

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS

TESIS DOCTORAL

REDACTADA BAJO LA DIRECCIÓN DEL DR. JOSÉ M<sup>a</sup>BOQUERA OLIVER

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

UMI Number: U607227

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607227

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

b 11947998

i 23561294

CB 6002202834

Nº Dòc 492161

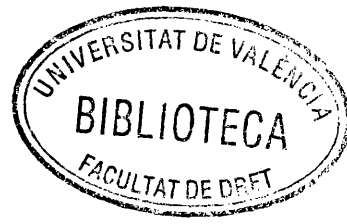
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAT DE LLETRES  
BIBLIOTECA

Regist. R164308

DATA 19-6-96

BID.T 312(2)

493643



**PARTE ESPECIAL**



## INTRODUCCIÓN

La fiscalización jurisdiccional de las apreciaciones y valoraciones que efectúa la Administración como determinantes de una decisión dista de tener la misma intensidad en todos los casos, fenómeno éste que no es en modo alguno exclusivo de nuestra práctica jurisprudencial<sup>1</sup>. La anterior conclusión no deben sorprendernos, ya que los límites del razonamiento jurídico, únicos que legitiman restricciones a la fiscalización de las resoluciones administrativas, son fluctuantes.

Pero, además, tradicionalmente se ha venido reconociendo que existe discrecionalidad propiamente dicha sobre todo en la potestad reglamentaria y de planificación, la potestad organizatoria y las potestades directivas de la economía. Pues bien, las primeras -suele afirmarse- son ordinamentales; en ellas la Administración crea Derecho, lo que no es función del juez<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Martín González, M., en "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", cit., p. 266, enumera diversos supuestos que, hasta ese momento, el Consejo de Estado francés había controlado normalmente por entenderlos casos de <<calificación de los hechos>>, así como otros que ha considerado como de <<apreciación de los hechos>>. A la vista de unos y otros, parece imposible encontrar, en efecto, un criterio unitario de distinción. Así, entre los supuestos de <<apreciación>>, junto a casos en que se advierte una cierta repercusión sobre el orden público -expulsión de extranjeros, calificación de publicaciones extranjeras, o incluso las medidas a adoptar en una situación de urgencia- existen otros que más bien parecen encuadrarse dentro de las relaciones especiales de sujeción, como la proporcionalidad de una sanción disciplinaria. Además, precisamente en el supuesto del orden público, al tratarse de medidas de policía, el Consejo de Estado suele llevar a cabo un control máximo.

Por lo que respecta a los casos entendidos como de calificación, muchos se justifican por tratarse, precisamente, de medidas de orden público; pero hay otros que parecen más bien justificarse en las relevancias de los intereses en juego -por ejemplo, si una medida es o no susceptible de alterar el equilibrio financiero de la Seguridad Social-; en otros, parece que el grado de control alcanzado se debe a la importancia de los derechos afectados, pese al marcado matiz <<político>> de la decisión: por ejemplo, cuando se trataba de determinar si una determinada acción era o no incardinable en el concepto de colaboración.

<sup>2</sup>De ahí que sólo en casos excepcionales se admita la sustitución judicial en estos ámbitos.

Por supuesto, es posible que se dé una combinación entre potestad reglamentaria o de planificación con los conceptos jurídicos indeterminados, que se definen por la unidad de solución justa, como veremos al tratar de la potestad de planeamiento urbanístico. En el caso de la STS de 18-7-93 (A. 5578), se impugnaba

De este modo, hay supuestos que no constituyen resoluciones administrativas y donde por tanto es admisible la discrecionalidad, al existir límites estructurales a la fiscalización judicial. En suma, el margen cognoscitivo de apreciación en la determinación de la consecuencia jurídica sustituye a la discrecionalidad en el ámbito de las resoluciones administrativas, pero no necesariamente en otros casos. En esta parte se analizarán estos supuestos, a fin de verificar si, y hasta qué punto, es admisible en ellos la existencia de límites estructurales a la fiscalización judicial, distintos de los derivados de los límites del razonamiento jurídico.

En todo caso, la distinción entre los límites estructurales a la fiscalización jurisdiccional y los cognoscitivos se relativiza desde el momento en que, de una parte, toda decisión jurídico-pública debe basarse en un juicio, y sólo en el ámbito de lo opinable es posible hablar de libertad electiva; y, de otra parte,

---

la inclusión en los catálogos de «edificios de interés arquitectónico contemporáneo» -lo que constituye, en principio, un concepto jurídico indeterminado- determinados inmuebles de una población. La sentencia apelada, en un Fundamento aceptado por el Tribunal Supremo, afirma que "no se ha demostrado en modo alguno que la Administración urbanística haya incurrido en error, falta de racionalidad, olvido de los intereses generales o desviación de poder al catalogar tales edificios en la forma que lo ha llevado a cabo, por lo que este Tribunal no sólo no puede, ni debe, arrogarse funciones planificadoras que no le conciernen sino que tampoco estima que procede anulación total o parcial de las catalogaciones impugnadas". Es decir, se hace referencia a criterios de control de fondo que dejan un margen de discrecionalidad. Sólo el error podría entenderse de otro modo, como medida que posibilitara fiscalizar si la solución adoptada por la Administración es la más razonable. Pero, en el contexto de la sentencia, no resulta así.

Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp.112 ss., afirma que la potestad reglamentaria y las potestades de dirección política requieren una buena dosis de discrecionalidad. Por el contrario, Fernández Rodríguez, op.cit., pp.55-56, afirma que resulta discutible que la fiscalización jurisdiccional del ejercicio de poderes normativos y configuradores revista características especiales.

De un análisis global de la obra de Sáinz Moreno -vid.especialmente *Conceptos.....*, cit., pp.311-12- parece desprenderse que el autor refiere los supuestos de verdadera discrecionalidad a la potestad organizatoria, la de dirección de la política económica y a la reglamentaria. No obstante, esta conclusión queda un tanto oscurecida por el ambivalente planteamiento que de la noción de interés público nos ofrece. Además, el autor simplemente afirma que el criterio de decisión en estos casos es político y no jurídico, con lo que no se aclara gran cosa; por otra parte, el criterio político sería en todo caso el contenido a que remite la decisión, pero no el fundamento de la discrecionalidad.

en la medida en que los límites cognoscitivos tienen consecuencias en orden al papel concreto del Poder judicial en la fiscalización jurisdiccional de la actuación pública. No obstante, existen ciertas diferencias en orden a la intensidad de la fiscalización, como hemos visto, que justifican un tratamiento por separado.

Hay, sin embargo, un caso donde la jurisprudencia, de modo recalcitrante, reconoce asimismo la existencia de límites estructurales al control judicial, acudiendo a la más amplia gama de tópicos imaginable, tópicos que, además, carecen absolutamente de fundamento, tanto en sí como sobre todo en relación con ese concreto ámbito material, donde la fiscalización judicial debe ser especialmente exhaustiva en la medida en que se halla en juego un derecho fundamental; derecho que, además, determina de modo inequívoco la existencia en estos casos de una sola solución justa. Nos referimos, naturalmente, al tema del acceso a la función pública.

El caso de la potestad organizatoria es otro en que, como veremos, abundan los tópicos. Los fundamentos que suelen darse para defender la existencia en estos casos de límites estructurales al control judicial son endeble, y encubren, en realidad, un lastre histórico que se ha venido arrastrando desde la Ley de Santamaría de Paredes. Ello no obstante, no debe ignorarse que -como veremos- hay supuestos en que el ejercicio de la potestad organizatoria se manifiesta mediante actuaciones reglamentarias; en tal medida, los límites estructurales a la fiscalización judicial estarán justificados.

Por lo que respecta a las potestades directivas de la economía, las mismas se subsumen en el caso más general de las

potestades de dirección de la política<sup>3</sup>. Pero, en este punto, importa más delimitar con claridad el ámbito de lo político, con el fin de evitar conferirle un ámbito excesivamente amplio. Como se verá al examinar las posiciones que se vienen manteniendo sobre el tema que nos ocupa, el fallo de algunas de ellas radica precisamente en que confieren a lo político una extensión potencialmente ilimitada, de modo que prácticamente todos los casos en que se requiere una ponderación o valoración de los hechos resultarían subsumibles en la esfera de lo político<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Se refiere García de Enterría, *Curso...*, cit., pp.444-45, a la existencia de ciertos tipos de potestades de los que la discrecionalidad no puede ser erradicada, ya que es ineluctable la necesidad de apreciar circunstancias singulares. "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 el ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas".

Pero el autor no circunscribe la discrecionalidad a esas especiales modalidades de potestad. Sólo dice que las mismas, por naturaleza, son discrecionales, sin perjuicio de que otras también puedan serlo.

<sup>4</sup>Otra cuestión es si existen en la fiscalización judicial de los convenios interadministrativos y de la terminación convencional del procedimiento límites estructurales o, por el contrario, sólo cabría en su caso reconocer un margen cognoscitivo de apreciación. Cuando existe convenio no hay ejercicio del poder, cuya fiscalización se estudia. Pero lo convenido puede afectar a las situaciones jurídicas de terceros.

Parejo, *Administrar...*, cit., pp.39-40, afirma, refiriéndose a la terminación convencional del procedimiento del art.88 L.30/92, que el contenido de ésta resulta insustituible en la medida en que considera que existe discrecionalidad, al existir una entrega por el Ordenamiento a la Administración de la capacidad de adoptar la decisión. En el mismo sentido, Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp.105-106, nota(10).

Pues bien, habremos de cuestionar precisamente cuál es el fundamento de ésta. Debe tenerse en cuenta que, como afirma Parada Vázquez, J.R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp.308 ss., la terminación convencional del procedimiento tiene como finalidad sustituir al acto unilateral. En el mismo sentido, Parejo Alfonso, L., "La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración", en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995, p.170.

Es cierto que el art.88 sólo se puede entender aceptando la existencia de indiferentes jurídicos, ya que para que haya convenio tiene que haber una cierta libertad de opciones. Se podría entender que dicha terminación convencional sólo es aplicable a los reglamentos, pero no parece que éste haya sido el espíritu del Legislador.

En cualquier caso, la eficacia de la actuación administrativa es también, y así se ha entendido tradicionalmente, celeridad y efectividad, en el sentido de cumplimiento efectivo o real del interés público -en este sentido, Parejo Alfonso, L., "La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública", cit., p.19-. Pues bien, habrá ocasiones en que esa celeridad y esa efectividad postulen la necesidad de obrar de un modo distinto del que en abstracto podría considerarse óptimo -véase Parejo, "La terminación convencional



En cuanto a los casos de ejercicio de la potestad de planificación, estamos ante supuestos que, de una parte, tienen carácter reglamentario; y, de otra, en que la decisión primaria

---

...", cit., p.174. He aquí pues una interpretación del art.88 conforme a lo aquí sostenido, en la medida en que los Tribunales siempre podrían determinar si el convenio ha satisfecho o no la resultante de contenido, efectividad y celeridad en términos óptimos.

No ignoramos que este nuevo precepto de la Ley 30/92 supone dificultades adicionales para nuestro punto de vista. No obstante, no debemos olvidar que es un mero precepto legal, y que nuestro punto de arranque ha sido el análisis de las funciones constitucionalmente atribuidas a la Administración, al Legislador y al Poder judicial para determinar si existe un fundamento constitucional de la discrecionalidad en las resoluciones administrativas.

En todo caso, estos supuestos no son en modo alguno equiparables al art.1255 CC, ya que en éste la vinculación al interés general es también negativa, lo que no ocurre cuando la Administración es el sujeto contratante. Parejo se refiere a la eventual sustitución judicial de la actuación convencional administrativa cuando ésta actúa sometida al Derecho privado. Creemos que, en tales casos, la Administración sigue estando sometida a los principios de eficacia y de servicio objetivo a los intereses generales, así como a la eficiencia en el gasto público. No obstante, será muy difícil que los Tribunales puedan sustituir a la Administración en estos supuestos, pero no totalmente imposible, en la medida en que se trata de sustituir una actividad unilateral.

Por lo que respecta a los convenios interadministrativos, vid. Parejo, op. cit., pp.40-41; Albertí Rovira, E., "Relaciones entre las administraciones Públicas", en *La nueva Ley...*, op. cit., pp.62-63. Muchas veces irá involucrada en ellos la potestad organizatoria. En cualquier caso, normalmente estos convenios establecen una regulación de cara al futuro y aplicable en un número indeterminado de ocasiones -dicho de otro modo, tienen caracteres ordinamentales, de acuerdo con la mayoría de la doctrina; en este sentido, Parada, *Régimen jurídico...*, op. cit., pp.310 ss.-.

Por otra parte, parece muy difícil que, aun no dándose tales caracteres, se pudiera proceder a la sustitución judicial del contenido de tales convenios: ¿Cómo obligar a convenir lo que no se quiere convenir?-vid. Embid Irujo, A., "La actividad de gobierno e los entes locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones para su control por la jurisdicción contencioso-administrativa", en *REALA*, nº258, 1993, p.285-. Es cierto que existe entre las Administraciones Públicas un genérico deber de colaboración. Este, sin embargo, puede concebirse en términos diferentes a la cooperación o relaciones convencionales, aunque en ambos casos las Administraciones públicas se encuentran en un plano de igualdad -la Ley 30/92 utiliza los términos cooperación y colaboración en sentido inverso al aquí utilizado-. La posibilidad de que los Tribunales obligaran a convenir parece un supuesto de laboratorio, además de una *contradictio in terminis*.

Esta afirmación, empero, es difícilmente trasladable al supuesto de la terminación convencional del procedimiento, ya que en este caso se trata de un convenio sustitutivo del ejercicio de una potestad de obligado ejercicio. De hecho, el propio Parejo, *Administrar...*, op. cit., p.40, resalta que el límite del interés público "coloca al convenio potencialmente en las mismas condiciones de control que el acto unilateral tradicional", si bien es cierto que el autor entiende que el interés público vincula como mero límite externo.

Un caso en cierto modo análogo, al menos externamente, lo tenemos en los convenios que el Gobierno suscribe con las fuerzas socioeconómicas, como el AES. Aparicio Pérez, M., ha estudiado esta problemática, en "¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?", en *El Gobierno y la Administración en la CE y los Estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pp.171 ss. El autor considera que estamos ante figuras que incluyen cláusulas materialmente reglamentarias, si bien no existe una habilitación legal ni constitucional expresa.

configuradora tiene indudables tintes políticos<sup>5</sup>.

Hay, por supuesto, otros casos en que también el control judicial suele estar limitado. Es lo que ocurre, por ejemplo, en ciertas decisiones adoptadas en materia de medio ambiente<sup>6</sup>. Pero la jurisprudencia española no es todavía muy abundante en este

---

<sup>5</sup>Otro supuesto donde se pueden plantear problemas es en la fiscalización de la inactividad material de la Administración. Esta cuestión va más allá de los límites de este trabajo, referido a las resoluciones administrativas. Sobre esta cuestión, puede verse De la Cuétara Martínez, J.M., *Las potestades administrativas*, cit., pp.44 ss. Vid.asimismo Nieto García, A., "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", cit., pp.80 ss.; del mismo autor, "La inactividad de la Administración, veinticinco años después", cit., pp.12 ss.; Tornos Mas, J., "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", cit., p.113; Quintana López, T., *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios municipales*, cit., en su totalidad; Ortega Alvarez, L., op.cit., p.11; Embid Irujo, "La actividad...", cit., p.280.

Para Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.126, estamos ante supuestos de lo que denomina discrecionalidad de iniciativa, que en unos casos entrará a su juicio dentro de la gestión política y en otros constituirá, a su entender, un ejemplo más de discrecionalidad administrativa.

Desde nuestro punto de vista, habrá casos en que la inactividad material se circunscriba dentro de la órbita política, en cuyo caso sólo limitadamente será fiscalizable -vid.STC 45/90 y STS de 2-10-87, confirmada por la anterior-. No obstante, creemos que no toda actuación que exija una actividad presupuestaria se incardina en la gestión política: puede verse las SSTC 8/95 de 16-1 y 294/94 de 7-11; vid.asimismo STS de 6-3-78, que afirma que la ausencia de crédito presupuestario no condiciona el derecho.

El control de la inactividad material de la Administración entronca con la problemática de los derechos prestacionales. Sobre estas cuestiones, puede verse Montoro Chiner, M<sup>a</sup>J., op.cit., p.319.

En todo caso, las posibilidades de fiscalización son más claras para nuestra jurisprudencia cuando existe un precepto que reconoce un derecho subjetivo a favor del particular a la prestación de un servicio. En este sentido, vid.arts.18, g) y 26 de la Ley 7/85 y la STS de 25-4-89. Un comentario crítico a esta última, en Sánchez Morón, op.cit., p.127. Sobre estos preceptos, vid.Embid, "La justiciabilidad....", cit., p.2723.

El Proyecto de LJCA de 30-9-95 establecía en su art.28 de modo expreso la posibilidad de fiscalizar la inactividad material de la Administración.

<sup>6</sup>Hoffmann-Riem, en "La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental", cit., pp.32-33, señala que, en esta ámbito, "por lo demás, los Tribunales acostumbra a respetar -por consideraciones jurídico-competenciales o, en su caso, de política de Estado- los márgenes de actuación de la Administración... En la esfera del medio ambiente, los márgenes de actuación pueden presentarse con especial frecuencia, y, por lo general, de forma acumulativa".

En relación con la evaluación de impacto ambiental, Rosa Moreno, J., *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993, pp.158 ss., afirma que en este ámbito existe una acentuada discrecionalidad, habida cuenta de la gran cantidad de factores a tener en cuenta.

En general, sobre temas medio ambientales puede verse Martín Mateo, *Tratado de Derecho ambiental*, cit., en su totalidad.

punto<sup>7</sup>; además, muchas de estas cuestiones aparecen entremezcladas con problemas de índole urbanística.

Realmente, los problemas se plantean básicamente con las decisiones que suponen una elección de objetivos y prioridades y que habitualmente se entienden incardinadas en la llamada <<política del medio ambiente>><sup>8</sup>. Sin embargo, estas decisiones pueden afectar, de hecho, a las situaciones jurídicas de los ciudadanos, sea desde la perspectiva de sus propiedades, sea desde la perspectiva de su salud<sup>9</sup>.

Quizá en estos casos las limitaciones al control judicial vengan dadas por los siguientes factores. En primer lugar, la complejidad de las valoraciones que deben realizarse en esos ámbitos, valoraciones que, por otra parte, poseen un indudable componente técnico. En segundo lugar, muchas de estas decisiones se basan en juicios de pronóstico<sup>10</sup>. En tercer lugar, la extensión la

---

<sup>7</sup>Como resalta De Vicente Domingo, R., *Espacios forestales. Su ordenación jurídica como recurso natural*, Civitas, Madrid, 1995, p.192, quien afirma que casi toda la jurisprudencia recaída hasta el momento en la materia se ha referido a la propiedad forestal. No obstante, op.cit., p.193, el autor señala también que "no parece aventurado predecir, también en el ámbito forestal, un giro en los temas que van a debatirse judicialmente... Las nuevas cuestiones están relacionadas con los problemas que se plantean actualmente en este sector de la acción administrativa. Así, respecto del cumplimiento del requisito de la evaluación de impacto ambiental, las determinaciones de la planificación forestal, la elección de las especies para la repoblación forestal, la clasificación de los espacios forestales, el régimen de ayudas para las tareas de repoblación y mantenimiento, la unidad de gestión en las decisiones forestales en armonía con los demás recursos naturales y con los órganos competentes para su realización".

<sup>8</sup>Los problemas también se pueden plantear, no obstante, en relación con otras decisiones, como la declaración de impacto ambiental. La misma es exclusivamente técnica y se basa en un juicio de pronóstico; se trata de meras resoluciones administrativas en cuya fiscalización, a lo sumo, cabrá reconocer un margen cognoscitivo de apreciación.

<sup>9</sup>Es decir, si bien debe en principio distinguirse lo que es <<la política medioambiental>> de las resoluciones administrativas que aplican aquélla, lo cierto es que las decisiones adoptadas en aquel ámbito de hecho tendrán una incidencia, real o potencial, sobre las situaciones jurídicas de los ciudadanos, por lo que, dada la amplitud del concepto de interés, las mismas serán recurribles en vía contencioso-administrativa en la medida en que no se hallen plasmadas en actos con valor de ley.

<sup>10</sup>La evaluaciones de impacto ambiental, por ejemplo, constituyen a un tiempo ejemplos de complejas valoraciones y de complicados pronósticos de futuro.

técnica planificadora a estos sectores. Por último, pero no menos importante, debe tenerse en cuenta la escasa densidad de la regulación normativa en estos ámbitos, que es consecuencia lógica tanto de su complejidad técnica como de la necesidad de adaptación a circunstancias que pueden cambiar muy deprisa.

Ya hemos tratado un poco más arriba todas estas posibles causas de limitación del control judicial, por lo que no creemos necesario extendernos sobre el particular. Sólo quizá deba insistirse en que la Constitución reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado; derecho que, si bien requiere desarrollo legislativo, sin embargo conecta indudablemente con otros derechos fundamentales en sentido estricto, como el derecho a la vida<sup>11</sup>.

Esto hace que, aun cuando sea frecuente hablar de la <<política del medio ambiente>>, esta expresión habrá de tomarse con cautela, en la medida en que las decisiones así calificadas de hecho incidirán sobre tales derechos, o sobre el de propiedad, en la mayor parte de los casos<sup>12</sup>.

Ha resaltado en este punto De Vicente<sup>13</sup> que "está preparado el

---

<sup>11</sup>En este sentido, De Vicente Domingo, R., en *Espacios forestales....*, cit., pp.186 ss., señala que "es muy significativo que el TS extraiga del art.45 de la Norma fundamental una suerte de eficacia directa, más allá de la información de la práctica judicial y de la necesidad que existía de un desarrollo legislativo para que pueda ser alegada ante la jurisdicción ordinaria.... El art.45 está siendo aplicado como cobertura directa de algunas actuaciones administrativas". El autor cita en este sentido las SSTs de 15-4-88(A.3074) y 7-6-88(A.5067).

Por otra parte, ha hecho asimismo notar, op.cit., p.189 ss., la extensión con la que el TS concibe la legitimación procesal en estos casos; y cita en este sentido la STS de 25-4-89(A.3233).

<sup>12</sup>Hoffmann-Riem, op.cit., p.35, señala que, en aras del principio de legalidad y del deber de protección del medio ambiente, "resulta problemático ampliar el ámbito de la discrecionalidad o, en su caso, interpretar más intensamente los conceptos jurídicos indeterminados como habilitaciones de discrecionalidad sin finalidades de configuración creadora".

<sup>13</sup>En *Espacios forestales*, cit., pp.192 ss.

Por otra parte, op.cit., pp.194 ss., resalta el autor que en la acción administrativa forestal existen elementos reglados y discrecionales. Estos últimos, en su opinión, vendrán dados por el "apoderamiento de la Administración para la decisión que juzgue más conveniente a los intereses públicos. Sobre todo, en la elección del tema de la política forestal". Nosotros creemos que esos poderes discrecionales sólo podrían darse, precisamente, cuando se tratara

terreno para que las actuaciones administrativas forestales puedan someterse al control de los tribunales contencioso-administrativos. Las actuales leyes autonómicas y los distintos aspectos de la legislación estatal y del Derecho comunitario suministran un material normativo que sólo en su aplicación por el juez adquirirá perfiles jurídicos definitivos". Resalta<sup>14</sup>, de otra parte, la importancia que los principios generales pueden tener en este ámbito -como, por lo general, en todos aquellos en que la norma escrita tiene escaso potencial regulativo-, así como la del control judicial de los hechos determinantes<sup>15</sup>.

Concluye<sup>16</sup>, en todo caso, que "posiblemente en este terreno (con todas las reservas) un Tribunal pudiera controlar decisiones manifiestamente irracionales, desprovistas de justificación fáctica", como la sobreexplotación con peligro de extinción. De este modo, considera posible en este campo un control mínimo.

---

de determinar la política forestal o de otro tipo. Sin embargo, ¿qué es realmente esa política forestal? ¿Qué ámbito ocupa?

Dentro de los elementos reglados, el autor destaca la existencia de estándares y conceptos jurídicos indeterminados en los planes forestales.

Rosa Moreno, por su parte -op.cit., pp.163 ss.- insiste en las limitaciones en este ámbito de la fiscalización de la proporcionalidad a través de la técnica del balance costes-beneficios. Señala que, no obstante la aplicabilidad de esos mecanismos, el control debe entenderse limitado; y en este punto entiende que nos encontramos ante decisiones administrativas vinculantes, al menos cuando la ponderación a efectuar lo sea sólo entre intereses públicos -op.cit., p.167-.

<sup>14</sup>Op.cit., pp.195 ss. El autor, op.cit., p.195, se refiere al principio constitucional de utilización racional de los recursos naturales, así como al "principio comunitario de desarrollo sostenible, de análoga significación que el anterior; el de gestión integrada de recursos naturales y otros, como también la naturaleza de las cosas; y se refiere en este sentido a la anulación de las <<elecciones contrarias a las exigencias más elementales del ecosistema>>.

Todos esos principios propios del Derecho ambiental se pueden ver de dos modos: como concreciones de los principios de racionalidad y de razonabilidad en ese ámbito, o bien como principios institucionales del Derecho ambiental. Creemos más lógica la primera calificación, no obstante; de hecho, así parece desprenderse de la inclusión que el autor citado hace de las exigencias del ecosistema dentro de la naturaleza de las cosas.

<sup>15</sup>Sobre esta cuestión, op.cit., pp.172 ss., donde hace hincapié en la necesidad de realizar estudios preciso sobre los cultivos forestales más adecuados al suelo y al clima.

<sup>16</sup>Op.cit., pp.174 ss.

Aduce para ello la todavía embrionaria normativa existente en la materia, así como su escasa capacidad regulativa y las complejidades técnicas<sup>17</sup>. Así, entiende que hoy por hoy es muy remota la posibilidad de sustitución judicial, si bien advierte que la misma será posible a medida que se vaya extendiendo la técnica de la planificación.

Desde nuestro punto de vista, de hecho el control no pasará de ahí, al menos durante bastante tiempo, por lo que respecta a la selección de prioridades y objetivos. Sin embargo, creemos que siempre quedaría la posibilidad teórica de un control más intenso, cuando el Tribunal dispusiera de los elementos de juicio suficientes. No existen razones de principio para un control tan restrictivo. Estas razones sólo podrían afectar a los actos de la dirección de la política medio ambiental, si se acepta que existe esta última en sentido estricto -o a los planes, si se entiende que los mismos integran el Ordenamiento jurídico-.

---

<sup>17</sup>Op. cit., pp. 201 ss. No obstante, resalta que "las leyes de las CCAA, en cuanto desarrollo del art. 45 CE, ofrecen base para hacer operativo ese derecho al medio ambiente. Los objetivos de las leyes desarrollan ese derecho en el ámbito forestal y son, por tanto, una ayuda para la interpretación de un ordenamiento que, no obstante el uso que hace de cláusulas generales y apoderamientos, va tejiendo una red de instituciones y reglas concretas". También hace hincapié en la importancia que en este ámbito tendría una adecuada tutela cautelar.

**SECCIÓN I.LA FALTA DE DISCRECIONALIDAD EN EL ACCESO A LA  
FUNCIÓN PÚBLICA Y LOS JUICIOS PEDAGÓGICOS**

## CAPÍTULO I.LA INCIDENCIA DE LOS ARTS.23.2 Y 103.3 CE

### I.LA AUSENCIA DE DISCRECIONALIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El acceso a la función pública constituye uno de los supuestos que mayores problemas plantean en relación con su fiscalización jurisdiccional, a pesar de que los mismos sólo pueden obedecer a una causa: la extraordinaria dificultad de control que se da en estos casos<sup>1</sup>. De este modo, las conclusiones a que llegaremos en este epígrafe son las que con carácter general hemos ido sentando a lo largo de este trabajo. Intentaremos demostrar su aplicabilidad incluso en el supuesto más controvertido, que es el que nos ocupa.

Así, en este campo entendemos que no cabe discrecionalidad alguna, ya que la Constitución establece, en su art.103.3, cuál es la única solución aceptable: que sea precisamente el más capacitado y/o el que posea más méritos aquel que efectivamente obtenga el puesto

---

<sup>1</sup>Sobre el tema del control jurisdiccional de las pruebas de acceso a la función pública, véase Tardío Pato, J.A., *Control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, cit., en su totalidad; puede consultarse también Piñar Mañas, J.L., "El pleno control jurisdiccional...", cit., pp.135 ss.; Fernández Pastrana, J.Mª, "De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº1, 1987, pp.125 ss.; Martínez Morales, J.L., "Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica", en *REDA*, nº37, 1985, pp.413 ss.; Sánchez Blanco, A., "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en *REDA*, nº30, 1981, pp.563 ss.; Coca Vita, E., "Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica", cit., pp.1039 ss.-este último trabajo trata del tema de los ascensos-; del mismo autor, "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales", cit., pp.205 ss.; García-Trevijano Garnica, E., "Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", en *RAP*, nº121, 1990, pp.247 ss.; Morange, G., "Le déclin du principe d'égalité dans les concours", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, cit., pp.621 ss.

Algunas de las causas de esa dificultad de control se han resumido por García-Trevijano Garnica, op.cit., p.252, quien se refiere a la existencia de requisitos definidos mediante conceptos indeterminados, así como las dificultades de apreciación de la concurrencia de discriminación o de la posible desproporción en la atribución por los baremos de un concreto valor a un mérito determinado.



de que se trate<sup>2</sup>.

## II. EL MÉRITO Y LA CAPACIDAD

El sistema que establece la Constitución es, en este punto, un *sistema cerrado*, ya que no admite la utilización de otras supuestas consideraciones de interés público ajenas a los principios de mérito y capacidad, como afirma acertadamente Tardío Pato<sup>3</sup>. Lo contrario supondría una inconstitucional discriminación.

---

<sup>2</sup>Piñar Mañas, op.cit., p.153, afirma en este sentido que discrecionalidad supone optar entre distintos indiferentes jurídicos; pues bien, "esto no es lo que sucede en los concursos y oposiciones, donde la Comisión está obligada a seleccionar, no a cualquiera de los candidatos, sino al <<mejor>>, entendido éste como el que mejor mérito y capacidad acredite". En todo caso, op.cit., p.154, el autor, citando a Fernández Farreres, afirma que hoy día esa noción clásica de discrecionalidad ya no es sostenible.

De todos modos, añade que la elección no es automática: ¿cómo va a establecer un baremo las reglas de valoración de los trabajos científicos? De cualquier manera, no es tan descabellado como pudiera parecer: así, por ejemplo, en las Facultades de Medicina, se emplea en ocasiones el sistema de valorar las publicaciones según el número de veces que sean citadas.

La STS de 31-3-66(A.1977) afirma que la finalidad de los concursos y oposiciones es elegir al mejor. Y la de 28-4-86(A.1783) retrotrae las actuaciones y exige a la Administración que elija al más apto. Este tipo de pronunciamiento sólo es válido en la medida en que el Tribunal no pueda determinar quién sea aquél.

Morell Ocaña, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, cit., pp.25 ss y p.177, resalta que el art.103.3 CE constituye una <<especificación>> de lo dispuesto en el art.23.2 CE. La STS de 11-3-86(A.1068) señaló que los arts.23.2 y 103.3 deben interpretarse conjuntamente en lo que al acceso a la función pública se refiere. Y La STC 60/94 de 28-2 entendió que el art.23.2 constituye una especificación del art.14.

<sup>3</sup>Op.cit., p.166: "tampoco tiene objeto distinguir aquí entre un momento técnico (conformado por el juicio) y un momento jurídico o administrativo (configurado por la resolución administrativa posterior a ese juicio)..., porque en este punto lo que precisamente dispone el ordenamiento jurídico es que la resolución se someta al momento técnico, al juicio previo, del que no puede apartarse... y, en todo caso, si se admitiese la existencia de un momento administrativo independiente, en el que hubiese de valorar el juicio anterior a la luz del interés público (momento en el que ya se habla de discrecionalidad), el resultado habría de ser el mismo, pues como afirma la STS de 15-2-80(A.545), en su Considerando 3º, <<el interés público exige aquí la provisión conforme a criterios de aptitud, esencia del procedimiento selectivo que nos ocupa (concurso de méritos)>>".

También se manifiesta en el mismo sentido expuesto en el texto Ktistaki, op.cit., p.35.

La STS de 14-12-91(A.9516) considera que no pueden tenerse en cuenta otros datos ajenos al mérito y la capacidad.

En cuanto a qué condiciones puedan entenderse comprendidas dentro de estos conceptos, puede verse la STC 54/82 de 26-7, que se refiere a los niveles de titulación y los años de servicio -por supuesto, sin carácter excluyente-.

La STC 50/86 de 23-4 señala que los arts.23.2 y 103.3 CE

"imponen la obligación de no exigir para el acceso a la función pública condición alguna que no sea referible al mérito y la capacidad"<sup>4</sup>.

En estos casos, en efecto, el interés público está ya concretado por el precepto constitucional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Sobre esta sentencia, puede verse González-Haba Guisado, V.M., "En torno a las oposiciones restringidas", en *REDA*, nº50, 1986, pp.275 ss. La sentencia declara la validez de las oposiciones restringidas desde la perspectiva de la configuración legal del derecho de acceso a la función pública. También se basa en la promoción mediante el trabajo que contempla el art.35 CE.

La STC 302/93 afirmó que las pruebas restringidas de acceso a la función pública sólo serían admisibles, al limitar la libertad de acceso, en casos excepcionales y justificados por razones objetivas. También la STC 27/91 afirmó que las <<pruebas específicas>> sólo podrían entenderse justificadas en casos excepcionales, y previstos en una norma con rango de ley, con la finalidad de garantizar la eficacia de la Administración Pública; en el caso de autos, se admitieron porque se preveían únicamente con carácter transitorio y debido a la situación derivada de la emergencia de la Administración autonómica y la imposibilidad de acudir a la contratación administrativa.

En el mismo sentido que la 50/86 pueden citarse la STC 148/86 de 25-11 y la STC 193/87 de 9-12. Por el contrario, la STC 75/83 de 3-8, en relación con la provisión de ciertos puestos de trabajo, consideró constitucional que se estableciera un límite de edad en el acceso al cargo de interventor del Ayuntamiento de Barcelona, aun reconociendo que ello sólo estaba justificado por razones de eficacia y no por una presunta incapacidad de tales personas.

La STC 192/91 de 14-10 afirma que debe distinguirse el acceso a la función pública de los concursos para la provisión de puestos para funcionarios; en cuanto a lo segundo, considera que además del mérito y la capacidad pueden tenerse en cuenta la eficacia de los servicios u otros bienes constitucionalmente protegidos, por lo que declaró constitucional el llamado <<derecho de consorte>> en los turnos de traslado. La STS de 13-6-86 (A.3410), en un caso relativo a la provisión de un puesto de jefe de negociado, afirmó que "sería dudoso que dentro de los términos <<acceso a la función pública>> se pudiera incluir los concursos que la Administración convoca entre quienes ya son función pública y han accedido, por lo tanto, a la función pública. Pero si así se admitiera, es indudable que quedan fuera de la letra y espíritu de la norma aquellas cuestiones que hacen referencia a la valoración de los méritos que, para ocupar la plaza anunciada a concurso, tiene cada uno de los concursantes, ya que, hallándonos ante méritos desiguales, no es aplicable el principio de igualdad, y hallándonos ante funcionarios, que ya lo son, tampoco es aplicable el art.23...".

<sup>5</sup>En cualquier caso, en alguna ocasión el TS ha entendido posible introducir también otros valores constitucionalmente protegidos en el sistema de acceso a la función pública. Nos referimos concretamente al tema de la protección de los minusválidos. En este sentido, la STS de 20-4-93 (A.5119), con base en la Ley 13/82 de 7-4 y en la ley canaria 2/87 de 30-3, ha entendido constitucional y no discriminatorio que logre acceder a la función pública un minusválido cuya puntuación total haya sido inferior a otro de los aspirantes no discapacitado. Puede verse asimismo la STC 269/94 de 3-10.

Desde nuestro punto de vista, si bien la integración social de los minusválidos es un fin constitucionalmente protegido, no es lícito tratar de lograrlo de esta manera. Es verdad que de este modo se cumplen los principios de objetividad e imparcialidad, que son los objetivos últimos del sistema del mérito y la capacidad. Pero como en aras de dicha finalidad el derecho de acceso a la función pública en los términos de los arts.23.2 y 103.3 se consagra como fundamental, no parece que el mismo deba ceder frente a la integración social de los minusválidos.

Es evidente la conexión de este carácter del sistema de acceso a la función pública con el principio de objetividad y el de imparcialidad. La concreción de estos principios en el ámbito que nos ocupa supone, precisamente, la imposibilidad de que puedan tenerse en cuenta condiciones personales o cualesquiera otras no referidas a los principios de mérito y capacidad<sup>6</sup>. En todo caso, esos principios se cumplirían en los casos en que se hubieran tenido en cuenta, para determinar el acceso a la función pública, condiciones no personales, relacionadas con valores protegidos por el Ordenamiento, pero no referidas al mérito o la capacidad.

De cualquier modo, la discriminación puede darse, no sólo por

---

En todo caso, la STC de 17-2-87 señala que los preceptos constitucionales deben interpretarse de modo armónico, sin que sea posible establecer una jerarquía entre ellos. La sentencia de 11-4-86 (A.1879), referente a un concurso para la provisión de una plaza de profesor ayudante de Derecho Civil, llega a la conclusión de que se habían tenido en cuenta factores ajenos al mérito y la capacidad, como la precaria situación laboral de la codemandada, por lo que estimó el recurso contencioso-administrativo pese a que se habían perseguido finalidades plausibles, como el fomento del empleo.

El caso no es exactamente igual al de los minusválidos, ya que los mismos se tienen en cuenta en los baremos y además existe una base legal. Sin embargo, creemos que esta regulación es contraria al art.103.3 CE.

Cuando se trata de puestos no reservados a funcionarios, como personal de confianza, la cosa cambia. En la STS de 18-6-90 (A.4781) se desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra el nombramiento del gerente de una sociedad municipal, que no recayó sobre el mejor valorado de la terna previamente elegida -aunque en todo caso la preselección se había hecho con rigor-, sobre la base de consideraciones socioeconómicas, de parentesco del primero en la terna con un miembro del Consejo de administración, e incluso de tipo político.

<sup>6</sup>A la conexión entre la imparcialidad y los principios de igualdad, mérito y capacidad se ha referido la STC 193/87 de 9-12 (FJ 5º). Vid. asimismo Piñar Mañas, op.cit., p.159.

Es más, op.cit., p.160, el autor cita a Allegretti, y señala que, para éste, "mientras que la imparcialidad en sentido negativo sería sinónimo de neutralidad, la imparcialidad activa implica que la Administración persiga un fin público y que en su actuar se encuentre sometida al control constante de los Tribunales de Justicia". No obstante, esto último parece más bien ser una simple consecuencia del Estado de Derecho y del principio de legalidad de la Administración. La objetividad implica que ésta debe perseguir los intereses generales definidos por el Legislador o por el Constituyente. Que de esto se desprenda ineluctablemente la necesidad del control jurisdiccional es otra cosa. En todo caso, debe resaltarse el diferente *status* del titular del órgano administrativo y el del órgano jurisdiccional, pese a que de ambos se predica la imparcialidad.

También afirma, op.cit., p.159, que "la selección de los empleados públicos ha de responder a criterios de estricta objetividad", precisamente por lo cual se prohíben las referencias personales. Por otra parte, ya hemos visto la conexión entre el principio de objetividad y la composición de las Comisiones calificadoras.

haberse tenido en cuenta elementos ajenos al mérito y la capacidad, sino también, eventualmente, por haberse valorado en exceso algún mérito, de manera que de hecho se obstaculice el acceso a la función pública de aquellos que no se encuentren en situación de reunirlo. Nos referimos, en concreto, al tema del acceso a la función pública por quienes han estado previamente como interinos o contratados. A estos últimos suele reconocerse, como es lógico, una cierta puntuación por haber prestado tales servicios. Pero, en ocasiones, la sobrevaloración de los mismos es tal que se impide de hecho el acceso a la función pública de aquellos que no hayan disfrutado con anterioridad de esa condición<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup>El TC, en la sentencia 67/89 de 18-4, entendió inconstitucional que la antigüedad, único mérito de la fase de concurso, se acumulara sin más a la puntuación obtenida en la fase de oposición, de manera que pudieran acceder a la función pública incluso personas con una nota ínfima en esta fase -a partir de 2,5 puntos- aun en detrimento de los que hubieran obtenido la puntuación máxima en la segunda. La sentencia llegó a la conclusión de que esa acumulación sólo es viable cuando se haya superado la fase de oposición.

El sistema lograba, afirma el Tribunal, unos resultados similares a los de las pruebas restringidas. Puede verse un comentario a esta sentencia en García-Trevijano Garnica, E., "Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", cit., pp. 247 ss. Vid. asimismo Alegre Avila, J.M., "La función pública y los interinos y contratados (la STC 67/89 de 18-4). Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad", en REALA, n.º 243, 1989, pp. 663 ss.

Sin embargo, también estimó el TC que la sola consideración como mérito único de la antigüedad no es, *per se*, determinante de que la convocatoria sea *ad personam*. Así, la sentencia señala que "problema distinto es el de si la ponderación de ese único mérito valorable ha sido tan desproporcionada e irracional que ha podido desconocer el derecho de igualdad". Para García-Trevijano, todo dependerá de la importancia cuantitativa del único mérito. El autor, op. cit., p. 253, afirma que "no es en sí mismo contrario a la Constitución el objetivo de la Administración dirigido a consolidar como funcionarios a los que estuvieron durante tipo prestando servicios como interinos o contratados". La STS de 21-7-94 (A. 6105) considera que una convocatoria que en un concurso-oposición atribuye 5 puntos como máximo a los méritos que el Tribunal estime conveniente valorar de modo libre infringe los principios de mérito, igualdad y capacidad. Pero quizá influyera que, de acuerdo con la normativa aplicable, el sistema de acceso debería haber sido la oposición.

La STC 185/94 y las que siguen su doctrina -como la STC 251/94 de 19-9- consideran conforme a la Constitución el efecto <<mochila>> derivado de las Disposiciones transitorias de la LOGSE, con base en la configuración legal del derecho del art. 23.2 CE y en que no se pretendía establecer un concurso-oposición. Y ello, pese a que a ciertos méritos de hecho sólo tenían acceso los contratados e interinos, y pese a que un opositor que hubiera obtenido sólo dos puntos por conocimientos podría superar a otro que hubiera obtenido un diez por dicho concepto, si dicha persona sumaba tres puntos por los cursos en la fase primera y seis puntos por experiencia previa en la de concurso. Creemos que los resultados posibles eran exagerados y excesivos a la vista de la finalidad pretendida. Vid. el voto particular de Gabaldón López, que apunta en esta dirección.

Ahora bien, ¿qué significan exactamente las expresiones <<mérito>> y <<capacidad>>? En el lenguaje cotidiano, la capacidad aludiría a los conocimientos necesarios para el acceso al Cuerpo de que se trate. El mérito, por el contrario, haría referencia a los restantes factores que deben tenerse en cuenta, como la experiencia, o incluso el acreditamiento de ciertos conocimientos complementarios. En algunos casos, como el acceso a los Cuerpos de Jueces y Magistrados por el tercer y cuarto turno, la concurrencia de méritos suficientes eximiría de la necesidad de demostrar una capacidad específica -que les es presumida, al igual que a los funcionarios que concursan y cuya capacidad se ha demostrado en el momento del acceso-; sería suficiente acreditar que se poseen unos determinados estudios y méritos<sup>8</sup>.

---

La sentencia asimismo considera que la estructuración del procedimiento en tres fases -conocimientos, méritos académicos y experiencia docente previa- responde a las exigencias de <<valoración ponderada y global>> a que se refiere la Disposición Transitoria 5ª de la LOGSE. A esto se puede objetar, desde nuestro punto de vista, que no hay tres fases, sino sólo dos. Y ello, por la posibilidad de acumular los méritos académicos a los conocimientos, de modo que bastaría una puntuación de dos en los segundos para superar esta fase.

La STS de 3-2-84 consideró que el Real Decreto 1409/77 de 2-6, que establecía el derecho del funcionario interino o contratado a que se convoquen las pruebas selectivas pertinentes para el acceso a su plaza en propiedad, no establece una convocatoria *ad personam*, ya de que la realización de tales pruebas no garantiza el acceso de aquéllos a la plaza. Y ello, a pesar de que tan sólo este personal podía concurrir a las citadas pruebas.

García-Trevijano Garnica, E., op.cit., pp.253 ss., se plantea la cuestión de la exigencia de conocimiento de las lenguas autonómicas, cuestión ésta en la que no podemos entrar aquí. Vid. también Piñar Mañas, op.cit., pp.137 ss.; Baño León, J.Mª, "El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública", en REDA, nº54, 1987, esp.pp.234 ss, quien hace hincapié en la proporcionalidad y la alternativa menos gravosa. Sin entrar ahora en mayores consideraciones, la sentencia más radical que ha dictado hasta el momento el TC es la 46/91 de 28-1, dictada en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la función pública catalana, donde se afirma que no es contrario al art.23.2 CE la exigencia del conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma, al tratarse de un requisito que puede entenderse incluido dentro del mérito y la capacidad, si bien matiza que sería discriminatorio exigir un determinado nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para el desempeño de la función pública de que se trate. Sobre estas cuestiones, vid.asimismo STS de 18-4-95.

