo de 1990 y 11 de junio de 1991. Esta última es, por la simplicidad del supuesto que contempla, especialmente expresiva. Al concurso convocado por el Ayuntamiento para adjudicar un contrato de obra se presentaron solamente dos ofertas, con lo que el teórico abanico de posibles soluciones quedó así *ab initio* sustancialmente redu-

cido a dos únicas alternativas. Los informes emitidos en el curso del procedimiento administrativo por los servicios municipales consideraron que las dos empresas ofertantes reunían un «alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes», por lo que ambas eran igualmente idóneas. En esta situación de estricta igualdad, el Ayuntamiento optó por adjudicar el contrato a la oferta más cara. Impugnado el acuerdo de adjudicación del contrato por la otra empresa, la Sentencia estima el recurso razonando impecablemente en los siguientes términos:

«La legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional, sino de la *racionalidad* de su contenido en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo»,

por lo que,

«en igualdad de “alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes” para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución».

Y concluye:

«De ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el control a la hoy apelante y así ha declarado esta Sala, que, *en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya para ello base suficiente en los autos.*»

Las Sentencias de 25 de septiembre de 2000, 26 de enero de 2001 y 11 de marzo de 2002, todas ellas relativas también a concursos de contratación, aplican idéntica doctrina.

La argumentación es irrefutable en su elementalidad. Si al final del proceso «son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración podrá decidir al respecto» (Sentencia de 2 de abril de 1991), debiendo limitarse el Tribunal a anular la concreta solución impugnada cuando la encuentre disconforme con el ordenamiento jurídico a fin de que sea la propia Administración la que, en uso del poder discrecional que la norma le reconoce, elija ulteriormente una nueva solución. «Por el contrario —sigue diciendo la Sentencia de 2 de abril de 1991— los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas de planteamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, Sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986—. Así lo proclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución—, que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso.»

En esa misma línea se sitúa la Sentencia de 11 de marzo de 1997, que anula la clasificación como suelo no urbanizable dada por el plan a una finca situada entre los talleres de RENFE y una autopista, ubicación que «hacia impensable el efectivo aprovechamiento de índole agrícola, ganadera o forestal que son los propios del suelo no urbanizable» y obligaba, supuesto que «las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone por razones de coherencia» a mantener la calificación de industrial atribuida a «todos los terrenos colindantes» por «reclamarlo así el principio de efectividad de la tutela judicial, que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación a las cuestiones planteadas en el proceso».

Más claro no puede decirse. Y es que el proceso es una institución para la satisfacción de pretensiones. Son éstas las que delimitan el ámbito de los poderes del juez, al que la Constitución obliga a otorgar una tutela efectiva y plena de los derechos e intereses legítimos en juego. La justicia administrativa no es, ya lo hemos dicho, una justicia de segunda clase, ni el juez administrativo un cuasi-juez con menores poderes que los de otros órdenes jurisdiccionales. Nuestro proceso contencioso-administrativo no es tampoco, como fue originariamente el recurso francés por *excès de pouvoir*, un proceso objetivo tradicionalmente enderezado a la mera preservación de la legalidad y a la anulación pura y simple de los actos que infrinjan ésta, sino un proceso entre partes, igual que el proceso civil, en el que queda a la discreción del recurrente la posibilidad de añadir a las pretensiones de simple anulación las de reconocimiento y declaración de los derechos eventualmente lesionados por el acto recurrido y las de restablecimiento de la situación jurídica individualizada indebidamente alterada por dicho acto, como con toda claridad precisa el artículo 31 LJ. Sobre todas estas pretensiones, que son, repetimos, las que delimitan el ámbito del proceso (art. 33.1 LJ), debe pronunciarse la sentencia, so pena de incurrir en incongruencia, haciendo las declaraciones procedentes sobre los derechos controvertidos y adoptando las «medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia» (art. 108 LJ).

Al tratar de la jurisdicción contencioso-administrativa tendremos ocasión, más adelante, de precisar estas cuestiones.

## V. LA DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si las potestades administrativas encierran las posibilidades de una actuación concreta de la Administración, es, precisamente, en esa actuación donde se funcionalizarán las exigencias y limitaciones que el principio de legalidad impone a dichas potestades, en los términos que hemos visto, al configurarlas y al regular sus particulares condiciones de ejercicio.

Esa actuación habilitada por las potestades administrativas es sustancialmente de cinco clases, atendida su naturaleza jurídica: Reglamentos

(fruto de la potestad reglamentaria), actos administrativos *stricto sensu* o declarativos, contratos, ejercicio de la coacción y la llamada actividad técnica de la Administración. La primera de estas manifestaciones ya la hemos estudiado más atrás, desde la teoría del Ordenamiento; las cuatro restantes serán objeto de estudio ulterior.