<sup>8</sup>La STS de 23-5-92(A.3663) afirma, en relación con la noción de jurista de reconocida competencia para el acceso al cargo de Magistrado por el cuarto turno, que dicha noción tienen una naturaleza bifronte, que mira a la vez a mérito y a la capacidad. Vid. la Ley orgánica 16/94 de 8-11.

Para Beato Espejo, M., "La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas", en REDA, nº 56, 1987, p.596, siguiendo a Ramírez Cardús, el mérito es una aptitud inicial o presunción de capacidad; de ahí

A nuestro modo de ver, esta opinión está basada en que, como regla general, se exige como paso previo a la fase de concurso la superación de la oposición<sup>9</sup>. Esta recogería, pues, el aspecto de la capacidad; la evaluación de los méritos vendrá después<sup>10</sup>.

Es decir, de acuerdo con la opinión más extendida, la fase de oposición vendría a reflejar la capacidad, mientras que la de concurso reflejaría el mérito<sup>11</sup>. Esta es la posición que parece

---

la posibilidad de remoción del puesto de trabajo por falta de rendimiento. De la STS de 3-12-86 se desprende que el mérito es una presunción objetiva de capacidad; vid., en el mismo sentido, la STS de 14-3-89 (A.2301).

<sup>9</sup>No obstante, Pérez Luque, A., "El ingreso del personal de la Administración Pública de cara al nuevo Reglamento de 10 de marzo de 1995 y su aplicación a la Administración local", en *El Consultor*, nº15-16, agosto de 1995, p.2190, sostiene que, cuando lo primero es la fase de concurso y lo segundo la fase de oposición, se pierde tiempo en la valoración de los méritos de candidatos que luego no superan esta fase.

<sup>10</sup>De este modo, el mérito vendrá a ser, como regla general, algo complementario de la capacidad, aunque en modo alguno ocioso: y ello, en la medida en que es posible que quienes posean mayor capacidad se vean desplazados por los que, poseyendo una capacidad menor, tengan mayores méritos.

En ocasiones, sin embargo, el proceso es el inverso. Por ejemplo, en unas pruebas de acceso para el cuerpo técnico del Banco de España -junio de 1994- sólo accedían a su realización aquellos cuyos méritos hubieran sido positivamente evaluados.

<sup>11</sup>En este sentido, Tardío, op.cit., p.203. El problema es que, de este modo, podría dudarse de la constitucionalidad de sistemas que, como el de oposición pura y simple, margina totalmente el mérito así entendido.

Morell, op.cit., pp.155 ss., opina que, en el uso habitual de los términos, la capacidad viene reflejada por los requisitos exigidos para presentarse a las pruebas de que se trate. Lo demás -el contenido mismo de las pruebas, tanto en la fase de oposición como en la de concurso- vendría referido al mérito. De este modo, parece que el autor considera que la fase de oposición sería habitualmente algo así como la evaluación de méritos preferentes, cuya no concurrencia elimina de las pruebas a quienes no los poseen frente a quienes los ostentan. La STS de 23-5-92 (A.3663) y el voto particular formulado a la misma por J.García Estartús reflejan esta opinión, que tenía por otra parte cierta base en el art.21 del Reglamento General de ingreso de 1984.

La capacidad entraría, de acuerdo con esta opinión, dentro de los requisitos de admisión a las pruebas; el mérito jugaría entre los que ya son aspirantes. Por eso, Morell considera -op.cit., p.158- que los requisitos de capacidad son estrictamente reglados, lo que va en consonancia con el voto particular antes citado. La STS de 22-2-86 (A.2173) entiende que el requisito de dos años de experiencia para poder acceder a la plaza de Jefe de lo contencioso de una Diputación provincial es válido, al ser adecuado a las tareas a realizar. Téngase en cuenta que se trata de un requisito objetivo. Pero véase STC 60/94.

Para el autor, op.cit., pp.158-59, el mérito no es algo inherente a la persona, sino más bien un <<patrimonio intelectual añadido>>, adquirido. La razón radica, según él, en que la interpretación más extendida del principio de no discriminación impediría toda selección basada en aptitudes personales, no adquiridas mediante el esfuerzo.

Creemos conveniente hacer una breve alusión al tema de la <<entrevista personal>>. Es indudable que, cuando se trata de concursos para proveer determinadas plazas, tales entrevistas son altamente convenientes, cuando no necesarias-

reflejar el Real Decreto 364/95 de 10-3, cuyo art.3.2 señala que la oposición debe determinar, además de la aptitud del aspirante, su capacidad.

Esta interpretación posibilitaría la introducción, en el sistema de acceso a la función pública, de la idoneidad del aspirante como requisito de capacidad. Como esta idoneidad difícilmente se puede valorar con arreglo a pautas objetivas, y evidentemente la misma nada tiene que ver con el mérito, resulta que cuenta bien poco en el sistema vigente<sup>12</sup>. Lo que ocurre es que su valoración comporta riesgos, precisamente por las dificultades de objetivación, riesgos que se acentúan si una evaluación negativa de esa idoneidad comporta sin más el rechazo del candidato.

En relación con este tema, debe hacerse referencia al voto particular formulado a la STS de 23-5-92 (A.3663). La sentencia había considerado que la naturaleza de la noción <<jurista de reconocida competencia>> afecta tanto al mérito como a la capacidad; y que, en la medida en que venga referido a esta última, el CGPJ tiene facultades para revisar su aplicación. Para el discrepante, la capacidad se constituye por aquellos requisitos verificables en el momento de la admisión, siguiendo el art.21 del Reglamento General de ingreso en la Administración del Estado vigente en aquel momento. Pero ello no puede decirse de aquellos requisitos que no sean objetivables, como

---

piénsese, por ejemplo, en el caso de ciertas jefaturas-. Sin embargo, su utilización indiscriminada propicia ciertos abusos -las mismas se han utilizado, por ejemplo, en pruebas de acceso para maquillador de televisiones autonómicas; en tales casos, la entrevista no es, a nuestro modo de ver, ni conveniente ni necesaria-.

<sup>12</sup>La STC 185/94 de 20-6 afirma que los servicios prestados a la enseñanza pueden ser indicativos de la aptitud o capacidad para el desempeño de la función de que se trata, de modo que no identifica esta última con los requisitos reglados para el acceso a la función pública. Sin embargo, se afirma en el Voto particular formulado a esta sentencia por el Magistrado Gabaldón López que ese tiempo de servicios entra dentro del mérito pero no de la capacidad, puesto que no existe calificación alguna del rendimiento durante su prestación.

puede ocurrir con la noción de jurista de reconocida competencia<sup>13</sup>. Considera así que no estamos ante una capacidad específica, sino ante un mérito. Por ello, a su juicio el Consejo General no tenía facultades para apartarse en este punto de la propuesta efectuada por la Comisión calificadora, quien tiene -para el discrepante- una <<atribución específica e indelegable>>. Aparece pues en el voto particular uno de esos argumentos tópicos que se suelen utilizar para restringir el control judicial de las apreciaciones técnicas de las Comisiones evaluadoras<sup>14</sup>.

Del mismo, no obstante, nos parece en cierto modo acertado que la calificación referida se considere un requisito de mérito- entendido como se hace en el voto particular-, en la medida en que se impide de este modo un rechazo a *limine* de quienes se considere que no reúnen dicha cualidad; de modo que se reduce el subjetivismo en la evaluación de los candidatos.

---

<sup>13</sup>El Magistrado discrepante no excluyó necesariamente que en el concepto de jurista de reconocido prestigio hayan de integrarse ciertos valores éticos.

<sup>14</sup>En el FJ 7º, el voto particular señala que no pueden entenderse como base suficiente de la resolución del Consejo los arts. 313.4 y 313.1 de la LOPJ. "Tal precepto tiene como destinatario esencial o básico al Tribunal calificador, estableciendo en el apartado 1 y en sus diversos subapartados los factores integrantes del baremo, entre los que se encuentra el apartado <<f>>, concerniente al ejercicio profesional de los Abogados, ordenando valorar el número y naturaleza de los asuntos por aquellos dirigidos, los dictámenes evacuados y los asesoramientos y otros servicios jurídicos prestados e el ejercicio de dicha profesión jurídica. Y en tal apreciación la función valorativa del Tribunal es, en la esfera del procedimiento de concurso, insustituible, en cuanto que pertenece a la imprecisamente llamada <<discrecionalidad técnica>> del Tribunal, que debiera, mejor, llamarse discrecionalidad selectiva. Y, por otra parte, lo que el apartado 4 dispone es el medio de acreditar el tiempo mínimo (diez años) de ejercicio de la Abogacía en los candidatos que tal título invoquen, especificando que la certificación a tal efecto expedida no se limite a dicha determinación cuantitativa, sino a la cualitativa, al consignar las <<incidencias>> disciplinarias que hayan afectado al candidato. Pero tanto una como otra ponderación, a la vista de los documentos presentados y los que pueda recabar el Tribunal calificador incumben a éste, con competencia exclusiva, pues forman parte del juicio sobre el mérito, tanto en su faz positiva, como en el aspecto negativo o desfavorable de eventuales deméritos, y por ello no cabe, al amparo de dicha norma, entrar a reexaminar el juicio de aptitud, para lo que no se halla legalmente habilitado el Consejo, según ya estableció la citada sentencia de 8-11-91".

Por el contrario, la sentencia había entendido posible la fiscalización por el CGPJ de aquellos elementos de la noción de jurista de reconocida competencia atinentes a su juicio a la capacidad y no al mérito, como era en ese caso la existencia de una previa condena por estafa cometida en el ejercicio de la profesión por el después recurrente.



Por otra parte, el mérito y la capacidad se podrían considerar como conceptos jurídicos indeterminados, como afirma Tardío<sup>15</sup>, lo que implicaría la existencia de una sola solución correcta en cada caso.

Si se aceptara llevar esta afirmación a sus últimas consecuencias, resultaría que, cuando los criterios legales de concreción del mérito y la capacidad no se consideraran óptimos en el caso concreto por un Tribunal, éste debería plantear la cuestión de inconstitucionalidad; asimismo, los criterios reglamentarios o los que autovinculan a las comisiones calificadoras<sup>16</sup> podrían ser ignorados por las Salas de lo contencioso en los mismos casos. En pocas palabras, toda norma jurídica emanada en esta materia no sería más que ejecución de la Constitución.

Estas afirmaciones, que a simple vista parecen algo exageradas, podrían poner en cuestión la consideración de aquéllos como conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, el TC, en la sentencia 50/86 antes citada, ha afirmado que tanto el legislador como la Administración gozan de cierta libertad para dotar de

---

<sup>15</sup>Op. cit., pp. 105-106; p. 192. Este autor, op. cit., p. 148, considera que el mérito y la capacidad son *conceptos valorativos* -sobre esta noción, véase más arriba-. Por su parte, Sáinz Moreno, en *Conceptos...*, cit., p. 289, afirma que la jurisprudencia, en alguna ocasión, también entiende implícitamente el mérito como concepto jurídico indeterminado, aun sin decirlo claramente. Cita en este sentido la STS de 2-10-65; de cualquier modo, del párrafo que transcribe este último autor no se desprende necesariamente que el mérito constituya uno de esos conceptos: "cuando en la apreciación de los méritos que aleguen los solicitantes de una plaza no se proceda según una razonable y objetiva ponderación de los mismos, se incurre en una evidente transgresión del Ordenamiento jurídico". Es evidente que esa *razonable y ponderada apreciación* debe ser exigida siempre, y no sólo cuando se trate de conceptos jurídicos indeterminados. Por su parte, A. Nieto García, en "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", cit., p. 154, también señala que los mayores méritos y el nivel de conocimientos pueden considerarse como conceptos jurídicos indeterminados.

<sup>16</sup>Estos últimos no son reglamentos, sino que la autovinculación es una consecuencia del principio de igualdad.

contenido a tales conceptos<sup>17</sup>.Y, en la STC 60/94 de 28-2, afirmó que

"....el acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad consagrado en el art.23.2 CE, que ha de ponerse en conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art.103.3 CE(SSTC 193/87 y 67/89), ha de efectuarse con arreglo a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al Legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y las capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad sólo está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que no sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad"<sup>18</sup>.

Es posible que el TC diga esto refiriéndose al ejercicio de funciones de carácter ordinamental, pero parece que, entonces, la capacidad y el mérito deberían considerarse como principios a concretar por el Legislador y no como conceptos jurídicos indeterminados<sup>19</sup>. Pero la Constitución, entendemos, quiere que sólo haya una solución correcta. Quizá lo que ocurra es que, como norma soberana, y aunque no sea del todo lógico, ha querido atribuir al legislador -y al titular de la potestad reglamentaria, en su caso-, por necesidades prácticas, la competencia para rellenarlos de contenido, con ciertos límites<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup>La STC 69/87 afirma que el Legislador posee un amplio margen para regular las pruebas selectivas y para determinar cuáles han de ser los méritos y las capacidades a tener en cuenta, libertad sólo limitada por la arbitrariedad, que en este punto se identificaría con la introducción de desigualdades ajenas a los principios de capacidad y mérito. Vid. García-Trevijano Garnica, op.cit., pp.251-52.

Piñar Mañas, op.cit., p.153, al comentar la sentencia a que nos referimos en el texto, afirma que "esta discrecionalidad en su configuración no se corresponde con discrecionalidad alguna en su apreciación".

Tardío, op.cit., p.193, niega que en la concreción del mérito y la capacidad haya una sola solución justa, ya que existe un cierto margen de relatividad que hace que varias soluciones sean, si no igualmente justas, sí razonables. "Ello no excluye, sin embargo, el control judicial plenario a *posteriori*, que determine si la solución dada por el órgano calificador es admisible o no, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el Ordenamiento jurídico y el denominado <<tacto judicial>>".

<sup>18</sup>En todo caso, queda claro que ese carácter estatutario no supone una deconstitucionalización total.

<sup>19</sup>En todo caso, recordemos que aquéllos tienen la estructura de estos últimos.

<sup>20</sup>De cualquier modo, según Tardío, op.cit., p.201, si el mérito y la capacidad no se consideraran como conceptos jurídicos indeterminados sino como principios generales del Derecho, la intensidad del control podría ser la misma -op.cit.,

La conclusión del TC es que el art.23.2 CE establece un derecho <<de carácter puramente reaccional>>.Esto parece, en efecto, derivarse del hecho de que la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad viene establecida por las normas infraconstitucionales. Sin embargo, aun así habría sostener que el recurrente que, de acuerdo con esas normas infraconstitucionales ostente mayor capacidad y méritos, tiene derecho a ser nombrado funcionario<sup>21</sup>.

El carácter del derecho del art.23.2 como derecho de configuración legal supone que será la ley -y el reglamento, en su

---

p.194, donde el autor dice que, en tales casos, el control judicial sería plenario, aunque verificado a través de las técnicas que califica de control de la discrecionalidad-.

En cualquier caso, la opinión del TC sólo es plausible si se refiere, por lo que a la Administración respecta, al ejercicio de la potestad reglamentaria, y ello siempre que se entienda que los reglamentos integran el Ordenamiento jurídico.

<sup>21</sup>Recoge también la concepción del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública como derecho de configuración legal la STC 185/94 de 20-6, así como la 251/94 de 19-9 y la 238/94 de 20-7, que siguen su doctrina. Estas sentencias se referían a la aplicación del sistema de selección previsto en las Disposiciones transitorias de la LOGSE.

La STC 185/94 afirma que el hecho de que el grado de doctor computara 0,2 puntos frente a los 0,6 de los cursos de formación no era discriminatorio ni entraba por tanto dentro de los límites del amparo: *"no corresponde a este Tribunal revisar, ni sustituir a la Administración educativa en la determinación del quantum que deba atribuirse a cada uno de los citados méritos, en atención a las funciones docentes propias del puesto al que se aspira, pues lo único relevante desde la perspectiva del principio de igualdad es que tales determinaciones se realicen con carácter abstracto y general para todos los concursantes, como sin duda aquí ocurre (SSTC 148/86 y 18/87)"*.

La ausencia de discriminación se hace derivar de la aplicación general de la normativa contenida en la convocatoria a todos los concurrentes, así como de la inexistencia de obstáculos teóricos a que personas distintas de interinos y contratados puedan acceder a los cursos de perfeccionamiento.

La primera aserción nos parece más que dudosa. Una norma puede ser de aplicación general y, sin embargo, discriminatoria. Por lo que respecta a lo segundo, creemos que el Tribunal no debería haber ido tanto al dato formal de la inexistencia de norma alguna prohibitiva del acceso de personas ajenas a la Administración educativa a esos cursos de formación cuanto a la realidad práctica.

En todo caso, el párrafo transcrito nos parece interesante para nuestro tema de fondo por la razón siguiente: el Tribunal afirma que no le es dable revisar, en vía de amparo, los baremos en cuestión, al no haber apreciado la concurrencia de discriminación alguna. Con ello, parece admitir a contrario sensu la posibilidad de que tales baremos sean fiscalizados por los Tribunales ordinarios -o incluso por él mismo, si hubiera existido discriminación-. Lo que ocurre es que, dada la doctrina de la configuración legal del derecho de acceso a la función pública, resulta difícil que esa fiscalización vaya más allá de la posibilidad de rechazo de aquellos baremos que claramente sean contrarios a los principios de capacidad y mérito, al menos si se considera que los mismos son normas jurídicas.

caso, en los ámbitos no reservados a la misma- la que establezca la concreción de la capacidad y el mérito en cada supuesto. De este modo, cuando se trate de actos con fuerza de ley, o cuando la Administración ejerza potestades normativas -si se entiende que los reglamentos integran el Ordenamiento jurídico-, existirá cierta libertad a la hora de concretar esos conceptos jurídicos indeterminados del mérito y la capacidad<sup>22</sup>.

Por otra parte, como esa configuración legal no supone desconstitucionalización, habría que entender inconstitucionales todas las opciones legales o reglamentarias que excluyeran requisitos que pertenecen al núcleo de los conceptos de mérito y capacidad.

### **III. LA APLICABILIDAD DEL MÉRITO Y LA CAPACIDAD A LOS SISTEMAS MIXTOS Y A LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**

Por mandato constitucional, el mérito y la capacidad deben regir

---

<sup>22</sup>Démosnos cuenta de la incidencia que en este punto puede tener la consideración de las bases de las oposiciones y concursos como meros actos administrativos generales; si lo son, lógicamente las concreciones que en las mismas se contengan del mérito y la capacidad quedarán fuera de la configuración legal del derecho, y, por tanto, serán plenamente controlables.

Por otra parte, respecto a lo que ocurra cuando tales criterios se prevean en una norma con valor de ley, hay que tener en cuenta lo restrictivo de las condiciones para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En relación con la impugnación de un baremo, puede verse la STS de 30-1-87 (A.282). Se trataba del que establecía los criterios para la provisión de plazas el Cuerpo Superior Postal y de telecomunicaciones. La misma entendió que el baremo era razonable.

Y la STS de 18-3-86 (A.1397) consideró que determinadas cuestiones, como por ejemplo el haber sido funcionario eventual y haber obtenido como tal determinadas condecoraciones, etc., no podían tenerse en cuenta porque no se recogían en el baremo. En todo caso, es difícil entender válido un baremo donde no se tengan en cuenta supuestos nucleares de mérito. En la de 20-1-86 (A.1115) ni se cuestiona la posibilidad prevista en las bases de que la Comisión decidiera la realización o no de la prueba práctica. En cualquier caso, las bases no se habían impugnado; y, además, la realización de la prueba práctica se había previsto para el caso de que aquélla considerara insuficiente el resultado de las pruebas restantes. No se trataba, pues, más que de adecuar las pruebas a las circunstancias de cada caso.

todo el sistema de acceso, ascensos y provisión de puestos de trabajo en la función pública. Esto significa que deben aplicarse también al sistema de libre designación o a los sistemas mixtos de provisión de puesto de trabajo.

Así, la STC 193/87 de 9-12 afirma que la capacidad y el mérito son aplicables a la provisión de puestos de trabajo por concurso de traslado entre funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional<sup>23</sup>. En todo caso, la STC 293/93 de 18-10 señala que el mérito y la capacidad actúan con diferente intensidad en el acceso a la función pública y a lo largo de la carrera del funcionario, ya que aquéllos ya se han acreditado en el momento del ingreso. La sentencia, siguiendo la doctrina de otras anteriores, parece decir que en aras de una mayor eficacia de los servicios se pueden tener en cuenta otros criterios.

El carácter cerrado del sistema de acceso a la función pública, en la medida en que se entienda aplicable a los ascensos en la misma y a la provisión de puestos de trabajo -como hace la sentencia 193/87-, plantea problemas en el caso de la libre designación y en los sistemas mixtos, como el de elección en terna sobre la propuesta elaborada por una Comisión especializada. A nuestro modo de ver, lo que ocurre en estos casos es que el componente escrito del Ordenamiento no predetermina la forma de concretarse de aquellos principios, por lo que la misma, en un primer momento, correspondería al órgano administrativo encargado de la elección, pero sin perjuicio de un control judicial pleno<sup>24</sup>. Tales problemas no se plantean, en

---

<sup>23</sup>Morell Ocaña, *El sistema de la confianza....*, cit. p.176, afirma que, de acuerdo con la interpretación constitucional, el sistema del mérito se extiende también a la permanencia en la función pública.

<sup>24</sup>Interesa aquí citar la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17-10-90, referida al cese de un interino pero donde se realizan importantes afirmaciones *obiter dictum* en relación con el cese de funcionarios de carrera en puestos de libre designación. En este sentido, la sentencia afirma que en su nombramiento deben

abstracto, en el caso de las oposiciones y concursos, por lo en este apartado no nos referiremos a los mismos.

---

haberse tenido en cuenta las condiciones que hacen al funcionario adecuado para desempeñar el cargo, y añade que el cese debía ser motivado y acorde con las exigencias del interés público. Así, se hace referencia a una serie de condiciones que bien pueden subsumirse en el principio de <<mérito>>. Sobre el cese de los interinos, vid. Fernández Pastrana, J. M<sup>a</sup>, "Sobre la <<libre>>remoción de los funcionarios interinos", en AA, XII, 1994, pp.197 ss., quien resalta la evolución jurisprudencial en esta materia. Cita así una STS de 18-1-91(A.267), que afirma que la falta de necesidad de los servicios del interino constituye un concepto jurídico indeterminado. Un estudio comparativo del Derecho comunitario europeo y el Derecho español de la función pública puede verse en Ucieda Somoza, E., "Derecho Comunitario y Derecho español. La discrecionalidad a través del retiro de empleo de los funcionarios comunitarios. La justificación del poder de organización en el Derecho español", en RAP, nº118, 1989, pp.445 ss. El autor considera que la discrecionalidad es mucho mayor en el primero, sobre todo por lo que respecta a la figura del retiro de empleo, donde las garantías fundamentales son la audiencia y el ofrecimiento de otros empleos posibles, sin que el Ejecutivo comunitario se halle obligado a destinarle a uno de esos otros nuevos empleos.

En ocasiones, la jurisprudencia exagera la libertad que el legislador entiende existente para la designación de quienes deben ocupar estos puestos. Así, la STS de 30-6-62, referente a la remoción de un funcionario del puesto de Jefe de los servicios administrativos de la Dirección general de Seguridad, afirmó que "el cese se produjo por acuerdo del Ministro en uso de su libérrima facultad para acordar el nombramiento y separación de quien hubiera de ejercer el cargo, según su personal arbitrio". Creemos que ni siquiera el carácter de confianza de ese puesto puede originar una facultad libérrima.

La STS de 18-6-93(A.4610) afirma que "efectuado dicho nombramiento por el sistema de libre designación -art.20.1.,b)-, tal adscripción a ese puesto de trabajo, por el indicado sistema, llevaba aparejado el que podía ser removido de ese puesto con carácter discrecional -art.20.1.,e)-".

Y la STS de 18-5-91(A.4120) consideró que el cese de un funcionario nombrado por libre designación no debía ser motivado, porque dado el carácter discrecional del acto, la motivación iba intrínseca en el mismo; por lo que se entendía cumplida la exigencia con la simple referencia a las atribuciones del órgano que dispuso el cese. La sentencia parece querer decir que en actos como éstos, la competencia es el único límite.

La STS de 10-6-93(A.4506) afirma que en caso de cese de un funcionario de libre designación, corresponde a éste probar la arbitrariedad de la resolución impugnada.

Critica la libre remoción arbitraria de los funcionarios de libre designación Beato Espejo, op.cit., p.611.

Por su parte, la STS de 7-5-93(A.3580) afirma que "el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio", y subraya la excepcionalidad de dicho sistema, en la medida en que se prevé únicamente para los puestos de "subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales, secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo"-art.20.1.,b) de la Ley 30/84-. La sentencia, por tales razones, anula en parte una Orden para la provisión de puestos de trabajo, en la medida en que catalogaba como de libre designación los puestos de miembros de la banda de música de la Policía autónoma vasca; y, por el contrario, confirma que era razonable catalogar como de libre designación los puestos en unidades de inteligencia antiterrorista.

La STS de 30-11-81 afirma, en relación con la provisión de puestos de libre designación, que la misma debe realizarse <<atendiendo a criterios de idoneidad, de tal modo que se busque para el puesto de trabajo al funcionario más capacitado por sus conocimientos y experiencia para su más acertado desempeño>>. Esta sentencia se dictó cuando todavía regía en este punto el Texto Articulado de 1964.

## 1. Sistemas mixtos

Resultan decisivas en este punto algunas sentencias del TC relativamente recientes. La STC 193/87 entendió que el nombramiento de Secretario del Ayuntamiento de León, por el sistema de elección discrecional sobre una terna entre los tres aspirantes con mayores méritos, infringía los principios de mérito y capacidad, al haber provocado de hecho en el caso concreto una inversión del orden de puntuaciones establecido en la propuesta<sup>25</sup>. Desde nuestro punto de vista, la doctrina de esta sentencia es absolutamente correcta<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup>Este sistema se preveía en el Texto Refundido parcial de la ley de bases de régimen local de 1975. El recurrente alegaba que la posterior reforma del sistema de provisión de vacantes para los habilitados nacionales suponía un reconocimiento legislativo implícito de la inconstitucionalidad del sistema de ternas, ya que, en la actualidad, el aplicable es el del concurso de méritos. Asimismo, aducía que el sistema de ternas implicaba la permisibilidad de nombramientos carentes de justificación objetiva.

El Ministerio Fiscal afirmaba que no cabe identificar un sistema objetivo de puntuación con el principio de igualdad. En suma, parecía entender que el hecho de que se estableciera un sistema de nombramiento discrecional sobre una terna no implicaba infracción de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE. En parecido sentido, el Abogado del Estado afirmaba que la existencia de un cierto <<margen de apreciación>> que complete la aplicación del baremo, no implica infracción del principio de igualdad.

Es grande la confusión conceptual en las alegaciones de la Corporación. En efecto, se aducía por la misma que, de acuerdo con el sistema de la Ley 7/85, al Ayuntamiento de León le habría correspondido baremar el 25% de los méritos -1,69 puntos-, mientras que, en el caso enjuiciado, sólo había valorado 0,38. No dan cuenta estas alegaciones de que no se trata de quién decida cuáles son los méritos a puntuar, sino si en el caso concreto se habían ignorado o no los principios de capacidad y mérito. Por ello, el TC afirma que el sistema de ternas no es equivalente al actual, "ya que el sistema vigente lo único que permite a la Corporación local es establecer con carácter previo a la convocatoria del concurso un baremo de méritos específicos, en un porcentaje ciertamente importante (el 25% del total), pero que no corresponde aplicar a la propia Corporación, en cuanto tal, sino al Tribunal o Comisión que ha de resolver, en cada caso, el oportuno concurso"; y añade que el nombramiento por el sistema de terna propuesta por la Corporación carece de relación con el principio de autonomía municipal. Se basa para ello en que la autonomía local consiste en una facultad de opción de carácter político, mientras que la provisión de puestos se rige por los principios de mérito y capacidad, de carácter técnico.

Introduce además un importante matiz a la doctrina del TS, que, con base en la consideración de las bases como actos administrativos generales, afirma la necesidad de recurrir éstas con carácter previo, cuando la impugnación de la propuesta se base en la aplicación de tales bases.

<sup>26</sup>Sólo un matiz: sin perjuicio del pleno control judicial de estos supuestos, quizá un sistema más flexible sería más propicio que el de un baremo rígido para hallar el funcionario *más capacitado* y, por tanto, más idóneo, para desempeñar un determinado puesto. En suma, se plantea si el sistema de acceso a la función pública, tal y como hoy funciona, es o no adecuado para hallar a quien más capacidad para un concreto puesto de trabajo posea.

El dictamen del Consejo de Estado de 10-7-47 consideró que la consecuencia

Puede asimismo citarse la 365/93 de 13-12, referente a la provisión del puesto de Oficial Mayor de una Diputación Provincial. El sistema seguido había sido el de convocar un concurso entre Secretarios de 1ª categoría; seguidamente, el Tribunal calificador efectuaría una propuesta en terna, sobre la que finalmente elegiría la Diputación<sup>27</sup>. El Pleno, a propuesta de la Comisión informativa de personal -que no era un órgano especializado- optó por el segundo candidato de aquella terna, que había obtenido 5,33 puntos, frente a los 5,43 del primer aspirante propuesto. Este, tras haber agotado las vías judiciales previas, presentó recurso de amparo, que fue finalmente desestimado.

El recurrente basó su recurso en la infracción del art.23.2 en relación con el 103.3 CE, ya que en la provisión de ese puesto de trabajo se habían tenido en cuenta circunstancias distintas al mérito y la capacidad de los concursantes, que habían sido valorados en forma diferente por la Comisión calificadora. De este modo, consideraba que tales principios era los que habían de tenerse en

---

necesaria del sistema de terna es la libertad de elección sobre los componentes de la misma. Evidentemente, esta opinión es incompatible con los nuevos principios constitucionales.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que en el caso resuelto por la STC 193/87 se trataba de acceder por primera vez al servicio de una determinada Administración provincial, por lo que podría quizá entenderse que su doctrina no fuera enteramente trasladable a los ascensos o a la provisión de puestos de trabajo en otros casos. Pero tampoco nos parece un argumento muy relevante, habida cuenta de la posibilidad de permutas y otros sistemas de cambio de la Administración en que se prestan servicios.

Desgraciadamente, la Ley 10/93 de 21-4 ha modificado el art.99 de la Ley 7/85 y ha establecido el sistema de libre designación para ciertos habilitados nacionales -Secretarios de Diputaciones Provinciales, de Cabildos y Consejos insulares y de los Ayuntamientos que sean capitales de Comunidades Autónomas o de provincias y de municipios con población superior a 100.000 personas-. Como ha resaltado Morell, op.cit., p.104, no está justificado el sistema de libre designación cuando se trate de funciones de control, consultivas y las que consisten en el ejercicio de una profesión. Pues bien, estos funcionarios desempeñan funciones de asesoramiento jurídico, incluso de las minorías. Además, esa función implica también el ejercicio de funciones de control de la legalidad -en este sentido, Morell, op.cit., pp.138 ss.-.

<sup>27</sup>Hay que resaltar que dichas bases no fueron impugnadas por el después recurrente; es más, éste obtuvo con posterioridad el puesto de Secretario de otra Diputación Provincial, habiendo sido el último de los propuestos en la terna.



cuenta, no sólo para el acceso a la función pública, sino también -una vez dentro de la misma- en la provisión de puestos de trabajo.

Pues bien, el TC, pese a afirmar que se trataba de un caso similar al resuelto por la sentencia 193/87, consideró que esta doctrina no era enteramente aplicable al caso de autos:

*"Una de tales divergencias radicales se centra en que en el sistema para provisión de plazas enjuiciado por la STC 193/87, los méritos o la capacidad de los candidatos se hacían depender, en su determinación y valoración, con exclusividad, del baremo reglamentario, mientras que en el presente caso las bases del concurso expresamente preveían que, de entre los mejores puntuados según tal baremo, la Corporación seleccionaría de entre la terna, según la información que le fuera facilitada sobre la idoneidad de los seleccionados, para el puesto a cubrir. No se sometió el concurso, pues, de forma exclusiva al baremo mencionado, haciéndose depender la selección del criterio de <<idoneidad>> para el puesto, sobre lo que luego habrá de volverse para enjuiciarlo desde la perspectiva constitucional"<sup>28</sup>.*

El TC, en este supuesto, consideró que el sistema estaba plenamente justificado. Debe partirse de que el puesto controvertido lleva consigo funciones de gran responsabilidad; y que además requiere una visión general de todos los problemas del más variado tipo que puedan darse en una Diputación.

En principio, parece razonable que, al haberse acreditado ya los requisitos de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, se debilite la necesidad de acreditarlos a la hora de optar por uno u otro puestos de trabajo<sup>29</sup>. Sin embargo, no es lo mismo decir que

---

<sup>28</sup>Subyace aquí, aunque la sentencia no lo diga, el tópico de que las bases constituyen la ley del concurso y que, al carecer de carácter reglamentario, deben ser impugnadas en su momento -sin que quepa el recurso indirecto contra ellas-.

<sup>29</sup>En relación con esto, el TC señaló que "...como la STC 293/93 advierte, <<el precepto (se refiere a los arts. 23.2 y 103.3) actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional; y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/83, 15/88 y 47/89)>>. Sin embargo, <<es diferente el rigor y la intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos>> (SSTC 192/91 y 200/91)".

puede atenuarse el acreditamiento de los mencionados requisitos que la atenuación de la exigibilidad de éstos en cuanto tales<sup>30</sup>.

La sentencia conecta el sistema utilizado con las peculiaridades del puesto litigioso. Pues bien, la adecuación o no de una persona a esas características es, en efecto, un dato a tener en cuenta, pero que se podría incluir dentro del principio de capacidad. Como no parece posible ni adecuada la realización de pruebas específicas para comprobar la idoneidad de una persona en relación con determinado puesto, puede pensarse en principio que no es irrazonable que sea el Pleno de la Diputación -en este caso- quien aprecie esa mayor idoneidad. Sin embargo, más lógico habría sido atribuir esa apreciación a un órgano especializado en dirección administrativa.

En todo caso, esta mayor idoneidad no significa más que indeterminación normativa, al ser muy difícil concretar en una norma cuáles son sus condiciones determinantes. Pero esa indeterminación normativa, si bien en la mayoría de las veces hará de hecho imposible el control total de estos supuestos, no determina la existencia de discrecionalidad propiamente dicha. Y, de cualquier modo, si bien la idoneidad concreta no puede soslayarse, debe

---

<sup>30</sup>En relación con esto segundo, el voto particular formulado a la STC 75/83 de 3-8 afirma con toda rotundidad que valores como el de eficacia -expresamente mencionado en la sentencia que ahora comentamos- son inferiores a la igualdad de acceso a la función pública; y, por tanto, este principio no puede sacrificarse en aras de aquél. Suscribimos sustancialmente esta opinión.

La sentencia citada en el texto afirma que "es obligado examinar si en la provisión del puesto aquí discutido, entre personas que ya ostentaban la cualidad de funcionarios y, por ello, acreditados su mérito y capacidad, se tuvieron en cuenta otros criterios constitucionalmente válidos, como son los dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, habrá de contrastarse si medió alguna arbitrariedad de la Corporación, que se reservó un margen de calificación de la idoneidad, si ha habido alguna acepción o preterición o si el perfil del puesto exigía conocimientos u otras cualidades subjetivas que no se tuvieran en cuenta. Los datos de la estabilidad y funciones del puesto habrán de ser igualmente ponderados, pues es evidente que las diferencias al respecto pueden justificar sistemas de provisión con mayor margen de discrecionalidad aún, como el de la denominada libre designación. Sólo con este examen completo cabría contar con fundamentos para apreciar la alegada vulneración ex art. 23.2 CE".

tenerse muy en cuenta las dificultades de objetivar su valoración.

La sentencia consideró que, en este caso, había sido razonable la designación del segundo candidato propuesto en la terna, ya que la motivación del acuerdo había hecho referencia expresa a la estimación de que

*"...es el que reúne las mejores condiciones para el cargo, teniendo en cuenta su idoneidad, experiencia profesional y capacitación en materias como: personal, urbanismo, organización y métodos, ordenación del territorio, estructura orgánica de Corporaciones locales y, además, como aparece acreditado en las diversas certificaciones aportadas en justificación de su curriculum vitae, tales como participación en cursos, desempeño de cargos y plazas, así como el hecho de haber desarrollado su labor profesional en el territorio de la Comunidad Autónoma"*<sup>31</sup>.

## 2. La libre designación

Como ha resaltado Morell Ocaña<sup>32</sup>, se tiende a conferir los

---

<sup>31</sup>Este último dato posiblemente se tuviera que entender como irrelevante; no obstante, quizá hubiera venido referido a la adaptación a los problemas peculiares que se puedan dar en la misma. En todo caso, el TC no acordó la práctica de prueba alguna; pero quizás ello se debió a su virtual inoperancia. La sentencia concluyó así que "...se tuvieron en cuenta otros criterios constitucionalmente válidos, que intentaban garantizar la mejor adecuación al puesto del seleccionado por sus conocimientos específicos y experiencias concretas en materias relacionadas con la actividad a realizar en el puesto. No medió en ello arbitrariedad... ni preterición, sino que se exigían conocimientos o cualidades del sujeto que el seleccionado reunía. En ello consistía su idoneidad concreta, por lo que no se aprecia, en este supuesto, vulneración del art. 23.2 CE, debiendo desestimarse el amparo".

<sup>32</sup>Op.cit., p.27.

El autor, op.cit., pp.88 ss., se refiere a la evolución del sistema de libre designación desde Texto Articulado de 1964 hasta la actualidad. En esa norma, la libre designación -Morell, op.cit., pp.89-90- venía configurada como una excepción, que en la práctica se convirtió en la regla a la hora de asignar puestos directivos. Tal excepción se aplicaba, de acuerdo con el tenor literal del citado Texto Articulado, en los casos en que se tratara de puestos que exigieran una especial preparación técnica, o bien una especial responsabilidad.

Pues bien, de la primera de estas características se desprendía que lo idóneo para estos puestos habría sido requerir una capacidad especial.

Por lo que respecta a los que exigen una especial responsabilidad, a menos que ésta se entienda en un sentido político -lo que no parece posible en el caso de los funcionarios-, parece que habrá que concluir que la misma requiere asimismo una capacidad específica para asumirla. Ni una cosa ni otra tiene en absoluto que ver con la lealtad personal al superior, indudablemente. Así, Morell, op.cit., p.93, afirma, con referencia a este sistema, que "las concretas condiciones de idoneidad personal a señalar para los singulares puestos de que se tratare, implicaban una contradicción flagrante con la libertad que el legislador otorgaba para la designación".

Sin embargo, como nos dice el autor, op.cit., p.91, parece que en el espíritu del legislador sí estuvo, paradójicamente, englobar en el precepto los puestos donde se incida "en el área de responsabilidad propia de los cargos de carácter

puestos de cierta responsabilidad a quienes sean personalmente leales a los superiores, sobre todo a medida que se va descendiendo en la jerarquía administrativa. Para el autor citado<sup>33</sup>, la libre designación constituye "un subsistema de la confianza política cuyo campo de aplicación es el funcionariado de carrera". O de la lealtad personal.

En suma, desgraciadamente el sistema de libre designación no es, ni en la práctica ni en la intención del Legislador, lo que debería ser: *un sistema flexible que posibilitara el acceso a los cargos de dirección administrativa a quienes reúnan mayores aptitudes personales para dicha dirección. En efecto, las mismas difícilmente pueden consignarse en baremos; realmente, lo requerido es una aptitud o capacidad específica para el cargo en cuestión. Si así fuera, el control judicial en estos casos sería difícil, pero podría llegar a ser pleno cuando los datos disponibles y el razonamiento*

---

político", referida a "la realización de un concreto programa de gobierno". Desde nuestro punto de vista, esta clase de responsabilidades deberían dejarse fuera del marco de la función pública, por varias razones: en primer lugar, porque supone, quiérase o no, que el ascenso del funcionario no va a depender de su mérito y capacidad sino de su lealtad al poder; en segundo lugar, porque el funcionario lo es de la Administración, que tiene por misión servir los intereses generales, y no llevar a cabo el programa político. Con estas tergiversaciones del estrato superior de la función pública, la objetividad de la Administración queda puesta en entredicho. De hecho, op.cit., p.94, Morell subraya que, para cubrir esa necesidad de compartir la responsabilidad propiamente política, ya existía el personal eventual.

El autor, op.cit., pp.106 ss., se refiere al hecho de que una responsabilidad <<especial>> podría venir referida tanto a la propiamente política como a la de la dirección administrativa; y concluye que esta última debería estar fuera del sistema de la confianza política. Más específicamente, op.cit., pp.166-67, afirma, en relación con la idoneidad personal de la élite de la dirección administrativa, que los titulares de esos puestos deberían asumir una responsabilidad propiamente funcional, ya que la política les es inexigible.

<sup>33</sup>Op.cit., pp.28-29. Para Nieto García, A., "Recensión a *La libre designación en la función pública vasca*, de Jiménez Asensio, R., y Mesa del Olmo, A.", en *RAP*, nº133, 1994, pp.602 ss., la práctica de la libre designación en España es vergonzante. Jiménez Asensio, R., "Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas", en *RVAP*, nº32, 1992, pp.73 ss., afirma que en muchas ocasiones prevalecerá la relación personal sobre el clientelismo político.

humano lo permitieran<sup>34</sup>. La lógica del sistema de libre designación debería pues implicar una exigencia de capacidad específica: algo pues parecido a lo que Morell<sup>35</sup> considera que podría haber significado el Texto articulado de 1964, aunque nunca llegó a ser así en la práctica<sup>36</sup>.

*En la práctica, al haberse convertido el sistema de libre designación en una derivación de la confianza, se produce no sólo una relegación del sistema del mérito y la capacidad -aun específica-, con infracción de los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, sino además un reconocimiento normativo de la existencia de límites*

---

<sup>34</sup>Se trataría, en suma, de convertir el sistema de libre designación en un sistema similar al de concursos específicos, en atención a las peculiaridades del puesto de trabajo de que se tratara. Sobre los mismos, vid. Morell, op. cit., pp. 100 ss.

En un sistema correcto de libre designación, la norma entiende que el superior es quien, en principio, está en mejores condiciones de apreciar la capacidad específica para el desempeño de ciertos puestos, aunque por supuesto, al tratarse de una mera presunción basada en razones cognoscitivas, los Tribunales son totalmente capaces de controlar por completo las designaciones o ceses en estos casos.

Por el contrario, un sistema tergiversado de la libre designación, como el que desgraciadamente tenemos en España, supone un reconocimiento de límites estructurales al control judicial por cuanto convierte la libre designación en un subsistema de la confianza política.

En todo caso, esa mayor idoneidad para el puesto tampoco debe calificarse como <<libre designación>>; ésta es una expresión inadecuada, ya que aquélla viene referida a la capacidad.

<sup>35</sup>Op. cit., pp. 92-94. De hecho, el autor, con referencia a aquel sistema, afirma op. cit., p. 94- que muchos de tales puestos llevaban consigo la participación en tareas vinculadas a la gestión política. No obstante, op. cit., p. 102, cita la STS de 30-11-81, donde se afirmó que la adscripción a un puesto de libre designación debe realizarse <<acudiendo a criterios de idoneidad>>. La sentencia es asimismo interesante porque fiscaliza la adscripción de un puesto al sistema de libre designación.

En todo caso, como también resalta el autor, op. cit., pp. 99 ss., con la Ley 30/84 ha desaparecido de sistema de libre designación toda referencia a la especial preparación técnica de los funcionarios. Con ello, se acentúan los rasgos políticos de la institución; de todas maneras, la regulación actual es más acorde con lo que en la práctica dicho sistema ha sido siempre. En efecto, hoy día se hace referencia únicamente a la naturaleza de las funciones de que se trate y al carácter directivo de los puestos de trabajo.

De cualquier modo, para Beato, op. cit., p. 585, el sistema de la Ley 30/84 no es por sí solo desacertado, aunque sí lo es su plasmación práctica.

<sup>36</sup>Podríamos preguntarnos si es lógico el mantenimiento de la libre designación de funcionarios, aun así concebida: ¿No sería más lógico que los puestos de alta burocracia no se reservaran a funcionarios, sino a personas dotadas con una específica capacidad para tales funciones, sean funcionarios o no lo sean? Quizá dependa del puesto: habrá algunos que, por la naturaleza de sus funciones o del campo concreto de que se trate, deberán ser preferentemente provistos por funcionarios, al ser precisa o conveniente una experiencia de este tipo.

*estructurales al control judicial en relación con simples resoluciones administrativas, totalmente contrario a las exigencias constitucionales.*

De este modo, el sistema no solamente resulta incompatible con los principios constitucionales de mérito y capacidad, sino que, además, se pone en peligro la objetividad de la Administración<sup>37</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el sistema más idóneo sería el siguiente: de una parte, aquellos puestos que impliquen compartir la responsabilidad del programa político tendrán que entrar, por naturaleza, dentro del campo de la confianza política. Pero, aun así, deberían regularse ciertos requisitos de preparación y experiencia para el acceso a tales puestos. Cuando se tratara de estricta dirección burocrática, sólo debería contar el mérito y la capacidad específica para el desempeño de los mismos. Estos últimos deberían estar reservados a funcionarios en la medida en que la naturaleza de sus funciones lo permitiera, ya que supondría un

---

<sup>37</sup>Morell, op.cit., p.101. Además, como también apunta el autor, op.cit., p.97, se produce un vacío en la esfera de la dirección administrativa, para lo que se requiere una especial preparación y capacidad y no sólo la lealtad al superior.

Asimismo, op.cit., p.135, afirma que, en las Corporaciones locales, se ha tratado de suplir ese vacío de la dirección administrativa especializada mediante la figura de los delegados o Directores de servicios de los grandes municipios. Se trata de puestos basados primordialmente en la confianza y destinados al desempeño de áreas de dirección administrativa, lo que a nuestro juicio es criticable.

Por otra parte, otra de las perversiones del sistema es la producida por las especiales características del personal eventual y la práctica en relación con este último. Paradójicamente, la mayoría de estos puestos -como resalta el autor, op.cit., pp.74-75- se cubren en la práctica por funcionarios públicos. De este modo, éstos <<consiguen una mejora, aunque sea transitoria>>, no por su mérito y capacidad, sino por ser leales a sus superiores. Es verdad que el personal eventual cae más allá de la función pública, pero no lo es menos que, en la práctica, resulta una segunda vía de escapatoria de los principios constitucionales referidos en el ascenso -de facto- de los funcionarios -vid. también Morell, op.cit., pp.74-75 y 84-85-. De otra parte, se da el fenómeno inverso -y bastante curioso- de que, como afirma el autor citado, op.cit., p.92, basta que alguien sea nombrado funcionario interino para que pueda acceder a puestos de libre designación.

Pero, más aún, resulta sorprendente que el art.20.2 de la Ley 30/84 refiera estos puestos para los casos de funciones de <<confianza o asesoramiento especial>>. Pues bien, cuando de la confianza se trata, debería tratarse de puestos de gestión política, y no desbordar hacia la gestión estrictamente administrativa. Pero, en segundo lugar, resulta todavía más chocante que las funciones de asesoramiento se reserven a personal de confianza, cuando las mismas requieren de una independencia e imparcialidad incompatibles con aquel carácter.

incentivo para ellos.

Creemos que en este punto debe citarse la STS de 4-11-93 (A.8238). Se trataba de la provisión de una jefatura de sección-nivel 22- a cubrir por el sistema de libre designación. El TSJ de Canarias estimó el recurso; y su sentencia fue confirmada por el TS<sup>38</sup>.

La sentencia de instancia es de gran interés por varias razones: en primer lugar, porque entiende aplicable, aunque no lo diga con claridad, los principios de mérito y capacidad a la provisión de puestos de trabajo en la función pública, y no sólo al acceso a la misma. En segundo lugar, afirma que *la libre designación no puede suponer una marginación del mérito*. Esto, a nuestro modo de ver, sólo puede significar que la designación libre no debe suponer en ningún caso una intromisión del sistema de la confianza política en la

---

<sup>38</sup>SEGUNDO: "El sistema de libre designación, previsto como uno de los mecanismos para la provisión de puestos de trabajo en el art.20 (de carácter básico) de la Ley de reforma de la función pública... otorga a la Administración una amplia *discrecionalidad* para decidir los candidatos que, de entre aquellos que acudan a la convocatoria y cumplan los requisitos mínimos exigidos en la misma, han de cubrir los puestos ofertados, *discrecionalidad a la que no es posible acudir en el sistema de méritos dado el carácter objetivo y estrictamente reglado de ese sistema. Ahora bien, lo anterior no significa que la libre designación atribuya al órgano competente una especie de poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión debe en todo caso ajustarse al interés público que constituye la base y finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo respetarse los principios de mérito y capacidad que el art.103.3 CE... señala como criterios rectores del acceso a la función pública, y ello con independencia del sistema que se siga y de si éste es el de libre designación o cualquier otro, todo lo cual ha venido a ser reconocido en el marco legal de nuestra Comunidad autónoma, ya que el art.78.4 de la Ley de la función pública canaria... indica expresamente que el sistema de libre designación no podrá comportar arbitrariedad en la apreciación de los méritos, por lo que, como señala la STS de 16-5-89 (A.3963), dicho sistema <<no empece sin embargo a que pueda ser apreciada la desviación de poder cuando en la selección de los candidatos se marginal el mérito y la capacidad y se frustra el interés público, pues en modo alguno puede entenderse abierta la puerta a una discrecionalidad absoluta y mucho menos a arbitrarias apreciaciones>>".*

La resolución recurrida afirmaba haberse basado en las siguientes cuestiones: "el grado personal y demás circunstancias y méritos relativos a la antigüedad, titulaciones, experiencia y cursos de formación y perfeccionamiento que concurren en los solicitantes". A la vista de esta motivación, el Tribunal Supremo comparó la situación de las dos oponentes, y llega a la conclusión de que los méritos de la actora eran muy superiores, ya que era licenciada en Derecho -frente a la codemandada, que sólo era Bachiller superior-; once años más antigua; había desempeñado más puestos relacionados con la gestión de personal -sobre lo que versaba el nuevo puesto- y también había realizado más cursos de perfeccionamiento.

función pública, sino más bien un sistema flexible que permita la selección del candidato más idóneo para el puesto de que se trate, cuando sus características hagan inadecuada la selección por un sistema de baremo rígido y requieran más bien una capacidad específica.

Quizá haya influido en esta excelente sentencia el que se tratara de un puesto correspondiente al Cuerpo Administrativo. No está claro que un puesto de nivel 22 -aunque se trate de una jefatura- a desempeñar por un funcionario de grupo C deba ser cubierto por alguien que sea leal a quien está en el poder. Esto podría suponer la conversión del más ínfimo puesto de trabajo en uno de libre designación<sup>39</sup>. Sin embargo, esta loable sentencia no se refiere a esta cuestión, sino que, más allá de ello, reelabora este sistema frente a las degeneraciones que ha sufrido en la práctica<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup>La de 30-11-81 anuló la determinación de la provisión de una plaza de jefe de negociado por este sistema, al no ser presumible que la plaza lo exigiera.

<sup>40</sup>La Sala de instancia concluyó que "si ninguno de los motivos recogidos por la resolución como fundamento de la designación adoptada resulta favorable, en el juicio de comparación efectuado, a la funcionaria nombrada, es obligado concluir que la designación realizada tiene que tener una motivación diferente de la que en ella se expresa, motivación oculta e ignorada que de ningún modo respeta los principios y criterios constitucionales que deben orientar el acceso a la función pública, sin que pueda justificarse la misma sobre la base de la discrecionalidad que corresponde a la Administración, pues cabría admitir un uso razonado y justificado de esa discrecionalidad si en alguno de los apartados o criterios indicados la funcionaria designada hubiera evidenciado alguna condición superior a la de la actora, pero es que en ni uno solo de ellos acredita algún mérito superior al de aquella, lo que permite afirmar que la resolución impugnada desconoce por completo los principios de capacidad y mérito señalados en el art. 103 CE y que tiene una motivación distinta a la que debe guiar a la actividad administrativa..., de tal manera que, a falta de una causa razonable en la que puede darse, es posible calificarla como arbitraria, incurriendo sin duda en la desviación de poder que determina la estimación del recurso entablado".

El párrafo transcrito es importante por varias razones. En primer lugar, la sentencia observa que la motivación externa no se correspondía con la verdadera causa del acto. Sin embargo, no indaga cuál pueda ser esta última; es decir, no se plantea la posible sustitución de los criterios de valoración utilizados por la Administración para confirmar el acto administrativo con base en otros distintos. ¿Por qué no lo hace? Puede que porque no hallara base suficiente, al ser bastante completos los señalados en la resolución impugnada. Puede también que la Sala no se considerara competente para ello, por entender en estos casos existentes límites estructurales al control judicial. Pero esto último no parece lógico, ya que la sentencia realiza un control pleno de la decisión administrativa en cuestión.

Además, la sentencia es interesante porque apunta un posible criterio para



La STS de 4-11-93(A.8238) confirmó la de instancia, salvo en el punto relativo al reconocimiento del derecho de la recurrente a ocupar la plaza. Fundamentó esta autorrestricción a su potestad jurisdiccional en la insuficiencia de datos en poder del órgano administrativo decisorio. Sin embargo, es criticable porque alude también al carácter revisor de la jurisdicción, sin tener en cuenta siquiera lo que dispone el art.42 de la Ley jurisdiccional<sup>41</sup>. Además, la insuficiencia de datos se predica del Consejero y no de la Sala, que disponía de todos ellos. Esto, junto a la expresa alusión a que el sistema era de libre designación, hace pensar que para el TS existe en estos casos un ámbito de libre apreciación donde, salvados ciertos límites, la Sala no debe entrometerse<sup>42</sup>.

En todo caso, no debe olvidarse que el Real Decreto 364/95, establece en su art.56 que la libre designación se motivará simplemente sobre la competencia del órgano y el cumplimiento por el funcionario de los requisitos establecidos en la convocatoria; y su art.58 afirma por su parte que la motivación del cese en uno de estos puestos se hará exclusivamente por referencia a la competencia del órgano que haya resuelto. Esperemos que la jurisprudencia efectúe una interpretación correctora de estos preceptos.

---

diferenciar lo que es razonable de lo que no lo es. Lo que ocurre es que parece identificar lo irrazonable con lo absolutamente carente de fundamento. Obsérvese el paralelismo entre esta sentencia y la de 11-6-91.

<sup>41</sup>"La desviación de poder que justifica la estimación del recurso no acarrea por sí misma la declaración de derechos individualizados porque, aparte del carácter revisor de esta jurisdicción, en el presente caso, en que la desviación de poder proviene de la ausencia de la debida motivación de la propuesta, no se puede prejuzgar el peso que dicha motivación pudiera tener en la resolución de una convocatoria por el procedimiento de libre designación".

<sup>42</sup>En todo caso, el Tribunal Supremo, acertadamente, afirmó también que los principios de mérito y capacidad son aplicables al sistema de ascensos en la función pública y a la libre designación. Esto último es contradictorio con el reconocimiento de límites estructurales al control judicial en este ámbito.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LOS ARTS. 103.3 Y 23.2 CE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Una vez concretado el alcance del derecho reconocido en el art. 23.2 en relación con el 103.3, la consecuencia inmediata es que la fiscalización jurisdiccional del acuerdo ha de ser, en relación al ingreso, ascensos y provisión de puestos de trabajo en la función pública, plena y total, sin más límites que los derivados del razonamiento jurídico<sup>43</sup>. Si la Constitución quiere que se elija al mejor<sup>44</sup>, es evidente que el control judicial deberá, si es materialmente posible, alcanzar a quién sea esa persona; en este sentido, si existen datos y el razonamiento jurídico lo permite, el Tribunal podrá incluso, en su caso, sustituir el juicio de la Comisión y condenar a la Administración al nombramiento del aspirante que la Sala considere más capacitado y con mayores méritos<sup>45</sup>.

En suma, en estos casos no ya es que no exista fundamento constitucional a la discrecionalidad, sino que existe una clara prohibición de la misma en la CE<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup>La STS de 5-10-89(A.6848), aun cuando no llega a tanto, resulta significativa, ya que afirma que la discrecionalidad de que gozan las Comisiones juzgadoras de concursos y oposiciones no excluye el control jurisdiccional; y en este sentido se refiere al control del fin, de los hechos determinantes y la fiscalización a través de los principios generales del Derecho, sobre todo el mérito y la capacidad. Y la STS de 8-7-88(A.5615) señala que la apreciación de los principios de "«igualdad, mérito y capacidad...»" no es discrecional para la Administración, al venir impuestos, aparte de por la legalidad ordinaria, por la Norma Constitucional, en sus arts. 9 y 103".

<sup>44</sup>Aunque dada la configuración legal del derecho, «el mejor» debe entenderse como el que lo sea según esa configuración legal en cada caso.

<sup>45</sup>Piñar, op. cit., p. 148, afirma que "muy bien puede decirse que, entre nosotros, como inmediatamente veremos, y en función del en este punto capital artículo 103.3 de la CE, la discrecionalidad técnica no tiene cabida en el ámbito de los concursos y oposiciones".

La STS de 2-10-65(A.4260) afirma que es de esencia del concurso ir dirigido a seleccionar al aspirante más idóneo. Y la de 15-2-80(A.545) señala que "la mayor idoneidad o cualificación para el cargo constituye un valor fiscalizable judicialmente". En este caso, no existía baremo.

<sup>46</sup>Gallego, en el Prólogo al libro de Mozo -op. cit., pp. 42 ss.-, afirma que la autorrestricción del juez en estos casos lesiona los arts. 24 y 106.1 CE.

Por ello, no estamos en absoluto de acuerdo con la STC 215/91 de 14-11<sup>47</sup>. Esta sentencia resolvió, en sentido desestimatorio, un recurso de amparo interpuesto -una vez agotada la vía judicial previa- contra una resolución de la Comisión de reclamaciones prevista en el art.43 LRU por la que se anulaba la propuesta efectuada para la provisión de una cátedra. Se basaba el recurrente en la falta de especialización técnica de la Comisión del art.43, que debe pues

---

<sup>47</sup>Un comentario a la misma puede verse en Díez Sánchez, J.J., "La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las Universidades", en REDA, nº79, 1993, pp.507 ss. Este autor mantiene una postura sobre el particular diferente a la aquí sostenida. En efecto, op.cit., pp.519 ss., pese a reconocer que las Comisiones evaluadoras tienen como misión seleccionar al mejor candidato, afirma que sus apreciaciones técnicas son insustituibles, ya que existen diversas opciones igualmente válidas y justas. "No hay -me atrevería a señalar con prudencia- candidato <<mejor>> absoluto, sino un <<mejor>> candidato de acuerdo con la valoración imparcial y objetiva que el examinador emite en base a sus méritos y aptitudes". Así, después de reconocer la posibilidad de que órganos no especializados puedan recurrir a la prueba pericial en casos como éste, señala que <<la autorrestricción jurisprudencial>> se fundamentaría, de una parte, en la imposibilidad material respecto a ciertas circunstancias de reproducirlas procesalmente, pero de otra no en la imposibilidad fáctica de ese proceder, sino "en la convicción de que esa sustitución entraña un nuevo juicio técnico, una nueva valoración susceptible de la misma consideración judicial, cuya sustitución desde esa instancia no encontraría fundamento, si no es apoyándose en apreciaciones controvertidas del juzgador". Parece así afirmar que no existen más razones para la restricción del control que las derivadas de la necesidad de que no se sustituya un criterio bien fundado por otro subjetivo y de la irreproducibilidad material de las pruebas. Sin embargo, esto puede dar pie a un margen cognoscitivo de apreciación y no a un margen de discrecionalidad, lo que no se compagina bien con ese <<mejor candidato relativo>>.

A estas palabras subyace -nos da la impresión- la tesis expuesta por A. Nieto García, a que luego nos referiremos. En todo caso, Díez Sánchez clarifica algo que no resulta tan evidente en la tesis del primero: no es lo mismo posibilidad de control que posibilidad de sustitución. Pero, si la Constitución quiere que sea elegido el mejor candidato, los órganos judiciales deben velar porque así sea, y no es lo mismo elegir al mejor que rechazar decisiones flagrantemente erróneas. Y lo primero comporta, siempre que sea materialmente posible, la sustitución judicial.

En suma, la considerable dificultad de control existente en estos supuestos no tiene un porqué suponer, sin más, la existencia de una implícita remisión legal al criterio del órgano calificador, ya que, si son los jueces los titulares de la potestad jurisdiccional, y siendo una cuestión jurídica la de quién sea el mejor candidato, está claro que serán ellos los que, en casos límite, reconocerán -en su caso- un margen cognoscitivo de apreciación al órgano calificador, cuyos límites establecerán ellos mismos en cada supuesto.

Además, si para Garrido Falla, *Tratado...*, cit., p.283, la resolución de concursos y oposiciones es un caso de discrecionalidad <<ante el juez>> pero no <<ante la ley>>, la autorrestricción jurisprudencial no puede menos que lesionar la tutela judicial efectiva, al suponer el establecimiento de límites estructurales al conocimiento exhaustivo del fondo del asunto -máxime, tratándose de una cuestión relativa al derecho fundamental del art.23.2 CE-.

En todo caso, Díez, op.cit., p.521, critica el art.43, por considerarlo innecesario.

Sobre el precepto en cuestión puede verse también la STS de 26-9-90, que afirma que la Comisión no sólo enjuicia las cuestiones formales sino también la posible lesión del mérito y la capacidad, por lo que también conoce del ámbito de la llamada discrecionalidad técnica.

recurrir a asesoramientos de expertos en la materia de que se trate<sup>48</sup>.

El TC entendió que no se vulneraban con ello los principios de igualdad, mérito y capacidad, con base en que la mencionada Comisión, a su juicio, no tiene como función la de sustituir las decisiones técnicas del Tribunal calificador, sino solamente aceptar o rechazar la propuesta, sin poder modificarla<sup>49</sup>. Así, afirma que la Comisión sólo es competente para conocer de las infracciones a los principios de igualdad, mérito y capacidad; y añade que, si la Comisión del art. 43 sustituyera la valoración técnica del Tribunal calificador, se vulnerarían los arts. 23.2 y 103.3 CE<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup>Sobre el art. 43 LRU, puede verse Piñar, op. cit., pp. 145 ss., así como Díez Sánchez, J. J., "Un órgano atípico y conflictivo: la Comisión de reclamaciones del art. 43 de la LRU", cit., pp. 559 ss., quien considera -op. cit., pp. 572 ss.- que esa Comisión tiene competencias materiales y formales; y añade -op. cit., p. 574- que "la singularidad de sus competencias se asienta en el control y revisión de la discrecionalidad técnica o selectiva de la que goza cualquier órgano calificador", ya que tiene facultades para anular la propuesta y declarar desierta la plaza, y no sólo para retrotraer el expediente -op. cit., p. 576-; lo que se fundamenta en su competencia científico técnica -op. cit., p. 578; esta última razón no es de peso, ya que no concurre la nota de especialización-. El autor escribía estas líneas en 1989.

Para el primero de estos autores, "la pretendida soberanía de ésta, tan enfáticamente proclamada por cierta jurisprudencia, como antes vimos, se ventila de un plumazo, al admitir que sus decisiones queden bajo el control de la Comisión que el Rector preside".

<sup>49</sup>El TC se basa, para ello, en la consideración de que la Comisión no tiene posibilidad de actuar cuando el contenido de la propuesta es dejar la plaza desierta: en tales casos, la misma no tiene la posibilidad de declarar apto a ningún candidato. Esta argumentación se considera lógica por Díez Sánchez, op. cit., pp. 512-513.

<sup>50</sup>Ello mismo afirma la STS de 23-2-93 (A. 4956), que, en relación con la comentada en el texto del Tribunal Constitucional, afirma que "la sentencia hace un encomiable intento para distinguir entre el <<núcleo material de la decisión técnica>>, reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien a la postre en este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación por la Comisión de reclamaciones de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que... resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen en el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos".

La sentencia llega a la conclusión de que, en el caso enjuiciado, "no resulta de manera clara y manifiesta que la Comisión haya faltado a los mencionados principios de mérito y capacidad".

En nuestra opinión, el parecer del TC es absolutamente rechazable. En primer lugar, porque la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad hará necesaria, en ocasiones, una revisión total del juicio del Tribunal calificador. Y, si la Comisión de reclamaciones o la Sala de lo contencioso tienen suficientes datos como para saber en cada caso el contenido de la propuesta acorde con esos principios y el razonamiento jurídico lo permite, no se entiende por qué no pueden sustituir la adoptada<sup>51</sup>. Si el mérito y la capacidad se manifiestan precisamente en función de los méritos y conocimientos acreditados por los aspirantes durante las pruebas, no se entiende cómo la Comisión del art. 43 LRU va a poder salvaguardarlos sin efectuar un juicio técnico, ya que el respeto a tales principios depende directamente del acierto de ese juicio, sin que pueda entenderse aquél salvaguardado por el rechazo de decisiones que flagrantemente los lesionen<sup>52</sup>.

Además, la falta de especialización de la Comisión -y de las Salas de lo contencioso- puede ser suplida mediante la prueba

---

<sup>51</sup>En este sentido, y con carácter general, Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, cit., p. 117, aunque refiriéndose en este lugar sólo a las facultades de anulación.

<sup>52</sup>El TC parece entender, en efecto, que basta el rechazo de decisiones arbitrarias que desconozcan de manera evidente los principios de igualdad, mérito y capacidad. Sin embargo, también debe entrar en el control jurídico las infracciones no manifiestas a tales principios. Y, en todo caso, ¿qué es lo manifiesto?

De acuerdo con lo dicho en el texto, el criterio del art. 43, al limitar el papel de la Comisión a aquellos casos en que se ha adjudicado la plaza a algún candidato, resulta un tanto incongruente. En efecto, los principios de igualdad, mérito y capacidad pueden verse también vulnerados aunque la plaza no se adjudique a ninguno, ya que tales principios no sólo valen para una plaza concreta, ni ante una Comisión concreta. Sobre los problemas que plantea la existencia de pluralidad de Comisiones calificadoras en los concursos y oposiciones en relación con el principio de igualdad, puede verse Morange, G., "Le déclin du principe d'égalité dans les concours", en *Mélanges Waline, II*, cit., pp. 621 ss. El autor propugna que cada ejercicio sea valorado al menos por dos examinadores especializados, y que todos los de la misma clase sean evaluados por los mismos examinadores; así como adoptar precauciones para evitar influencias de unos examinadores sobre otros.

pericial<sup>53</sup>.

La STC 110/91 de 20-5 parece entender que siempre que exista error en la valoración de los méritos -donde se incluye haber obtenido más puntuación un concursante con menos méritos que el recurrente- hay lesión del art.23.2. Así, aparentemente considera posible la valoración comparativa entre los participantes.

Un poco más abajo, sin embargo, el TC afirma que

"tampoco la mera discrepancia con el juicio y valoración de los méritos de cada uno de los candidatos, que corresponde al Tribunal calificador dentro de un ineludible margen de apreciación, puede fundamentar la pretendida lesión de los derechos fundamentales alegados al no haberse aportado ningún argumento sólido que permita constatar la arbitrariedad o irrazonabilidad de ese juicio y valoración".

El TC, pues, limita el alcance del control judicial a los casos flagrantes. Pero debemos hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, afirma que, salvo en esos supuestos, no se puede aducir lesión del derecho reconocido en el art.23.2, con lo que no estamos de acuerdo. La sentencia, además, no utiliza el término *discrecionalidad técnica*, sino el de margen de apreciación. Lo que no sabemos es si lo hace correctamente o, por el contrario, se refiere, bajo otro nombre, a la discrecionalidad técnica, ya que no sabemos quién determina el ámbito concreto de ese margen. ni si el mismo determina o no la existencia de una pluralidad de soluciones justas.

---

<sup>53</sup>Lo que significa que no juega aquí el parámetro del auditorio universal. Por otra parte, esto nos sirve para refutar la tesis de Ule, op.cit., p.32, sobre la improcedencia de dicha prueba.

## CAPÍTULO II. LOS ARGUMENTOS LIMITATIVOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

Como ha resaltado Piñar Mañas<sup>2</sup>, existen diversos argumentos limitativos del control jurisdiccional de los concursos y oposiciones<sup>3</sup>. En este sentido, se refiere a la apelación a la soberanía de las Comisiones encargadas de resolver tales concursos y oposiciones y a la discrecionalidad técnica de las mismas<sup>4</sup>. Tales argumentos se hallan no obstante estrechamente relacionados, y en muchas sentencias se utilizan conjuntamente.

Pero también debe resaltarse, como hace el autor citado, la aplicación de las técnicas generales calificadas normalmente como de control y reducción de la discrecionalidad a los concursos y

---

<sup>1</sup>Este control restringido se da incluso en el ámbito del Derecho Comunitario, como nos recuerda Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp.85-86, quien nos recuerda que, según la sentencia Pérez Mínguez, de 20-3-91, dado el secreto de las deliberaciones no cabe el control del Tribunal sino en caso de infracción manifiesta de las reglas del concurso; y añade: "Este control se limita al examen de la conformidad a Derecho de los procedimientos seguidos por la Administración, a la comprobación de la exactitud material de los hechos en que se basa la Administración para tomar su decisión y, por último, en la inexistencia de error manifiesto de apreciación, de error de hecho y de desviación de poder que pudiera viciar la decisión administrativa".

<sup>2</sup>Piñar Mañas, J.L., "El pleno control jurisdiccional de los concursos y opciones", op.cit., p.136.

Para Lagasse, op.cit., p.90, la fiscalización que efectúa el Consejo de Estado belga sobre el Derecho disciplinario es mayor que en el caso del acceso a la función pública porque el funcionario tiene una posición jurídica consolidada de que carece el aspirante. Pero las razones pueden ser más bien otras, como el carácter sancionador del Derecho disciplinario o las mayores dificultades de fiscalización en el caso del acceso a la función pública.

<sup>3</sup>Estos argumentos se han sintetizado por Tardío, op.cit., pp.172 ss.

<sup>4</sup>Este concepto también se aplica a otras materias. Véase Aguado i Çudolà, *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, cit., p.54, quien afirma "la imposibilidad de los jueces de entrara a conocer sobre la valoración de los dictámenes realizados por los laboratorios oficiales especializados" en materia de consumo. El autor no usa el término *discrecionalidad técnica*, pero parece referirse a la misma; de hecho, op.cit., p.93, en relación precisamente a los informes técnicos emitidos en los procedimientos sancionadores en materia de consumo, señala que los mismos "están muy cerca de la denominada discrecionalidad técnica, situación en la que el juez no entra a valorar los hechos fundamentándose en el carácter eminentemente especializado o científico de la actuación administrativa".

oposiciones. Se refiere en este sentido <<al control de los vicios de procedimiento, al control en base a la desviación de poder y a la apreciación de discriminación en la selección de candidatos>>. En este epígrafe, estudiaremos esos argumentos limitativos, aunque también veremos que los mismos ceden cuando se aduce desviación de poder. A la prohibición de discriminación nos hemos referido en buena medida al hablar de la incidencia de los arts. 23.2 y 103.3 CE<sup>5</sup>.

## I. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS ARGUMENTOS

### 1. La discrecionalidad técnica

La actitud generalizada de nuestras Salas de lo contencioso-salvo excepciones- es considerar que estamos ante supuestos de la llamada *discrecionalidad técnica*, por lo que sólo llevan a cabo un control de fondo muy limitado -y eso, cuando efectivamente lo verifican-. Ese concepto, muy utilizado por nuestros Tribunales, se emplea como un tópico de múltiples usos<sup>6</sup>, tal y como hemos visto.

---

<sup>5</sup>Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>, "La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica", en *RAP*, nº 136, 1995, p.331, afirma que existen dos líneas jurisprudenciales: una, que predica un control muy restrictivo o prácticamente inexistente; otra, que considera mayoritaria, que entiende que la discrecionalidad técnica no constituye un obstáculo insalvable para la fiscalización, al considerar viable esta última en casos de desviación de poder o notoria arbitrariedad en el juicio técnico -de entre los exponentes, cita la STS de 8-11-89(A.7828) y la de 27-4-90(A.3568)-. Sin embargo, esta apelación a la notoria arbitrariedad muy rara vez se plasma en una anulación, por lo que a nuestro juicio quizá sea demasiado optimista la actitud de este autor. De hecho, la primera de las sentencias citadas consideró que en estos casos es improcedente la prueba pericial, lo que se contradice con la STC 215/91. La segunda afirma lo mismo, y si bien fiscalizó si las preguntas del test se hallaban o no bien formuladas, se negó a utilizar la prueba pericial para determinar cuál era la respuesta correcta a una de ellas.

El autor añade, op.cit., p.333, como ejemplo de postura avanzada, las sentencias que hacen hincapié en la sujeción de la llamada discrecionalidad técnica a los principios generales del Derecho. Pero esta jurisprudencia no extrae todas las consecuencias del juego de los arts. 23.2 y 103.3 CE.

<sup>6</sup>Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (la STC 97/93 de 22-3)", en *RAP*, nº 133, 1994, pp.298-99, afirma acertadamente que el TC, antes de apelar al dogma de la discrecionalidad técnica, debería aclarar qué entiende por ésta y su ámbito de aplicación.



Pero es sobre todo en materia de acceso a la función pública donde esta expresión se usa con mayor profusión<sup>7</sup>.

Del análisis de la jurisprudencia se desprende que la denominada discrecionalidad técnica se halla estrechamente conectada con la especialización de los órganos encargados de resolver oposiciones y concursos, la supuesta competencia exclusiva de los mismos y la falta de conocimientos técnicos especializados de los Tribunales de justicia. Sin embargo, se utiliza como un tópico más<sup>8</sup>. Debe por otra parte tenerse en cuenta que, como veíamos, la expresión, dadas sus multívocas acepciones y el confusionismo que genera, debería ser desterrada, y sustituida por la de margen cognoscitivo de apreciación, en su caso.

El propio TC se ha hecho eco de la llamada *discrecionalidad técnica* en la sentencia 39/83 de 16-5 y en otras posteriores<sup>9</sup>. En

---

<sup>7</sup>También, en general, en materia de evaluación de aptitudes profesionales, como ocurre en la STS de 20-9-94(A.7131), referente a la denegación de inscripción del recurrente en el Registro de auditores de cuentas. En todo caso, se trata de supuestos de gran dificultad de fiscalización.

<sup>8</sup>Para Tardío, op.cit., p.70, la discrecionalidad técnica casi nunca se usa como argumento independiente en estos casos, sino que normalmente se identifica con el carácter no sustituible del juicio de la Comisión, o se basa en el carácter especializado de la misma, o en la necesidad de recurrir a una apreciación conjunta.

En ocasiones, la discrecionalidad técnica aparece incluso en casos en que ni se da esta especialización técnica, ni se trata propiamente de evaluar méritos o aptitudes demostrados mediante pruebas. Es el caso de la STS de 5-11-90(A.8740), en la que el TS considera totalmente normal que la Administración pueda elegir cualquiera de los tres candidatos propuestos en terna por una Comisión -ésta sí, especializada- formada por expertos en la materia, aun sin motivación alguna que expresara el razonamiento seguido. Como afirma Escribano, *La justicia...*, op.cit., p.369, "la explicación de la discrecionalidad técnica que ofrece el TS no es aceptable, además, pues en la elección de uno de los candidatos propuestos, el órgano administrativo no ejerce ninguna clase de discrecionalidad técnica". Esta sentencia fue confirmada por la 365/93 del TC, antes comentada, que no se basó tanto en la discrecionalidad técnica como en necesidad de evaluar la idoneidad de los aspirantes para el concreto puesto.

<sup>9</sup>Un comentario a la misma, en sentido crítico, en Coca Vita, E., "Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica", cit., pp.1039 ss. Para este autor, op.cit., p.1079, la doctrina de esta sentencia resulta peligrosa, dada la expansividad del concepto, y dado además, op.cit., p.1049, que el TS ni siquiera había fiscalizado los elementos reglados -en el mismo sentido, Del Saz, op.cit., pp.194-95; considera asimismo que estamos ante cuestiones regladas y formales Alonso García, *La interpretación...*, cit., p.472-.

todas ellas, se trataba de juicios sobre la aptitud de los recurrentes para el acceso a la función pública, su permanencia en ella o los ascensos en la misma. En todas ellas también el TC insiste en la especialidad del órgano calificador. Como veremos, hay una notable diferencia entre la primera y las restantes, pero también en éstas se reconoce la existencia de un ámbito de discrecionalidad técnica no sujeto al control judicial sino limitadamente.

En la primera, se trataba de un coronel de la Armada a quien se había clasificado de tal forma que resultaba imposible su ascenso a General, frente a otros más modernos que habían sido clasificados de modo más favorable. El TC, si bien entendió que el art. 40, f) LJCA había sido derogado por la Constitución<sup>10</sup>, desestimó el amparo:

"el fondo del asunto consiste solamente en la discrepancia del recurrente con la clasificación de que ha sido objeto por el Consejo Superior de la Armada para su elegibilidad a empleo de General de brigada, por entender que no se han valorado correctamente sus méritos

---

Vid. asimismo Tardío, op. cit., pp. 166 ss., quien resalta que se trataba de efectuar un juicio estrictamente técnico y que producía efectos jurídicos.

Véase también Piñar, op. cit., pp. 149 ss.; Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp. 41 ss.

Martín-Retortillo Baquer, L., en "Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", cit., pp. 1098-99, señala, en relación con esta sentencia, que existía discrecionalidad; pero también que el Tribunal carecía de los elementos de juicio suficientes para sustituir la decisión administrativa. Pues bien, esto nada tiene que ver con aquélla. En todo caso, op. cit., p. 1079, el autor asimismo afirma el carácter expansivo de la noción de discrecionalidad técnica.

Recoge esta idea de la discrecionalidad técnica en el acceso a la función pública, entre otras muchas, la STS de 2-10-73 (A. 3481) y la de 22-12-75 (A. 4745), que combina dicho argumento con el del carácter vinculante de la propuesta de la Comisión y con las dificultades de enjuiciamiento de fondo inherentes a estos casos. En parecido sentido, la de 28-4-76 (A. 1784) afirma que las ingentes dificultades de control implican el carácter vinculante de la propuesta, dada la especialización técnica de la Comisión; todo ello, a su vez, supone una falta de regulación del modo de examinar, donde radica el margen de libertad o discrecionalidad técnica de las Comisiones. Y la de 23-1-80 (A. 182) insiste en que esa discrecionalidad técnica no debe examinarse, salvo en casos de conculcación de las normas aplicables.

<sup>10</sup>Frente al criterio sustentado por la STS de 24-9-80 (A. 3278), que fue la recurrida en amparo en el caso que nos ocupa. Un comentario a ésta puede verse en Martín-Retortillo Baquer, L., "Evolución reciente del recurso contencioso-administrativo", en *RAP*, nº 95, 1981, pp. 10 ss. Según este autor, el TS, más que entender que faltaban documentos, consideró que el recurrente pretendía que los aducidos por él tenían una importancia mayor.

Una crítica al art. 40 LJ puede verse en González Berenguer Urrutia, "Materia contenciosa...", cit., pp. 160 ss.

Vid. también ATC 60/80 de 22-10.

y demás circunstancias personales, y lo que se pide es una revisión de aquella clasificación. Dado que no se aduce ninguna otra posible causa de anulación de la clasificación impugnada, como podía ser, por ejemplo, la desviación de poder, hay que concluir que el juicio sobre el punto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada, *no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional... por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de las especiales aptitudes para acceder al empleo de Oficial general en el momento en que se produce la clasificación y con proyección al futuro... lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los ejércitos, a quien por su función y conocimiento tiene competencia para lograr una acertada conclusión*".

La argumentación es criticable porque la actividad administrativa es jurídica siempre que tenga efectos jurídicos, aunque para ello haya que realizar una valoración técnica; en otro caso, carecería de sentido la remisión que la LJCA efectúa a la LEC en cuanto a los medios de prueba, y más en concreto, a la prueba pericial. Aun si la Sala hubiera fiscalizado las omisiones del expediente<sup>11</sup>, habría lesionado la tutela judicial efectiva de haber considerado, como hace el Tribunal Constitucional, que la discrecionalidad técnica constituye un verdadero *prius* respecto de la cuestión de fondo, parafraseando la Exposición de Motivos de la LJCA<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>En el proceso contencioso-administrativo se había producido una efectiva indefensión, al no haberse tenido en cuenta en el expediente documentos esenciales y no haberse tratado siquiera de esta cuestión en la sentencia.

<sup>12</sup>En este sentido, Alonso García, E., "El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional", en *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de autonomía*, cit., p.54; Coca, op.cit., p.1076.

El mismo Coca Vita, op.cit., p.1074, se pregunta incluso si esa supuesta discrecionalidad técnica no habría sido precisamente la razón de la exclusión del control judicial de este tipo de actos, dado que las cuestiones formales sí se consideran fiscalizables. Si así fuera, la discrecionalidad técnica entendida como un *prius* sería inconstitucional por suponer una resurrección del art.40 LJ, pero dotada de mayor fuerza expansiva.

Sin negar que en ese caso concreto pueda haber sido así, hay que recordar que existían supuestos excluidos de fiscalización judicial y que, sin embargo, se hallaban en cuanto al fondo regulados con bastante detalle -de modo que poco quedaba para el juicio técnico del órgano administrativo-. Así, para Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., "Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa", cit., p.28, la clasificación para el ascenso debía entenderse, aun con la Ley de 5-12-68, como una cuestión reglada, al menos mínimamente. No obstante, también afirmaba que "cosa distinta sería el considerar como discrecional el ascenso mismo, sobre todo en los ascensos a Oficiales generales, en el que el sistema establecido es el de elección de entre los distintos candidatos ya previamente clasificados como elegibles".

De otra parte, como afirma Coca, op.cit., p.1073, "en el peor de todos los

De hecho, aunque la inadmisibilidad no se puede producir a *limine litis*, por no ser cuestión comprendida en los arts. 61 y 62 LJ, muchas sentencias, referentes sobre todo al acceso a la función pública, utilizan fórmulas estereotipadas en las que se aduce, como cláusula de estilo, que sólo en casos de desviación de poder o error flagrante causante de arbitrariedad manifiesta se puede fiscalizar la actuación de las Comisiones. Da la impresión de que nuestras Salas no entran en realidad en el fondo, aunque digan lo contrario.

Pero, aunque no se admitiera esa premisa, creemos que cualquier limitación al enjuiciamiento de fondo de las resoluciones administrativas no basada en los límites del razonamiento jurídico es contraria a los arts. 24 y 106.1 CE; con mayor motivo, si más que de limitaciones hablamos de exclusiones auténticas<sup>13</sup>.

---

casos, esta conclusión de que se está ante un reducto de discrecionalidad infiscalizable, quien la debe extraer no es el Tribunal Constitucional, sino el órgano judicial ordinario que enjuicie la cuestión, cada cuestión, en su plenitud".

<sup>13</sup>La STS de 23-6-87(A.4281), en interés de la ley, consideró que la decisión sobre la clasificación para el ascenso a coronel del Ejército del Aire constituía un caso de discrecionalidad técnica. La sentencia se basó en que la ley "viene a conferir a los órganos calificadores una amplísima libertad de apreciación de las aptitudes de los interesados, a quienes en absoluto puede perjudicar la introducción de unos baremos que moderarán objetivamente la utilización de aquellas amplias potestades valorativas cuestionadas un evidente carácter de discrecionalidad técnica, no fiscalizable jurisdiccionalmente, en su concreta y directa aplicación valorativa...". Concluyó así que "en lo que respecta a la última de las cuestiones planteadas -declaración del derecho al ascenso del Coronel y del de cubrir la plaza de ese empleo-, los anteriores razonamientos han supuesto la afirmación reiterada de que para los ascensos a Coronel desde el empleo de Teniente Coronel del Ejército del Aire, la Junta de clasificación goza de un cierto ámbito de actuación discrecional, que por referirse a aspectos personales y profesionales de la función militar queda al margen de la fiscalización judicial. De ahí que, si bien es posible que se pueda llegar a una invalidación de esos actos relativos al ascenso a ese empleo, si el Tribunal aprecia infracción del Ordenamiento Jurídico, en los aspectos revisables de las actuaciones discrecionales de la Administración militar, tales como el control de los hechos determinantes, competencia de los órganos intervinientes, procedimiento o fines a perseguir, lo que ya no es jurídicamente correcto es que, con posterioridad a la anulación, tome el Tribunal el puesto de la Administración militar, supliéndola en las funciones valorativas de esos aspectos de los interesados comprendidos en la discrecionalidad técnica".

La sentencia, pues, parece decir que sólo se podrían fiscalizar los hechos determinantes en su misma existencia, pero no la apreciación técnica de la Junta. Tampoco se refiere a la posibilidad de fiscalización de esta última en casos de arbitrariedad o error manifiesto. En cambio, declara fiscalizables los baremos a aplicar: "esta consideración no podía excluir la necesidad de que los baremos, en su caso utilizados, pudieran ser revisados judicialmente, si no en su aplicación, si en su mera existencia y alcance, para medir su concordancia con la normativa legal de directa aplicación...".

En el mismo Fundamento tercero de la sentencia 39/83, el TC sigue diciendo que, de las Disposiciones referentes al tema que nos ocupa vigentes en aquel momento -que establecían la valoración conjunta por el Consejo Superior de la Armada de los datos relevantes-, se desprendía que la competencia exclusiva para llevar a cabo dicha apreciación conjunta radica en ese órgano administrativo, dotado de la necesaria especialización técnica. De este modo, el argumento de la discrecionalidad técnica se combina con el de la especialización del órgano administrativo, y también -aunque no se diga- con el de la supuesta irrevisabilidad de las apreciaciones conjuntas<sup>14</sup>.

La sentencia viene a decir que, por virtud de un precepto legal, se atribuye la competencia exclusiva para enjuiciar esas cuestiones técnicas a quien tiene conocimientos especializados para ello. De manera que el TC parece recoger un doble fundamento de ese exclusivo conocimiento de estas cuestiones por parte de la Comisión: que un precepto legal lo atribuye a ese órgano específico -«por su función»- y que lo hace porque el mismo es el más indicado para ello

---

Es asimismo de hacer notar -ya que tiene interés en relación con algunas de las cuestiones que suscita la sentencia 39/83- que la sentencia consideró que la falta de remisión del acta de clasificación respondía al secreto establecido en el art. 10 de la ley 51/69 d 26-4; lo que, a su vez, responde a que, en estos casos, «la publicidad, llevada a sus últimos extremos, podría comprometer los superiores intereses de la defensa nacional». El Tribunal entendió, además, que la falta de remisión del acta había sido suplida con la del expediente personal, hoja de servicios y el resto de la documentación a que se refiere el art. 11 del Decreto-ley 29/77. En todo caso, desde nuestro punto de vista es dudoso que los intereses de la Defensa nacional se puedan ver en entredicho por la remisión a una Sala de lo contencioso-administrativo de un acta de la Junta de clasificación.

<sup>14</sup>En realidad, esa irrevisabilidad no es tal. Lo que ocurre es que una apreciación conjunta inmotivada es más difícil de fiscalizar que otra en la que se expresen los diversos elementos tenidos en cuenta, el valor relativo otorgado a cada uno de ellos y el enlace entre esta apreciación y el resultado. Pero, cuando no quepa revisar este tipo de apreciaciones por falta o insuficiencia de motivación, las mismas habrán de ser anuladas por esta causa, ya que esa ausencia invierte la carga de la prueba. Cuando la apreciación conjunta se halle motivada, será también más difícil de fiscalizar que otro tipo de supuestos, pero no necesariamente será imposible.

por sus conocimientos técnicos<sup>15</sup>. Pues bien, esa atribución legal en exclusiva opera sólo, en principio, frente a otros órganos administrativos, y no frente a órganos judiciales, que siempre pueden emplear la prueba pericial. Además, existen supuestos en que también quiebra esa competencia exclusiva frente a otros órganos administrativos. Por otra parte, no existe base legal para esa atribución de un espacio de apreciación no jurídica en estas cuestiones, máxime si se tiene en cuenta que la CE quiere que se elija al mejor, precisamente<sup>16</sup>. Por último, la ley no puede conferir discrecionalidad porque ésta no es una potestad.

Es cierto, en todo caso, que la aplicación de la noción que nos ocupa se efectuó aquí en relación con un supuesto, no de acceso a la función pública, sino de ascensos dentro de la misma. Pero creemos- aunque en este punto las opiniones no son unánimes- que también a estos ascensos son aplicables los principios de igualdad, mérito y

---

<sup>15</sup>En el FJ 4º, se sigue afirmando que "no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar algunos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales .....

<sup>16</sup>Por último, la sentencia da origen a confusión, ya que el amparo se solicitó por entender inconstitucional la Ley de 5-12-68 y, sin embargo, se desestimó por otros motivos diferentes, cuando ya hemos visto que el reconocimiento -de admitirse- de la discrecionalidad técnica habría correspondido, al menos *prima facie*, al Tribunal de instancia. En suma, y pese a todos sus esfuerzos, el TC incurre en un claro exceso de jurisdicción.

En todo caso, debe hacerse notar que el derecho reconocido en el art. 24.1 es el derecho a obtener una sentencia *jurídicamente fundada*. Perro vid. STC 58/83.

Creemos que en la demanda del recurso presentado ante el Tribunal Supremo sí podría haberse pedido, y en su caso podría haberse concedido, la reclasificación para el ascenso -no el ascenso seguramente, en la medida en que habría faltado el requisito del acto previo-. Es mucho más difícil de admitir, no obstante, que en la demanda de amparo se hubiera podido solicitar esa reclasificación, ya que en tal caso el Tribunal Constitucional podría invadir funciones judiciales. Vid. Coca, op.cit., p.1047, quien, op.cit., pp.1041-42, insiste en que en el recurso de amparo no se pedía la reclasificación ni el ascenso. En todo caso, el alcance del fallo dependerá del derecho fundamental afectado; de hecho, la STC 193/87 condenó al nombramiento del recurrente como Secretario del Ayuntamiento de León. De cualquier modo, para que el Tribunal Supremo hubiera podido reclasificar al recurrente, tendría que haber dispuesto de todos los datos necesarios. Teniendo en cuenta que el expediente administrativo se hallaba incompleto, difícilmente habría dispuesto de los mismos a menos que el recurrente los hubiera aportado al proceso como medio de prueba.

capacidad<sup>17</sup>.