Podría intentarse una teoría general de las cuatro primeras formas como una manifestación de actividad reflexiva de la Administración con efectos jurídicos; sería una teoría del acto jurídico en Derecho Administrativo, utilizada esa categoría en un sentido abstracto y general. Sin embargo, aunque la categoría fuese legítima, tendría que moverse para ser correcta en un grado de abstracción excesivamente amplio para poder comprender especies tan diversas, amplitud que eliminaría buena parte de su utilidad. Pues, en efecto, tales especies están dotadas de una tan poderosa individualidad que aconseja su estudio completo y separado; aunque tengan, como es obvio, elementos comunes (ser ejercicio de una potestad, competencia, requisitos, etc.), nada gana la teoría del Reglamento con la inclusión de esta figura al lado del acto administrativo *stricto sensu* o del contrato, y más bien los riesgos de confusión resultan superiores. El Reglamento es un acto ordinamental, que crea Derecho; el acto o el contrato se limitan a aplicarlo, son actos «ordenados»; por fuerza los regímenes respectivos han de diferir y difieren en puntos sustanciales. A su vez, entre declaraciones y ejecuciones, cuyo género común se estudia en el Derecho Procesal, se dan en el ámbito del Derecho Administrativo diferencias tan graves que, antes que subrayar la teoría común, resulta inexcusable insistir sobre los respectivos rasgos diferenciales. Diríamos que estas figuras no se nos aparecen como especies de un mismo género, sino como términos de una verdadera oposición dialéctica.

Por todo ello, no llevaremos la teoría general de la acción administrativa más allá de lo que resulta de la teoría de la legalidad y de las potestades que ha quedado expuesta. A partir de aquí comienza para nosotros el ámbito de instituciones singulares, que intentaremos captar en su sentido específico.

Bástenos ahora concluir, recapitulando, que ninguna de esas formas de actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirlas; en otros términos: todas son manifestaciones o ejercicio de potestades previamente atribuidas.

Un primer vicio genérico de cualquier actuación administrativa es, así, la falta de potestad. Es más: se trata, posiblemente, del vicio más grave, que podrá identificarse en la mayor parte de los casos (en concreto, en todos en los que dicha ausencia de potestad sea manifiesta; no en aquellos, pues, en que se trate de contenidos fronterizos con una potestad efectivamente atribuida y se dispute —salvo temeridad— sobre la extensión de esta última), con una «vía de hecho», concepto que refiere la hipótesis de una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde su simple prepotencia fáctica. La «vía de hecho», como hemos de ver más

despacio, por suponer una *sortie des pouvoirs* de la Administración (LA-FERRIÈRE), una actuación sin ninguna, ni siquiera aparente, cobertura legal, implica paralelamente una pérdida de sus importantes privilegios procesales, lo que abre la posibilidad de reaccionar frente a ella por los medios de derecho común, concretamente por los interdictos, que en otro caso están excluidos contra la Administración (arts. 101 LPC, 66 y 70 RBCL, 125 LEF: es lo que indican por vía negativa estos preceptos cuando refieren la prohibición de interdictos a los supuestos en que la Administración actúe «en materia de su competencia»; competencia vale como «medida de la potestad que corresponde a cada órgano»), y eventualmente por acciones personales contra sus agentes (penales, por prevaricación —art. 358 CR—, o civiles, por culpa o negligencia graves —arts. 146 LPC y 78 LRL—), desarticulando la impersonalidad con que normalmente aparece la Administración en su actuación. La LJ vigente ha abierto, además, una vía sumaria contencioso-administrativa contra la vía de hecho [arts. 30, 71.1.a), 136 LJ], que no excluye las vías expuestas.

Fuera de este supuesto extremo de una ausencia de potestad, los límites legales de ésta se funcionalizan, según ya hemos dicho, en otros tantos límites de la legalidad de la actuación concreta de que se trate; la infracción de tales límites se traducirá en otros tantos vicios de legalidad de dicha actuación (del Reglamento, del acto, etc.). De este modo, se traslada la legalidad desde la norma abstracta a la actuación concreta de la Administración, actuación en la cual, como veremos, a través de la técnica impugnatoria de los recursos dirigidos contra la misma, deberá ventilarse la observancia de dicha legalidad por los medios establecidos de la justicia administrativa (arts. 107 y sigs. LPC y 82.2 LJ).