No es éste el único supuesto en que el TC se ha referido a la discrecionalidad técnica. Recientemente ha tratado esta cuestión en la sentencia 97/93 de 22-3<sup>18</sup>. La misma recayó en un recurso de amparo interpuesto por un cabo primero especialista contra una sentencia del TSJ de Madrid que desestimaba el recurso contencioso-administrativo presentado contra la denegación de la solicitud de adquisición de la condición de militar profesional permanente.

Dicha denegación venía motivada en la evaluación negativa obtenida por el recurrente en varios conceptos de los reflejados en los informes personales sobre él, y de autor anónimo<sup>19</sup>.

El TSJ se basó en la discrecionalidad técnica de la Junta de clasificación y en su carácter de órgano especializado para restringir su enjuiciamiento<sup>20</sup>.

<sup>17</sup>Piñar, op. cit., p. 149, considera que el supuesto resuelto por esta sentencia "no es equivalente" a los casos de acceso a la función pública, por lo que "lo que en ella se afirma no es trasladable a nuestro caso"; de ahí que el autor recalque que el TC reitera que la doctrina es aplicable a ese <<supuesto concreto>>. En todo caso, cuando analicemos la STC 353/93, veremos que el TC sigue recogiendo la doctrina de la discrecionalidad técnica en un supuesto de acceso a la función pública, aunque matiza mucho más que en la comentada.

<sup>18</sup>La sentencia ha sido comentada por Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (la STC 97/93 de 22-39", cit., pp. 287 ss.

<sup>19</sup>Tales informes, de acuerdo con su normativa reguladora, tienen el carácter de información reservada, por lo que sólo pueden ser objeto de una comunicación verbal y global al interesado con el fin de influir en su ulterior conducta. De este modo, el recurrente sólo pudo tener acceso a un extracto de los mismos cuando se remitió el expediente a la Sala.

Nos parece que una interpretación razonable de la normativa que establece el carácter reservado de tales informes no debe conducir a la imposibilidad de remitirlos a una Sala a efectos de formular la demanda. Esa normativa no debe prevalecer contra la prohibición constitucional de indefensión.

De otra parte, parece sorprendente que se admita en nuestro Derecho la eficacia de informes anónimos, lo que es totalmente contrario a la transparencia administrativa.

<sup>20</sup>Asimismo entendió que la evaluación negativa supuestamente no se basó sólo en esos informes, sino también en otros datos que de modo preceptivo o facultativo podían tomarse en consideración en estos casos. Tales datos, sin embargo, no aparecían en el expediente. Al respecto, cabe aducir lo siguiente: en principio, el recurrente debería haber solicitado que aquél se completara con tales datos o informes, excepto algunos que podría aportar el mismo, como los méritos que pudo

En el FJ 1º, el TC empieza por delimitar su ámbito de conocimiento. En este sentido, afirma que sólo le correspondía examinar si la apelación a la discrecionalidad técnica había causado indefensión al recurrente. Llega en este sentido a la conclusión de que ello sólo habría ocurrido

"si el órgano judicial hubiera dado por buena, sin más, la decisión administrativa, sin realizar el exigible control de la misma".

La sentencia supera pues el criterio de la anteriormente comentada de que la discrecionalidad técnica constituye un *prius*, ya que considera necesario que se haga un examen de la misma<sup>21</sup>. De hecho, un poco más abajo subraya la compatibilidad entre la discrecionalidad técnica y la existencia de una base fáctica<sup>22</sup>.

---

haber alegado. Parece pues que se castiga en este punto su falta de diligencia. Pero ya veíamos que en el contencioso-administrativo no existe la carga subjetiva de la prueba, sino tan sólo la objetiva. La Sala debería haber recabado de oficio esos datos.

Por otra parte, la Sala sustituye -mejor completa- los motivos del acto por otros que ni aparecían ni seguramente fueron alegados por la Administración. Esto no es criticable siempre y cuando el Tribunal considere que no existen límites estructurales a su control. Pero en este caso reconoció la existencia de unos límites de base cognoscitiva y de alcance igual a los estructurales.

<sup>21</sup>El Abogado del Estado, por su parte, afirmaba que la decisión de no seleccionar al recurrente no había sido arbitraria, sino razonable y discrecional a la vista de los elementos de juicio preceptivos y facultativos utilizados. Parece pues que el defensor de la Administración no parte de la discrecionalidad técnica como un *prius* infiscalizable, como parecía entender la STC 39/83.

Afirmó también que el recurrente pretendía que el TC sustituyera el criterio de la Junta, lo que a su juicio va más allá de los límites del amparo. Debe tenerse en cuenta al respecto que dicho recurso se había presentado con base en el art. 24, y no en el 23.

<sup>22</sup>Como resalta Peñarrubia, op.cit., p.289, quien considera que se trata de un importante paso hacia delante. El autor concluye, op.cit., p.301, que el enjuiciamiento no es tan mínimo como pretende el TC, ya que se extiende a todos los fundamentos fácticos y datos objetivos que constituían la base del juicio técnico. Considera así que debe distinguirse la parte objetiva de la subjetiva. Pero en gran medida no fue así, ya que el control del Tribunal sobre los datos de hecho dejaba bastante que desear. No obstante, el autor afirma que el hecho de que el órgano judicial aceptara como bastante en ese caso el extracto de los informes no significa que el TC acepte que ésta deba ser la regla general -op.cit., p.306-. Seguramente el autor tenga razón, pero se echa de menos un pronunciamiento expreso en ese sentido.

Sin embargo, como el recurrente no había aducido que la decisión hubiera tomado como base datos que comportaran una discriminación, consideró que el que se hubieran podido tener en cuenta otros no resultaba relevante para el amparo. Desde nuestro punto de vista, debe tenerse en cuenta que el recurso se había interpuesto por supuesta indefensión. Y la falta de documentos esenciales, a nuestro modo de ver, la produce.



Pero, como hemos visto, el TC entiende que dicho examen queda satisfecho simplemente con la comprobación de que la decisión el órgano calificador no resulta manifiestamente arbitraria, aunque racionalmente cupiera una decisión diferente.

La sentencia pues considera que existen límites al control judicial de lo que denomina discrecionalidad técnica, límites que se plasman en la insustituibilidad de un juicio técnico por otro, con base en la especialidad del órgano administrativo calificador<sup>23</sup>.

En todo caso, creemos que, de admitirse la limitación del control, la misma sólo podría estar basada en razones cognoscitivas, como el hecho de ser normalmente los superiores del recurrente quienes mejor conocen sus aptitudes, sobre todo dado que los conceptos en que aquél había sido negativamente evaluado eran el nivel cultural y el conocimiento de la normativa propia. Pero esto debería en puridad suponer que la Sala no debe limitarse a un enjuiciamiento mínimo<sup>24</sup>. Los límites de su control se deberán determinar por la Sala, sin que sea lícito decir *a priori* que el mismo se limita al rechazo de decisiones manifiestamente arbitrarias.

---

<sup>23</sup>Por esta razón, añade que "tampoco cabe hacer censura alguna a que el control judicial de la actuación administrativa no alcance la revisión de lo que propiamente sea discrecionalidad técnica, pues otra cosa más que un control de legalidad supondría la superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el órgano técnico".

Vid. Peñarrubia, op.cit., pp.294 ss., donde afirma que para la sentencia no existe una exención del control, sino sólo límites al mismo. También afirma acertadamente que esa superposición deberá darse siempre que se trate de efectuar un control de fondo, aun cuando entiende que sería ilegítimo sustituir el juicio subjetivo de la Junta por el de la Sala -op.cit., p.298-.

Podemos preguntarnos, al hilo de las alegaciones del Ministerio Fiscal, si sería posible entender que en vía de amparo puede controlarse si la fiscalización del Tribunal -aun admitiendo su limitación- fue suficiente, al amparo del art.24.1. Creemos que sí. Debe recordarse que la STC 63/93 consideró posible que el TC fiscalizara en vía de amparo si la valoración de la prueba en un proceso penal había sido arbitraria.

<sup>24</sup>Es más, como en este caso se trataba simplemente de determinar si el recurrente era apto o no, cabría entender que no cabe reconocer margen cognoscitivo de apreciación alguno, ya que la aptitud se integra en el presupuesto de hecho.

La sentencia 353/93 de 22-11 asimismo ha tratado el tema de la discrecionalidad técnica, esta vez en relación con el acceso a la función pública, si bien introduce algunas matizaciones de interés a la STC 39/83<sup>25</sup>. La que ahora nos ocupa recayó en un recurso de amparo interpuesto por alguien que había sido suspendido en una de las pruebas para Oficiales de la Administración de Justicia<sup>26</sup>.

La sentencia de Tribunal Supremo de 8-11-90, después recurrida en amparo, se funda, en primer lugar, en que no podía existir contravención al principio de igualdad de acceso a la función pública desde el momento en que a todos los opositores se les había dado el mismo trato. Este argumento no nos parece correcto, ya que la igualdad debe conectarse con el mérito y la capacidad. Desde el momento en que se aprueba a un opositor que ha contestado a una pregunta decisiva de manera menos acertada que otro suspendido, el principio de igualdad de acceso a la función pública según el principio de capacidad se ha vulnerado<sup>27</sup>.

La sentencia hace hincapié en la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras, aunque no la llame de ese modo. Así, señala que

"no cabe duda sobre las limitaciones de la revisión jurisdiccional en cuanto afecta al contenido técnico de los ejercicios y en cuanto al acierto o desacierto del planteamiento y resolución de las preguntas formuladas en un cuestionario uniforme para todos tanto en su redacción como al baremo de valoración de las respuestas. Es

---

<sup>25</sup>Para Peñarrubia, "La moderna jurisprudencia...", cit., p.342, esta sentencia supone asimismo un avance respecto de la 97/93, ya que si en ésta se hablaba de un mínimo enjuiciamiento, en la 353/93 se habla de una mera especialidad del control, y no de una exención del mismo.

<sup>26</sup>El recurrente fundaba su recurso en la lesión del derecho reconocido en el art.23.2 CE y, asimismo, en la vulneración de la tutela judicial efectiva por el TS, al negarse a entrar en si el recurrente tenía o no razón acerca de la corrección de algunas de las respuestas dadas por la Comisión y acerca de si la formulación de algunas de ellas era clara o, por el contrario, equívoca.

<sup>27</sup>Es evidente que también podría haber otras preguntas en que la situación fuera inversa, pero ninguna de las Salas entró en ello ni tampoco se había cuestionado por los recurrentes, luego debe presumirse que ello no ocurrió; ni mucho menos se puede desestimar el recurso por ese dato hipotético.

*más, aun aceptando que se produjo confusión en el planteamiento de una pregunta y error patente en la fijación de las respuestas señaladas como correctas para tres de ellas, no es posible concluir, aislando cuatro respuestas de un solo opositor, que esas anomalías justifiquen las pretensiones del recurrente, de que se le declare aprobado e incluido automáticamente en el número de plazas convocadas*<sup>28</sup>.

La Sala pudo decir esto sin necesidad de acudir a la prueba pericial, dado que se trataba de un examen sobre temas jurídicos. Esto no tiene relevancia teórica, pero sí puede tenerla en la práctica, sobre todo si se tiene en cuenta que se trataba de un examen para Oficiales, que no podía tener una extrema dificultad. Además, la prueba era tipo test, que es la clase de ejercicio más susceptible de objetivación en su calificación<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup>La sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Navarra, que fue la dictada en primer lugar, tras afirmar que no se podía apreciar arbitrariedad alguna en la actuación de la Comisión, señaló que la interpretación de algunas de las preguntas no era unívoca y que se prestaban a confusión; e incluso añadió que "puede afirmarse que es muy posible que, más allá de toda duda razonable en la pregunta 82, ha de considerarse acertada la respuesta del opositor, y no la dada por buena por el Tribunal calificador".

Esto significa que la Sala de instancia entró en el fondo del asunto, eso es, en el enjuiciamiento de la corrección en las respuestas dadas y de la claridad de las preguntas. Y no sólo eso, sino que reconoció que algunas de las preguntas estaban mal formuladas y que una de ellas, casi con toda seguridad, había sido bien contestada por el opositor.

<sup>29</sup>Ha aplicado la doctrina de la discrecionalidad técnica a los tests la STS de 8-3-93 (A.2108), que, siguiendo a la de 20-7-91 (A.5614) afirma lo siguiente: "1º. Que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma constante un amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales calificadores de oposiciones y concursos. 2º. Que los posibles errores en las respuestas a ciertas preguntas afectaron por igual, en su caso, a todos los opositores, lo que impide apreciar arbitrariedad dirigida a discriminar a alguno de ellos. 3º. Que incluso aceptando la existencia de error en la respuesta estimada como correcta para algunas preguntas, no es posible aislar y examinar exclusivamente su existencia respecto de un determinado opositor, sólo en cuanto a él y sin tener en cuenta el acierto o error en la respuesta a las demás preguntas".

La sentencia no se apoya pues sobre la discrecionalidad técnica para rechazar la fiscalización de posibles errores en la corrección de un test-prueba objetiva, que en principio debe plantear menos problemas que un examen oral o un tema a desarrollar-, pero, con uno u otro argumento, se niega a efectuar ese enjuiciamiento. Desde nuestro punto de vista, además, la argumentación en ella contenida no resulta correcta. En primer lugar, porque no es necesario que exista una actitud arbitraria y con intenciones discriminatorias para que el acto sea contrario a Derecho. En segundo lugar, porque el examen aislado respecto de un opositor podría haberse soslayado citando en el proceso a los restantes opositores en la misma situación. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que esas personas no recurrieron.

Más adelante trataremos este problema. Adelantemos ahora que, por lo que respecta al aislamiento de ciertas preguntas, se trata simplemente de acomodar los poderes del Tribunal a las pretensiones de las partes. Si había personas disconformes respecto de otras preguntas, podrían haber recurrido. Incluso eventualmente podría haberlo hecho alguno de los aprobados respecto de las preguntas que les fueron calificadas negativamente; en todo caso, quizás estos

Aun aceptando que el TS conciba esos errores como pura hipótesis, lo dicho en el párrafo transcrito nos parece grave<sup>30</sup>. En efecto, la Sala, aun en el caso de que existieran errores *patentes*, habría desestimado el recurso. No son pues razones cognoscitivas, que darían lugar en su caso al reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación, sino unas supuestas razones de principio que la Sala tampoco explicita, las que justificarían esos límites a la revisión judicial<sup>31</sup>. Lo criticable de la sentencia no es pues que desestimara el recurso -en la medida en que pudiera quedar alguna duda acerca de

---

últimos puedan esgrimir como motivos de oposición al recurso la existencia de preguntas calificadas positivamente al recurrente y, según los codemandados, mal contestadas. Pero habría que posibilitar la reconvención en el proceso administrativo.

<sup>30</sup>El recurrente aducía que, si el TS había aceptado ese error patente, debería haber estimado el recurso.

<sup>31</sup>La Sala de Navarra adujo razones de seguridad jurídica para concluir que dicho principio "exige que no puedan discutirse pequeñas imprecisiones y errores que inevitablemente existen en toda calificación humana". A ello se debe añadir, según la sentencia, la imprecisión del lenguaje jurídico y la imposibilidad de que exista una univocidad absoluta incluso en las pruebas tipo test. Esto es, esa imprecisión en el lenguaje explica la existencia de esos pequeños desajustes denunciados -y que, al parecer, según la sentencia, sí existen-; pero el hecho de que no se trate de errores graves ni manifiestos lleva a la Sala a confirmar el acto impugnado. De este modo, el TSJ de Navarra lleva a cabo una autorrestricción de sus facultades, no ya por razones cognoscitivas, sino por no ser los errores detectados de gran magnitud. Así, la Sala reconoce implícitamente un ámbito de esa llamada discrecionalidad técnica en el juicio de las Comisiones calificadoras, ya que se niega a anular el acto por errores <<no manifiestos>>.

La Sala de instancia, en un Fundamento de Derecho aceptado por el TS, afirma además que "ha declarado la jurisprudencia en innumerables ocasiones -STS de 27-6-86 (R.4900)- que los Tribunales de Justicia no pueden sustituir la función de los Tribunales calificadoras de oposiciones, sino que su misión es propiamente controlar la legalidad procedimental de los ejercicios, su ajuste a las bases de la convocatoria, al cómputo de los méritos y, eventualmente, evitar la arbitrariedad o desviación de poder". De este modo, parece aludir, sin decirlo claramente, a las distintas funciones institucionales del Poder judicial y de las Comisiones calificadoras, lo que justificaría ese control judicial restringido. Estas diferentes funciones, en el caso concreto resuelto, no pueden basarse sin embargo en la especialización técnica de esas Comisiones, ya que la Sala posee conocimientos técnico-jurídicos. Simplemente, alude a una constante jurisprudencial, que, como hemos ido viendo, no encontramos correctamente fundada.

La seguridad jurídica es un principio excesivamente abstracto para poder fundamentar un fallo como el del TSJ de Navarra. Debe tenerse en cuenta que estaba en juego un derecho fundamental, que se verá vulnerado -desde nuestro punto de vista- cada vez que ingrese alguien con menos mérito y/o capacidad que otro declarado no apto. Y es justamente lo que quizá pudo ocurrir en este caso. No se puede alegar frente a esto que los errores de la Comisión no fueron manifiestos: precisamente es en las preguntas difíciles, que se prestan a confusión, donde mejor se puede comprobar si el opositor ha comprendido debidamente o no las materias objeto del temario.

la corrección de la calificación efectuada por la Comisión-, sino que lo hiciera con base en criterios distintos de la mera dificultad de enjuiciamiento.

Pasando ya al recurso de amparo, el recurrente aducía la lesión del art.23.2 CE<sup>32</sup>.

El Abogado del Estado recuerda la doctrina del TC sobre la discrecionalidad técnica, pero realiza una interpretación de la misma bastante loable, de manera que el principal fallo que podemos encontrar en lo que de ella dice es, sobre todo, el nombre que le da.

En este sentido, aduce que esa discrecionalidad técnica se resuelve en una presunción *juris tantum* de que la actuación de las Comisiones calificadoras, por su especialización e imparcialidad, ha sido correcta<sup>33</sup>. Considera que esa presunción puede ser desvirtuada cuando se pruebe que su actuación no ha sido *razonable*, bien por desviación de poder, bien por arbitrariedad o por ausencia de justificación posible en el criterio adoptado. Pues bien: el problema radica en la afirmación de que la presunción de razonabilidad sólo puede destruirse por una de esas tres razones. A nuestro modo de

---

<sup>32</sup>Además, en su opinión se había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que tanto la Sala de Navarra como el TS habían efectuado una autorrestricción de su control jurisdiccional, cuando aquélla posee los conocimientos técnico-jurídicos necesarios. En cuanto a esto último, ya hemos apuntado que, desde un punto de vista teórico, es para nosotros irrelevante, ya que cabe siempre acudir a la prueba pericial y valorarla con arreglo a la sana crítica. En cualquier caso, el recurrente acepta la doctrina del TS sobre la discrecionalidad técnica, pero la rechaza en este caso con base en el carácter técnico-jurídico de los conocimientos necesarios. Además, subraya el carácter objetivo de los tests, donde a su juicio debe aplicarse el principio *tertium non datur*; esto es, la respuesta o es acertada o no lo es. En cualquier caso -añadimos-, si no es así es porque la pregunta en cuestión está mal formulada y puede ser impugnada.

Para el Ministerio Fiscal, la sustitución judicial de las valoraciones de las Comisiones calificadoras no es una consecuencia del derecho del art.23.2. Esta afirmación no se razona expresamente, pero parece la consecuencia de la consideración del derecho de acceso a la función pública como de configuración legal, lo que no parece lógico.

<sup>33</sup>Desde nuestro punto de vista, no obstante, si cabe hablar de esa presunción, la misma no debe fundarse en la especialización de la Comisión sin más, sino justamente en la apariencia de corrección y justificación que la obligada motivación de tales juicios supone.

ver, en efecto, esa presunción queda destruida desde el momento en que se acredite un error en esa actuación que afecte a su resultado. Ello es, por lo demás, congruente con la existencia de un *margen de apreciación técnica* a que se refiere el Abogado del Estado y no de discrecionalidad propiamente. Nos hallamos así ante la compleja estructura de ese principio de razonabilidad<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, reafirma su doctrina de la insustituibilidad de las valoraciones de las Comisiones calificadoras, dado el carácter a su juicio no jurídico de estas cuestiones. Para ello, se ampara en que los Tribunales sólo deben enjuiciar cuestiones jurídicas desde parámetros jurídicos; además, los mismos no pueden saber sobre todas las disciplinas y las Comisiones están especializadas técnicamente.

La debilidad de estos argumentos es patente: en primer lugar, porque los Tribunales pueden usar de la prueba pericial<sup>35</sup>. Este mismo argumento sirve también para rebatir el criterio de la

---

<sup>34</sup>En este punto sí tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que el alcance del test de razonabilidad dependerá de la existencia o no de parámetros objetivos que *fuera de toda duda razonable permitan establecer inequívocamente lo que haya de estimarse como respuestas correctas a esas cuestiones*. No obstante, aun esto podría matizarse cuando exista duda razonable, dadas las reglas del reparto de la carga de la prueba. Además, una cosa son los límites del Derecho y otra los del razonamiento jurídico.

Pero además, esto no acaba de casar con la alusión a la arbitrariedad, a la desviación de poder o a la ausencia absoluta de criterio a que el defensor de la Administración alude.

Por lo que respecta al supuesto en que <<podía entenderse posible, más allá de toda duda razonable, que la respuesta correcta era la del opositor>>, el Abogado del Estado afirma que el Tribunal no ha llegado a un convencimiento absoluto. En cuanto a la sentencia del TS, considera el defensor de la Administración que la referencia al error de la Comisión se acepta como una pura hipótesis. Sin embargo, añade que, aun cuando no fuera así, tampoco se habría lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber incluido al opositor entre las listas de aptos. Esta última afirmación no se acaba de entender, a menos que el recurrente ni aun así reuniera puntos suficientes para ser aprobado.

<sup>35</sup>Lo contrario supondría que algo como una declaración de ruina, que se viene fiscalizando desde hace más de cien años por nuestros Tribunales, resulta incontrolable en cuanto al fondo debido a su carácter técnico.

especialización técnica<sup>36</sup>; a mayor abundamiento, en este caso se trataba de pruebas sobre conocimientos jurídicos. En segundo lugar, es absurdo efectuar una distinción radical entre cuestiones jurídicas y otras que no lo son: cualquier dato de hecho se puede convertir en una cuestión jurídica. El criterio para distinguir cuestiones jurídicas de otras que no lo son radica exclusivamente en su relevancia o irrelevancia para el Derecho.

Para el Tribunal Constitucional, la discrecionalidad técnica no es obstáculo a la tutela judicial efectiva;

"lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional -en cuanto la valoración del Tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico- experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una <<presunción de razonabilidad>> o de <<certeza>> de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *juris tantum*, también podría desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado".

En cuanto a la afirmación de que el reconocimiento de la discrecionalidad técnica no supone negación de la tutela judicial efectiva, podemos decir que sí supone una ilegítima limitación a la misma. Es cierto que esta sentencia, al igual que la 97/93, considera posible un control de fondo, aunque limitado, de la llamada discrecionalidad técnica, y no la considera excluida *a priori* de control. Pero esto no es suficiente.

---

<sup>36</sup>A esto último se puede añadir otro argumento: la arbitrariedad o la desviación de poder, por mucho que pretendan tanto el TC como nuestras Salas de lo contencioso, sólo pueden detectarse precisamente enjuiciando la valoración técnica. La cuestión se debe resolver, pues, en términos de una mayor o menor dificultad de control. La STS de 13-6-88 (A.5327) afirma, en relación con un concurso de méritos para la provisión de una plaza de médico en los servicios jerarquizados de la Seguridad Social, que resulta *difícilísimo* sustituir la discrecionalidad técnica por los órganos jurisdiccionales, dada la falta de especialización de estos últimos. No obstante, se refiere a continuación a que, de acuerdo con el baremo, existía una libertad de apreciación conjunta de diversos méritos, por lo que la discrecionalidad era tan amplia que excluye toda posibilidad de control judicial, salvo valoración de méritos que no se hallan en el baremo.

Por otra parte, en el párrafo transcrito se observan graves contradicciones. En efecto, si bien recoge la noción de discrecionalidad técnica formulada por el Abogado del Estado, y que parece bastante correcta salvo en algunos puntos, un poco antes esa misma discrecionalidad técnica se ha basado en que los Tribunales sólo pueden conocer de las cuestiones jurídicas. Esto último no es compatible con la afirmación de que estamos ante una presunción *juris tantum* de razonabilidad, por cuanto esta última sólo podrá desvirtuarse enjuiciando la calificación técnica<sup>37</sup>.

Desde el momento en que la Constitución quiere que accedan a la función pública quienes mayores méritos o capacidad demuestren, esto último se resuelve en una cuestión estrictamente jurídica, y además de relevancia constitucional<sup>38</sup>. Para evidenciarlo, no tenemos más que plantear un supuesto límite: imaginémosnos que la mayor parte de las preguntas estuvieran mal formuladas o que, en más de la mitad de ellas, fuera posible <<más allá de toda duda razonable>>, que el recurrente y no la Comisión hubiera acertado con la respuesta. ¿También entonces nuestras Salas de lo contencioso y el Tribunal Constitucional habrían aludido al tópico de la discrecionalidad técnica?

Da la impresión de que es la preocupación del TC de mantener el amparo dentro de sus justos límites, sin convertirlo en una casación, la razón fundamental por la que sostiene una tan restrictiva

---

<sup>37</sup>Y ello, aun cuando se entendiera el examen circunscrito a la arbitrariedad o la desviación de poder, aparte de que el TC no aduce ninguna razón sólida que justifique esa restricción.

<sup>38</sup>En este sentido, resulta altamente cuestionable la afirmación del TC- conectada con la conceptualización del derecho de acceso a la función pública como de configuración legal- de que "no compete a este Tribunal emitir juicio alguno sobre la corrección de los referidos criterios de calificación, pues dicho juicio se sitúa en el plano de la legalidad ordinaria ajena al amparo constitucional".



concepción del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos<sup>39</sup>. En nuestra opinión, lo que el art.23.2 quiere es que se elija al mejor. Y ello, porque de lo contrario los principios de mérito y capacidad se infringirían. Si debe atenderse exclusivamente al mérito y a la capacidad, lo lógico será elegir a quien mejor reúna tales condiciones. Quién sea éste será, en ocasiones, muy difícil de dilucidar; en algunos casos hasta imposible. Pero ello no es ninguna cuestión de principio<sup>40</sup>.

En cualquier caso, algunos otros argumentos del TC son más plausibles. Así, alude -siguiendo a la Sala de Navarra- a que

"debido a las diversas interpretaciones de que son susceptibles los exámenes tipo test, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión de todo el lenguaje jurídico, el filo de las respuestas no era necesariamente unívoco, quedando por consiguiente sometido a la discrecionalidad técnica y al

---

<sup>39</sup>Quizá podría pensarse que el derecho a la tutela judicial sí exigiría tener en cuenta la posible incorrección de tales criterios, ya que se trata del derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho. Pero este argumento no es válido, ya que entonces el amparo se convertiría en una casación.

Vistas las cosas desde la perspectiva del derecho de acceso a la función pública, la cosa cambia completamente. En efecto, el amparo constitucional no sólo abarca las lesiones al contenido esencial de los derechos fundamentales, sino a todo el ámbito de los mismos -en este sentido, SSTC 39/86, 51/88, 9/88 y 61/89; puede verse también Chinchilla Marín, C. "Nulidad y anulabilidad", en *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, cit., pp.196-197-. En ese ámbito debe incluirse la corrección de los criterios de calificación.

Sin embargo, también esto viene a ser indirectamente negado por el TC. Ello se debe a la peculiar conceptualización que el mismo hace del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Para la sentencia que estamos comentando, se trata de un simple derecho reaccional que impide tener en cuenta condiciones ajenas a la capacidad o el mérito.

La sentencia considera que de lo contrario se estaría confundiendo lo resuelto en el procedimiento selectivo con la lesión del art.23.2, con lo que el TC estaría excediendo los límites de su jurisdicción.

<sup>40</sup>Por otra parte, en ningún momento había pretendido el recurrente -como tampoco el Coronel postergado de la STC 39/83- que el TC sustituyera a los Tribunales de Justicia y a la Comisión calificadora y que le declarara apto. Sólo pretendía que se ordenara al TS a dictar nueva sentencia en ese sentido. El problema es que, si mantenemos ese concepto del derecho de acceso a la función pública, el TC debería en puridad instruir al Supremo acerca del contenido de la sentencia a dictar. Y eso no parece lógico.

En cualquier caso, normalmente no nos encontraremos ante esa tesitura, dado el margen cognoscitivo de apreciación que habitualmente habrá que reconocer.

La STC 7/94 de 17-1 plantea precisamente el problema de los límites de la jurisdicción constitucional respecto de la ordinaria en los recursos de amparo.

margen de apreciación del Tribunal calificador"<sup>41</sup>.

En este punto, pues, el TC parece aludir a la extrema dificultad de control que presentan supuestos como el enjuiciado, y que deben resolverse en el reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación. Pero, como ya hemos afirmado más arriba, ese margen se funda, por definición, en razones puramente cognoscitivas y sus límites no son otros que los del razonamiento jurídico, sin que su existencia suponga una pluralidad de soluciones justas. Y eso es incompatible tanto con la afirmación del TS de que, si por hipótesis se hubiera demostrado el error, no obstante la revisión judicial seguiría teniendo sus límites, como con el reconocimiento por el TC de la discrecionalidad técnica. Discrecionalidad técnica entendida en el sentido tradicional y margen cognoscitivo de apreciación son conceptos incompatibles, al menos desde el punto de vista teórico<sup>42</sup>.

Otra reciente sentencia del TC que se refiere a estas cuestiones es la 34/95 de 6-2, relativa asimismo a las pruebas de

---

<sup>41</sup>La STS de 29-7-94 admite la validez de diversas respuestas, al ser razonables tanto la del opositor como la de la Comisión y negarse a sustituir el criterio de esta última.

Sobre las pruebas tipo test, vid. asimismo STS de 27-4-90 (A.3568), sobre provisión de plazas de ginecólogos del INSALUD. La misma, y ante la alegación de que algunas preguntas se hallaban mal formuladas, tras afirmar que en este tipo de pruebas la comprensión del significado de la pregunta no puede aislarse de la respuesta, pasa a analizar si efectivamente aquéllas no estaban bien planteadas -si bien el examen que efectúa es gramatical-.

<sup>42</sup>Si es atendible, por el contrario, la afirmación del TC de que "en momento alguno en las sentencias impugnadas se reconoce ni se estima acreditado que el recurrente en amparo debió obtener una puntuación superior a la de otros opositores incluidos en la lista de aprobados...". Sin embargo, aun a esta aseveración puede hacerse alguna apostilla. En efecto, una cosa es que el TSJ o el TS hubieran llegado a la conclusión de que quedaba alguna duda sobre la corrección de las respuestas o sobre la claridad de las preguntas. Pero, si no hubiera sido así, habría resultado incorrecto e incluso probablemente contrario a la tutela judicial efectiva no indagar si ello implicaba o no la inclusión del recurrente en la lista de aprobados.

La timidez de esta sentencia es posiblemente la causa de que la del TS de 1-3-94 (A.1627) afirme que la discrecionalidad técnica cede ante el dolo, la coacción, infracción de normas reglamentarias o la desviación de poder, y añada que esta doctrina se contiene en la STC 353/93.

acceso al cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. El TC desestima el recurso de amparo presentado.

En esta ocasión, el recurrente había superado el primer ejercicio. Sin embargo, en el segundo, consistente en una prueba tipo test, fue declarado no apto por haber alcanzado la puntuación de 66, siendo la mínima 67. Presentó así un recurso ante el Ministro de Justicia, quien pese a entrar en el fondo lo desestimó.

La Sala de instancia consideró que había existido un error en la determinación por la Comisión de la respuesta acertada a una de las preguntas, de modo que la contestada por el recurrente había de entenderse correcta. Se basó para ello en que las apreciaciones de las Comisiones son revisables con base en la prueba pericial practicada por profesionales de igual o superior cualificación, prueba pericial que además entendió en el caso concreto innecesaria por versar los ejercicios sobre materias jurídicas.

El TS, en su sentencia de 8-10-93(A.7228), con base en la discrecionalidad técnica, estima el recurso interpuesto y le declara no apto. Se basó en que esa discrecionalidad técnica no se respetaría si se admitiera en estos casos la prueba pericial, ya que entonces el perito y el Tribunal sustituirían a la Comisión. Ya hemos visto que el propio Ministerio de Justicia parece ignorar la insustituibilidad como consecuencia necesaria de la especialidad<sup>43</sup>.

El recurso de amparo se basó en la supuesta infracción de los

---

<sup>43</sup>La STS de 30-9-93(A.6564) también estima el recurso contencioso-administrativo presentado contra la sentencia de instancia, que había declarado apto al recurrente al estimar que una de las respuestas dadas por éste era, frente al criterio de la Comisión, correcta. En este caso no se había recurrido a la prueba pericial, al tratarse de unas pruebas de acceso al cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia; pero el recurso se estimó con base en la discrecionalidad técnica.

arts.14, 23.2 y 24.1 CE<sup>44</sup>.

El TC, si bien afirmó que

"de la CE se desprende un diseño de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes -que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal- no se produzcan exenciones a la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia",

añade que este principio es susceptible de excepciones, una de las cuales es precisamente la discrecionalidad técnica, cuyo fundamento radica en la especialización de ciertos órganos administrativos. Añade además, siguiendo a la STC 353/93, que esa discrecionalidad técnica supone una presunción *juris tantum* de razonabilidad, que se puede no obstante desvirtuar

"si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado"<sup>45</sup>.

La sentencia concluye que el recurrente había solicitado en vía contencioso-administrativa la declaración del error de la Comisión y su inclusión en la lista de aspirantes que habían superado las pruebas; y afirma que aquél alegó y probó dicho error. Sin embargo, añade que pedía además que

"la Sala tomase partido por la interpretación sostenida por la actora en cuanto a que la respuesta posiblemente más acertada es distinta de la que en su momento seleccionó la Comisión calificadora, computando como válida la respuesta por ella alegada, y

---

<sup>44</sup>El Abogado del Estado entendió que el TSJ había sustituido a la Comisión con un criterio al menos tan discutible como el de la misma. Este último, además, se había aplicado a los restantes opositores, por lo que no había de sustituirse por otro distinto respecto de participantes determinados. Nos remitimos a lo que diremos más abajo.

<sup>45</sup>Añade de este modo:"el recurso interpretativo del que se habla, en cuanto recorta las facultades de control del juez, sólo puede considerarse compatible con el diseño constitucional antes descrito en la medida en que contribuya a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración, eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la ley, de parte de los órganos judiciales".

diferenciándola del régimen de calificación por el que se regulan los demás opositores. *Esta solicitud excedía con mucho del control jurídico que incumbe realizar a jueces y Tribunales en virtud de lo antes expuesto, pues traería consigo la sustitución del criterio del órgano jurisdiccional al del órgano calificador. Por ello, no puede entenderse contraria al art.24 CE la resolución judicial que, consciente de ello y exponiéndose en esos términos, se abstiene de realizar un control de esa naturaleza*"<sup>46</sup>.

Pese a que de modo evidente esta doctrina es mucho más progresiva que la de la sentencia 39/83, se sigue quedando corta, sobre todo desde el momento en que reconoce que el recurrente había alegado y probado el error<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup>Lo que no nos dice el TC es si habría lesionado, por exceso, la tutela judicial efectiva una sentencia como la de instancia.

<sup>47</sup>La STS de 9-3-93(A.1558), afirma -recogiendo un Fundamento de Derecho de la sentencia apelada- que "la actuación de los Tribunales de exámenes, compuestos por personas conecedoras de la materia que han de calificar e independientes de los intereses de los examinados, merecen en principio la presunción de acierto, que sólo puede ser destruida por pruebas de hechos ciertos que lleven a la conclusión de que han actuado con *dolo, abuso de derecho o infracción de la normas que rigen el proceso de las pruebas de aptitud*, y tiene una discrecionalidad, no absoluta pero sí proporcionada a sus conocimientos y calificaciones que han de otorgar...". Démonos cuenta de que esta sentencia, pues, no apela siquiera al principio de razonabilidad como límite a esa supuesta discrecionalidad técnica.

Por otra parte, resulta más que discutible esa presunción de acierto de las Comisiones calificadoras. Desde luego, no se puede aducir en su favor la genérica presunción de legalidad del acto administrativo. En cuanto a que las personas que forman tales Comisiones son independientes, es cierto que en principio está pensado que así sea. Pero también lo es que, en la realidad, y sobre todo cuanto más pequeña es una Administración, desgraciadamente son frecuentes los casos en que dicha independencia se revela como puramente formal.

La STS de 13-3-91(A.2279) afirma que las causas de la discrecionalidad técnica radican en los especiales conocimientos de la Comisión, su presumible imparcialidad y su intervención directa en las pruebas selectivas.

## 2.El carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

El único sentido viable del carácter revisor es, en nuestro Derecho vigente, la exigencia de acto administrativo previo para poder acudir a la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, se utiliza como un tópico en los más variados sentidos, de modo que su invocación, las más de las veces, no significa nada<sup>48</sup>. Además, la jurisprudencia también rechaza la sustitución del juicio de tales Comisiones por otros órganos administrativos, de cuyas funciones en modo alguno se puede predicar el carácter revisor.

Más todavía, esa cualidad principalmente sería un obstáculo a la posibilidad de sustituir el juicio de la Comisión y declarar el mejor derecho de un candidato a obtener la plaza<sup>49</sup>. Pero, dejando

---

<sup>48</sup>Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., p.98, afirma que "la insustituibilidad por el juez de las decisiones de la Administración, la distinción entre legalidad y oportunidad, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la llamada discrecionalidad técnica y toda la serie de presuntos dogmas entre los cuales se debate con suerte varia la jurisprudencia de nuestros días, bajo la presión contraria que sobre ella inevitablemente ejercen los principios y preceptos de la Constitución vigente, tienen su origen, precisamente, en esa construcción inicial y claramente artificiosa de un proceso, excepcional y limitado, surgido empíricamente para corregir, en interés de la propia Administración, los errores más graves en que pudieran incurrir unas decisiones administrativas que, por discrecionales, se consideraban en principio enteramente libres". Pero esto, hoy día no tiene razón de ser con carácter general, y menos aún en el ámbito de los concursos y oposiciones. Además, incluso en Estados Unidos en muchos casos la actitud de los Tribunales es similar.

La STS de 21-1-87(A.258) apela a ese carácter revisor para declarar su incompetencia a la hora de sustituir los juicios técnicos de las Comisiones calificadoras. Vid. también la STS de 5-12-92(A.895,1993).

Una crítica a este argumento puede verse en Tardío, op.cit., p.172 ss., quien resalta que en la jurisprudencia ha servido tanto para eludir el control de fondo como para soslayar la aplicación del art.42 LJ.

Igual de absurdo es el argumento de que el acto ha creado derechos a favor del nombrado. Tan absurdo que no creemos necesario comentarlo; no obstante, vid. Tardío, op.cit., pp.187 ss.

<sup>49</sup>Según Sánchez Blanco, op.cit., p.569, incluso las sentencias más progresivas no suelen ir más allá de la retroacción del expediente.

Puede verse la sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Zaragoza de 26-11-88, que por esta razón -unida a la falta de datos- desestima la pretensión de adjudicación de la plaza al recurrente, pese a haber anulado la propuesta por falta de motivación.

La STS de 13-4-77(A.1573), tras afirmar la soberanía y discrecionalidad técnica de las Comisiones, resaltó que una revisión de los méritos excedería de la facultad revisora; por lo que a lo sumo podría lograrse en vía contenciosa la

aparte que el supuesto es enteramente subsumible en el art.42 LJCA, de alguna sentencia se desprende la sinrazón del uso del carácter revisor para estos supuestos. Así, la STS de 24-2-84 (A.1114), que se enfrentó a una decisión que declaraba desiertas las dos plazas convocadas, declaró el derecho de la recurrente a obtener una de ellas. Uno de sus argumentos precisamente fue que nadie más había recurrido, por lo que podemos extraer la conclusión de que, al tratarse de un concurso de méritos, el TS encuentra capacitado para declarar que en la demandante concurrían los bastantes. Pero no sabemos qué habría pasado si en vez de una persona hubieran recurrido tres. La sentencia demuestra que bajo el carácter revisor se esconde el miedo de nuestros Tribunales a realizar juicios sin suficiente base objetiva en este ámbito<sup>50</sup>.

---

nulidad del expediente con retroacción de actuaciones. La de 8-7-94 (A.6478) se basa en la antigua exigencia de retroacción de actuaciones en caso de revisión de oficio. Pero, como resalta Pérez Luque, op.cit., p.2187, el Real Decreto 364/95 de 10-3 ha suprimido esa exigencia, que antes se recogía en el art.20.2 del Real Decreto 2223/84. ¿Estamos ante un intento del autor del reglamento de superar todos esos tópicos?

<sup>50</sup>Fernández Pastrana, J.Mª, en "De nuevo sobre la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad", cit., pp.129 ss., comenta esta sentencia; y hace notar, además de lo dicho en el texto, que otra Comisión había declarado que la recurrente tenía bastantes méritos para ocupar una plaza igual en otra provincia. Afirma asimismo que, aunque la razón esgrimida para apoyar el fallo fue la economía procesal, podrían haberse dado otras, tales como la desconfianza en el órgano calificador. El autor concluye que si así fue, en realidad la Sala estaba presumiendo la existencia de mala voluntad en el mismo, aunque no llegara a probarse la desviación de poder.

La STS de 26-9-94 (A.7110) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un aspirante a policía autonómico declarado no apto en período de prácticas, pero no reconoce la situación jurídica individualizada del derecho al cargo policial sino tan sólo la de aspirante. Pero lo hace porque "la consolidación del derecho al cargo depende de la correcta valoración de las actividades desarrolladas en el período de prácticas a través de los cauces previstos reglamentariamente. Valoración que no puede ser sustituida por la apreciación que se pide a la Sala por carecer las actuaciones practicadas de los elementos ilustradores necesarios para la formación del juicio requerido". Ni rastro de tópicos ni de discrecionalidad técnica. En cambio, la de 3-10-89 (A.6848), que resuelve un supuesto similar con el mismo fallo, sí alude a la discrecionalidad técnica, aunque afirma que la misma se sujeta a los límites jurídicos generales.

En cambio, en la de 8-7-94 (A.6478), dictada en interés de la ley, se afirma que la sustitución, en las oposiciones, no es viable ni siquiera en los casos de desviación de poder o arbitrariedad, en cuyo caso lo máximo que se puede obtener es la anulación. La desviación de poder o la arbitrariedad no fundamentan por sí mismas la sustitución judicial, ya que para esto último es preciso que el

### 3. La supuesta soberanía de las Comisiones calificadoras

Este argumento resulta todavía más sorprendente: la soberanía, obviamente, sólo corresponde al pueblo, y no a ninguna Comisión calificadora; además, no puede hablarse de soberanía en estos casos porque la misma es un poder sin límites jurídicos, y en estos supuestos las Salas entienden esa soberanía siempre *salvo desviación de poder*<sup>51</sup>.

### 4. El <<carácter no jurídico>> de las apreciaciones técnicas referentes a la aptitud para el acceso a la función pública

La alusión, no menos chocante, al <<carácter no jurídico>> de estas cuestiones>>, conduciría a aplicar la tesis de la irrevisabilidad a todos los sectores del actuar administrativo<sup>52</sup>.

---

razonamiento jurídico permita, desde los datos disponibles, determinar cuál ha sido la mejor solución.

<sup>51</sup>Vid. SSTS de 27-6-86 (A.4900), 12-6-91 (A.7576) y 22-11-83 (A.5427). La de 2-5-72 (A.2167) y la de 27-10-83 (A.4282) combinan este argumento con el del carácter revisor. La de 25-2-94 (A.1301) sigue hablando de la exclusiva soberanía de la Comisión juzgadora de un concurso.

La STS de 17-4-86 (A.2795) se refiere también a la <<soberanía o discrecionalidad>> de las Comisiones para juzgar los ejercicios realizados. La discrecionalidad -inevitablemente- no puede identificarse con la soberanía; es más, son dos nociones que no tienen nada que ver.

Se manifiesta absolutamente contrario a este argumento, así como al de la discrecionalidad técnica, Piñar Mañas, op.cit., p.136 y pp.142-143.

Fernández Rodríguez, op.cit., p.43, afirma que o las Comisiones son verdaderamente soberanas, en cuyo caso el control es jurídicamente imposible con independencia de su mayor o menor dificultad, o no lo son, en cuyo caso los Tribunales deberán recurrir a peritos si es necesario. Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op. cit., pp.135-136, ha criticado esas afirmaciones de Fernández Rodríguez, en la medida en que considera que el juicio de tales Comisiones no es soberano pero tampoco totalmente controlable, ya que su actuación está sujeta, en su opinión, a fiscalización, aunque no de los aspectos técnicos sino de los propiamente jurídicos. El problema es si esos aspectos técnicos y los jurídicos son realmente inescindibles, lo que probablemente subyace a las afirmaciones de Fernández.

<sup>52</sup>Nieto García, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pp.276 ss., denuncia los riesgos que, a su juicio, puede producir la utilización por los Tribunales de parámetros <<extrajurídicos>>.

Esta separación entre cuestiones jurídicas y cuestiones técnicas se ha tratado de llevar -en ocasiones- a otros campos. Concretamente, en el caso resuelto



Este peregrino sofisma -que ha llegado hasta el mismo Tribunal Constitucional, como hemos visto- de la distinción entre cuestiones técnicas y cuestiones jurídicas es además peligroso, por su

---

por la STS de 15-4-87(A.2512), el Abogado del Estado aducía que la determinación de la superficie sujeta al antiguo impuesto de plusvalía era un tema técnico, ajeno a la valoración jurídica. La Sala, acertadamente, rechazó este planteamiento.

La STS de 3-11-80, referente a un acuerdo denegatorio de autorización para instalar una industria lechera, afirmó que "el juicio económico no puede reducirse a los datos manejados por los órganos que dictaron las resoluciones impugnadas", y acabó estimando el recurso con base en que la industria cumplía las condiciones mínimas, se encontraba a una racional distancia de otras, y en que, al ser la plantilla reducida, no se crearían problemas laborales excesivos para el caso de su improbable inviabilidad. Juicio económico, dice la sentencia; pero -añadimos nosotros- con consecuencias jurídicas, y, en esa medida, jurídico. Si el TS hubiera considerado que el juicio, por ser económico, no podía revisarse por los jueces, el derecho a la libertad de empresa habría sido gravemente puesto en tela de juicio.

Como nos recuerda Martín González, op. cit., p. 246, en la doctrina tradicional se consideraba que el juez sólo podía utilizar la técnica estrictamente jurídica.

La STS de 10-2-87(A.580), referente a un concurso de méritos, empieza distinguiendo dos tipos de cuestiones diferentes que se suscitaban en el recurso de apelación: "una, referente a interpretaciones o apreciaciones jurídicas, de la competencia de los órganos jurisdiccionales; otra, aplicación de las valoraciones sobre los méritos de los concursantes, cuya decisión incumbe al organismo encargado de esa función, de carácter técnico; en el primero se encuentra la exigencia del título necesario para acudir al concurso, la interpretación de cuál ha de ser la formación hospitalaria exigida y la disconformidad de los baremos con lo resuelto en la sentencia de la Audiencia Nacional...".

De este modo, esta sentencia recurre a la distinción entre las cuestiones jurídicas, de competencia de los Tribunales, y otras cuestiones ajenas a la competencia de los mismos, como son las referentes <<a la aplicación de las valoraciones sobre los méritos de los concursantes>>, esto es, la valoración de cada mérito en sí mismo y en relación con el conjunto. Aparece la distinción entre cuestiones jurídicas y técnicas.

Entre lo que la sentencia considera cuestiones jurídicas se encuentran los requisitos para el acceso a la plaza correspondiente. Pero tales requisitos son de carácter objetivo. Así, en el Fundamento tercero se estudia el tema del título exigido. Por lo que respecta a la formación hospitalaria, la sentencia considera que viene referida a haber ostentado la cualidad de médico interno; y adujo que el demandado había recibido una formación superior por haber sido alumno interno durante la Licenciatura. ¿Considera la Sala asimismo cuestiones jurídicas la determinación de la existencia y el valor de los méritos objetivos, reglados o matematizables? Es más, en cuanto a los requisitos de acceso al concurso, ¿habrían sido considerados como cuestiones jurídicas por la sentencia de haber requerido algún tipo de valoración técnica la estimación de su concurrencia? El voto particular a la STS de 23-6-92 considera esta posibilidad irrazonable, ya que permitiría un rechazo a *limine* por condiciones que no siempre son totalmente objetivables.

La sentencia de 10-2-87 acaba concluyendo: "QUINTO. Desestimados los motivos jurídicos para fundar la apelación, ya contenidos en la demanda, las otras cuestiones exceden de la competencia y atribuciones de los Tribunales jurisdiccionales, al referirse a conocimientos científicos o técnicos, necesarios para el ejercicio de una actividad médico-quirúrgica, que ha de ser apreciada por la Comisión, Junta o Tribunal correspondiente, sin que se aprecie infracción en la actuación de los mismos del órgano calificador, de disposiciones legales o reglamentarias que lleven a la nulidad de sus acuerdos; por lo que ha de ser desestimada la apelación, y confirmada la sentencia recurrida".

El TS parece así rechazar cualquier otra causa de nulidad o anulación que no sea la infracción de un precepto escrito, aunque suponemos que habría admitido, en su caso, la desviación de poder.

expansividad<sup>53</sup>. En efecto, el Derecho regula realidades, que tendrán una mayor o menor complejidad técnica, pero que no pueden ser indiferentes al mismo desde el momento en que les atribuye consecuencias jurídicas<sup>54</sup>.

A este respecto, debe hacerse notar que la distinción entre lo técnico y lo jurídico es plausible siempre y cuando se parta del ámbito de lo jurídico y no del ámbito de lo técnico<sup>55</sup>.

### **5. La especialización técnica de las Comisiones evaluadoras y su competencia exclusiva para la valoración de méritos y conocimientos**

Estudiamos conjuntamente ambos argumentos porque se hallan estrechamente relacionados, de modo que en muchas sentencias se utilizan de modo conjunto.

El argumento de la especialización técnica de las Comisiones,

---

<sup>53</sup>En este sentido, Coca, "Legalidad....", op.cit., p.1079.

<sup>54</sup>La STS de 27-3-79 afirmó que "la jurisdicción no puede inmiscuirse en las apreciaciones de la Administración que supongan opciones técnicas o de decisiones de política urbanística, en cuanto ello representaría una sustitución de funciones irremplazables, por lo mismo que no puede sustituirla en la adopción de criterios sociológicos, económicos o políticos, según destacó la sentencia de 12-10-72". Creemos que el párrafo transcrito no merece ulterior comentario.

En el sentido del texto, Martín González, en "El grado de determinación legal...", cit., p.208, afirma que "creemos, por el contrario, que cualquiera que fuera la naturaleza, originaria o derivada, de la norma o del concepto (social, moral, religiosa, técnica...), una vez que ha sido absorbida por el Ordenamiento jurídico, se ha ineludiblemente convertido en jurídica".

<sup>55</sup>Así lo hace, de modo absolutamente correcto, García de Enterría, en "La lucha contra las inmunidades del poder...", cit., pp.172-173: "en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la ley -por hipótesis-, no nos da resuelta, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia a que el concepto remite y que deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión...". Por el contrario, cuando habla de la discrecionalidad afirma que "aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste precisamente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden ser jurídicamente fiscalizados". La cuestión se traslada entonces a saber cuándo existe discrecionalidad, cuál es el ámbito concreto que cubre; y, más todavía, si es legítima su existencia en las resoluciones administrativas.

frente a su ausencia en los Tribunales, aparentemente podría tener mayor envidia que los anteriores. Pero ya hemos visto que existen comisiones no especializadas a las que sin embargo nuestras Salas siguen reconociendo discrecionalidad técnica<sup>56</sup>; además, en todo caso cabe recurrir a la prueba pericial<sup>57</sup>.

También la STC 39/83, antes comentada, recoge este argumento de la especialización técnica del órgano competente, que combina con el de la supuesta irrevisabilidad de las apreciaciones conjuntas<sup>58</sup>.

En cuanto a la *competencia exclusiva* que el Ordenamiento confiere a estas Comisiones para enjuiciar los méritos y conocimientos de que se trate<sup>59</sup>, la misma no se predica sino

---

<sup>56</sup>Peñarrubia Iza, "La moderna jurisprudencia....", cit., p.342, afirma, con base en el art.43 LRU, que la moderna legislación conduce al enjuiciamiento de la discrecionalidad técnica en materia de personal, incluso en vía administrativa.

<sup>57</sup>La STS de 28-3-70 declaró improcedente la prueba pericial en un caso de acceso a la función pública por entender que esas cuestiones técnicas van más allá de la competencia del orden contencioso-administrativo.

<sup>58</sup>Así, en el FJ 3º, se afirma que, de las disposiciones aplicables, "resulta claro que esa valoración conjunta de las diversas circunstancias que concurren en un oficial de la Marina para su aptitud previa al ascenso no puede hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello, en este caso el Consejo Superior de la Armada, y no los Tribunales de justicia, de donde se deduce que, habiéndose fundado expresamente la desestimación del recurso contencioso-administrativo en dicha causa, hay que entender que la sentencia impugnada no vulneró la tutela judicial efectiva del recurrente".

<sup>59</sup>La STS de 18-7-88(A.3639) afirma la competencia exclusiva de la Comisión, con base en su especialización técnica, que no es presumible en el superior jerárquico ni en los Tribunales. Recordemos que, en el caso resuelto por la STC 34/95, el Ministerio de Justicia entró en el fondo del asunto.

Vid. STS de 31-1-73(A.182) o la de 3-2-72(A.3302). Puede asimismo consultarse Gimeno Feliú, J.Mª, "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en la aplicación de baremo", en REDA, nº 63, 1989, p.486.

La STS de 21-1-87(A.258) señala que "la Administración se encuentra, en principio, vinculada por las resoluciones de los Tribunales u órganos calificadores designados para juzgar las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública, y prueba de que las calificaciones efectuadas por aquéllos no pueden ser sustituidas por una decisión de la Administración es que, cuando ésta revisa, conforme a los arts.109 ss. de la LPA... (o en vía de recurso), las resoluciones de esos órganos, deben activarse de nuevo las pruebas y trámites afectados por la irregularidad. Así se dispone en el art.10 del Reglamento de oposiciones y concursos, aprobado por Decreto 1411/68 de 27-6... y se reitera en el nuevo Reglamento General para el ingreso de personal al servicio de la Administración del Estado....". La sentencia añade así el argumento basado en tales preceptos reglamentarios, frente al criterio de diversas sentencias de la Sala de Valencia, que habían aplicado directamente el art.93 LPA. En todo caso, recuérdese que el nuevo Reglamento no incluye esa previsión.

respecto de otros órganos administrativos, y no en relación con los órganos judiciales<sup>60</sup>. Otra interpretación haría inconstitucional la norma atributiva de competencia exclusiva, al menoscabar la función constitucional de juzgar<sup>61</sup>. Además, ya hemos visto que la discrecionalidad no es propiamente una potestad, y, por tanto, no se atribuye por norma alguna.

Intimamente conectado con este argumento se halla el del apoderamiento rigurosamente personal en favor de las Comisiones, que sostiene Nieto siguiendo a Kellner<sup>62</sup>.

---

Vid. asimismo la de 3-2-87 (A.561), donde el TS tampoco se entiende competente para sustituir el juicio técnico. La de 24-5-76 (A.2116) considera que la Administración se halla vinculada por la propuesta salvo que concurren irregularidades graves de tramitación, en cuyo caso puede proceder a la revisión de oficio. Y la de 25-6-77 (A.2971) afirma que la propuesta es vinculante salvo que existan vicios en el expediente.

En ocasiones, se ha empleado el argumento de la seguridad jurídica para apoyar esa atribución exclusiva de competencia. Tal hizo la STS de 28-11-84. Pero como muy bien dice Tardío, op.cit., p.178, al criticarla, la misma lesión a la seguridad jurídica supondría entonces la apelación, la casación o el amparo.

El argumento de la competencia exclusiva se apoya asimismo en el carácter del derecho del art.23.2 CE como de configuración legal -STS de 8-7-94 (A.6478); sobre esta sentencia, véase Alegre Avila, J.M., "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública", en RVAP, nº42, 1995, pp.267 ss.-.

<sup>60</sup>Como resalta Schmidt-Salzer, citado por Tardío, op.cit., pp.143 ss. El autor se basa en el art.19.4 GG. Tardío, op.cit., p.228, además, consideraba, antes de la STC 215/91, que en nuestro Derecho existen incluso derogaciones a ese dogma en relación con otros órganos administrativos.

<sup>61</sup>Es más, el art.22.1 del Real decreto 364/95 establece la posibilidad de presentar recurso ordinario contra los actos definitivos de finalización del procedimiento selectivo.

<sup>62</sup>La posición de Nieto se halla expuesta en "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", cit., pp.156 ss.

Nos da la impresión de que la alusión que Martín González, op.cit., pp.217-18, efectúa a la remisión a la propia intuición cuando trata de los conceptos jurídicos indirectamente determinados debe conectarse con la tesis de la habilitación estrictamente personal sostenida por Nieto y Kellner. En efecto, cuando Martín González, op.cit., pp.284-85, trata de la fiscalización jurisdiccional de la aplicación de conceptos indirectamente determinados, afirma que "dicha revisabilidad, cuando de tales conceptos se trata, no es sino la disolución en conceptos fácticos, experimentales. Cuando tal escisión es posible, tendremos un concepto indirectamente determinado que vincula a quien lo aplica y que es normalmente -el subrayado es nuestro- revisable; en otro caso, estaríamos ante un concepto indeterminado"; y, en nota, añade que "incluimos este adverbio para hacer la salvedad de la excepción de las <<habilitaciones rigurosamente personales>>...de que habla Nieto".

En todo caso, esta idea de Martín González resulta sorprendente. La intuición no es algo generalizable, ni objetivable, sino precisamente el criterio personal y subjetivo de cada uno. Así, quiebra la claridad de la distinción entre

La tesis en cuestión viene a decir que las normas reguladoras de la competencia de estas Comisiones adoptan una postura realista y, habida cuenta de las extraordinarias dificultades de control que existen en estos casos, *hacen suyo el criterio adoptado por la Comisión*. Se trata, por tanto, para Nieto, de un caso de <<atribución legal de discrecionalidad>> cuyo fundamento radicaría en esa extraordinaria dificultad técnico-valorativa; de este modo, lo que en un sentido lógico y ontológico constituye un juicio sobre los méritos y/o capacidades de los aspirantes, en un sentido jurídico se convierte en un acto de voluntad<sup>63</sup>.

---

lo que denomina conceptos indirectamente determinados por remisión a la experiencia vulgar y los indeterminados. La remisión a la propia intuición no parece compaginarse bien con el hecho de que la norma tenga un sentido unívoco, aunque no logre expresarlo unívocamente, característica que el autor reconoce en los conceptos jurídicos indirectamente determinados. Así, esa remisión parece identificarse más bien con lo que Martín González denomina conceptos jurídicos indeterminados, y resulta incompatible con la efectuada a la experiencia. Por otra parte, la posibilidad afirmada por el autor de fiscalización judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indirectamente determinados conduciría así a la sustitución de la intuición del administrador por la del juez. Además, la tesis de Nieto se circunscribe a aquellos casos en que la norma se remite a la valoración personal del órgano administrativo, que es justamente la esencia de lo que Martín González llama conceptos jurídicos indeterminados.

La similitud entre la tesis del apoderamiento rigurosamente personal y la de los conceptos jurídicos indeterminados sustentada por Martín González, op.cit., p.260, se ve todavía más clara si se tiene en cuenta que este último, al decir que en aquéllos se da una pluralidad de soluciones jurídicamente equivalentes, afirma que "se habla de equivalencia jurídica, pues es indudable que en un plano absoluto, también en el caso de los conceptos indeterminados, hay una única solución justa. El ejemplo académico utilizado nos lo refleja. El administrador podrá lícitamente elegir entre quien tenga experiencia mayor, mejores cualidades naturales en relación con el empleo a ocupar, etc., pero en términos absolutos es cierto que sólo uno de ellos es el más idóneo". Esto es exactamente lo que afirma Nieto en el caso de los juicios pedagógicos y las oposiciones.

<sup>63</sup>Así, dice Nieto, loc.cit., que, en el caso de los exámenes oficiales "nos encontramos ante una modalidad especialísima de habilitación, una habilitación rigurosamente personal..., que transforma los términos en que se plantea el problema: cuando media tal habilitación, la norma no se remite a un concepto jurídico indeterminado, sino a la propia valoración del Tribunal". "Dicho con otras palabras, lo que interesa a la norma, y justifica el aprobado o admisión, no es el nivel de conocimiento, sino el juicio que emita el Tribunal. Forzado por la especial naturaleza de las cosas, es decir, por las dificultades de revisar un examen, la norma entrega una habilitación en blanco al Tribunal (<<rigurosamente personal>>) y da, sin más, validez a su decisión. De modo paralelo a las operaciones volitivas, aquí, por excepción, cualquier juicio del Tribunal es válido".

Por su parte, Bullinger, op.cit., p.908, afirma que resulta viable que la ley confiera a la Administración un margen de discrecionalidad en la realización de evaluaciones técnicas, dadas las garantías constituidas por la participación de expertos en el procedimiento administrativo y la pérdida de tiempo que supondría que nuevos peritos volvieran a dictaminar ante los Tribunales.

Desde nuestro punto de vista, esta tesis adolece de varias complicaciones. La primera de ellas radica en que, en la época en que escribía Nieto, las leyes eran de hecho soberanas y podían hacer lo que quisieran; hoy día, por el contrario, están sujetas a la Constitución. Esta quiere que sea el aspirante con más capacidad y más méritos el que resulte vencedor. Con ello, la Constitución se está refiriendo -si no, habría dicho otra cosa- a los méritos y capacidades reales, no los hipotéticos valorados por la Comisión<sup>64</sup>.

En segundo lugar, la discrecionalidad, como ya hemos visto, no es una modalidad de potestad; por tanto, no puede atribuirse. Por otra parte, en el caso de acceso a la función pública, el tema está aún más claro, ya que de los arts. 23.2 y 103.3 CE se desprende que la propuesta debe hacerse en favor de quien, *objetivamente*, sea el mejor.

Además, aun si se admitiera en sus líneas generales la tesis de Nieto, deberían quedar más allá de la habilitación los errores flagrantes. Por último, no parece lógico que la norma pueda convertir en volición lo que debe ser el resultado de un juicio<sup>65</sup>.

Creemos pues mucho más plausible hablar en estos casos de reconocimiento por el juez, en su caso, de un margen cognoscitivo de apreciación al órgano calificador.

Todos estos argumentos se sintetizan en la STS de 17-12-86 (A.7471), sobre las pruebas de idoneidad para el acceso a las categorías de Profesor titular de Universidad o de Escuela

---

<sup>64</sup>Tardío resalta, op.cit., p.146, que en todo caso la habilitación puede ser amplia, pero no en blanco.

De otra parte, es difícil determinar por qué esas habilitaciones se producen sólo en el caso de los exámenes oficiales, ya que hay otros supuestos también extremadamente difíciles. Y, si se admitiera también en otros casos, ¿cómo saber cuándo nos encontramos ante esa clase de habilitación?

<sup>65</sup>Tardío, op.cit., p.29, resalta la contradicción que en este punto existe en la tesis de Nieto, para quien el nivel de conocimientos constituye un concepto jurídico indeterminado.

universitaria<sup>66</sup>. La sentencia utiliza, básicamente, razones estructurales para negar que un órgano administrativo distinto de esas Comisiones o una Sala de lo contencioso puedan sustituir el criterio de una Comisión calificadora y declarar que el recurrente

---

<sup>66</sup>"...Y así lo acordó acertadamente la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación al resolver el recurso de alzada, pero sin incidir en una decisión, ajena a su competencia, sobre la calificación de las dotes de la concursante para desempeñar la plaza a que aspiraba, una de los cuales, y en esencia, es la capacidad docente de la misma; la sentencia incurre en un grave error al atribuir tanto al órgano administrativo como a la jurisdicción una competencia, extraña a la fundamentación jurídica, para decidir, con plenitud de atribuciones, la resolución de un concurso asignada por la ley a una Comisión calificadora; y para decidir y resolver sobre una aptitud docente y posesión de conocimientos en una persona determinada, cuando los juzgadores, por razón de su función y de las exigencias para desempeñarla, carecen de la misma; no cabe, en este caso, admitir la declaración de la situación jurídica individualizada pretendida en el recurso, tanto administrativo como jurisdiccional, de que se nombre a la recurrente profesora titular, cuando claramente carecen de competencia para tal decisión; y en tal sentido, la doctrina de la sentencia apelada no es sólo gravemente errónea, sino también dañosa en sumo grado al alterar todo el sistema establecido para las calificaciones de aptitud, en toda clase de enseñanzas, oposiciones, concursos y demás llamamientos a puestos y categorías determinadas, y que se prive del conocimiento y decisión de tales conocimientos, a las Comisiones, Tribunales y Juntas calificadoras, designadas en razón de sus conocimientos en las materias científicas, artísticas o técnicas que han de poseer los aspirantes a tales puestos, por la decisión de quienes carecen de los mismo, y en clara y evidente contradicción con lo regulado legalmente. QUINTO. La razón dada por la sentencia sobre la economía procesal es claramente inaplicable al presente caso; no hay competencia de las Salas de lo contencioso-administrativo para la decisión que adopta, que sólo cabría, cuando con plena competencia, tuviese a su alcance la totalidad de los datos, circunstancias y requisitos previstos para la formulación del juicio, lo que haría improcedente y perjudicial, el volver a una actuación administrativa o jurisdiccional, totalmente innecesaria para la justa decisión del caso; y aquí falta la competencia y el conocimiento de todos los datos suficientes para juzgar, pues el esencial e indispensable, es el de la calificación justificada y razonada de la Comisión calificadora para cada uno de los aspirantes". Sobre las pruebas de idoneidad, pueden verse también, entre otras, las SSTs de 20-5-88 (A. 4189), 14-12-88 (A. 9392), 15-12-88 (A. 9440), 23-12-88 (A. 9703), 20-12-88 (A. 9718), 5-10-89 (A. 6843 y 6844), 14-11-89 (A. 8091) y 8-6-89 (A. 4365); así como las de 18-7-88 (A. 5639), la de 16-3-89 (A. 2102) y de 28-9-89 (A. 6374).

Por su parte, la de 21-1-87 (A. 258) vuelve a insistir en que no cabría efectuar la declaración de idoneidad por la Sala, dados los conocimientos especializados de la Comisión, única capacitada para comprobar dicha idoneidad según esta sentencia. Congruentemente, también considera que no puede revisarse si tres ó más de las calificaciones habían o no superado los seis puntos a efectos de recurrir en vía administrativa la declaración de idoneidad dentro de la misma Universidad. De hecho, un poco más abajo, la sentencia se refiere a la distinción entre el control técnico y el control de legalidad, en la línea de la STC 39/83.

También se puede citar, en la misma línea, la STS de 3-2-87 (A. 561). La misma refiere a la llamada discrecionalidad técnica tanto a la evaluación de la capacidad como a los méritos, sin distinguir los que son objetivos y cuantificables de los que resultan más difíciles de evaluar por comportar en sí mismos una valoración. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, cuando se trata de acceso a cuerpos docentes universitarios, la mayoría serán de esta segunda categoría.

La doctrina de la STS de 19-12-86 ha sido seguida por numerosas sentencias, como la de 28-1-87 (A. 277), donde se dice que la Secretaría de Estado no puede sustituir el nombramiento llevado a cabo por la Comisión si se tiene en cuenta que existe un apoderamiento legal en su favor y además que sus decisiones gozan de discrecionalidad técnica.

debe ser nombrado funcionario<sup>67</sup>. Así, se afirma que tal cuestión es ajena a las competencias de la Secretaría de Estado y del TSJ. La razón parece ser, en primer lugar, que la ley atribuye la competencia para resolver tal cuestión a la Comisión calificadora. Así, la discrecionalidad se basa aquí en la existencia de una norma legal que la reconoce. En segundo lugar, esa atribución de competencia exclusiva y la consiguiente falta de ella de la Sala se basan en la especialización técnica de los miembros de tales Comisiones y en la correlativa ausencia de especialización de los Magistrados, así como en la calificación de estas cuestiones como <<ajenas a la fundamentación jurídica>>. Por estas razones, la sentencia niega que se pueda declarar la situación jurídica individualizada pretendida.

Los argumentos ofrecidos por el TS son insuficientes, a nuestro modo de ver. En efecto, la ley no puede fundamentar una inconstitucional exclusión o limitación del control judicial. Los jueces tienen atribuida potestad para juzgar en los conflictos jurídicos. Y éste es uno de ellos<sup>68</sup>. La cuestión de quién debe acceder y quién no a la función pública es, sin lugar a dudas, una cuestión jurídica. Además, la competencia exclusiva que se predica de tales Comisiones sólo lo es frente a los otros órganos administrativos -ante la Secretaría de Estado, quizá-, pero no ante los Tribunales.

Y, en cuanto a la especialización técnica de la Comisión, nos remitimos a lo dicho más arriba.

---

<sup>67</sup>Piñar Mañas, op. cit., p. 141, afirma que "el Tribunal Supremo no utiliza, en este caso, ni el término <<soberanía de las Comisiones>> ni el de <<discrecionalidad técnica>>, pero ambos, sin duda, se sobreentienden". En efecto, no hay que ser demasiado agudo para hallar la correlación entre todos esos sofismas anteriormente analizados.

<sup>68</sup>Decir que estamos ante una cuestión ajena a la fundamentación jurídica por requerirse conocimientos técnicos supondría tanto como decir que los Tribunales penales no son competentes para declarar si un sujeto es o no penalmente imputable por pertenecer tal cuestión a la ciencia psiquiátrica.



## 6. La remisión a la apreciación conjunta de méritos y conocimientos efectuada por las Comisiones calificadoras

Otro argumento, que aparentemente podría tener algún viso de racionalidad, es el de la remisión por ciertos baremos a la conjunta apreciación del órgano calificador a la hora de evaluar méritos y conocimientos<sup>69</sup>. La sentencia de la Audiencia Nacional de 19-1-82, en este punto después corregida por la STS de 2-4-85 (A.2854), recoge esta doctrina, al señalar que

"en relación con el apartado 20 del citado baremo, la puntuación del Tribunal calificador se exige que se produzca valorando en conjunto las aportaciones científicas y los méritos que en él se mencionan, por lo que tampoco cabe a esta Sala de justicia alterar el criterio técnico del Tribunal calificador..."<sup>70</sup>.

En todo caso, la sentencia de la Audiencia Nacional de 14-11-78

---

<sup>69</sup>Para Tardío, op.cit., p.69, no está claro en la jurisprudencia si esa apreciación conjunta es la causa o la consecuencia de la discrecionalidad técnica.

Villar Palasí y Villar Ezcurra, op.cit., p.29, afirman que "...el problema de la posibilidad de revisión de los conceptos jurídicos indeterminados es la cuestión de la disolución de los mismos en conceptos fácticos y de experiencia o descriptivos. Los límites de esta disolución de la posible escisión son los límites de la revisión y de ahí que cuando no sea viable esa escisión por presentarse unidos varios conceptos jurídicos indeterminados, la revisión del acto resulta prácticamente imposible", al no ser participable ni revisable.

Mozo, op.cit., p.389, afirma que, para Villar, estamos ante un supuesto que, si bien no debe calificarse como de discrecionalidad en sentido propio, sí opera como si se tratase de una elección. Así, entiende que la tesis de estos autores es realista; ahora bien, desde nuestro punto de vista, esta afirmación es dudosa, si se tiene en cuenta la postura que Villar Palasí y Villar Ezcurra sostienen acerca de los supuestos típicos de discrecionalidad. Además, hablar de *imposibilidad práctica de control* no es lo mismo que hablar de margen de discrecionalidad.

Démosnos cuenta, además, que estos autores se inscriben también en la línea de Mozo Seoane, desde el momento en que uno y otros establecen como razón de ser de esa supuesta <<discrecionalidad>> en estos casos razones puramente cognoscitivas. La diferencia radica en que el segundo afirma con claridad en estos casos la existencia de una pluralidad de soluciones válidas, lo que no se desprende claramente de la tesis de los primeros -si bien parece que ello es así, ya que hablan de la competencia de la Comisión-.

<sup>70</sup>La de 4-10-83 señala que, al no existir baremo, debe reconocerse la existencia de discrecionalidad técnica en atención a una valoración global, ya que no se trata de una valoración parcial sino del conjunto de la personalidad profesional.

Y la de 12-12-73 (A.4446) afirma que existía discrecionalidad porque las bases de la convocatoria se remitían a la apreciación libre de los méritos.

La STS de 13-4-77 (A.1573) afirma que cuando se trata de valoraciones conjuntas no hay necesidad de descomponer el juicio global en juicios parciales, ya que la Comisión dispone de una facultad soberana y discrecional de apreciación cuya revisión supondría contravenir el carácter revisor del orden contencioso-administrativo.

nos descubre la falacia que este argumento encierra. Para la misma, la apreciación conjunta debe responder a una evaluación de cada una de las cuestiones a tener en cuenta con carácter individual. Sólo entonces podría sopesarse el valor relativo de cada una de ellas en el conjunto y, de ese modo, llegar al resultado final<sup>71</sup>. Además, el órgano competente debe manifestar cuál ha sido ese concreto razonamiento que le ha llevado a tales resultados; la simple expresión de que la decisión es producto de una «apreciación conjunta» dificulta considerablemente la fiscalización.

En efecto, el art. 54.2 LPC se refiere a la motivación de los actos que pongan fin a procedimientos de selección y concurrencia competitiva. En este caso, la Ley se remite a las normas reguladoras de la convocatoria, aunque se afirma también que deberán "en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la

---

<sup>71</sup>La de 22-12-75 (A.4475) señaló que en estos casos no existe discrecionalidad y que además la conjunta apreciación debe motivarse. Y la de 7-12-83 (A.6264) considera que la conjunta valoración implica una valoración final determinada por todas y cada una de las valoraciones individualizadas, por lo que es posible el control judicial.

Pero debe tenerse en cuenta que la Ley de 24-4-58, aplicable al caso resuelto por la sentencia de 14-11-78, exigía esa concreción de cada una de las valoraciones parciales en la motivación -como recuerda Tardío, op.cit., pp.174 ss.-. El caso, por otra parte, era flagrante, ya que el eliminado era superior al ganador en tres de los cuatro apartados del baremo; en todo caso, es menos claro que el resuelto por la STS de 11-6-91. Por lo demás, la sentencia afirma que las posibilidades de revisión en estos supuestos son mínimas, dado el carácter vinculante de la propuesta y dadas las dificultades de enjuiciamiento de la discrecionalidad técnica.

Puede verse asimismo la sentencia de la Audiencia territorial de Zaragoza de 26-11-88, que tiene la particularidad de no referirse a oposiciones a cátedras de las reguladas en la Ley de 24-4-58 sino a la provisión de una plaza de Jefe del servicio de neurocirugía en un hospital del INSALUD, en un caso en que la Comisión se había limitado a dar una puntuación global a la fase de méritos sin motivación alguna. La extinta Audiencia llegó a la conclusión de que la aplicación del baremo en ese caso resultaba muy controvertida, por lo que no era posible saber qué valoraciones parciales habían sido tenidas en cuenta. La sentencia ha sido comentada por Gimeno Feliú, J.M., "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", cit., pp.483 ss.

La de 21-12-61 (A.465) afirma que existe discrecionalidad selectiva cuando la Administración debe apreciar conjuntamente los méritos y éstos son muy semejantes. Pero también dijo que en ese caso no se había llegado a la conclusión de que la Administración no se hubiera ajustado a Derecho al llevar a cabo esa apreciación conjunta.

resolución que se adopte"<sup>72</sup>.

La ley exige, en todo caso, que el fundamento conste en el expediente. Pero ese fundamento debe buscarse en el análisis comparativo de los distintos candidatos; no basta, pues, hacer referencia a las cualidades del vencedor<sup>73</sup>. También resulta preciso detallar el proceso lógico que ha conducido a una determinada apreciación conjunta; es decir, reflejar tanto los datos como el razonamiento que conducen a ese resultado<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup>Para Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.151, la razón de ser de este precepto radica en que "no puede tener el mismo alcance la motivación de los actos concretos o singulares que la de los actos generales y complejos".

El precepto no sólo incluye procedimientos de selección de personal, sino también otros como puedan ser adjudicaciones de contratos administrativos. En este sentido, Fernando Pablo, op.cit., p.238. Para el autor, op.cit., p.232, del precepto se desprende que la motivación no constituye un requisito estrictamente formal. En realidad, se deduce, de una parte, la admisibilidad de una motivación <<sucesiva>> sobre la base del derecho de acceso al expediente; y, de otra, subyace que lo importante es que el acto se halle debidamente fundamentado y que dicha fundamentación conste al particular, de modo que el mismo pueda ejercitar su derecho a la jurisdicción con plena efectividad.

Por su parte, Sánchez Morón, op.cit., pp.82-83, nota(126), nos recuerda que, en el Derecho Comunitario, "no es necesario motivar por separado el rechazo de la oferta de una empresa si se ha motivado la aceptación de otra"; y que "no es obligado motivar las decisiones de promoción de funcionarios, ni con respecto a su destinatario ni con respecto a otros candidatos...". Desde nuestro punto de vista, con esto la transparencia administrativa se pone en peligro, incluso en el primer caso, ya que la aceptación de una oferta debe venir dada por el examen comparativo de todas las que se han presentado.

<sup>73</sup>Para Fernando Pablo, op.cit., p.239, cuando se trata de procesos selectivos referidos al acceso a la función pública, la falta de correspondencia entre la motivación formal y la real del acto podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho. En realidad, ello no tendría que ver con la motivación en sí, sino con el hecho de no haberse efectuado la propuesta a favor de quien más mérito y capacidad reúne.

<sup>74</sup>El art.22.2 del Real Decreto 364/95 establece que "la motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria", lo que obviamente es insuficiente.

La STS de 31-3-66(A.1927) señala que la motivación debe contener los méritos de cada uno de los concursantes, su naturaleza privilegiada u ordinaria y su puntuación. La de 14-6-82 exige que se consignen las puntuaciones parciales y criterios calificadores y sistemas de calificación; y retrotrae las actuaciones a fin de que se motive debidamente la decisión. Vid. también la de 9-6-83(A.3497).

De otra parte, parece necesario exigir que el acta refleje el voto particularizado de cada uno de los miembros de la Comisión, incluso a efectos de depurar posibles responsabilidades penales. Sin embargo, la STS de 11-4-94 (A.2861), sobre oposiciones para Arquitectos de Hacienda, desestima el recurso contencioso-administrativo a pesar de que las bases establecían la necesidad de reflejar el voto particularizado de los miembros del Tribunal, cosa que no se había hecho en el ejercicio oral.

Fernando Pablo, op.cit., p.239, critica el art.54.2 LPC, con base en que ".....se ocupa más de una forma de cumplir la motivación (siempre enunciativa, en estos casos

## 7. La imposibilidad de efectuar una valoración comparativa de los méritos y conocimientos de los distintos opositores y concursantes

Debe por otra parte tenerse en cuenta que los Tribunales, en ocasiones, fiscalizan la apreciación de los méritos del recurrente, pero se niegan a efectuar una ponderación comparativa con los méritos de otros<sup>75</sup>. Esto parece absurdo, sobre todo dado que se trata de preservar el derecho a la *igualdad de acceso* a la función pública, precisamente<sup>76</sup>.

En este punto, debe tenerse en cuenta que los terceros concursantes pueden estar de acuerdo en que el codemandado haya obtenido la plaza, pero al mismo tiempo entender que ellos mismos tienen más méritos que el recurrente. Estas personas difícilmente podrán defender los aducidos por el demandante y que tampoco se les

---

de posibles actos en masa) que de la exigencia de ésta en sí, aunque este aspecto no deje de estar presente, desde la perspectiva de la ponderación de intereses y derechos privados concurrentes con el interés público".

Dado que la jurisprudencia suele afirmar la existencia de <<discrecionalidad técnica>> en los supuestos de acceso a la función pública, lo lógico sería que en estos casos la falta de motivación o sus defectos sustanciales condujeran a la anulación del acto, salvo que de modo evidente apareciera que la decisión adoptada fue la más plausible. Nosotros entendemos que la llamada discrecionalidad técnica es una falacia; sin embargo, la falta de motivación invierte la carga de la prueba acerca de cuál es esa solución mejor, como hemos visto.

<sup>75</sup>A veces, sin embargo, la razón esgrimida es el multívoco carácter revisor: así, STS de 12-11-57 (A.3336), que entiende que dicho carácter le impide hacer declaraciones de derechos.

<sup>76</sup>Tardío, op.cit., p.18, insiste en la necesidad de efectuar un examen comparativo.

La STS de 23-1-90 (A.594), referente a una solicitud de beneficios en un área de expansión industrial, y pese a afirmar que en la materia debe reconocerse una cierta <<discrecionalidad técnica>>, dijo que para que hubiera podido prosperar el argumento de la limitación de recursos económicos debería haberse motivado el acuerdo recurrido en una adecuada comparación entre los distintos solicitantes.

Y la STS de 14-5-87 (A.10187, 1988), sobre nombramiento de un Magistrado del TS, afirma que, si bien eran muy relevantes los méritos del recurrente, ello no implicaba que fueran mayores que los del otro candidato. En todo caso, no se efectuó comparación alguna entre ellos.

En "El control judicial de la fijación de coeficientes multiplicadores en el sistema retributivo de la función pública", op.cit., pp.206-207, Sáinz Moreno resalta la virtualidad fiscalizadora del análisis comparativo entre diversos coeficientes. Así, la STS de 14-2-77 anuló un coeficiente por ser discriminatorio.

computaron a ellos, a pesar de que en esta peculiar posición difícilmente cabría entender que han consentido.

Una sentencia del TSJ de Navarra, confirmada después por la STS de 8-11-90 y la STC 353/93, desestimó un recurso contencioso-administrativo en relación con un examen tipo test por cuanto, a su juicio, de estimar lo pretendido por el opositor, el resultado sería

"reordenar la recalificación de todos los opositores, corregidos por ordenador, ya que podría resultar que otros opositores excluidos hubiesen respondido también acertadamente a las mismas preguntas y el número de plazas convocadas era limitado"<sup>77</sup>;

y que, de estimarse el recurso contencioso-administrativo, otros opositores deberían ser llamados al proceso, lo que llevaría a un debate interminable<sup>78</sup>.

En cuanto a la recalificación de todos los opositores en caso

<sup>77</sup>Nos recuerda Fernández Rodríguez, en "¿Debe la administración actuar racional y razonablemente?", cit., p.398, que el Tribunal Constitucional federal alemán, si bien considera revisables los conocimientos de los opositores, entiende que no debe entrarse en la valoración comparativa de los exámenes.

<sup>78</sup>Esto último no tiene que ver con el tema de si los errores son o no manifiestos, sino más bien con el de si existe o no plazo para recurrir los actos nulos de pleno derecho, en el que ahora no vamos a entrar. Pueden verse las posturas opuestas de García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso...*, cit., pp.591 ss., y Boquera Oliver, *Estudios...*, cit., pp.123 ss.

La STS de 9-9-86(A.6074), en un supuesto en que se había impugnado la adjudicación de una vivienda por concurso-subasta, entendió que no procedía declarar el derecho del recurrente a la adjudicación de la misma, ya que con ello se desconocerían los derechos de los terceros que no habían sido emplazados. Pues bien, como es lógico, el adjudicatario debió ser emplazado por ser persona a cuyo favor nacen derechos del acto. El problema radicaría en la eventual conformidad de los que no resultaron adjudicatarios con la primera adjudicación pero no con la efectuada al recurrente. Sin embargo, si los mismos fueron emplazados personalmente -STC de 31-3-81 y art.64 LJ en su redacción dada por la Ley 10/92-, hay que entender que tuvieron posibilidad de defenderse en el proceso. Pero para ello haría falta que la Sala entrara a comparar lo ofrecido por el recurrente y por estas otras personas.

La STS de 10-2-87(A.580), en relación con un concurso para la provisión de una plaza de médico especialista, señaló que "el INSALUD, demandado-apelado en estos autos, alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario, apreciable de oficio, al no haber sido emplazados todos los concursantes a los que afecta la resolución recurrida, en la que tienen un evidente interés; pero esa resolución, sobre nombramiento para cubrir las plazas convocadas en concurso libre de méritos, que consentida por todos los que al mismo acudieron, salvo por el sr.R.V., y según la doctrina de los propios actos, carecen ya de interés legítimo en las posibles consecuencias directas de la impugnación de un acto que no les reconoce derecho alguno y con el que se han conformado; por lo que ha de ser desestimada esta alegación de nulidad *ex officio* de las actuaciones jurisdiccionales". Pero es evidente que esos terceros podrían estar de acuerdo con el nombramiento primero mas no con el que eventualmente podría derivarse de la sentencia.

de estimarse el recurso, debe decirse lo siguiente: por lo que respecta a los suspendidos que pudieran verse afectados favorablemente por la recalificación de las preguntas, el criterio de evaluación, de acuerdo con la opinión más extendida, no es un reglamento, aun cuando sea común para todos. Ahora bien, desde el momento en que estamos ante un acto de aplicación general a todos ellos, podríamos entender que la estimación del recurso contencioso-administrativo les afecta por efecto del art. 86 LJCA<sup>79</sup>. En todo caso, de lege data es difícil entender que la Sala, en su caso, pueda declarar que el tercero en principio suspendido tiene más puntuación

---

<sup>79</sup>En el proyecto de LJCA de 30-9-95, art. 109, se establecía la posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica individualizada favorable en los procedimientos en materia de personal en ejecución de sentencia, siempre que se solicitara en cierto plazo, el Tribunal fuera competente y no se diera la excepción del acto consentido.

En todo caso, aquí debe traerse a colación el criterio de las SSTC 141/87 de 23-7 y 56/85, que entendieron que, si quien no habiendo sido emplazado personalmente no compareció en el proceso para sacar alguna ventaja, no puede ser favorablemente afectado por la sentencia. A mayor abundamiento podría extenderse este criterio a quienes fueron personalmente emplazados y no comparecieron en el recurso, lo que será frecuente en estos casos.

Que la sentencia afecte desfavorablemente a los que figuraban como aprobados en la relación no puede ser motivo bastante para desestimar el recurso, porque si se recurre es precisamente porque el opositor se creía con mejor derecho a otros que figuraban como aprobados. Y que la estimación del recurso pueda afectar al orden de esa relación tampoco es motivo suficiente para desestimarlo. La desestimación del recurso sólo puede basarse en que el acto fuera conforme a Derecho; pero si era posible afirmar que, más allá de toda duda razonable, en algún punto era el acto contrario al Ordenamiento, el deber de la Sala era anularlo sin más contemplaciones. Ahora bien, en este caso tales personas pudieron comparecer en el recurso como coadyuvantes del demandado; si no lo hicieran, les sería aplicable la doctrina de la STC 56/85.

Por otra parte, no estará de más recordar la STS de 29-7-94 (A.6601). La sentencia de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo y declaró el derecho de la recurrente a ser incluida en la lista de aspirantes que habían superado las pruebas. El TS confirmó esta sentencia.

Se trataba de una oposición para auxiliares de la Administración de Justicia. La recurrente había sido declarada no apta en el segundo de los ejercicios por haber contestado acertadamente 63 preguntas, cuando se requerían 64. La Sala de instancia entendió que una de las respuestas consideradas incorrectas por la Comisión era válida. El TS, tras declarar que sólo en caso de error evidente, manifiesto e inaceptable cabe entender que la Comisión no ha tenido en cuenta manifiestas condiciones de capacidad y mérito -lo que, añade, resulta más evidente en caso de pruebas matemáticas o numéricas-, puso de relieve que otra de las Comisiones había invalidado 10 preguntas por estar mal formuladas o por exceder el nivel exigible. Pero, además, añadió -y esto es lo que aquí importa- que, si bien la respuesta dada por válida en la sentencia de instancia era correcta, la señalada por la Comisión podía entenderse aceptable, dado el nivel exigible y la discrecionalidad técnica de la Comisión.

De este modo, aparentemente no se producía perjuicio a los otros opositores. Sin embargo, pensemos que con semejante fallo podría ocurrir que el número de aspirantes aprobados fuera mayor que el de plazas convocadas.

que el codemandado en ese proceso y debe ser declarado apto<sup>80</sup>.

En efecto, la jurisprudencia afirma que en nuestro Ordenamiento no existe ni la reconvención ni el coadyuvante el demandante en el proceso administrativo<sup>81</sup>. La segunda figura sería provechosa para el supuesto anteriormente señalado, sobre todo por cuanto la excepción de acto consentido en estos casos tiene poco sentido, al hallarse afectado un derecho fundamental; y parece que la tutela judicial efectiva de estas personas se vería más protegida que mediante el sistema que preveía el art.109 del Proyecto, donde sólo se les permitía participar en la fase de ejecución de sentencia. Y, mediante la reconvención, los codemandados podrían eventualmente hacer valer méritos que no se les computaron, no ya sólo como motivos de oposición al recurso, sino también como base para una recalificación<sup>82</sup>. Parece que urge pues la reforma de la LJCA, de manera que se contemple tanto la reconvención -para posibilitar que el codemandado pudiera hacer valer méritos que eventualmente no se le computaron- como la figura del coadyuvante del demandante.