NOTA BIBLIOGRÁFICA: J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, *Las actas de inspección de los tributos*, Civitas, 1994; M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, en «REDA», núm. 85; M. BELTRÁN, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1997; R. CALVO ORTEGA, *La nueva Ley General Tributaria y sus retos*, «Revista de Estudios Financieros», 2003; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *El debate sobre la autonomía municipal*, núm. 147 de «RAP»; C. D. CIRIANO VERA, *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*, Valladolid, 2000; M. CLAVERO AREVALO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en el núm. 7 de «RAP»; C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, 2.ª ed., 2.ª reimpresión actualizada, Madrid, 2004; E. COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, en «RAP», núms. 100-102, vol. I; P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio)*; J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993; E. DESDENTADO, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2.ª ed., 1999; T. R. FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público: orígenes y evolución*, en el núm. 56 de «RAP»; *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 4.ª ed., 2002; *De la arbitrariedad del legislador*, Ed. Civitas, Madrid, 1998; *Le principe constitutionnel d'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics: quid novum?*, Rev. «Française de Droit Administratif», núm. 1, 1999; A. GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en el núm. 34 de «RAP»; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el núm. 38 de «RAP» (edición separada en «Cuadernos Civitas», 3.ª ed., 1983); *Reflexiones sobre la Ley y*

los principios generales del Derecho, Ed. Civitas, Madrid, 1984; *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 4.ª ed., 1994 (y traducción francesa, Económica, 1993); *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?* Una nota, en el núm. 124 de «RAP», y *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, 5.ª ed., Madrid, 2000; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Ed. Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión, 2000); M. GARCÍA PELAYO, *La idea medieval del Derecho*, en el libro *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Ed. «Revista de Occidente», Madrid, 1968, páginas 66 y sigs.; F. GARRIDO FALLA, *La Administración y la Ley*, en el núm. 6 de «RAP»; E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DE-LEITO, coords., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1996; M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en el núm. 54 de «RAP»; L. MARTÍN-RETORTILLO, *El genio expansivo del Estado de Derecho*, en el núm. 47 de «RAP»; S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, en el núm. 22 de «RAP»; E. MARTÍNEZ USEROS, voz *Desviación de poder en el Derecho español*, en el núm. 44 de «RAP»; E. MARTÍNEZ USEROS, *voz Desviación de poder en el Derecho español*, en el núm. 22 de «RAP»; L. PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001; SANTI ROMANO, voz *Potestades*, en *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, 1964, págs. 297 y sigs.; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976; J. SÁNCHEZ ISAC, *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*, «IEAL», Madrid, 1973; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, y *Siete tests sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo», Madrid, 1995; A. SERRANO, *El principio de legalidad; algunos aspectos problemáticos*, en «REDA», 20; F. TRILLO-FIGUEROA, *Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa*, en «REDA», 20.

## CAPÍTULO IX

LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA  
Y EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

SUMARIO: I. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON LOS TRIBUNALES.—II. LA EXPLICACIÓN HISTÓRICO-POLÍTICA: DE LA IDENTIDAD SUBJETIVA ENTRE ADMINISTRACIÓN Y TRIBUNALES AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN: 1. *La cuestión en el Antiguo Régimen*. 2. *La cuestión en el Derecho anglosajón*. 3. *La formulación revolucionaria del principio de separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias*. 4. *La configuración del principio de separación en Derecho español*.—III. LA EXPLICACIÓN DOGMÁTICA: EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA: 1. *La insuficiencia de las explicaciones históricas; el principio de autotutela como explicación unitaria*. 2. *La singularidad de la autotutela administrativa respecto a la privada*. 3. *Autotutela conservativa y autotutela agresiva*. 4. *Autotutela declarativa y presunción de legalidad de los actos administrativos*. 5. *Autotutela ejecutiva*. 6. *La autotutela en segunda potencia*. 7. *Los límites de la autotutela administrativa*. 8. *Los abusos de la autotutela*. 9. *Las consecuencias de la autotutela*. 10. *La articulación entre autotutela administrativa previa y tutela final jurisdiccional*: A) *Doctrina general*; B) *En particular, la exigencia cualificada como contrapeso de la autotutela de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*.—IV. EL SISTEMA DE CONFLICTOS.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

## I. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON LOS TRIBUNALES

Para explicar la posición jurídica de la Administración, después de conocer su situación abstracta ante el Derecho, debe de exponerse su peculiar situación con los Tribunales. No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia —en el sentido procesal de la expresión— un sujeto cualquiera; su posición difiere esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el núcleo más importante de sus privilegios, el punto también donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación definitiva de su actuación.

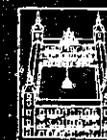
Para exponer rápidamente lo característico de esa situación de la Administración con la Justicia comparémosla con la que es propia de los sujetos privados. Rige en las sociedades actuales (históricamente no siempre fue así, como es bien sabido; el estadio actual marca el término de una evolución) un principio al que puede llamarse de «paz jurídica», y que de modo muy simple puede esquematizarse como sigue. Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (*statu quo*) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida

# **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. I**

---

**EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ**

**DECIMOTERCERA EDICIÓN**



**THOMSON**



TM