#### **8.La insustituibilidad del juicio de la Comisión por el de la Sala de lo contencioso-administrativo**

Todos Los argumentos antes reseñados conducen, en suma, a la

---

<sup>80</sup>En todo caso, la STS de 4-6-94(A.5107) considera que la extensión a los terceros que no recurrieron de la posibilidad de repetir el tercer ejercicio anulado de una oposición es viable, de acuerdo con el art.86 LJCA, ya que los mismos resultaron favorecidos con esta posibilidad, por lo que no se puede hablar de indefensión. Pero démonos cuenta de que en esta ocasión no se había recalificado a los opositores.

<sup>81</sup>SSTS de 14-10-91(A.7539) y de 26-11-91(A.8650), entre otras.

<sup>82</sup>Esto tendría particular interés en casos como el que sigue: pensemos que la relación de aptos en una oposición es la siguiente: X, A, Y, B, Z, C. Supongamos que A, B y C recurren. A los codemandados Y y Z podría interesarles, no sólo oponerse al recurso, sino, eventualmente, colocarse por delante de A y B; es posible que inicialmente se conformaran, pero si A y B recurren, parece lógico darles la oportunidad de defender esa pretensión.

*insustituibilidad* del juicio de la Comisión por el del Tribunal, salvo en los casos de desviación de poder o errores flagrantes -en los que, cuando es de hecho posible, lo que es muy raro, se produce tal sustitución-<sup>83</sup>. La insustituibilidad, por su parte, que no es más que la consecuencia de esa serie de tópicos tan al uso entre la jurisprudencia, se acaba empleando como otro más, que no necesita justificarse en otras razones más elevadas sino que se basta por sí mismo<sup>84</sup>.

Esta insustituibilidad se refleja en la tesis de Ule. Este

---

<sup>83</sup>Ello se refleja, por ejemplo, en la STS de 21-11-85, donde se afirma la imposibilidad de "confrontación entre ese criterio profesional con otros que *sustituyeran* al de los miembros de la Comisión, ya que, en este supuesto, se desvirtuaría la función atribuida a la Comisión de selección, a la que se confiere la de juzgar unas condiciones de capacidad profesional que no es susceptible de minusvaloración frente a otros juicios igualmente respetables como el del recurrente, por su condición de médico especialista, o de otros profesionales de la Medicina ajenos a la Comisión".

Aquí parecen combinarse varios argumentos que cristalizan en esa insustituibilidad: en primer lugar, la sentencia parece apuntar a la competencia exclusiva de la Comisión, al decir que *se le confiere* la misión de juzgar esos méritos y capacidades. Subyace también el argumento de su especialidad técnico-científica, así como el único criterio correcto: el de la extraordinaria dificultad de control de estos casos.

Fernández Rodríguez, comentando esta sentencia, afirma, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op.cit., p.40, que "late aquí, como es notorio, la tesis del apoderamiento personal, mantenida por Kellner y aceptada entre otros por Nieto, frente a la cual la actividad revisora de los Tribunales debe limitarse a la comprobación de la regularidad formal del proceso de formación del juicio que el órgano administrativo tiene encomendado por la ley".

Barrero Rodríguez, op.cit., p.553, afirma que las valoraciones administrativas en materia de patrimonio histórico son insustituibles, pero fiscalizables.

La STS de 4-7-93 (A.5660), en un concurso-oposición para la provisión de una plaza de titulado medio en un Ayuntamiento, no sustituye el acto administrativo ni condena al nombramiento de la recurrente, sino simplemente se limita, con la jurisprudencia mayoritaria, a retrotraer las actuaciones para que el Tribunal vuelva a valorar los méritos. Incluso apela a la libertad de criterio de la Comisión calificadora a la hora de puntuar o no los servicios prestados -ni siquiera se habla de puntuarlos más o menos, sino, en términos más radicales, de puntuarlos o no-.

Puede verse asimismo la jurisprudencia citada por Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp.39 ss.

<sup>84</sup>Tardío, op.cit., pp.141 ss., subraya que en la doctrina alemana la insustituibilidad se fundamenta en ocasiones en la habilitación legal exclusiva en favor del órgano administrativo, o en su especialización técnica, o en el margen de apreciación inherente a los juicios de valor. Por eso, contra ella podemos utilizar los razonamientos anteriores. También resalta, op.cit., pp.176 ss., que se trata de la condensación de los argumentos antes expuestos, aunque a veces se emplea de modo independiente.



autor<sup>85</sup> afirma que los juicios pedagógicos y científicos de valor no son discrecionales porque no existe una pluralidad de soluciones justas; sin embargo, "no son compulsables por la vía jurisdiccional administrativa porque, en cuanto prestaciones insustituibles, están sustraídas a la prueba técnica suplementaria mediante el Tribunal, ni siquiera con el auxilio de peritos. En consecuencia, sólo podrán ser examinados en lo relativo a si, tanto en el aspecto material como en el formal, han sido adoptados de modo válido e incontestable".

Así, en la opinión de este autor, la insustituibilidad no consiste en un mero resultado, sino que es una cualidad que afirma a priori de ciertos juicios especialmente difíciles. Desde luego, esta opinión no nos parece sostenible: en primer lugar, porque deberá ser el Tribunal -al tratarse de una cuestión meramente cognoscitiva- quien determine si esa insustituibilidad se da o no, ya que lo contrario iría en detrimento de la función jurisdiccional. Si se trata de opciones que jurídicamente no son equivalentes, habrá que dejar al Tribunal que ejercite con plenitud su potestad jurisdiccional, ya que estamos dentro del ámbito de lo jurídico. Pero, en segundo lugar, menos de recibo todavía nos parece la imposibilidad de recurrir al juicio de expertos: la magnífica sentencia de 2-4-85, antes comentada, lo demuestra<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup>Ule, K., "la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", cit., p.32.

La STS de 27-4-90 (A.3568) afirma que resulta improcedente la prueba pericial para verificar cuál es la respuesta correcta a una pregunta de una prueba tipo test para la provisión de plazas de ginecólogos, dada la discrecionalidad técnica de las Comisiones, que se plasma en el carácter vinculante de la propuesta -esto último, con base en el derogado Reglamento de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado-; y añade que por tanto en estos casos los conocimientos carecen de trascendencia para la resolución del litigio. Y la de 15-5-91 (a.42329, sobre oposiciones para profesorado de EGB, considera improcedente incluso solicitar la remisión de los ejercicios, dada la discrecionalidad técnica.

<sup>86</sup>Quizá esta improcedencia de la prueba pericial deba conectarse con la conceptualización de lo irrazonable por referencia al auditorio universal, y la consideración de que aquello es lo que se halla proscrito en estos casos.

En todo caso, en ocasiones nuestras Salas admiten el pleito a prueba en aras de la tutela judicial efectiva, si bien afirman que el objetivo no es la revisión

Así, para Piñar<sup>87</sup> los Tribunales pueden modificar el resultado de un concurso u oposición con base en el art.106.1.

En suma, la imposibilidad de reconocer una situación jurídica individualizada sólo depende de la concurrencia o no en el recurrente de tal situación y de la posibilidad material de conocer su existencia, y no de la falta de competencia para declararla, que poseen las Salas al amparo del art.42 LJ<sup>88</sup>.

En todo caso, debe diferenciarse el control de fondo de la sustitución. Esta no siempre será posible aun cuando mediante una fiscalización exhaustiva se haya llegado a la anulación<sup>89</sup>. Todo dependerá de los datos disponibles y de los límites del razonamiento jurídico, así como de las pretensiones ejercitadas.

De hecho, la STC 193/87 de 9-12, reconoció el derecho del recurrente a ser nombrado Secretario del Ayuntamiento de León.

El Ayuntamiento aducía, por su parte -además del principio de autonomía municipal- que la diferencia de puntuación entre el recurrente y quien finalmente había obtenido la plaza era de 0,38 puntos, diferencia pues ínfima; y añadía que la propuesta se había

---

del juicio técnico sino la simple determinación de si se ha lesionado o no el derecho del art.23.2. Pero creemos que ambas cuestiones son inescindibles, pese a lo afirmado en la STC 215/91.

<sup>87</sup>Op.cit., p.164. También afirma -op.cit., p.158- que "estas posibilidades que tiene los Tribunales debe entenderse sin perjuicio de que, si cuentan con elementos de juicio suficientes para ello, puedan ellos mismos... condenar a la Administración a proceder al nombramiento de quien haya acreditado mayores méritos y capacidad para el acceso a la función pública".

García de Enterría, E., "Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas", en *Hacia una nueva...*, cit., p.153, afirma que el juez no debe sustituir a la Administración al margen del Derecho. Pero, si la Constitución quiere que la Administración elija al más capacitado y ésta yerra, las Salas inequívocamente podrán anular ese nombramiento y sustituirlo por el que proceda, si tienen la certeza de cuál es éste. Esto no es ilegítimo, sino simplemente supone extraer todas las consecuencias de los conceptos jurídicos indeterminados del mérito y la capacidad.

<sup>88</sup>Contra, vid. la criticable sentencia de 17-12-86, antes citada.

<sup>89</sup>Razón por la que también Schmidt-Salzer critica esta tesis -citamos por Tardío, op.cit., pp.143 ss.-. En todo caso, este último, op.cit., p.178, matiza que la anulación muchas veces no será suficiente.

adoptado por unanimidad<sup>90</sup>. El TC, tras afirmar que los principios de mérito y capacidad se habían vulnerado por el acto impugnado, concluyó que

"por lo que respecta al alcance del fallo, hay que destacar, aparte de lo que acaba de señalarse, que debe contener una declaración de nulidad no sólo de la Orden Ministerial impugnada, sino también de la propuesta del Ayuntamiento de León que aquélla vino a acatar, si bien, en aras del principio de economía procesal, no deban retrotraerse las actuaciones al momento anterior al que dicha propuesta se produjo, previa la correspondiente deliberación por el Pleno de la Corporación Municipal, ya que el derecho fundamental vulnerado queda plenamente restablecido con la publicación de una nueva Orden Ministerial nombrando Secretario del Ayuntamiento de León al ahora demandante de amparo, que fue quien, de acuerdo con el baremo reglamentariamente establecido, obtuvo la mayor puntuación entre los aspirantes a dicha plaza".

Esto significa que la sentencia condena a la Administración a nombrar al recurrente Secretario del Ayuntamiento de León, esto es, a dictar un acto administrativo con un determinado contenido. La insustitubilidad de los juicios referentes al acceso a la función pública -aquí, relativos a la provisión de puestos de trabajo- revela así su fragilidad<sup>91</sup>. Bien es verdad que se trataba de la aplicación de un baremo reglado, y que la Comisión calificadora ya se había pronunciado sobre el mismo. Por ello, debemos entender este fallo en sus justos términos y no darle un alcance mayor del que realmente tiene, ya que no se trata aquí de la sustitución del juicio de una Comisión sobre la aptitud de un funcionario, sino simplemente de hacerlo efectivo frente a un sistema de provisión de puestos de trabajo que lo relegaba a un segundo término<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup>Lo que indicaba a su juicio que se había procedido con objetividad -en el sentido de que no se habían seguido directrices políticas en este asunto-.

<sup>91</sup>En este sentido, Piñar, op. cit., p. 165. El autor cita también una sentencia del TSJ d Madrid, que nombraba como funcionario al recurrente al entender que se le había suspendido indebidamente en el período de prácticas. Debe en todo caso tenerse en cuenta que aquí no existía el problema de la limitación de plazas, ya que el recurrente ya era funcionario.

<sup>92</sup>Conviene aquí efectuar la siguiente precisión: es cierto que, para determinados puestos- uno de cuyos ejemplos paradigmáticos puede ser precisamente el de Secretario de Ayuntamiento en un gran municipio-, las condiciones de

## II. EXCEPCIONES A LA UTILIZACIÓN DE ESTOS ARGUMENTOS: LA ALEGACIÓN DE DESVIACIÓN DE PODER Y LA FISCALIZACIÓN DE LOS DENOMINADOS MÉRITOS DE APRECIACIÓN REGLADA

Ha puesto de relieve Tardío Pato<sup>93</sup> que, cuando se alega desviación de poder o se trata de apreciar méritos cuantificables con sujeción a un baremo, nuestras Salas de lo contencioso levantan el velo de la discrecionalidad técnica y demás tópicos. Lo segundo se justifica en la mayor facilidad de control que se da en estos casos; lo primero carece de justificación razonable.

### 1. La desviación de poder

La desviación de poder ha decaído como instrumento de control de las resoluciones administrativas, entre otras razones porque la

---

idoneidad no sólo pueden consistir en antigüedad, o en poseer determinados títulos académicos, o acreditar haber realizado determinados cursos dentro de la Administración, o poseer determinados conocimientos, sino también debe requerirse una aptitud idónea para ese puesto. Por ello, en parte es lógico un sistema como el que antes regía para estos casos.

Semejante sistema no es, per se, y desde nuestro punto de vista, contrario a los principios de mérito y capacidad. Creemos que la aptitud específica para un puesto de tales características forma parte de la capacidad que el puesto requiere. Pero ello no debe ser obstáculo para el pleno control judicial de estos supuestos, cuando el mismo sea materialmente posible. Por supuesto, en estos casos en principio podría suponerse una gran credibilidad del juicio que sobre esa específica capacidad emitieran quienes conocen los concretos problemas de ese puesto de trabajo. Pero esto no deja de ser una afirmación que puede racionalmente presumirse, pero también destruirse o simplemente no llegar a jugar en los casos concretos. Es más, la Administración experta debe convencer a la Sala de que su elección es plausible; si no lo hace, hay que presumir que sus argumentos no fueron bastantes. De nuevo habrá que estar aquí a las reglas de la carga de la prueba.

En todo caso, el recurrente aducía que esta interpretación podía implicar en la práctica discriminaciones, ya que la aptitud concreta para un puesto de trabajo sólo se puede evaluar si se conoce personalmente a quien se presenta como aspirante a un determinado puesto; y ello resulta imposible si el funcionario habilitado ha venido ocupando una plaza en otra Corporación.

<sup>93</sup>Op. cit., pp. 195 ss. A pesar de que estamos sustancialmente de acuerdo con la exposición que ofrece este autor, hemos creído conveniente tratar con algún detalle estas cuestiones para mostrar con ejemplos, de una parte, que ante la alegación de desviación de poder la jurisprudencia fiscaliza incluso ejercicios de oposiciones, y, de otra, que la misma opera con un concepto no unívoco de méritos <<de apreciación discrecional>>.

misma se solapa con otras técnicas, como la fiscalización de la apreciación y valoración de los hechos, que tiene la ventaja de no requerir la prueba de las intenciones del titular del órgano administrativo<sup>94</sup>.

Pero nuestros Tribunales acceden sin problemas a fiscalizar la llamada discrecionalidad técnica cuando se aduce desviación de poder<sup>95</sup>. Resulta curioso no sólo que nuestras Salas sigan utilizando profusamente ese argumento -aunque normalmente sea para rechazar su

---

<sup>94</sup>Quizá la sentencia de 8-11-93(A.7828), que afirma que los juicios técnicos no son susceptibles de revisión judicial salvo desviación de poder, refiera esta última exclusivamente a aquellos casos en que, de manera manifiesta, el acto se aparta de su fin. Es posible que ello sea así, ya que añade que la concurrencia de esos vicios sólo faculta a la Sala para anular, y nunca para sustituir la decisión administrativa, lo que es indicio de que, a juicio del TS, la discrecionalidad permanece y de que, por tanto, el control no es total.

La STS de 5-7-93(A.6026) sienta una doctrina parecida, pero ni tan siquiera alude a la desviación de poder, sino tan sólo a los requisitos de procedimiento y al respeto a las bases de la convocatoria.

<sup>95</sup>En este punto, creemos conveniente formular una hipótesis: la de la posible influencia negativa de la antigua redacción del art.94.2 LJCA en esta materia. En efecto, salvo en relación con la separación de funcionarios inamovibles -a la que sólo tardíamente se entendió asimilado el supuesto del nacimiento del vínculo de la relación funcional-, las sentencias en materia de personal sólo eran apelables por desviación de poder. Es posible que esta limitación se extendiera de hecho silenciosamente a la primera instancia. Vid. el actual art.93.2 LJCA.

Una sentencia del TSJ de Canarias que después se confirmaría por otra del TS de 4-11-93(A.8238) estimó la concurrencia de desviación de poder en relación al nombramiento de un funcionario para un puesto de libre designación. Realmente, bastaba con decir que la resolución lesionaba los principios de mérito y capacidad. Pero parece que el TSJ de Canarias no se atrevió a anular la resolución -y a declarar que la recurrente debía ser quien ocupara la plaza- sin ese fundamento.

La STS de 11-4-86(A.1879), en relación con un concurso para la provisión de una plaza de Ayudante de Derecho Civil, afirma: "SEXTO. La inobservancia de las bases del concurso, al tener en cuenta para la provisión de la plaza de Ayudante de la Facultad de Derecho, correspondiente al Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, razones y circunstancias que no figuraban en la convocatoria para la provisión de dicha plaza, supone distorsionar la normal finalidad de estas convocatorias para la selección del aspirante más idóneo, utilizando, como dice la sentencia de esta Sala de 26-7-85, para efectuar el nombramiento de quien en principio no reúne esta condición, una potestad discrecional de modo divergente a la consecución del fin de interés público que ha de perseguirse por la Administración, lo cual implica un vicio de desviación de poder".

Cabe resaltar de la sentencia que, aunque tuvo que basarse en la desviación de poder por imperativo del antiguo art.94 LJCA, a los mismos resultados habría llegado a través de una adecuada fiscalización de la apreciación de los méritos de los concursantes -que es lo que, en definitiva, hizo-. Asimismo, debe resaltarse que con la excusa de la desviación de poder la Sala pasa por encima del mayor conocimiento de ambos candidatos que poseían los evaluadores; por el contrario, en la de 22-4-94(A.6226), sobre nombramiento de Magistrados suplentes, este dato se tiene en cuenta a la hora de confirmar la resolución recurrida, si bien también se toma en consideración otras cuestiones como la existencia de un expediente disciplinario de que había sido objeto el recurrente, Magistrado jubilado.

existencia-, sino sobre todo que se nieguen a fiscalizar la apreciación de los hechos con base en una supuesta discrecionalidad técnica salvo que se alegue ese vicio. Es una actitud incongruente y que carece de fundamento razonable<sup>96</sup>.

Puede citarse la STS de 27-6-86 (A.4900). Se trataba de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un aspirante a encargado municipal de obras, que finalmente fue desestimado<sup>97</sup>. El TS, tras recordar su doctrina acerca de la inimpugnabilidad indirecta de las bases, entra en el análisis de la desviación de poder aducida<sup>98</sup>. Pero, además, ante esa alegación, fiscaliza adecuadamente la puntuación correspondiente a la prueba práctica sobre la base de

---

<sup>96</sup>Clavero, "La desviación...", cit., pp.119-120, al comentar la STS de 24-10-59, señala que, si bien la desviación de poder se puede producir por error en la apreciación de los hechos, éste sólo será jurídicamente relevante, de acuerdo con la misma, cuando <<no admita duda y su existencia sea evidente e incontrovertible>>, mientras que la prueba de la desviación de poder exige únicamente una convicción moral de su existencia.

Las palabras de Clavero encerraban un peligro que, desgraciadamente, se ha plasmado en nuestra realidad jurisprudencial. En efecto, sabemos que nuestras Salas consideran que las Comisiones calificadoras de concursos y oposiciones poseen un ámbito de discrecionalidad técnica sólo fiscalizable mediante la desviación de poder y el error flagrante. El problema es precisamente que el aparente error será, en muchos casos, la única vía de detección de la segunda; de modo que se da la paradoja de que, cuando los Tribunales tienen dudas sobre la posible concurrencia de desviación de poder, analizan detalladamente la apreciación de los méritos y conocimientos, sin que la discrecionalidad técnica sea escollo alguno. Pero sólo suelen hacerlo en estos casos.

Decir que el error en la apreciación de los hechos haya de ser evidente o flagrante supone invertir la carga de la prueba. Probablemente no fuera éste el sentido de las palabras del autor que citamos, pero, en ciertos ámbitos, la jurisprudencia se muestra excesivamente restrictiva en relación con esta cuestión.

<sup>97</sup>Se había convocado un concurso-oposición para cubrir dicha plaza, constando las pruebas de un dictado y unas operaciones aritméticas; finalmente, se efectuaría una prueba de carácter práctico.

<sup>98</sup>En este sentido, recoge los argumentos del Tribunal de instancia acerca de que esa desviación de poder no podía entenderse existente por habersele asignado al recurrente mayor puntuación que a su oponente en los primeros ejercicios.

Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, op.cit., pp.44-45, afirma acertadamente que si el Tribunal hubiera comprobado la existencia de un error habría seguramente anulado por desviación de poder, juicio adicional y peligroso. Por su parte, Tardío señala que lo importante de la desviación de poder es que a través de la misma se enjuicia el fondo del asunto -op.cit., p.196-.

En todo caso, Piñar, op.cit., p.158, recuerda que la desviación de poder es con frecuencia alegada por los recurrentes en estos casos, precisamente porque suele ser el único medio de que su pretensión sea viable.

los informes emitidos, valorados de acuerdo con la sana crítica<sup>99</sup>.

Desaparece además la alusión a la vinculación de la Sala al informe del perito procesal que había efectuado la Sala de instancia<sup>100</sup>. Esto es, el TS realiza un análisis profundo de los datos que obran en su poder, y, a la vista de lo bien razonado del informe de aquél -que, además, coincidía con el parecer de la Comisión-, desestima el recurso. Podemos entonces preguntarnos para qué hablar de desviación de poder, si habría sido mucho más fácil, simplemente, aludir a la fiscalización de la apreciación de los hechos.

El TS en ningún caso se refiere a la supuesta discrecionalidad

<sup>99</sup>Así lo resalta Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp.43 ss.

La Sala de instancia, aunque de pasada, valora el ejercicio de dictado, así como los méritos. Es significativo que el Tribunal se salte el dogma de la discrecionalidad técnica cuando se trata del sencillo ejercicio del dictado, si bien tampoco se cuestiona si fue correcta, en vista de ello, la puntuación otorgada a ambos opositores.

Fernández Rodríguez, op.cit., pp.43 y 45, afirma que la sencillez de los ejercicios de dictado y operaciones aritméticas hizo que la Sala no se arredrara en su control. Todo es cuestión pues de mera dificultad; sin embargo, nuestros Tribunales no suelen reconocerlo y aluden constantemente a la discrecionalidad técnica. Así, hemos ido viendo que, en otras ocasiones, se niegan a fiscalizar la apreciación realizada por las Comisiones calificadoras cuando éstas juzgan conocimientos jurídico-administrativos para oposiciones de bajo nivel.

<sup>100</sup>En efecto, como acertadamente resalta Fernández Rodríguez, op.cit., pp.43 ss., cuando se trata de la prueba práctica la sentencia apelada saca de nuevo a relucir la irrevisabilidad en sede jurisdiccional de semejantes cuestiones. "En cuanto a la prueba práctica, la puntuación concedida encuentra su apoyo en el informe del Arquitecto de la Diputación Provincial, que resume la obra ejecutada por los concursantes expresando en cuanto al señor M. <<corrección del trabajo en todos los sentidos y buena ejecución pero muy corta (al 50%), con algún problema en lectura de planos>>; y, respecto al sr.E., <<trabajo correcto, no brillante pero sí ajustado a planos y desarrollado hasta el final>>, criterio técnico que a la Sala no es dable someter a revisión dada la competencia y titulación técnica de quien lo emite y la garantía de imparcialidad que le confiere su condición de funcionario provincial, y que representa el reconocimiento de su ejercicio o prueba de aptitud realizada incompletamente y sólo hasta la mitad de su ejecución, notas que, en principio, justifican la puntuación atribuida, dentro de los límites de discrecionalidad concedida al Tribunal calificador". En cualquier caso, tiene en cuenta la prueba pericial practicada ante la misma, lo que significa que la <<discrecionalidad técnica>> no es algo indestructible. El fallo radica en el tratamiento dado al informe del perito procesal, ya que se debería haber aludido al art.632 LEC, aun cuando el resultado, en este caso, seguramente habría sido el mismo.

Por otra parte, la Sala de instancia parece distinguir entre la irrevisabilidad del informe del arquitecto y la discrecionalidad de la Comisión a la hora de puntuar. Respecto a esta última, afirma que existen límites, que no especifica pero que parecen venir referidos a la ausencia de arbitrariedad en la puntuación asignada.

técnica de la Comisión calificadora, aunque sí lo hace la sentencia de instancia. Además, entra en la valoración de la prueba practicada en relación con el ejercicio práctico. Lo que es inútil es la referencia constante a la desviación de poder.

También podemos en este lugar citar la STS de 11-6-86 (A.3227). Se había impugnado el acto por el que se nombraba Suboficial Jefe de la policía local a una persona. La sentencia de instancia había declarado la inadmisibilidad del recurso; pero el TS entendió que existía desviación de poder y lo estimó.

Los hechos fueron los siguientes: siendo el que más adelante obtendría la plaza concejal de tráfico del Ayuntamiento apelado, se declaró desierto el concurso convocado para la provisión de aquélla. Al convocarse el nuevo concurso, se modificaron -a propuesta de dicho concejal- las bases de la convocatoria y se configuraron a la medida del mismo<sup>101</sup>. De las calificaciones otorgadas se desprendía asimismo

---

<sup>101</sup>Dichos cambios consistían en lo siguiente: supresión de la exigencia de vinculación durante al menos dos años a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o a la policía municipal; inclusión de la prestación de servicios en la Cruz Roja -servicios que había prestado dicho concejal-; sustitución de la exigencia de título de enseñanza media por la de <<enseñanza media, profesional o equivalente>>-el después nombrado había cursado maestría industrial, pero no acreditó la titulación de enseñanza media-; supresión de la consideración como mérito haber servido a la policía municipal en el municipio en cuestión o en otro igual o mayor; adición de un nuevo mérito, como era la prestación de servicios en cuerpos voluntarios -el tan repetido concejal los había prestado en el servicio de extinción de incendios-; la ausencia del requisito del permiso de conducir A-2 o B exigido para los guardias municipales de la Corporación, pese a que el tercer ejercicio versaba sobre materias referentes a la circulación, requisito a cuya obtención se requeriría al nombrado.

Es relevante que el TS rechazara la consideración de que las bases son la ley del concurso y que una vez no impugnadas, devienen firmes y no cabe recurso indirecto contra ellas. Se basó, para rechazar la aplicación de tan nefasta pero frecuente doctrina, en que en ocasiones es imposible saber que las bases están hechas para que apruebe una persona determinada hasta que finaliza totalmente el procedimiento selectivo. Lo cierto es que, a nuestro modo de ver, era flagrante que la <<desviación de poder>> se daba ya en las bases; sin embargo, el TS, quizá por el deseo de eliminar una ilegalidad tan flagrante, y lesiva del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, estimó el recurso. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que quizá la Sala, sin decirlo, entendió que, al ser las bases nulas de pleno derecho -STC de 23-11-81 y actualmente art.62 L.30/92-, debía entenderse posible la impugnación fuera de plazo. O quizá, simplemente, el TS utilizó la ilegalidad de las bases como un elemento probatorio más de la desviación de poder a tener en cuenta.

Es similar a ésta la muy conocida de 7-10-71 (A.3873). Una Diputación



con toda claridad la intención de adjudicarle la plaza<sup>102</sup>.

El TS no tiene ningún problema en entrar a valorar si la pregunta referente a la organización municipal, o los supuestos prácticos, habían sido o no correctamente valorados. Debe tenerse en cuenta que se trataba de las pruebas correspondientes a la fase de oposición, mucho más difíciles de fiscalizar que cuando se trata de un mero concurso en términos generales; sobre todo por cuanto las mismas consistían en preguntas a desarrollar y supuestos prácticos, que son de los ejercicios más difíciles de calificar junto a los orales. Es cierto que los errores del nombrado, y los errores en la calificación, eran notorios y ostensibles; y también que se trataba de conocimientos jurídicos de que la Sala disponía. Pero también lo es que, a menos que se alegue la desviación de poder, el TS muchas veces se niega a fiscalizar incluso si existen o no errores de ese tamaño<sup>103</sup>.

---

provincial había modificado las bases del concurso para la provisión de la plaza de Jefe de la beneficencia, de modo que se suprimió el requisito referente a la edad máxima y el de poseer estudios superiores. El TS anuló las bases por entender que el objetivo perseguido era que la persona que ocupaba el puesto interinamente ganara el concurso.

La STS de 2-10-90 (A.7565) estimó asimismo la concurrencia de desviación de poder en un caso de provisión por oposición restringida, de modo ilegal, y en que se había establecido un temario de catorce temas frente a los treinta y dos de las oposiciones para auxiliares.

<sup>102</sup>En el primer ejercicio, todos los aspirantes fueron calificados con 7 puntos, excepto uno de ellos -que sólo obtuvo cinco-. En el segundo, a la primera de las dos preguntas, referente a <<organización municipal en general>>, el después nombrado dedicó dos folios a la exposición del *procedimiento electoral*; y además incurrió en notorios errores, como decir que el Alcalde es nombrado directamente por los electores. Dicho ejercicio, curiosamente, fue calificado con 7,30 puntos, muy por encima de la media. El tercer ejercicio constaba de dos supuestos prácticos. En el primero de ellos, relativo a la falta de licencia de apertura de un local comercial, no se formuló propuesta alguna ni se expuso la normativa vigente, pese a que -como acertadamente señala el TS- se trata de una materia <<de específica competencia municipal>>. El segundo, relativo a un accidente de circulación por no haber cedido el paso un vehículo que salía por la derecha, se omitió toda referencia a cuestiones relevantes.

<sup>103</sup>Un caso parecido puede ser el resuelto por la ya antigua STS de 1-12-59- puede verse el comentario que la misma hace Clavero Arévalo, M.F., "La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del T.S.", cit., esp. pp. 123-124, en nota-. El supuesto era el siguiente: se dictaron -al igual que en el supuesto resuelto por la sentencia comentada en el texto- unas bases claramente *ad personam*; pero que, interpretadas razonablemente, podían conducir en su aplicación al nombramiento del aspirante objetivamente más idóneo. La Comisión calificadora procedió de modo recto

Un supuesto parecido fue el enjuiciado por la STS de 30-6-86 (A.3310), sobre una oposición restringida para acceder a la categoría de Sargento de bomberos. Una de las pruebas consistía en un ejercicio de traducción del catalán al castellano y viceversa; y las otras en temas a desarrollar por los aspirantes. Al tratarse de una cuestión de personal y formar previamente los candidatos parte del Cuerpo, el TS circunscribió su examen a la alegación de desviación de poder, por imperativo del art.94 LJCA en su anterior redacción.

El Tribunal, en primer lugar, no hace alusión alguna al tópico de la discrecionalidad técnica, ya que se había alegado desviación de poder -lo que le basta para levantar el velo-. Sin embargo, en segundo lugar, si bien constata -como no podía ser menos- el número de faltas ortográficas de uno y otro aspirante en el ejercicio de traducción, no calibra, al menos de manera expresa, la gravedad de las mismas -aunque alude tangencialmente a esta cuestión-<sup>104</sup>.

---

y objetivo, por lo que la sentencia fue recurrida por el aspirante favorecido por el Ayuntamiento. El TS desestimó el recurso.

La STS de 19-9-94 (A.7274) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y ordena la retroacción de la celebración de las pruebas al momento anterior al tercer ejercicio. La sentencia considera como indicio de desviación de poder que la elección de los temas de la segunda prueba no hubiera sido azarosa, como ordena la Dirección General de Administración local, así como las importantes diferencias entre el contenido mínimo de la convocatoria y los ejercicios realizados. Finalmente, consideró que la intención era mantener a las personas que venían desempeñando las plazas. Vid. también la STS de 24-5-89 (A.3907), recaída en un caso en que se había sacado a concurso una plaza de arquitecto técnico, existiendo un contratado laboral y estableciéndose como requisito haber trabajado como arquitecto técnico o aparejador municipal o provincial, sin que el aspirante al mismo tiempo hubiera desempeñado trabajos privados en el territorio de ese municipio o provincia. Esto limitaba considerablemente el número de candidatos posible. Las puntuaciones eran además diferentes según se hubiera trabajado en el municipio convocante o en otro. El TS no se pronuncia sobre la desviación de poder porque no se había alegado, pero entiende que en el caso concreto la cuestión no debía perderse de vista, y finalmente estima el recurso por infracción del principio de igualdad y porque la provisión por concurso no era procedente en ese caso.

<sup>104</sup> Además, aunque hace alusión a la necesidad de tener en cuenta los criterios morfológico y sintáctico -que, al igual que el ortográfico, se supone que están al alcance de los miembros de la Sala-, tampoco fiscaliza de manera explícita la valoración que de los mismos efectuó la Comisión calificadora. Es positivo, en todo caso, que la sentencia se base en la naturaleza del ejercicio para determinar los criterios de calificación, ya que ello, en su caso, le habría permitido anular la efectuada por la Comisión en el caso de que aquélla hubiera utilizado como único criterio el ortográfico sin atender a otros factores, como el dominio del vocabulario o la sintaxis.

Aquí, obviamente, no se podían alegar criterios como la especialización de la Comisión o la falta de conocimientos especializados de la Sala; sin embargo, ésta se refugia en última instancia en otro argumento para reducir su fiscalización a supuestos flagrantes. Esta vez acude para ello a una peculiar noción de la desviación de poder. Así, después de afirmar que la misma implica un ánimo predeterminado de apartarse de los fines concretamente previstos por el Ordenamiento<sup>105</sup>, señala que

"...como mínimo, es necesario llevar al Tribunal a la convicción moral -sentencia de 30-4-66(A.2335)-de que *la discrecionalidad ha sido sustituida por una y simple y pura arbitrariedad*, por lo que la actuación del Tribunal calificador, por la valoración dada en función de los criterios que se han expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, no supone arbitrariedad al puntuar dentro de los límites de las bases al cuarto ejercicio de ambos opositores de forma equivalente, y sin que, además, a este Tribunal se le hayan ofrecido elementos suficientes para llevar a su convicción moral la existencia de desviación de poder..."<sup>106</sup>.

La arbitrariedad habitualmente se entiende como algo palmario, evidente, aunque a veces el TS no lo hace así. Si la desviación de poder se identifica con la arbitrariedad, y ésta se concibiera en sentido estricto, estaríamos limitando la funcionalidad de ese vicio a los supuestos flagrantes, con lo que su

---

Por lo que respecta a los restantes ejercicios de la oposición restringida, se trataba de la exposición de diversos temas. Al respecto, el TS fiscaliza la importancia global de cada ejercicio dentro del conjunto de las pruebas y en función de los cometidos de la plaza controvertida, lo que es plausible. Pero también se observa la nula alusión que la Sala efectúa respecto al contenido de los ejercicios y la consiguiente corrección o incorrección de la calificación propuesta.

<sup>105</sup>Con lo que, por cierto, parece decirse que ese vicio se da incluso cuando el objetivo perseguido sea de interés público.

<sup>106</sup>En este punto, la sentencia es claramente contradictoria, ya que de una parte se dice que la desviación de poder requiere la existencia de arbitrariedad; y, de otra, después de haberse llegado a la conclusión de que ésta no aparece por ningún sitio, se afirma que tampoco ha llegado la Sala a la convicción de que existe desviación de poder -con lo que parece que no identifica ambas figuras-.

inutilidad quedaría aún más patente<sup>107</sup>. Además, de este modo, el Tribunal implícitamente autorrestringe su control, aun sin aludir a la discrecionalidad técnica. Nos preguntamos si también habría dado esta misma noción de desviación de poder en el caso de que la materia enjuiciada hubiera sido otra distinta.

## 2. La fiscalización jurisdiccional de la apreciación de los méritos de estimación reglada

La poca consistencia de la discrecionalidad técnica, que desgraciadamente se cierne sobre todo el sistema de control del acceso a la función pública, se desvanece desde el momento en que nuestras Salas de lo contencioso-administrativo no vacilan en fiscalizar la valoración -en el sentido habitual del término- de lo que las mismas llaman *méritos de apreciación reglada*<sup>108</sup>. La cuestión

---

<sup>107</sup>De todos modos, desde el punto de vista teórico desviación de poder y arbitrariedad sí podrían identificarse, en la medida en que la arbitrariedad en sentido estricto se define como conducta cuya única base es el puro capricho; y, en ocasiones, la desviación de poder se ha entendido como el uso de potestades administrativas para fines privados.

Por otra parte, la jurisprudencia, en ocasiones, entiende de modo amplio y flexible el principio de interdicción de la arbitrariedad, como hemos visto.

<sup>108</sup>La STS de 4-10-89(A.6841) constituye un ejemplo de fiscalización de este tipo de méritos.

Sobre esta línea jurisprudencial, puede verse Alegre Avila, J.M., "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública", en *RVAP*, nº42, 1995, esp.pp.273 ss.

Tardío, op. cit., pp.70 ss., señala que la existencia de méritos preferentes y otros criterios reglados suponen excepciones al dogma de la discrecionalidad técnica en la jurisprudencia. El autor cita la STS de 8-7-81(A.3233), que señala la necesidad de que esos criterios sean previos, objetivos y racionales. Incluso cita otra, de 12-11-57(A.3336), que afirma que la aplicación de criterios reglados permite incluso emitir juicios de comparación entre los diversos candidatos.

Peñarrubia, op.cit., p.301, señala que el TS controla los méritos de carácter objetivo y matemático, frente a los de valoración discrecional. Cita la STS de 15-3-93(A.2113), que entendió que la evaluación de los conocimientos es discrecional, mientras que en la de los méritos debe distinguirse su existencia de su cuantificación. La STS de 16-12-32(A.992) se declaró competente para enjuiciar un concurso, dado que existía baremo. Pero entenderse competente no significa revisar la valoración de los méritos de apreciación discrecional.

Cuando se trata de méritos de apreciación discrecional o de concursos sin baremo, el TS suele únicamente -como resalta Tardío, op.cit., pp.109 ss.- retrotraer actuaciones, sin llegar a declarar situación jurídica individualizada alguna. No obstante, el autor cita la STS de 24-10-59(A.4024), en sentido contrario. También

entra en los límites de este trabajo, ya que, como afirma Tardío<sup>109</sup>, en estos casos no estamos ante operaciones totalmente matemáticas, sino que normalmente siempre habrá una cierta dificultad de control.

La temprana STS de 11-12-30(A.41), en uno de estos supuestos, declaró el mejor derecho del recurrente a obtener la plaza; lo que, aun referido al alcance del fallo, denota que el control se libra del tópico del carácter revisor y constituye un indicio de que aquél es pleno<sup>110</sup>.

Esta circunstancia denota que, por debajo de todos los alegatos sobre la discrecionalidad técnica, la competencia exclusiva de las Comisiones o la especialización de éstas -o, todavía más grave, el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo-, subyace en realidad el respeto de los Tribunales a los juicios técnicos de las Comisiones por miedo a equivocarse al revisarlos. Las Salas de lo contencioso no vacilan en fiscalizar los méritos <<de valoración reglada>>, sin estimarse incompetentes para ello y sin entender que estemos ante competencias exclusivas de las Comisiones. Simplemente, los controlan porque su estimación no presenta complicaciones: es fácil y, por tanto, asequible a sus conocimientos sin problemas, al igual que lo era un dictado o unas prueba aritméticas. Todo se reduce así a una cuestión de pura dificultad de control.

En este sentido, podemos citar la STS de 17-6-86(A.3803). Se

---

resalta que incluso en los concursos reglados el TS no siempre ha declarado el mejor derecho del recurrente, con base en el carácter revisor.

El autor citado, op.cit., p.51, pone asimismo de relieve que el elevado grado de objetivación normativa de los méritos para la provisión de plazas de habilitados nacionales ha permitido un intenso control por la jurisprudencia en estos casos.

<sup>109</sup>Op.cit., pp.76 ss.

<sup>110</sup>La de 7-10-83(A.6265) afirma que la nulidad de actuaciones no procede cuando se trata de aplicar un porcentaje a un determinado número de años de servicio.

trataba de un concurso para la provisión de una plaza de jefe de sección de medicina interna en un hospital público. La sentencia apelada se niega a fiscalizar lo que denomina <<méritos de valoración discrecional>>, salvo en el supuesto en que se hubiera incurrido supuestamente en desviación de poder<sup>III</sup>.

Pasando a lo que podríamos denominar *méritos de estimación reglada*, la Sala afronta la cuestión del cómputo del tiempo en que uno de los concursantes trabajó como residente y el que el otro candidato pasó en régimen de formación como postgraduado en el Hospital Universitario de Sevilla. Se trataba, pues, de una pura cuestión de constatación de datos numéricos, lo que resulta

---

<sup>III</sup>"TERCERO. Que ante todo conviene anticiparse a proclamar que de dichas pretensiones han de rechazarse, sin más, aquellas que impugnan apreciaciones discrecionales del Tribunal, que expresamente le fueron atribuidas por la citada Orden Ministerial, y concretamente dos: 1) La omisión de la prueba práctica, que conforme a los arts. 6 y 8, es facultativa de dicho Tribunal, y 2) la apreciación circunstanciada de los trabajos científicos y de investigación, becas y premios, etc., que es igualmente de índole discrecional de dicho Tribunal hasta un máximo de 3 puntos; ello lo reconoce incluso el propio recurrente, y no habiéndose aludido en ningún momento a ninguna clase de desviación o abuso de poder, es ajustada a Derecho la desestimación que formuló la resolución recurrida con base a lo dicho en el Considerando 4º, quedando pues definitivamente asignados 1, 90 y 3 puntos a dichos recurrentes".

En todo caso, se llega a decir: "...si bien matemáticamente conduce a dicho resultado estimatorio, no empaña los méritos profesionales del vencido; la verdad es que uno y otro son brillantes profesionales de la Medicina local, cualquiera de ellos merecedor de la plaza; y no se diga que este sistema aritmético deshumaniza la función, al querer reducir a cifras el calibre intelectual de las personas, pues, aunque no lo parezca, tiene la ventaja de prevenir y evitar cualquier apreciación discrecional, más o menos arbitraria, que es lo que la reglamentación vigente quiso conseguir; misión del Tribunal no ha sido otra que constatar la legalidad estricta de todas y cada una de las cuestiones planteadas...". Siendo así, no se entiende por qué la Sala se niega a fiscalizar los méritos de valoración discrecional, a menos que sea por la dificultad de control inherente a estos supuestos.

Asimismo, señala que era discrecional para la Comisión la realización o no de una prueba práctica, que no se llevó a cabo. Pero tanto el recurrente como el que en principio había obtenido la plaza eran médicos de dilatada experiencia profesional y brillante curriculum, por lo que la realización de esa prueba práctica parece, en efecto, que resultaba innecesaria y hasta contraproducente -de haberse realizado, una prueba efectuada en pocas horas podría haber resultado decisiva, siendo tan relevantes los méritos y la experiencia de los candidatos-. En cualquier caso, lo que parece absurdo es que la sentencia se niegue a enjuiciar tanto esta cuestión como la de becas, premios y trabajos de investigación de los concursantes, máxime si se tiene en cuenta que en otras más antiguas se ha verificado esa fiscalización.

extraordinariamente fácil<sup>112</sup>. Las otras cuestiones suscitadas eran del mismo tipo: años de servicios prestados a la Seguridad Social, haber ganado por oposición una plaza de médico de guardia, etc<sup>113</sup>.

Otro ejemplo lo constituye la STS de 11-4-86 (A.1879), referente a un concurso para la provisión de una plaza de profesor ayudante, si bien es cierto que efectúa el enjuiciamiento bajo la cobertura de la alegación de desviación de poder -que la sentencia estima, por cierto-<sup>114</sup>.

El recurrente, según certificación aportada al expediente, había obtenido unas calificaciones académicas muy superiores a las de la codemandada, tanto en general como en la asignatura de que se trataba; y, además, era becario de investigación<sup>115</sup>. Se hallaba además realizando los cursos de Doctorado y la tesis doctoral en el Departamento para el que se había convocado la plaza, al igual que

---

<sup>112</sup>La sentencia apelada ofrece aquí un punto que creemos puede ser de interés, ya que *inaplicó* uno de los apartados del baremo y el TS no negó su competencia para hacerlo, aunque entendió que el mismo en ese punto era razonable y debía aplicarse. Ahora bien, ¿habría sido capaz el TS de, por poner un ejemplo, modificar el baremo en el sentido de que la formación como postgraduado debía computar tanto como la condición de residente, si lo hubiera entendido más razonable? -téngase en cuenta que la formación como postgraduado duraba cinco años, frente a los tres de residencia más el año de médico interno-.

<sup>113</sup>Podemos citar aquí también la sentencia de la Audiencia Nacional de 19-11-82, en la que también parece efectuarse la distinción entre los requisitos de carácter reglado y los méritos <<de valoración discrecional>>. La sentencia fiscaliza sin problemas cuántos años había el recurrente sido médico residente en la especialidad correspondiente a la plaza a que aspiraba; no obstante, no enjuició la valoración de los méritos de los concursantes, como las publicaciones realizadas y otros trabajos científicos. Se amparó para ello en la remisión del baremo a la conjunta apreciación de los mismos.

<sup>114</sup>De todos modos, en este caso dicha alegación era necesaria, ya que se trataba del nombramiento de un Ayudante de Facultad del área de Derecho Civil y no de un funcionario <<inamovible>>-supuesto equiparado jurisprudencialmente a la separación de los mismos a que se refería la anterior redacción del art. 94 LJCA-.

<sup>115</sup>Esto último no figuraba como mérito en el baremo, pero las Ordenes de convocatoria de tales becas establecen que el disfrute de las mismas se computará como mérito a efectos de concursos.

la codemandada<sup>116</sup>.

La sentencia fiscaliza los *méritos de valoración objetiva*<sup>117</sup>.

Otra sentencia interesante, en relación con la fiscalización de los méritos, es la de 17-4-86 (A.2795), sobre la provisión de una plaza de técnico superior urbanista. La Sala efectúa una distinción entre los méritos de valoración reglada y los de <<valoración discrecional>><sup>118</sup>.

En cuanto a los primeros, la sentencia no duda siquiera en

---

<sup>116</sup>En cualquier caso, surge aquí una duda: ¿tuvo en cuenta la convocatoria, de manera correcta, todos los méritos de los concursantes? Por ejemplo, la codemandada era tutora de la UNED, lo que quizá podría valorarse como mérito. Tampoco se tuvo en cuenta el ejercicio profesional de los recurrentes, aunque es cierto que dicho mérito, caso de haber de tenerse en cuenta, habría de serlo en pequeña medida, dada la naturaleza de las plazas de Ayudante. Quizá otra cosa pueda decirse de las aptitudes docentes de uno y otro concursante: en primer lugar, ello entraría más dentro del epígrafe <<capacidad>> que dentro de lo que sea propiamente <<mérito>>; pero, al no haberse seguido prueba alguna al respecto -¿en qué podría haber consistido, por otra parte? - no se podía tener otro elemento de juicio que la subjetiva apreciación del Departamento.

<sup>117</sup>Sánchez Blanco, op.cit., pp.570 ss., critica una sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 15-11-80 relativa a la provisión de una plaza de médico adjunto en un Hospital clínico universitario. La sentencia estimó el recurso con base en la comparación de las calificaciones académicas globales de los concursantes y del examen de grado; número de cursos de doctorado y número de publicaciones -pese a señalar, respecto de estas últimas, que los participantes eran publicistas en formación cuyas publicaciones por tanto carecían de excesivo valor científico-. El autor critica la sentencia porque en la misma no se tratan temas como las calificaciones concretas obtenidas en la especialidad de la plaza y la afinidad con la misma de los cursos de doctorado realizados o de las publicaciones; y por cuanto ignora otras cuestiones como las funciones concretas a desarrollar en esa plaza. El autor, no obstante, concluye que esa falta de alusión a componentes cualitativos se debe a la discrecionalidad técnica de las Comisiones, dada su especialización, frente a la nesciencia de la Sala en estos temas.

En todo caso, no se hace en la sentencia comentada en el texto ninguna referencia a otras cuestiones, como por ejemplo el grado de elaboración de la tesis doctoral de cada uno de los aspirantes, dato que podría haber sido de capital importancia. Lo cierto es que se trata de una cuestión de evaluación prácticamente imposible.

<sup>118</sup>Mozo, op.cit., p.328, y refiriéndose a lo que él denomina *méritos de valoración discrecional* en los concursos -como los méritos científicos-, señala que algunos de los conceptos indeterminados empleados para referirse a los mismos adolecen de una "indeterminación absoluta". Un concepto absolutamente indeterminado no sería un concepto; la determinación -aunque sea a posteriori- es algo inherente a todos ellos. Un supuesto concepto absolutamente indeterminado, por otra parte, sería imposible de controlar en su aplicación, al no significar absolutamente nada. Sin embargo, creemos que, en realidad, el autor no quiere decir eso; de hecho, inmediatamente se refiere a que el halo de estos conceptos es extensísimo. Pues bien, si hay halo, hay núcleo; si hay núcleo, no hay indeterminación absoluta.



sustituir las puntuaciones obtenidas<sup>119</sup>. Por supuesto, el carácter reglado facilita el control, y de ahí que el TS afirme la consideración de mera propuesta del juicio emitido en este punto por el Tribunal calificador. Pero también es verdad que la inexistencia del carácter reglado dificulta pero no impide la fiscalización -que no dejará por ello de ser de legalidad-.

De otra parte, ese carácter de <<mera propuesta>> que la Sala atribuye al papel de la Comisión en estos casos, implica una quiebra en el dogma de la <<competencia exclusiva>> de aquélla a la hora de apreciar los méritos de los concursantes, si bien dicha quiebra se justifica, para la sentencia que comentamos, en razón a la posible existencia de infracciones de preceptos concretos del baremo<sup>120</sup>.

Por lo que respecta a la <<práctica profesional>>, no se cuestiona la puntuación otorgada por la Comisión por este concepto- no se trata aquí de algo tan matemático como los años de servicio-; simplemente se da por buena. Carecemos de datos acerca de si dicha puntuación fue al menos plausible o, por el contrario, arbitraria.

---

<sup>119</sup>La misma incluye dentro de éstos <<el haber desempeñado puestos de trabajo similares>>. La similitud constituye -aunque la sentencia no lo diga, y dé por supuesta dicha semejanza en el caso que nos ocupa- un concepto jurídico indeterminado, asequible a los Tribunales -basta ver la jurisprudencia, abundantísima, relativa a marcas-.

Por lo que respecta a la noción de <<puesto de trabajo>>, se trata de una categoría jurídica perfectamente acuñada en nuestro Derecho -constituiría lo que Martín González llama un <<concepto jurídico directamente determinado>>; de ahí que la Sala no encuentre problemas en evidenciar que los cargos aducidos por el nombrado no podían incluirse en tal categoría. Por otra parte, al estar perfectamente reglada la equivalencia años de servicio-puntos, el Tribunal tampoco encuentra dificultades a la hora de sustituir la puntuación obtenida.

<sup>120</sup>Sánchez Blanco, A., "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", cit., pp. 563 ss., afirma que en nuestra jurisprudencia hay dos corrientes: una más restrictiva, para la que la llamada discrecionalidad técnica es vinculante salvo los casos de dolo, coacción o infracción de normas reglamentarias, y otra más progresiva, que parte de que las bases se insertan en el Ordenamiento y por tanto el dogma de que constituyen la ley del concurso no debe tomarse a rajatabla. Cita en este último sentido la STS de 10-11-79 (A. 3787).

La sentencia, sencillamente, no dice nada<sup>121</sup>.

En relación a los llamados por la Sala <<méritos de valoración discrecional>>,aquélla incluye en los mismos los comprendidos en el apartado<<otros méritos>><sup>122</sup>.Desde luego,existe indeterminación normativa;pero, ¿significa eso que la Administración goza de discrecionalidad para determinar lo que pueda entenderse comprendido o no dentro de los mismos;y,aún más,para apreciarlos? Creemos que no. Deberá justificarse la relación existente entre el mérito computado y las características de las funciones a desempeñar. Asimismo,habrá que extremar el cuidado a la hora de rechazar algún mérito alegado por los concursantes.Lo que no es lógico es decir, como la sentencia hace,que no pueden aducirse comentarios o extremos tendentes a sustituir la valoración efectuada por el Tribunal<sup>123</sup>.

La STS de 7-12-83(A.6264), sobre un concurso para la provisión de una plaza de Jefe de sección en un hospital clínico, después de

---

<sup>121</sup>Fernández Rodríguez,*Arbitrariedad y discrecionalidad*,cit.,p.50,afirma ,en relación con esta sentencia,que"la fórmula es reveladora,en su eclecticismo,de la insatisfacción del juzgador ante lo que constituye su punto de partida y contribuye también a poner de manifiesto la inconsistencia de éste,pues la dificultad técnica de la valoración de los méritos no es inferior a la de la valoración de las pruebas,al menos cuando,como suele ser habitual, aquella valoración ofrece márgenes cuantitativos".Lo que ocurre es que se aprecia una retracción del Tribunal a la hora de fiscalizar el apartado<<otros méritos>>.

<sup>122</sup>"....La referente al extremo d),por el que se especifica:<<Otros méritos que los aspirantes puedan alegar se valorarán discrecionalmente,hasta el límite de un punto>>;y siendo esta valoración discrecional,y correspondiendo su aplicación discrecionalmente al Tribunal,no se pueden alegar puntos,extremos o comentarios tendentes a sustituir la valoración de méritos discrecional del Tribunal....".

<sup>123</sup>Por otra parte,y en último término, cabría pensar en una simple anulación de la apreciación efectuada en caso de que fuera arbitraria,aunque no se admitiera su sustitución con carácter general,si bien no es ésta la solución compartida por nosotros -salvo que la mera anulación se fundamentase en la ausencia de datos suficientes o en los límites del razonamiento jurídico-.

El TS,aunque acepta el Fundamento de la sentencia apelada referente a los <<méritos de valoración discrecional>>,no se refiere a estos últimos,sino que,de manera aparentemente general,señala que el baremo implica un sistema de selección <<totalmente reglado>>.Observemos,no obstante,que ese carácter viene referido en la sentencia a que deben tenerse en cuenta todos,pero sólo,los méritos consignados en el baremo,y en la medida justamente señalada en éste.Pero recuérdese que se incluía un apartado correspondiente a <<otros méritos>>.

revisar los méritos de índole reglada -número de años de docencia universitaria- y sustituir en este punto la puntuación otorgada, entiende plausible la observación que *obiter dictum* efectúa la Sala de instancia acerca de que la Comisión había de modo injustificado otorgado menor puntuación al recurrente que al codemandado en cuanto a los méritos profesionales, si bien en la sentencia apelada se señala que en este punto es superior el margen de discrecionalidad<sup>124</sup>.

El TS es renuente, frente a su posición con referencia a los méritos cuantificables, a fiscalizar los conocimientos, objeto de la fase de oposición<sup>125</sup>. En estos casos, la dificultad de control es

---

<sup>124</sup>El TS parece entender que el mayor margen de discrecionalidad se da cuando se trata de apreciar conocimientos o méritos científicos.

También puede citarse en este lugar la STC 110/91 de 20-5. Se trataba de un concurso para la provisión de plazas de Magistrados por el cuarto turno -vid. la LO 16/94-. El TC afirma que "del examen de las actuaciones, y del propio razonamiento del TS, no se deduce que haya existido una valoración errónea o de carácter discriminatorio de esos méritos por parte del Tribunal calificador ni que el recurrente reuniera méritos superiores a los de los candidatos efectivamente seleccionados".

A estas palabras parece subyacer una mayor profundidad en el control de los concursos que en el de las oposiciones. Más todavía, el TC no efectúa a este respecto distinción alguna entre los méritos de <<valoración subjetiva>> y los de <<valoración objetiva>>.

Acerca de la supuesta discrecionalidad técnica de las Comisiones juzgadoras de la selección de Magistrados por el cuarto turno y la consiguiente limitación de las facultades revisoras del CGPJ puede verse la STS de 8-11-91.

<sup>125</sup>Fernández Rodríguez, op. cit., p. 48, afirma que "de esa falta da fe igualmente un cierta línea jurisprudencial que, en materia de concursos y oposiciones, intenta encontrar una solución intermedia, consistente en la limitación a un control mínimo en lo referente a la valoración de exámenes y pruebas y en la afirmación de un control normal o pleno en lo concerniente a la valoración de los méritos"; y cita en este sentido la STS de 17-4-86 (A. 2795). Esta afirma que "las pruebas de oposición quedan al arbitrio del Tribunal calificador, quien con perfecto control y dentro de su peculiar condición de examinador, puede apreciar el nivel de los opositores sin que su superior decisión pueda ser sustituida por quien no forma parte del Tribunal...". Tratándose en parte de conocimientos jurídico-urbanísticos, la Sala no podía invocar en modo alguno la especialización técnica de la Comisión. Es dudoso que los miembros de ésta tengan, en relación con esa materia, una preparación superior a la de los Magistrados de Tribunal Supremo. Por eso, éste alude a esa supuesta <<soberanía>> o <<competencia exclusiva>> de las Comisiones.

La STS de 29-5-81 (A. 2206) señala que la modificación de la calificación de los opositores sólo es viable si se repiten las pruebas. La de 4-6-94 (A. 5107) considera que no procede revisar las calificaciones de los ejercicios, ya que no se aprecia una lesión de normas y criterios objetivados en dicha calificación, por lo que debe respetarse la discrecionalidad técnica y por tanto el juicio valorativo emitido. La de 23-9-91 (A. 7551) desestima un recurso contencioso-administrativo presentado contra las calificaciones del tercer ejercicio de una

extrema; y, en el concreto caso de los exámenes orales no grabados, prácticamente imposible por la irreproducibilidad de las pruebas<sup>126</sup>.

Pero, si en algún caso el control es posible, deberá efectuarse hasta el límite mismo de la posibilidad<sup>127</sup>. Tal es el caso de las pruebas tipo test, donde sin embargo hemos visto que las Salas son

oposición, y afirma que dada la índole técnica de estas cuestiones sólo es posible fiscalizar si ha existido arbitrariedad. La sentencia concluye que la diferencia entre la puntuación asignada por la Comisión y la determinada por el perito, de 1'75 puntos, no era suficiente para mostrar la concurrencia de desviación de poder, salvo que se hubiera visto acompañada de indicios claros de predeterminación a favor o en contra de determinados opositores. Vid. asimismo la de 13-3-91(A.2279).

Martínez Morales, op.cit., pp.413 ss., señala que hoy por hoy el concurso oposición y la oposición parecen insusceptibles de una fiscalización total, dada la dificultad de valoración a posteriori de las pruebas. No obstante, afirma que cuando se trata de concursos con baremo -e incluso sin él-"no deben existir tantos escrúpulos para sustituir la labor o función de la Comisión calificadora".

Para Tardío, es preciso tratar de garantizar la objetividad del Tribunal, bien mediante el sistema de lectura pública, bien mediante el de test, bien evitando que la Comisión conozca los autores de cada ejercicio -op.cit., p.190; la STS de 5-10-89(A.6848) considera inidóneo, por subjetivo, el sistema de eliminación de aspirantes a policía con base en tests de personalidad cumplimentados por compañeros anónimos-. Y, op.cit., .204 ss., se manifiesta partidario de la motivación de la calificación. Se refiere a la STS de 4-6-75 (A.2174), que entendió que la falta de expresión de las puntuaciones parciales, unida a la precipitada devolución de la documentación de la fase de concurso, provoca la nulidad de actuaciones. El autor señala -op.cit., p.205- que esta sentencia exige la motivación de las calificaciones de la fase de oposición; no obstante, op.cit., p.90, recuerda que ésta no es la regla habitual, y cita en este sentido las SSTs de 26-9-66(A.4272), 30-10-74(A.4175) y de 28-3-70(A.1801).

También resalta Tardío que la motivación puede ser problemática en el caso de pruebas masificadas; pero añade acertadamente que se trata de un mero problema material.

El autor, op.cit., p.203, pone asimismo de relieve que oposiciones y concursos tienen muchos aspectos comunes.

La STS de 29-1-91(A.476), si bien no fiscaliza los resultados sí retrotrae actuaciones, ya que como con infracción de las bases el tercer ejercicio se compuso de tres supuestos y no de dos, aquel de los dos opositores que entendió el tercer supuesto obligatorio dispuso de menos tiempo que el que lo entendió optativo, con infracción del principio de igualdad.

<sup>126</sup>La STS de 7-1-32 señala que no sería fácticamente posible el control respecto de ejercicios no desarrollados por escrito ni recogidos por taquígrafos. Tardío, op.cit., pp.191 ss., se manifiesta partidario de utilizar en estos casos los avances técnicos.

Y la STS de 11-4-84(A.2861) afirma la imposibilidad de repetición de los ejercicios orales.

La STS de 11-4-86(A.1879) afirmó que no debía tenerse en cuenta el informe del Departamento referente a la vocación docente de la codemandada, ya que se trata de una apreciación inobjetivable, además de que no se contenía en el baremo.

<sup>127</sup>Tardío, op.cit., p.149, señala que el señalamiento de criterios públicos y previos de evaluación puede coadyuvar. Debe asimismo tenerse en cuenta el principio de igualdad en este ámbito. También afirma que tales criterios no pueden ser libres, sino que constituyen una simple concreción del Ordenamiento. Por ello, cabrá fiscalizar tanto los criterios mismos como su aplicación -op.cit., p.150-.

renuentes a efectuar una fiscalización total<sup>128</sup>. Lo mismo puede decirse de los ejercicios sencillos, donde hemos visto que la jurisprudencia no suele renunciar al enjuiciamiento. Esto demuestra que, en última instancia, todo el problema de la soberanía y discrecionalidad técnica de las Comisiones se reduce a un problema de posibilidad material de control y de dificultad del mismo<sup>129</sup>.

Por otra parte, la propia noción de <<méritos de apreciación discrecional>> no se halla clara en la jurisprudencia, ya que, si en unas ocasiones se entiende por ello aquellos en cuya estimación hace falta una valoración en el sentido habitual del término<sup>130</sup>-por cuya razón suele reconocerse <<discrecionalidad técnica>> en su apreciación-, en otras se habla de <<méritos discrecionales>> para referirse a los no expresamente consignados en el baremo, cuando éste establece un sistema de *numerus apertus*<sup>131</sup>. Ahí podrían incluirse

---

<sup>128</sup>En el sentido aquí defendido, Tardío, op.cit., p.206.

<sup>129</sup>Lagasse, op.cit., pp.409 ss., cita el arrêt Zoete de 12-5-81, en el que el Consejo de Estado belga anuló la calificación de un ejercicio al ser notablemente dispares las otorgadas al mismo por dos diferentes Comisiones, sin que la segunda de ellas hubiera ofrecido una explicación plausible.

En cualquier caso, hay un detalle marginal pero sobre el que conviene reflexionar. Nos referimos a la asignación de décimas y centésimas a los ejercicios a desarrollar por los concursantes. Si los Tribunales hablan constantemente de discrecionalidad técnica, debido a la dificultad de las materias y de la misma función de calificar, resulta sorprendente que las Comisiones afinen hasta las centésimas en un ejercicio consistente en un tema a desarrollar.

<sup>130</sup>Así, STS de 14-12-91(A.9516) considera que los méritos de estimación discrecional son aquellos que suponen la valoración del nivel científico de los aspirantes.

<sup>131</sup>Así lo hace por ejemplo la sentencia de 17-4-86, antes comentada. Es posible sin embargo que la misma hiciera esta afirmación en la medida en que el baremo no puede asignar una puntuación precisa a cada uno de los otros méritos, ya que no los especifica.

Mozo, op.cit., p.328, afirma que los méritos llamados <<de valoración discrecional>>, como los científicos, son "de valoración pura, subjetiva, que ha de ser realizada en cada caso de aplicación". Pero, ¿es toda valoración pura subjetiva? ¿Sólo hasta cierta medida? ¿No se puede entender objetivada -o al menos objetivable- por la remisión a la experiencia común?. El autor, en efecto, op. cit., pp.328 y 330, distingue los elementos de carácter objetivo -como la antigüedad- de aquellos otros que son susceptibles de una valoración. Pues bien, lo que verdaderamente ocurre es que los méritos <<de valoración objetiva>> son susceptibles, *per se* y sin excesivas dificultades, de una constatación; mientras que es posible que los <<de valoración subjetiva>> no lo sean tanto, dados los límites

tanto méritos objetivables mediante el establecimiento de un criterio previo de selección -por ejemplo: posesión de otros títulos universitarios- como otros que no lo fueran tanto -por ejemplo, calidad de las publicaciones-.

En suma, en el primer caso por <<discrecionalidad>> se entiende en nuestra jurisprudencia imprecisión y necesidad de efectuar juicios de valor; en el segundo caso, se considera que hay discrecionalidad cuando el baremo es abierto, aunque lógicamente entonces la determinación de lo que deban ser otros méritos y su cuantificación individualizada también implica efectuar una operación valorativa. Pero siempre será más sencillo establecer comparaciones entre las puntuaciones dadas en concepto de <<otros méritos>> a los diferentes concursantes respecto de los que sean <<cuantificables>>-esto es, los que la primera corriente jurisprudencial mencionada denomina méritos de valoración reglada- que cuando se trate de otros que en sí mismos requieren de una estimación valorativa<sup>132</sup>.

En último término, parece que en estos casos lo que arredra a

---

del razonamiento jurídico. Pero démos cuenta de las posibilidades que se nos ofrecen de error en el juicio de la Administración: a) Puede que ese error derive de haberse constatado mal un dato <<de estimación objetiva>>, en cuyo caso el control será sencillo. b) Es posible que provenga de haberse estimado mal un dato de aquellos que requieren una valoración; la fiscalización será más difícil pero no imposible *a priori*. c) También cabe que, habiéndose estimado individualmente cada uno de los datos de manera correcta, la apreciación conjunta de todos ellos sea incorrecta. En cualquier caso, estos posibles errores se constatarán mejor, normalmente, si tenemos un *tertium comparationis*, como suele suceder en los concursos.

La STS de 13-3-93 (A.2113) afirma que cabe determinar por la Sala si concurren o no en el concursante los méritos alegados, mas no si la cuantificación de los mismos fue o no correcta. Se supone que no se refiere con ello a méritos de cuantificación reglada.

<sup>132</sup>La STS de 14-10-82 (A.4788) estimó parcialmente la apelación interpuesta contra otra de la Audiencia Nacional, que había declarado el mejor derecho del recurrente a la plaza. El TS estimó procedente sólo la nulidad de actuaciones, aduciendo la competencia exclusiva de la Comisión. No sabemos si todos los méritos eran cuantificables, pero podemos presumir que no, ya que se trataba de una plaza de Jefe de sección en un hospital, en cuyos supuestos suelen tenerse en cuenta méritos científicos y profesionales difícilmente matematizables.

La STS de 7-12-83 (A.6264) distingue entre méritos de carácter objetivo matematizable; méritos referentes al desempeño de actividades profesionales; y méritos de carácter científico. En estos últimos, la jurisprudencia suele reconocer mayor grado de discrecionalidad.

las Salas a efectuar un enjuiciamiento completo es la dificultad de control. En los mismos, en ocasiones dicha dificultad será mayor que en las oposiciones, sobre todo cuando éstas son sencillas y los baremos prevén la apreciación conjunta de méritos de carácter fuertemente valorativo. Pero dificultad no significa imposibilidad<sup>133</sup>. Y la apreciación conjunta, como hemos visto, sólo incrementa esas dificultades, pero en ocasiones la jurisprudencia efectúa un enjuiciamiento concreto, incluso en concursos de elevado nivel<sup>134</sup>.

### III. CRÍTICA: LA DIFICULTAD EXTREMA DE CONTROL COMO RAZÓN DE SER ÚLTIMA DE LAS LIMITACIONES AL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO, ASCENSOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Lo que ocurre realmente es que, en estos casos, las ingentes dificultades que de hecho se plantean al control judicial<sup>135</sup> hacen que las Salas se refugien en todos esos argumentos, que en realidad ocultan el miedo a juzgar sobre algo que desconocen<sup>136</sup>. Sería mucho

---

<sup>133</sup> El hecho mismo de que se empiece a admitir la prueba en un caso parecido como el de la evaluación de los tramos lo demuestra. No obstante, debe tenerse en cuenta la doctrina de la STC 215/91, antes comentada.

<sup>134</sup> Así, sentencia de 14-11-78 de la Audiencia Nacional antes citada, referente a la provisión de una cátedra.

<sup>135</sup> Seguramente mayores que en otros casos en que existe discrecionalidad propiamente, como es el caso de la planificación urbanística.

<sup>136</sup> Piñar, op.cit., pp.154-55, se refiere a estas dificultades de control, cuando afirma que las mismas no deben retraer al Tribunal, que debe esforzarse por contar con todos los elementos de juicio necesarios: "En este caso, el órgano jurisdiccional ha de fundamentar rigurosamente su decisión, que podrá referirse a los siguientes supuestos: si es evidente, y así se prueba que la decisión de la Comisión no se atiene a los principios de mérito y capacidad y es igualmente posible probar cuál de los candidatos es el mejor, el Tribunal podría sin duda condenar a la Administración a llevar a cabo el nombramiento en favor de éste".

En todo caso, no nos parece correcto el razonamiento que efectúa para justificar qué ocurre cuando el razonamiento jurídico no es capaz de llevar con seguridad a la anulación de la decisión. El autor, op.cit., p.155, señala que, en materia de concursos y oposiciones, si no existen elementos probatorios suficientes el Tribunal deberá aplicar el principio del favor acti. El fundamento del mantenimiento del acto en estos casos es otro: concretamente, la interdicción

más lógico y plausible que nuestros Tribunales trataran, en estos supuestos, de efectuar un control completo de fondo; y que, llegado el caso -lo que ocurrirá en la mayoría de las ocasiones- confirmaran la decisión de la Comisión por aparecer ésta dotada de un fundamento plausible y no haber aparecido, a lo largo del proceso, una solución mejor que la adoptada; en suma, por haberse agotado las posibilidades del razonamiento práctico -cuyos límites sólo los Tribunales pueden fijar en cada caso-<sup>137</sup>. Debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba de cuál es la mejor solución corresponde al recurrente, salvo que la motivación no exista o sea gravemente defectuosa.

---

de la arbitrariedad del Poder judicial. Los jueces y Tribunales sólo pueden dictar sentencias fundadas en Derecho; una sentencia que no lo esté es arbitraria. Si el razonamiento jurídico no es suficiente, en un caso concreto, para provocar la anulación del acto o, en su caso, la sustitución del mismo, esa anulación y esa sustitución no estarán fundadas en Derecho, y por tanto, serán arbitrarias. En todo caso, lo dicho debe matizarse con la circunscripción del margen cognoscitivo de apreciación a los supuestos en que la carga de la prueba corresponde a los recurrentes.

A continuación, afirma que "lo que ocurre es que esta presunción de validez lo es también, en nuestro caso, de certeza, al igual que la que gozan otros actos administrativos tales como los informes técnicos, actas de inspección y otros semejantes". Pero la presunción de certeza, ni es tal, ni puede tener una base distinta de la ley. En todo caso, Piñar, seguidamente, se refiere al principio de libre apreciación de esos informes y, correlativamente, de las propuestas de las Comisiones; no obstante, creemos más conveniente fundamentar las conclusiones de este autor sobre la base del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional que sobre una hipotética presunción de certeza de esas propuestas, que no tendría más apoyo que la especialización técnica de las Comisiones. En este sentido, más que de presunción de certeza se trataría de la deferencia que a los órganos judiciales puede merecer el juicio de unos expertos; pero esto en modo alguno es una presunción legal, sino en todo caso un elemento que los juzgadores pueden tener en cuenta si las circunstancias del caso no lo desmienten.

Por su parte, Bullinger, op. cit., p. 902, después de referirse a la noción de margen de apreciación, señala que la misma era válida, sobre todo, para exámenes y concursos.

<sup>137</sup> En Alemania, como ha resaltado Barnés Vázquez, en *La justicia administrativa* . . . ., cit., p. 175, "en tales hipótesis los Tribunales sólo pueden revisar los hechos determinantes; las cuestiones de procedimiento; los principios generales que les sean de aplicación y los criterios de valoración reconocidos; así como la eventual desviación de poder. Pero no pueden revisar, por contra, el contenido mismo de la decisión, no ya sólo porque las pruebas sean irrepetibles, sino por la imposibilidad de ejercer un control completo de carácter científico o especializado".

En estas palabras resalta, en primer lugar, la importante distinción entre cuestiones estrictamente probatorias y las limitaciones del razonamiento práctico. La irrepetibilidad de los ejercicios -se refiere a los exámenes orales-, que puede ser fácilmente superada mediante medios técnicos, afecta al problema de la prueba. La dificultad de revisar el núcleo del juicio, al segundo círculo de problemas. En todo caso, la actitud señalada supone extraer consecuencias estructurales de un problema cognoscitivo.



Ello, por otra parte, eliminaría la paradoja que se produce en determinados casos, en que nuestros Tribunales -incluido el Constitucional- dejan de hecho infiscalizadas pruebas tipo test pese a admitir la corrección de algunas de las respuestas del recurrente calificadas como incorrectas -que, en algunos casos, son decisivas-, o incluso se niegan a fiscalizar pruebas de nivel ínfimo que versan sobre materias jurídico-administrativas, cuyo conocimiento por los miembros de la Sala es más que presumible<sup>138</sup>.

Por lo demás, en estos supuestos están en juego dos derechos constitucionales dotados del máximo grado de protección: el principio de tutela judicial efectiva y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Es cierto que este último es, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, un derecho de configuración legal, pero esta afirmación es de todo punto relativa, ya que lo contrario produciría una desconstitucionalización del mismo. Por otra parte, una cosa es que estemos ante un derecho de configuración legal, y otra muy distinta que las Comisiones calificadoras puedan obviar -salvo casos flagrantes o desviación de poder- precisamente tal configuración, lo que supondría no sólo saltarse la voluntad del Constituyente, sino también la expresada de modo más detallado por legislador o por titular de la potestad reglamentaria. Es realmente paradójico<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp. 41-42, afirma que, en ciertos casos, el TS examina los méritos y las pruebas para desvanecer las sospechas de desviación de poder; si puede hacerlo con esta finalidad, no se ve razón para que no pueda hacerlo en otros supuestos. Si se revela error en la apreciación de los méritos y capacidades, aunque no haya habido desviación de poder, es ilógico que se confirme la propuesta de la Comisión calificadora.

<sup>139</sup> Es más: si bien es cierto que el acceso a la función pública de acuerdo con criterios de mérito y capacidad tiene como fundamento el buen funcionamiento de la Administración, su configuración como derecho fundamental debería servir para enervar el argumento de que es la Administración la que mejor conoce sus necesidades.

Y, por lo que respecta a la tutela judicial efectiva, es evidente que la misma se lesiona -diga lo que diga el Tribunal Constitucional- si nuestras Salas, sin explicación dotada de un mínimo de consistencia, limitan su enjuiciamiento del fondo del asunto; más aún, cuando en determinados casos *inadmiten* el recibimiento del pleito a prueba aduciendo ese tópico de la discrecionalidad técnica<sup>140</sup>. Si no pueden efectuar de hecho un completo enjuiciamiento de fondo por impedírsele los límites del razonamiento práctico humano, no deben sustituir la apreciación aparentemente razonable de la Comisión calificadora por la suya subjetiva; pero, para llegar a esa conclusión, deben apurar las posibilidades de ese razonamiento y, además, decir cuál es la verdadera razón por la que no pueden efectuar de modo total su fiscalización. Además, debe recordarse que el margen cognoscitivo de apreciación se circunscribe a la elección de la consecuencia jurídica.

No faltan autores que tiene una opinión semejante a la nuestra. Así por ejemplo, Sáinz Moreno<sup>141</sup> cita a Schmidt-Salzer, para quien aun en este tema el control debe ser pleno, dado el derecho de los opositores y concursantes a que no se relativicen sus posiciones jurídicas. De este modo, se entronca el pleno control judicial de estos problemáticos supuestos con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En la línea apuntada en este trabajo, la más citada es la sentencia de la extinta Audiencia Territorial de Valencia de 11-11-85. La recurrente, profesora de Expresión artística en la EU de

---

<sup>140</sup>Piñar Mañas, op.cit., p.144, señala que "es cuando menos chocante que resulte tan difícil admitir aquel control pese a lo que con toda claridad preceptúan los arts.24,103 y 106 de la CE".

<sup>141</sup>Conceptos..., cit., pp.244 ss.

Formación del profesorado de EGB, fue declarada no idónea por la Comisión encargada de evaluarla. Esta se limitó a afirmar su falta de preparación y su <<bajo concepto estético>><sup>142</sup>. Interpuesto recurso de alzada ante la Secretaría de Estado para las Universidades e Investigación, la misma lo estimó parcialmente, y obligó a la Comisión a evaluar de nuevo a la recurrente y a emitir un nuevo pronunciamiento, esta vez razonado.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala lo estimó totalmente, y condenó a la Administración al nombramiento de la recurrente como profesora titular de escuela universitaria<sup>143</sup>.

Se basó para ello en que los arts. 93 y 119 LPA conferían al órgano que resolvía el recurso la competencia para conocer todas las cuestiones que se derivaran del expediente administrativo<sup>144</sup>. De

---

<sup>142</sup>Evidentemente, una motivación tan genérica y abstracta, no explícitamente contrastada con los hechos determinantes, impide, en casos difíciles como la evaluación de unos conocimientos, conocer cuáles sean las razones que la Administración ha tenido para dictar el acto. Si a eso se suma el fuerte ingrediente valorativo de la noción <<concepto estético bajo>>, el tema estará mucho más claro.

En el expediente constaban tanto certificaciones del Rectorado como asimismo las publicaciones y méritos de los concursantes. En ese sentido, se puede pensar que el criterio razonado de la Comisión no era necesario, a menos que se ponga como premisa la competencia exclusiva de aquélla, precisamente. Pero, aun sin admitir esto último, las dificultades de control inherentes a estos supuestos harán que la motivación sea normalmente necesaria para la validez del acto.

La STC 26/87 de 27-2 afirmó, respecto a las pruebas de idoneidad, que "las garantías que establece el art. 41 de la LRU para la resolución de los concursos de acceso al profesorado y aquellos preceptos constitucionales con los que concuerda (arts. 23.2 y 103.3), han de aplicarse también a las pruebas de idoneidad... y dichas garantías, revisables ante el orden jurisdiccional competente, podrían corregir los casos concretos en que se produjera la discriminación contraria al art. 14 de la CE". Lógicamente, se refiere a los controles intrauniversitarios.

<sup>143</sup>Muñoz Machado, "La reserva de jurisdicción...", cit., p. 2761, critica esta sentencia y las que siguen su doctrina, con base en que la intromisión de los Tribunales en la discrecionalidad técnica va más allá de la función jurisdiccional. Por todos los argumentos expuestos más arriba, no podemos estar de acuerdo con esta opinión.

<sup>144</sup>Y ello, a pesar de que el art. 16 de la Orden reguladora de las convocatorias atribuía la competencia para evaluar a la Comisión en cuestión. En efecto, la LPA tenía un rango superior a la citada Orden -por lo que cabía entender que la Subsecretaría de Estado era competente-. Además, la Sala de Valencia -sentencia de 2-12-85- afirma que la competencia para evaluar la idoneidad la tiene la Comisión "en principio", lo que parece significar que dicha competencia no obsta al pleno control jurisdiccional de la actuación de aquélla.

Tardío, op. cit., p. 21, al estudiar el antiguo Reglamento de Ingreso de 27-6-68,

acuerdo con esto, llega a la conclusión de que la Secretaría de Estado debió proceder a la recalificación y en su caso al nombramiento de la recurrente,

"y, al no haberlo hecho, corresponde a esta Sala examinar si, con los datos obrantes en el expediente, hay méritos suficientes para hacer la adecuada calificación de méritos para proceder al nombramiento, ya que el admitir la tesis de la resolución recurrida, implica demorar la resolución postulada, no sólo en perjuicio de los intereses de la recurrente, sino contraviniendo el principio de economía, celeridad y eficacia consagrados en el art. 29 de la LPA y en definitiva en el art. 103 CE".

De este modo, se concluye que al existir una certificación de impartición de docencia por más de diez años y un informe de la Escuela que acreditaba docencia satisfactoria, existían datos más que suficientes para evaluar a la recurrente positivamente, ya que nadie había puesto en duda su aptitud.

La Sala se desprende así de tópicos como el de la insustituibilidad del juicio de las Comisiones juzgadoras. No se limita a anular el acto administrativo por la insuficiencia radical de motivación -que es lo que, en definitiva, había venido a hacer la Subsecretaría de Estado-, sino que, al considerar que existían datos suficientes para averiguar cuál era la única solución posible, optó por condenar a la Administración al nombramiento.

Esa unidad de solución justa, por otra parte, constituye en el caso de las pruebas de idoneidad mera aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que, al no existir limitación del número de plazas, un candidato podía ser idóneo o no serlo, pero no ambas cosas a la vez. Y, si era idóneo, debía procederse al nombramiento. Eso es exactamente lo que hizo la Audiencia

---

hace notar que se establecía de una parte la posibilidad de revisión de oficio con repetición de pruebas, y de otra la de presentar recurso administrativo, en cuyo caso no se establecía esa especificación. El autor afirma que ello suponía una derogación del principio de especialidad. En todo caso, ya sabemos que nuestro Derecho positivo vigente no contempla ya aquella previsión.

Territorial.

En otra sentencia de la misma Sala, de 2-12-85, se establece una doctrina similar, si bien la argumentación es más convincente que la anterior. Y ello, porque esta nueva sentencia entronca su doctrina con la naturaleza jurídica y finalidad de las pruebas de idoneidad; además, en congruencia con esto, establece una correcta doctrina sobre el reparto de la carga de la prueba en estos casos.

Entiende así que la evaluación de la idoneidad corresponde a la Comisión, pero sólo en principio<sup>145</sup>; y acaba asimismo condenando a nombrar a la recurrente profesora titular de Universidad. En este sentido, se pregunta si existían o no en autos datos suficientes para efectuar la calificación, y llega a la conclusión de que así era. Es aquí donde aparece la naturaleza especial de las pruebas de idoneidad y sus repercusiones sobre la carga de la prueba<sup>146</sup>-no tanto de los hechos como de la apreciación de los mismos-.

Se pone así de relieve que no hace falta ningún término de comparación con los otros candidatos; la idoneidad de cada uno de ellos debe ser evaluada individualmente<sup>147</sup>. Sólo cabe que un

---

<sup>145</sup>Si la LPA establecía que el órgano que resuelve el recurso tiene plena competencia para conocer de todas las cuestiones suscitadas en el expediente, una simple Orden no puede establecer lo contrario; ni mucho menos puede hacerlo una interpretación de la misma que no es la única posible.

Por eso, ante la genérica motivación del acto impugnado -donde se hablaba de <<apreciación global insuficiente>> y se efectuaban otras vagas afirmaciones sin conexión directa aparente con lo que se decía en el expediente-, se llega a la conclusión de que la resolución del recurso administrativo se había quedado corta

<sup>146</sup>A esta especial naturaleza se ha referido Tardío, op. cit., pp. 31-32.

Por su parte, Martínez Morales, J.L., "Las pruebas de idoneidad: un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica", cit., pp. 413 ss., entiende que el razonamiento de la Sala de Valencia es intachable, ya que se limitó a aplicar el art. 632 LEC y dio de este modo más valor al criterio de los respectivos centros que al de las Comisiones. Asimismo, el autor señala que este planteamiento fue posible debido a la naturaleza especial de estas pruebas, sin limitación de plazas y donde se presume el mérito y la capacidad.

<sup>147</sup>"Las pruebas de idoneidad reguladas en la DT y Orden anteriormente citadas se configuran como una suerte de concurso *sui generis* de finalidad claramente integradora de los concursantes en la categoría de profesores titulares o, conforme a los términos de la propia exposición introductiva de aquella Orden, para posibilitar el acceso a dicha categoría de todos aquellos investigadores que, de una forma continuada, vienen contribuyendo con su dedicación a las tareas

candidato sea idóneo o no lo sea, pero ello no depende de la mayor o menor idoneidad de los restantes participantes<sup>148</sup>.

Pero, además, esa especial naturaleza de las pruebas de idoneidad incide claramente sobre la carga objetiva de la prueba de la apreciación de la idoneidad en cuestión:

"hay que presumir que el candidato que reúna las condiciones exigidas para concurrir a las pruebas tiene, al menos en principio y en tanto no se desvirtúe por factores concretos, idoneidad suficiente para seguir desempeñando un cometido que ya desarrollaba desde cinco años antes, como mínimo; presunción que no ha sido desvirtuada en el presente caso mediante una legítima calificación negativa de la Comisión que llevó a cabo la evaluación de la recurrente, ni por prueba alguna obrante en autos, prueba que pudo aportarse al amparo del art. 81 de la LPA. Antes al contrario, la certificación expedida por la Universidad de Valencia que aparece en el expediente acredita, en principio, la capacidad docente e investigadora adecuadas y el rendimiento académico suficiente de aquélla".

De este modo, la Sala de Valencia disiente del juicio de la Comisión calificadora y formula otro nuevo con base en el cual sustituye el acto administrativo en un caso en que la dificultad de control era ostensiblemente menor que en otros en que se trata también de evaluar conocimientos y aptitudes. Y ello, porque en el caso de las pruebas de idoneidad, opera una presunción *juris tantum*

---

universitarias, con especial vinculación a la Universidad y cualificación docente e investigadora, situación admitida por la Administración durante considerable número de años. Debe también significarse que el proceso previo de selección que supone la convocatoria pública de concursos de méritos y la falta de limitación de plazas a cubrir, refuerzan la especialidad de las pruebas de idoneidad tantas veces aludidas".

<sup>148</sup>La falta de limitación en el número de plazas debe asimismo conectarse, de acuerdo con la STS de 3-2-87(A.561), con la consecuente ausencia de interés de los recurrentes en la posible exclusión de los que en principio habían sido admitidos. La sentencia considera que no es razón suficiente para la existencia de tal interés que los declarados idóneos pudieran en un momento futuro competir con los recurrentes para el acceso a cátedras, ya que semejante postura, según la sentencia, busca más el perjuicio ajeno que el bien propio.

La STS de 28-1-87(A.277) señala que a los candidatos que habían previamente alcanzado la idoneidad no les alcanza la aplicación de los nuevos criterios producidos a raíz de una impugnación. La sentencia lo fundamenta en el hecho de que tales candidatos no recurrieron; no obstante, también debe tenerse en cuenta la ausencia de limitación de plazas.

Este último razonamiento es el contenido en la STS de 21-1-87(A.258), que añade la necesidad de que, en tal caso, hubieran sido emplazados todos los interesados; así como el de <<las consecuencias perniciosas de orden práctico>> que de otro modo se producirían, siguiendo a la STS de 19-12-86. Este último argumento creemos que debe conectarse con el principio de seguridad jurídica. De hecho, la sentencia también efectúa una expresa mención a este principio y al art. 112 LPA.

a favor de la aptitud de los candidatos, basada en los años de desempeño de actividades docentes e investigadoras al servicio de la Universidad sin que apareciera tacha alguna, situación consentida por aquélla durante largos años. Además, al no existir limitación de plazas, habría que demostrar en cada caso la inidoneidad para que la exclusión fuera jurídicamente correcta. Con ello, se demuestra qué es lo que hay por debajo de todos los tópicos al uso: el miedo de las Salas a equivocarse en cuestiones de extraordinaria dificultad.

Frente a la sentencia antes citada de 11-11-85 de la Audiencia Territorial de Valencia, se interpuso recurso de apelación en interés de la ley, que fue estimado por la STS de 17-12-86 (A.7471), cuya doctrina ha sido reiterada después por una jurisprudencia constante<sup>149</sup>. Como se recordará, dicha estimación se basó en la

---

<sup>149</sup>Por otra parte, la STS de 9-12-86 (A.7211), cuya doctrina también ha sido después reiterada por otras muchas, afirmó que cuando la Secretaría de Estado ordena a la Comisión calificadora que emita un juicio razonado sobre la idoneidad o no de un candidato, no es necesario que se designe una nueva Comisión. La sentencia se basa en la imparcialidad presumible en la Comisión y en que sus miembros no habían sido recusados, así como en que no había quedado acreditado con anterioridad que la Comisión hubiera nombrado profesores titulares a personas con menores méritos y capacidad que el recurrente. Esta misma doctrina se reitera en la de 11-12-86 (A.7479) y en la STS de 13-3-87 (A.1490), que también se refiere a la insustituibilidad de los juicios de estas Comisiones. Vid. también las de 3-2-87 (A.561), 28-1-87 (A.277) y 21-1-87 (A.258). Esta última se basa en la posibilidad de repetir las pruebas en caso de detección de nuevas irregularidades; lo que nos parece un argumento poco de recibo en la medida en que podría conducir a la repetición *ad infinitum* de aquéllas.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver debe tenerse en cuenta que la emisión de una propuesta no razonada ya supone un indicio de arbitrariedad. Quizás en la Ley 30/92 deberían haberse incluido como causas de recusación supuestos como éste. Piñar, *op.cit.*, p.158, afirma que si la Sala estima que la Comisión no puede o no debe evaluar de nuevo al recurrente, deberá disponer el nombramiento de otra. "Este segunda Comisión, que debería actuar en base a principios de estricta objetividad y cuyos componentes deberán contar con semejante formación técnica o científica que la que tenían los de la primera, actúan igualmente bajo el control del juez, pues también lo hace en el mismo trámite de ejecución de sentencias".

Para Fernández Pastrana, *op.cit.*, p.133, la retroacción de actuaciones sólo será correcta si se nombra a una nueva Comisión; y añade que debería ser causa de recusación haber formado parte de una Comisión que haya juzgado a las mismas personas y cuya actuación se haya anulado judicialmente; y que los Tribunales pueden *ex Constitutione* declarar esa inhabilidad. Tardío, *op.cit.*, p.33, considera improcedente el pronunciamiento de retroacción de actuaciones basado en el art.124 LPA, en la medida en que supusiera que la misma Comisión que declaró inidóneo a un candidato volviera a enjuiciar sus méritos.

García de Enterría, en "Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español", *op.cit.*, p.63, califica de <<barbaridad>> la doctrina contenida en las sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia antes comentadas, ya que entiende que se hallan incursas en exceso de jurisdicción y que las Salas de lo contencioso-administrativo no pueden por sí mismas evaluar la

supuesta falta de competencia de la Sala para revisar el juicio de una Comisión especializada, básicamente.

Como ha resaltado Piñar Mañas<sup>150</sup>, esta sentencia, junto con razones estructurales, alude a la carencia de datos en poder de la Audiencia, al faltar la expresión del criterio razonado de la Comisión, que era lo principal a tener en cuenta. Ello resulta contradictorio con lo dicho anteriormente: si falta la competencia, no cabe preguntarse si existen o no suficientes datos; o se trata de una cuestión de principio, o de posesión de datos suficientes. Lo que no es válido es mezclar ambos tipos de argumentos, o extraer consecuencias estructurales de una cuestión simplemente cognoscitiva<sup>151</sup>.

---

aptitud de un profesor.

<sup>150</sup>Op.cit., pp.143 ss.

<sup>151</sup>Por otra parte, debemos traer a colación lo dicho por la Sala de Valencia respecto de la especificidad de las pruebas de idoneidad y sus repercusiones sobre la carga de la prueba.



## CAPÍTULO III. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS JUICIOS PEDAGÓGICOS.

Un caso semejante a las pruebas de aptitud para el acceso a la función pública es el de los juicios pedagógicos<sup>1</sup>. En efecto, se trata de supuestos de dificultad de control de grado similar a las oposiciones, ya que se trata, asimismo, de evaluar conocimientos y aptitudes. Esta dificultad lógicamente se incrementa cuanto más elevado es el nivel de estudios en que se encuentra el evaluado<sup>2</sup>. De cualquier modo, en estos casos normalmente no existirá afectación alguna a un derecho fundamental: sólo en casos extremos podría entenderse que el derecho a la educación ha sido infringido<sup>3</sup>. Se diferencian asimismo de las oposiciones en que no existe limitación

---

<sup>1</sup>Puede verse un detenido examen de la normativa aplicable en Tardío, op. cit., pp. 209 ss., quien resalta que la reguladora de las enseñanzas medias es ostensiblemente más garantista que la contenida en la mayor parte de los Estatutos de las Universidades.

En todo caso, es frecuente en estas normas la afirmación de que el derecho a la revisión surge en casos notorios, con lo que parece eliminarse la posibilidad de sustitución de la calificación como regla general. No obstante, Tardío, op. cit., p. 228, considera que el dogma de la insustituibilidad quiebra en la mayoría de los Estatutos.

Asimismo, resalta el autor que normalmente los órganos revisores no se componen totalmente por profesores de la asignatura a que pertenece la calificación revisada, con lo que quiebra el principio de especialidad en que suele justificarse la llamada discrecionalidad técnica -op. cit., p. 228-.

También pone de relieve la concreción de la noción de rendimiento académico que intentan efectuar los Estatutos de la Universidad de Valencia, que a su juicio configuran la actividad de calificación como reglada -op. cit., p. 227-.

<sup>2</sup>Mozo, op. cit., p. 359, refiriéndose a los juicios pedagógicos, afirma que "el límite de verificabilidad deja aquí un ámbito un amplio de libre valoración, de arbitrio personal, que si no permite hablar de discrecionalidad administrativa en sentido técnico-jurídico, da lugar, desde luego, a una libertad de apreciación que opera como si se tratara de una elección pura y simple"; y señala que esta postura es sustancialmente igual a la sostenida por Nieto y Villar Palasí. En todo caso, Nieto afirma en estos casos la pluralidad de soluciones justas.

<sup>3</sup>Piñar, op. cit., p. 138, en nota, afirma que estamos ante supuestos semejantes, aunque no idénticos, a los del acceso a la función pública.

Piénsese, por ejemplo, que por consecuencia de un juicio pedagógico equivocado una persona podría verse privada de la posibilidad de acceder al siguiente nivel, o incluso de concluir una licenciatura. Pero probablemente sería difícil concluir que, en estos casos, existe una verdadera lesión del derecho a la educación. Más fácil sería, quizá, estimar infracción del principio de igualdad en los casos en que una calificación resultara discriminatoria. Pero las dificultades de control inherentes a estos supuestos hacen asimismo difícil que esa infracción pueda apreciarse.

de plazas.

Pues bien, pese a esta falta de afectación de derechos fundamentales<sup>4</sup>, en alguna sentencia se ha fiscalizado la calificación académica de un alumno<sup>5</sup>. Nos referimos a la de 22-4-86, de la extinta Audiencia Territorial de Valencia. El padre de una alumna interpuso recurso ante la Dirección General de Enseñanzas Medias contra la calificación de <<suspenseo>> obtenida en la asignatura de Religión.

La Dirección General, tras recabar informes del Arzobispado y de diversos profesores de religión de Institutos, consideró que la calificación había de ser <<aprobado>><sup>6</sup>. Ante la desestimación del recurso de alzada, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

La sentencia no utiliza ninguno de los tópicos que se suelen encontrar en la fiscalización de las oposiciones y concursos. Tras afirmar que la calificación de un examen final es un verdadero acto administrativo, cita los diversos preceptos constitucionales en que

---

<sup>4</sup>La existencia positiva de esa afectación podría ser un factor que determinara a las Salas a efectuar un control más profundo, o al menos exigir una fundamentación de mayor peso.

<sup>5</sup>Por el contrario, la STS de 26-1-73(A.279) sostiene que estamos ante un caso de discrecionalidad técnica, con base en que la calificación se realiza en virtud de criterios extrajurídicos. La afirmación de que el mayor o menor acierto de un ejercicio sea una cuestión extrajurídica pierde todo su valor desde el momento en que la calificación supone, quiérase o no, un acto de poder público.

Además, si por esa regla nos rigiéramos, ningún acto administrativo -salvo los automáticos- se basaría en criterios jurídicos; y, en esa medida, los mismos serían infiscalizables en cuanto a su fondo. Por ejemplo, no hay más que pensar en la similitud fonética y gráfica a efectos de acceso al Registro de la propiedad industrial. Desde un punto de vista que pudiéramos llamar naturalístico, la remisión se hace a la sensación auditiva, no a ningún criterio jurídico. Lo que ocurre es que el criterio al que la norma se remite, por este solo hecho, se convierte en un criterio jurídico -véase lo que dice Martín González, op. cit., pp.197 ss., acerca de lo que él llama conceptos jurídicos indirectamente determinados-.

Es posible que la sentencia de 26-1-73 sostenga ese criterio en la medida en que estamos ante juicios de valor de muy difícil objetivación. Pero ésta es una cuestión de límites del razonamiento jurídico, límites que debe verificar el juez caso por caso.

<sup>6</sup>En efecto, aunque de acuerdo con el Arzobispado la calificación merecida era la de suspenseo, la opción de los tres profesores de Instituto era distinta, ya que según uno de ellos, la calificación había de ser la de <<bien>>; de acuerdo con otro, <<notable>>; y, según el tercero, la de "más que suficiente".

tiene su apoyo el control judicial de éstos<sup>7</sup>; y, con base en los mismos, afirma que la calificación era, con mayores o menores dificultades, fiscalizable<sup>8</sup>.

En este caso, se trataba de la valoración de un solo examen. Es un caso, pues, similar al de las oposiciones, más que a los concursos<sup>9</sup>. El control aquéllas es, en muchas ocasiones, ostensiblemente más

---

<sup>7</sup>Concretamente, se refiere a los arts. 9.3, 103.1 y 106.1.

Niega que una calificación académica sea un acto administrativo la STS de 14-3-70 (A.1512), que las consideró dentro del ejercicio de la función técnico-docente; vid. también la de 26-2-79 (A.1000), que afirmó que por tanto la revisión judicial sólo cabe por vicios de procedimiento, mientras que en el orden académico también cabría una revisión comparativa o de comprobación. En cambio, afirma que lo es la de 26-1-72 (A.279). En este sentido, Tardío, op. cit., pp. 237 ss, quien cita la STS de 5-2-70 (A.580). Esta sentencia consideró que no se trataba de un acto administrativo, pero a juicio del autor citado la razón radicaba en evitar la aplicación de la Ley de prensa. Más curiosa es la STS de 2-11-90 (A.8680), en la que se duda de que el voto en una comisión para juzgar los candidatos a una cátedra sea un acto administrativo. El voto no lo es, pero la propuesta de la Comisión predetermina prácticamente el nombramiento.

Mozo Seoane, op. cit., p. 239, afirma que resulta exagerado hablar de acto de pura docencia y no administrativo. En efecto, el acto de calificación -a diferencia de una explicación de clase- impone unilateralmente consecuencias jurídicas. Para este autor, op. cit., pp. 339-340, se trata de recalcar el carácter técnico del acto. Quizá subyaga aquí la idea de la especialización técnica del evaluador; no obstante, de la normativa referente a la revisión de calificaciones se desprende claramente una ruptura de dicho principio de especialización.

En cualquier caso, de la sentencia de 26-2-79 pueden desprenderse algunas otras cuestiones de interés: básicamente, se alude a la confrontación entre ejercicios y calificaciones como medio de fiscalizar estas últimas, aunque, acertadamente, afirma la dificultad de esta operación. Pero resulta mucho más difícil comprobar el acierto de una calificación aislada -salvo casos flagrantes- que hacerlo teniendo elementos de comparación.

<sup>8</sup>"Sostener lo contrario supondría vulnerar los principios y preceptos constitucionales supra mencionados. Otra cosa es que en ésta, como en muchas otras materias, pueda existir una mayor dificultad de prueba, pero ello supone trasladar el problema a un ámbito muy distinto".

La sentencia es importante porque entronca directamente con la Constitución la plenitud de control judicial de las resoluciones administrativas. La Constitución no sólo dice que todas ellas se sujetan a control judicial sino que, además, no establece expresamente ninguna traba a dicho control. Cualquier obstáculo a su plenitud tendría que estar, pues, justificado a nivel constitucional, parece decir implícitamente la sentencia. No hay, pues, razones estructurales que establezcan límites a la intensidad del control.

La Sala considera que los límites a la fiscalización judicial de la calificación vendrán dados, en su caso, por dificultades probatorias. Por nuestra parte, entendemos que las dificultades no serán tanto de esta índole como las que vienen dadas por las limitaciones del razonamiento jurídico, ya que el problema radicará en la valoración concreta del contenido de los ejercicios.

<sup>9</sup>En todo caso, quizá sea aún más difícil evaluar el rendimiento del alumno a lo largo del curso que calificar un ejercicio concreto. Y ello, porque no se trata de méritos de valoración objetiva.

difícil que el de éstos, y ello se refleja en su intensidad<sup>10</sup>.

Pues bien, pese a las ingentes dificultades, la Sala lleva a cabo un control plenario de fondo. Aunque confirmó el acto resolutorio del recurso de alzada, apreció conjuntamente los informes incorporados al expediente<sup>11</sup>.

La STS de 31-10-88(A.8349) estimó el recurso presentado por la representación del colegio. Sin embargo, no se vislumbra ninguna referencia a la discrecionalidad técnica u otros tópicos parecidos. Muy al contrario, el TS se basa en una nueva valoración de los informes aportados en vía administrativa.

La sentencia afirma que debe reconocerse a la Administración educativa competencia para fiscalizar la actuación de los centros de enseñanza, a fin de garantizar el derecho del alumno a la evaluación

<sup>10</sup>La Sala admite también la plena competencia para fiscalizar la calificación de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia. Es cierto que aquí no puede aducirse la soberanía o competencia exclusiva de ningún órgano calificador. Pero también es verdad que este argumento sólo puede esgrimirse frente a otros órganos administrativos, y no frente a órganos jurisdiccionales.

<sup>11</sup>Tiene en cuenta, en efecto, la mayor práctica en la corrección de ejercicios de ese nivel entre los profesores de Bachillerato, pese a los mayores conocimientos del Arzobispado. Por otra parte, esos informes eran tres, frente a la aislada opinión éste. En los mismos, por otra parte, no se consideraba que la alumna debía obtener un mero aprobado, sino incluso, uno de los profesores consultados entendió que la calificación correcta debería haber sido la de notable. Pero la sentencia no se limita a jugar con estos datos objetivos, sino que, a la vista del examen, considera que tales informes estaban "correctamente fundamentados". Es decir, la valoración de los informes por la Sala es enteramente libre.

Escribano Collado, en *La justicia administrativa...*, cit., p. 368, se refiere a la STS de 25-4-90(A.2773), que se negó a entrar en el fondo de la corrección o no de la calificación de un examen universitario. El autor considera que se trata de un caso <<de características singulares>>, aunque no explica por qué.

Esta sentencia se basó en la distinción entre el control de legalidad y el ámbito de discrecionalidad técnica, donde afirmó que los Tribunales no pueden sustituir a la autoridad académica, "debiendo limitarse, desde el exterior, a comprobar la existencia de esos obligados mecanismos de control académico, mas sin introducirse en su desarrollo interior presidido por el rigor técnico y académico". También afirmó, siguiendo a la sentencia apelada, que la posibilidad de efectuar un examen comparativo no se halla prevista en los Estatutos de esa Universidad; y que posibilitar el control judicial de la evaluación del examen supondría tanto como constituir otro Tribunal sobre el primero, con grave perjuicio a la seguridad jurídica.

En sentido parecido puede verse la de 24-4-78 de la Audiencia Nacional, confirmada por la de 26-2-79(A.1000) del TS. Estas sentencias afirmaron que el acto calificador es discrecional por tratarse de un juicio de valor privativo de los examinadores; de ahí que ninguna autoridad no académica pueda revisarlos.

Para Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 26 ss., los exámenes orales son irrevisables, dada la práctica imposibilidad de objetivación.

objetiva de su rendimiento académico<sup>12</sup>.

A continuación, examina comparativamente el contenido y valor de los informes emitidos por el Arzobispado y por los profesores consultados, así como por el Centro<sup>13</sup>. Del contraste entre todos los ellos se pone de relieve la dificultad que lleva consigo valorar un ejercicio de este tipo<sup>14</sup>.

El Tribunal Supremo acaba reconociendo que el informe del Arzobispado gozaba de una presunción *juris tantum* de certeza, dada su presumible imparcialidad<sup>15</sup>. Además, resalta que no se había garantizado el secreto del nombre del centro, de la alumna y del

<sup>12</sup>La Generalidad, por su parte, entendía que la falta de regulación del procedimiento no podía ser obstáculo al ejercicio del derecho, y que se derecho es común a los alumnos de centros privados y de centros públicos, alegación que estimó el TS.

<sup>13</sup>En éste, se hacía notar la adecuación del tiempo para contestar las preguntas, así como la evaluación de la alumna durante el curso -sólo un examen aprobado de los dieciocho realizados-, y el hecho de que sólo cuatro de 78 alumnos hubieran suspendido.

<sup>14</sup>Piénsese en el contraste entre la calificación de <<sobresaliente>> de la Historia de la Salvación que atribuía uno de los informes y la detección del <<significativo error>> de haber olvidado en la misma el Antiguo Testamento, que se hacía constar en otro.

<sup>15</sup>Así, después de resaltar la contradicción que a su juicio supone invocar la máxima autoridad del Arzobispado y hacer más caso a los informes de los tres profesores, señaló que aquél es el encargado de señalar los contenidos y proponer el método didáctico de la asignatura. Como además tiene la misión de velar por la adecuada impartición de las enseñanzas religiosas según el Acuerdo de 3-1-79, lógicamente debe conocer bien los temarios y libros de texto, frente a la ignorancia del temario impartido reconocida por uno de los profesores informantes.

Pero la presunción de veracidad se reduce hoy, en el ámbito sancionador, al reconocimiento de un cierto valor probatorio a ciertas declaraciones consignadas documentalmente, sin necesidad de que sean aportados en vía jurisdiccional con las garantías de la prueba testifical. Pero, además, aquélla no es tal, sino simplemente se concreta en un especial valor que, caso por caso, se atribuye en ocasiones por el juzgador a ciertos documentos por razón de la situación de imparcialidad o los especiales conocimientos de su autor. Pues bien: debe tenerse en cuenta, al respecto, que el Arzobispado es quien designa a los profesores que deben impartir la enseñanza de religión. Esto ya lo coloca en una situación no del todo imparcial, ya que puede suponerse que quien designa a un profesor no tiene interés en corregir la calificación impuesta por éste. En segundo lugar, es más que dudoso que la Inspección de enseñanza religiosa conozca efectivamente cuáles son los contenidos efectivamente impartidos en clase -si bien tampoco lo sabrían los profesores consultados-. En tercer lugar, es cierto que el Arzobispado tiene mayores conocimientos en materia de religión que los profesores de instituto. Pero también lo es -como afirmaba la sentencia de instancia- que éstos saben mejor cuál es el nivel que puede exigirse a los alumnos.

Este nivel podría justificar que en uno de los informes de los profesores se constataran importantes deficiencias en el ejercicio calificado y, sin embargo, se propusiera una calificación de <<más que suficiente>>.

profesor, ya que los informantes habían tenido acceso al examen con sus correcciones.

De este modo, se realiza un ponderado análisis de los distintos informes emitidos, si bien con resultados opuestos a los que llega la Sala de instancia<sup>16</sup>. Esto nos demuestra las dificultades de este tipo de problemas.

Debe tenerse en cuenta la particularidad del supuesto. La revisión del examen -tema indudablemente técnico, ya que no sólo requiere ciertos conocimientos de la materia sino también del nivel exigible- se realiza por un órgano administrativo, que sustituye la puntuación. Es el autor de la calificación original quien recurre ante la Sala de instancia, y posteriormente al Tribunal Supremo<sup>17</sup>. Aquélla no tiene reparos en revisar la valoración efectuada, lo que le lleva a la confirmación del acto resolutorio del recurso. El Tribunal Supremo hace lo mismo, pero anula el acto impugnado y declara conforme a Derecho la evaluación efectuada por el colegio, con base en la revisión de la apreciación de los hechos que la Administración había efectuado. No tiene así inconveniente alguno en entrar a conocer de cuestiones técnicas; lo que ocurre es que se dejó quizá llevar demasiado por lo que él denomina presunción de veracidad del informe del Arzobispado.

---

<sup>16</sup>Es loable que la sentencia efectúe un análisis del valor que debía atribuirse a los informes de los profesores dado el carácter unilateral y no contradictorio de su nombramiento. Por lo que respecta al informe de la Dirección del centro, si bien debió valorarse positivamente -como así se hizo- la minucia con que se efectuó, no debe olvidarse que fue emitido por alguien que no podía presumirse imparcial. Y, en cuanto a las contradicciones entre los informes de los profesores, si bien existían, la calificación propuesta por todos ellos era de <<más que aprobado>>. En todo caso, éste es uno de los puntos más fuertes de la sentencia: la extraordinaria dificultad del tema puede hacer razonable el reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación en favor de quien ha impartido las clases, que es quien mejor sabe cuáles son los contenidos efectivamente explicados y el nivel exigido al resto de los alumnos del centro y curso en cuestión.

<sup>17</sup>En este caso, no era aplicable la restricción a la legitimación prevista en el art. 28.4 LJCA.

En todo caso, es de destacar la siguiente afirmación:

"si bien es cierto que la Administración tiene facultades para fiscalizar si se ha vulnerado el derecho de doña C.S.L. a una valoración objetiva de su rendimiento académico, ya no lo es tanto si aquella sustituye con apreciación subjetiva carente de las correlativas pruebas, la evaluación final de dicho rendimiento escolar efectuada en el Claustro de profesores y amparada en su corrección formal y de fondo, por una prueba convincente por su calidad objetiva".

La Sala parece apuntar a los problemas que suscita la revisión, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, de los actos emanados de órganos especializados. Pero no llega a las equivocadas consecuencias que la jurisprudencia suele extraer de esa especialización técnica; simplemente, afirma la necesidad de que no se sustituyan las apreciaciones subjetivas del órgano competente por las de quien conoce del acto en vía de recurso administrativo o jurisdiccional. Pero esto no significa en modo alguno aceptar la discrecionalidad técnica; sólo se trata de reconocer un margen cognoscitivo de apreciación en casos de extrema dificultad -como seguramente era éste- en favor de aquel a quien se supone en mejores condiciones para dictarlo: en este caso, el profesor que ha impartido las explicaciones. Este margen de apreciación sólo se podría haber destruido por una prueba convincente, pero al Tribunal Supremo, en este caso, la prueba aportada no le pareció decisiva.

De este modo, la sentencia no contradice la postura sostenida en este trabajo. No obstante, se echa de menos en ella la referencia a la especial situación del profesor para conocer el nivel de la clase y los conocimientos efectivamente impartidos, así como una relativización de lo que denomina <<presunción de veracidad>> del informe del Arzobispado, y que quizá debería haberse motivado más en relación con las peculiaridades del caso concreto, en vez de reconocerse como una especie de dogma.

**SECCIÓN II: SUPUESTOS EXCEPCIONALES EN QUE ES POSIBLE LA  
DISCRECIONALIDAD**



## CAPÍTULO I.LA POTESTAD REGLAMENTARIA

### I. CONSIDERACIONES GENERALES<sup>1</sup>

Generalmente, la doctrina afirma que los reglamentos crean Derecho<sup>2</sup>. La STS de 28-1-86 (A.71) afirma que el Poder ejecutivo posee, en nuestro Derecho, una potestad reglamentaria propia, que se justifica en la necesidad de dictar, en nuestros tiempos, regulaciones complejas de modo rápido; y cuyo origen está en la Constitución y, si ésta nada precisara, en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca.

García de Enterría<sup>3</sup> afirma que "la Administración puede derogar o modificar un reglamento por vía general en virtud de su potestad reglamentaria" precisamente por ese carácter ordinamental. La STS de 18-3-93 (A.1772) afirma que

"...la potestad reglamentaria es, pues, un poder jurídico que participa en la elaboración del Ordenamiento jurídico, de suerte que la norma reglamentaria queda integrada en el mismo".

Y, un poco más abajo, contrapone el dictado de <<normas o

---

<sup>1</sup> Acerca de la evolución histórica de la potestad reglamentaria en el Derecho Comparado, puede verse De la Cruz Ferrer, J. "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", cit., pp.65 ss.

<sup>2</sup> Vid., en este sentido, García de Enterría, E., "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos", cit., pp.82 ss.-más tarde recogido en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., pp.271 ss.-. Véase también García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso...*, cit., pp.173 ss., así como García de Enterría, E., "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", cit., pp.161 ss.-puede asimismo consultarse en *Legislación delegada...*, cit. pp.237 ss., esp. p.240-. Sobre el criterio ordinamentalista para distinguir entre reglamentos y actos administrativos generales, puede estudiarse Leguina Villa, J., "Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos", cit., pp.193 ss., esp. pp.209 ss.; Martín-Retortillo Baquer, L., "Actos administrativos generales y reglamentos", cit., pp.225 ss. Por el contrario, niega la categoría de *acto administrativo general*, como algo opuesto al reglamento, Boquera Oliver, J.Mª, *Estudios sobre el acto administrativo*, cit., pp.63 ss.

<sup>3</sup> García de Enterría, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., p.294.

disposiciones>>al de <<actos administrativos>>-FJ 3º-.

El art.106.1 CE distingue claramente *potestad reglamentaria* y *actuación administrativa*<sup>4</sup>;pero, además, debe tenerse en cuenta la legitimidad democrática indirecta -directa en el caso de los Gobiernos locales- de los titulares de la potestad reglamentaria. En efecto, con frecuencia se ha pretendido que la Administración posee una función configuradora, de ponderación de intereses, sobre la base de una supuesta legitimidad democrática de la misma<sup>5</sup>. Pero, como hemos visto, en sentido estricto ésta no es predicable de toda la Administración, sino sólo de los órganos que la dirigen. Y son éstos quienes tienen atribuida la potestad reglamentaria general, *ad extra*: en este sentido, Parejo<sup>6</sup> afirma que sólo el Gobierno tiene atribuida la potestad reglamentaria general en el Estado, aunque matiza que dicha potestad también pertenece a otras Administraciones públicas.

Pero no todos los autores opinan igual. Así, Boquera Oliver<sup>7</sup>, con

---

<sup>4</sup>Bullinger, *op.cit.*, p.905, afirma que "está reconocido que la Administración únicamente está sometida a un control judicial del marco -subrayado original- de su actuación en la medida en que promulga disposiciones legales o proyectos en virtud de una autorización legal, es decir, cuando su actividad configura el Derecho. Esto puede trasladarse a la discrecionalidad administrativa normal en sentido estricto". Pero da la casualidad de que, en la llamada discrecionalidad administrativa pura y simple, la Administración no crea Derecho. Se trata de supuestos no homologables, al menos si se entiende que los reglamentos integran el Ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup>En este sentido parece pronunciarse Brohm; tomamos la cita de Embid, "La relación...", *cit.*, p.422.

<sup>6</sup>*Administrar...*, *op.cit.*, p.87.

<sup>7</sup>*Derecho Administrativo...*, *cit.*, pp.141-148. Para este autor, consecuentemente, los reglamentos no pueden crear el poder administrativo, función que corresponde en exclusiva a la ley y a otros elementos integrantes del Ordenamiento -*op.cit.*, p.92-, aun cuando aquéllos pueden distribuirlo internamente entre los órganos de una Administración Pública -*op.cit.*, p.259-.

Sobre la relación entre la pertenencia de los reglamentos al ordenamiento y su aptitud para atribuir potestades administrativas, Baena del Alcázar, M., "Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho", en *Homenaje a Villar Palasí*, *cit.*, p.107.

base en que el Ordenamiento jurídico sólo puede emanar de quien tiene la soberanía o de aquéllos a los que el soberano atribuye esa facultad -el caso del Legislador, art.9.3 CE- entiende que los reglamentos no crean Derecho.

No es nuestra pretensión entrar en esta compleja e interesante polémica doctrinal. Sin embargo, debemos decir que el Legislador entiende que los reglamentos forman parte del Ordenamiento jurídico. Así se desprende del art.62.2 de la LPC, que equipara los efectos de la infracción de la Constitución o las leyes con los efectos de la vulneración de los reglamentos de superior jerarquía: tan nulo de pleno derecho será un reglamento que vulnere la Constitución o la ley como un reglamento que infrinja otro superior<sup>8</sup>. Esto quiere decir que el Legislador ha puesto en el mismo lugar -el Ordenamiento, evidentemente- a la Constitución, a la ley y a los reglamentos.

La misión constitucional de los jueces no es crear Derecho: deben interpretarlo, aplicarlo y, para todo ello, inventarlo -en el sentido de Viehweg-<sup>9</sup>. Como no crean Derecho, es lógico que la

---

<sup>8</sup>En todo caso, la inclusión de esta mención expresa podría hacer pensar que no todos los vicios del reglamento originaría su nulidad de pleno derecho. Véase Boquera, *Estudios....*, op.cit., pp.155 ss., y la doctrina allí citada.

<sup>9</sup>F.Moderne, en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., pp.318-319, en relación con el papel del juez en este punto, afirma que "el juez puede descubrir una regla de Derecho, pero no es su autor". Halla, inventa, pero no crea. Vid. asimismo Ktistaki, op.cit., p.295.

En el mismo sentido creemos que debe entenderse la afirmación de García de Enterría, en "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades...", cit., pp.92 ss., cuando afirma que <<construir el Derecho>> es misión de los jueces.

Parejo Alfonso, L., *Administrar y juzgar...*, op.cit., p.50, afirma que el juez no puede contribuir a "la generalización de reglas jurídicas (ni siquiera del caso concreto)". El autor señala también que corresponde al juez hallar esas reglas jurídicas. Pero ese hallazgo no es algo automático, sobre todo desde el momento en que, dado el carácter abstracto de los principios generales, es aquél quien los dota de concreto contenido.

Vid. asimismo Morena y De la Morena, L. de, "La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos", en *RAP*, nº 109, 1986, p.343, quien afirma que los órganos no propiamente políticos -Administración y Tribunales- no pueden crear

fiscalización jurisdiccional tenga límites cuando se trate del ejercicio de potestades normativas u ordinamentales<sup>10</sup>. Así, De la Cruz Ferrer<sup>11</sup> afirma que "desde una perspectiva jurídica, nos encontramos ante una potestad discrecional".

La predicada ordinamentalidad de la potestad reglamentaria, junto con el hecho de que los jueces no crean Derecho, tiene como consecuencia que éstos no deben sustituir la redacción de preceptos reglamentarios. La sentencia de 19-12-86(A.8117), al anular un precepto de un reglamento, señaló:

"DECIMOSEXTO. El dejar esa nueva redacción del repetido artículo 11 en manos del Ministerio, sin efectuarla por la propia Sala, responde a la voluntad de nuestra Ley jurisdiccional, al establecer el criterio contrario sólo en el supuesto de que se trate de materias relacionadas con las ordenanzas fiscales, sin ni siquiera haberlo interesado tampoco la parte recurrente, como admite algún tratadista sobre el tema"<sup>12</sup>.

#### Derecho objetivo.

De acuerdo con Beladiez, *Los principios...*, op.cit., p.81, que los jueces no creen Derecho se manifiesta por la falta de vinculatoriedad del precedente judicial.

En todo caso, Nieto García, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pp.274 ss., parece entender que, a través de los principios generales del Derecho, los jueces participan en la creación del Ordenamiento jurídico.

<sup>10</sup>En el sentido del texto, Barnés Vázquez, op.cit., p.183, a cuyas palabras subyace la concepción de la ordinamentalidad presente en la obra de Martín-Retortillo Baquer, "Actos administrativos generales y reglamentos", op.cit., pp.225 ss., quien acaba concluyendo que lo ordinamental se caracteriza por añadir algo nuevo.

Según Toledo Jáudenes, J., en "Alteraciones del planeamiento urbanístico: derechos adquiridos y control judicial", op.cit., p.131, "siempre hay que dejar a salvo <<la potestad innovatoria propia de poder ordinamental, con el fin de hacer frente a las necesidades y conveniencias el futuro y para corregir imperfecciones del pasado>>(S. de 30-6-80)".

No obstante Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad...*, op.cit., pp.55-56, señala: "Naturalmente, lo discutible es el punto de partida, es decir, que haya de reconocer tal limitación en lo que respecta al ejercicio por la Administración de tareas normativas"-el subrayado es nuestro-.

<sup>11</sup>"Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", cit., p.67. Por su parte, Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.122, considera la discrecionalidad reglamentaria como una subespecie de la discrecionalidad.

<sup>12</sup>Puede verse la STS de 31-5-86(A.4603), donde se matiza que la anulación judicial de un reglamento, sobre todo si lo fue por razones de forma, no impide el ejercicio subsiguiente de la potestad reglamentaria en esa materia, "ya que dicha potestad es privativa de la Administración por la propia naturaleza y función de ella, sin más límites que su conformidad con la legalidad y a los fines que la justifican...". Por supuesto, si lo fue por razones de fondo, lo único prohibido

De este modo, la sentencia admite la existencia de límites estructurales al control judicial, en la medida en que se considera incapaz de sustituir la redacción de preceptos reglamentarios, pero no por la dificultad que pueda comportar el hallazgo de <<la>> solución correcta, sino porque <<es la voluntad de la Ley jurisdiccional>>. En efecto, si el control fuera máximo, la Sala podría sustituir la redacción de los preceptos impugnados por la más acertada si la misma pudiera conocerse, ya que dicho enjuiciamiento le permitiría rechazar todas las opciones distintas de la óptima.

En todo caso, aun si se considerara que los reglamentos no forman parte del Ordenamiento, podría aducirse otra razón justificativa de los límites al control jurisdiccional de la potestad reglamentaria. Nos referimos a la significación política de la misma: en efecto, lo que podría denominarse <<función política>> se puede llevar a efecto a través de actos singulares pero también mediante reglamentos. Sin embargo, esa significación política es muy relativa, ya que podrá predicarse de algunos reglamentos, pero no de todos<sup>13</sup>. Por supuesto, condición que deberá darse será que el órgano del que emane el reglamento tenga legítimamente atribuidas potestades de dirección de la política. Pero, en segundo lugar, que

---

sería dictar un reglamento con el mismo contenido ilegal, salvo que se tratara de un ámbito reservado a la ley.

<sup>13</sup> Así, puede haber reglamentos que versen sobre cuestiones estrictamente técnicas y que por tanto deban atenerse a criterios de tal carácter y no de otra índole. En estos casos, cabría defender que no existen límites estructurales a la fiscalización judicial, sobre todo si se entiende que los reglamentos no forman parte del Ordenamiento. Calvo Charro, M<sup>a</sup>, "Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa", en *RAP*, n<sup>o</sup> 137, 1995, p. 250, afirma que en lo referente a los aspectos técnicos no puede decirse que el Gobierno ostente una opción política, aunque a su juicio existirá discrecionalidad.

De cualquier modo, la negación de carácter reglamentario de ciertos actos, como los proyectos de reparcelación -STS de 11-5-93 (A. 3479)- no se fundamenta en que se basen en consideraciones técnicas y no jurídicas, sino probablemente en su carácter consuntivo.

quepa atribuir o no cierto matiz político al reglamento dependerá, con mucho, de la extensión de la reserva de ley y de la preferencia de ley en el caso concreto<sup>14</sup>.

La puesta en práctica de la actuación política a través de reglamentos parece ponerse en tela de juicio por la STC 32/81 de 28-7, donde se afirma que, al no ser la potestad normativa de las Comunidades autónomas de carácter únicamente reglamentario, debe permitir opciones políticas diversas. Sin embargo, creemos que todo dependerá del ámbito concreto de las reservas de ley; y desde luego no existe ninguna duda de que en las Corporaciones locales la función política se lleva a cabo, entre otros instrumentos, a través de normas reglamentarias. En el Estado y las Comunidades autónomas esto será más raro, dado el alcance de aquellas reservas, pero no será siempre imposible<sup>15</sup>.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta cuál es el legítimo ámbito de las pretensiones de las partes, que no obstante la amplitud de las normas que confieren legitimación por intereses colectivos podría en ocasiones impedir la sustitución judicial, a menos que existiera una verdadera acción popular. Y, por último, como el recurrente debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, debería convencer a la Sala de cuál es la más acertada redacción del precepto reglamentario, lo que parece verdaderamente difícil. En todo caso, es evidente que ni la carga de la prueba ni las pretensiones de las partes tienen que ver con los límites

---

<sup>14</sup>En todo caso, la reserva constitucional de los espacios más importantes a la ley deja realmente poco margen a reglamentos con importante componente político.

<sup>15</sup>Pensemos, por ejemplo, en el Decreto por el que se establece el salario mínimo interprofesional para determinado año. La STS de 24-7-91(A.7553) consideró que se trataba de un acto incardinado en la función política, como veremos.

estructurales al control judicial, ni, por tanto, con la discrecionalidad.

Entendemos no obstante que el hecho de que el reglamento deba efectuar operaciones de valoración de los hechos no constituye base suficiente para legitimar la discrecionalidad. Es la producción normativa -en caso de que se entienda que los reglamentos integran el Ordenamiento-, y no la ponderación de intereses, lo que determina su existencia. Lo que pasa es que, lógicamente, cuando dicha ponderación se efectúe, el grado de creación jurídica -y política, en muchas ocasiones- será mayor; y de ahí que la intensidad del control judicial descienda.

En todo caso, la STS de 14-2-77 entendió que la fijación de un coeficiente multiplicador para la fijación de las retribuciones de un cuerpo de funcionarios de acuerdo con la legislación anterior a la vigente se defiere al Gobierno precisamente por la mayor experiencia y datos que éste posee<sup>16</sup>. En este sentido, quizá podría apuntarse que, en ocasiones, el ejercicio del poder reglamentario se

---

<sup>16</sup>La STS de 26-11-75 (A.4210) afirma lo mismo; y añade que por esa razón no existía libertad electiva.

Creemos que la fijación de esos coeficientes constituía, desde cualquier punto de vista, una manifestación de la potestad reglamentaria: su generalidad era indudable; y, además, era susceptible de multitud de actos concretos de aplicación. La Sala cree sin embargo posible sustituir el coeficiente fijado por la Administración por otro distinto, del mismo modo que, en ocasiones, la jurisprudencia considera posible la sustitución judicial de una calificación urbanística por otra diferente. Aunque esto último puede obedecer a razones distintas, siempre será más fácil sustituir un coeficiente o una calificación que la redacción de un concreto precepto reglamentario.

Sáinz Moreno, F., en "El control judicial de la fijación de coeficientes multiplicadores en el sistema retributivo de la función pública", cit., p.206, al comentar esta sentencia, afirma que "el Tribunal dispone de plenitud jurisdiccional, rechazando así las alegaciones opuestas por el representante de la Administración en su contestación a la demanda... en el sentido de que la jurisdicción contencioso-administrativa debe limitarse a la <<pura revisión de la legalidad>>, con exclusión de lo que sea cuestión de <<oportunidad>> (<<elección entre diversas posibilidades>>) y sin entrar a juzgar la cuestiones que afectan a potestad organizatoria de la Administración y la vinculación del funcionario al status al que ha prestado servicio".

Así, el autor considera que no existe en estos casos discrecionalidad. Quizá ello se deba a que la función del reglamento en este caso consistía simplemente en la integración de un concepto jurídico indeterminado con criterios técnicos.

justifica en razones <<cognoscitivas>>, esto es, en la mayor capacidad técnica de los Gobiernos respecto de los Parlamentos. En la medida en que ésta fuera la única justificación, quizá más que de discrecionalidad debería hablarse de margen cognoscitivo de apreciación en la determinación concreta del contenido del reglamento, ya que el Legislador pretende en tales casos que la búsqueda, precisamente, de la mejor solución<sup>17</sup>. Pero con estas afirmaciones se pone en cierto modo en tela de juicio la naturaleza ordinamental de la potestad reglamentaria en estos casos. Quizá se deba a que, como se ha apuntado, se trataba de la simple concreción de un concepto jurídico indeterminado con base en criterios técnicos<sup>18</sup>.

## II. LA GRADACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE CONTROL DE FONDO DE LAS MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La jurisprudencia afirma reiteradamente que la potestad reglamentaria lleva implícitas grandes dosis de discrecionalidad<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>Sáinz Moreno, en "El control judicial de la fijación de coeficientes...", cit., p. 210, después de afirmar que dicha fijación se encomienda al Gobierno por razón de su mejor conocimiento de las características y funciones de cada uno de los Cuerpos de funcionarios, y precisamente para que el Gobierno elija la solución más adecuada en cada caso, señala que "por tal razón, la decisión que el Gobierno adopte en esta materia no es discrecional -una cualquiera entre las posibles- sino reglada, en cuanto que está vinculada a la mejor solución que jurídicamente pueda hallarse para la fijación del coeficiente más justo".

<sup>18</sup>Ha resaltado Hoffmann-Riem, W., en "La reforma del Derecho administrativo", op. cit., p. 29, que los Tribunales alemanes tienden a seguir un criterio de autorrestricción "a la hora del control incidental de disposiciones administrativas que concretan los conceptos jurídicos indeterminados del Derecho administrativo".

<sup>19</sup>Así, la STS de 29-12-86, que llega a la conclusión de que, por esta razón, las garantías procedimentales son aquí de suma importancia -en la medida en que sirven de garantía del acierto y la oportunidad, y no sólo de la legalidad, de tales disposiciones-. En la misma, se afirma que "la potestad reglamentaria, aun con intensos límites reglados, tiene inevitablemente aspectos discrecionales. Es cierto que la doctrina ha venido alumbrando técnicas, cada vez más eficaces, para el control de la discrecionalidad administrativa, que son reiteradamente aplicadas por la jurisprudencia. Pero, aun así, hay siempre un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial".



No obstante, no en todos los supuestos de su ejercicio se puede entender que la discrecionalidad tenga la misma extensión. Cuando se trata de reglamentos ejecutivos, los límites normativos, en principio, son más ajustados<sup>20</sup>. En efecto, debe recordarse que García de Enterría y Fernández Rodríguez<sup>21</sup> atribuyen al reglamento ejecutivo una función meramente de complemento indispensable de lo establecido en la norma legal previa a la que concretamente desarrollan. La STC 83/84 de 24-7 afirma que la función de los reglamentos de este tipo es

---

<sup>20</sup>De la Cruz Ferrer, "Sobre el control de la discrecionalidad...", cit., p.68, también se refiere a esa distinción cuando trata de los distintos grados de control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. El autor -loc.cit.- afirma que "...donde es verdaderamente importante el grado de discrecionalidad es en el ámbito de los reglamentos independientes". En el mismo sentido, Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.122.

<sup>21</sup>Curso..., cit., pp.197 ss.

Acerca de las relaciones ley-reglamento, vid. el mismo Curso de García de Enterría y Fernández, op.cit., pp.254 ss., así como el trabajo del primero, "Legislación delegada y control judicial", incluido en el volumen *Legislación delegada...*, cit., pp.3 ss. Se refleja también esta opinión en García de Enterría, E., "Principio de legalidad, Estado material de Derecho...", op.cit., p.89, donde se afirma que "el principio de legalidad pone su énfasis precisamente en la ley en su sentido formal, como <<voluntad popular>>... desvalorizando automáticamente a los reglamentos, normas que sólo como complemento de la ley tienen hoy cabida en el sistema constitucional de fuentes" -el subrayado es nuestro-.

Los reglamentos ejecutivos son la mayoría, para estos autores: vid. Curso..., cit., pp.215-218 y pp.285 ss. De cualquier manera, parece que no identifican exactamente reglamentos organizativos y reglamentos independientes -confróntese op.cit., pp.222-223 y p.267-. Sin embargo, en "Los ciudadanos y la Administración...", op.cit., p.57, García de Enterría afirma que "todos los reglamentos, con la excepción de los organizativos, deben seguir de habilitaciones legales y presentarse en principio como complementos de esta regulación legal" -el subrayado es nuestro-. Vid., sobre la necesidad de habilitación legal, García de Enterría, E., "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", en *REDA*, nº5, 1975, pp.203 ss.

En todo caso, el mismo García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., pp.152 ss., considera que existen dos tipos de remisión normativa: en el primero, la ley prevé la posibilidad de que existan reglamentos ejecutivos; en el segundo, la ley "renuncia a regular en su totalidad la materia y llama para concluir esa regulación a otra norma, a la que entrega la disponibilidad necesaria para ello". Pues bien, para Boquera Oliver, "La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución", cit., p.59, esta segunda especie de reglamentos "serán independientes de las leyes; independientes de la ley porque ésta no ha regulado lo que regula el reglamento". Vid. asimismo, sobre la noción de reglamento ejecutivo, García Álvarez, G., "El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Homenaje a González Pérez*, II, cit., pp.1473 ss., quien entiende -op.cit., p.1494- que el reglamento ejecutivo es aquel cuya mayor virtualidad ordinal se debe a una ley.

Para Garrido Falla y Fernández Pastrana, op.cit., p.101, después de la CE son posibles los reglamentos independientes, con base en el art.97 CE; y entienden que el mismo sólo veda la existencia de una potestad reglamentaria independiente de órganos distintos del Gobierno.

"precisar los preceptos de éstas en lo que tengan de vago e incompleto, explicitar las reglas enunciadas en la ley sólo a nivel de principios e, incluso, paliar las deficiencias eventuales de la propia ley"<sup>22</sup>.

Los reglamentos independientes -suele afirmarse por la doctrina tradicional<sup>23</sup>- son aquellos que no desarrollan ninguna ley concreta, ya que se dictan en materias no reservadas a la ley ni reguladas por

---

<sup>22</sup>La Moción del Consejo de Estado de 22-5-69 afirmó que los reglamentos ejecutivos son aquellos "directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de la ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento".

La STC 42/87 de 7-4, relativa a los reglamentos sobre infracciones y sanciones en materia de juegos de azar, afirmó que "la reserva de ley no excluye <<la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley>> (STC 83/84 de 24-7), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependen exclusivamente de la voluntad de sus representantes".

La STC 341/93 de 18-11 consideró contrario a la CE que el art. 26 LOPSC calificara de infracciones leves a la seguridad ciudadana las de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las <<reglamentaciones específicas y en las normas de policía>>, por cuanto ello supone que la ley habilita al reglamento para configurar las obligaciones y prohibiciones cuya vulneración constituye una infracción.

Por su parte, las SSTC de 11-11-86 y 17-12-86 han tratado de evitar que las complejidades técnicas sirvan de excusa para obviar la reserva de ley. No obstante, De la Cruz, op. cit., p. 80, afirma que de la STC 71/82 se desprende "el carácter de colaboración con la ley que tiene el reglamento, el cual constituye un complemento indispensable, sobre todo en áreas en las que la complejidad técnica, la prontitud de su actuación y las previsiones normativas permiten que la ley se limite a definir el contenido principal del derecho y las directrices de las limitaciones precisas para alcanzar el fin pretendido por el Legislador".

Podemos citar la STS de 16-6-86 (A. 3250), donde se afirma, en relación con un reglamento que la misma califica de ejecutivo -por haberse dictado en desarrollo de una ley, de acuerdo con la Exposición de Motivos de aquél- que les está "vedado el establecimiento de unos nuevos mandatos normativos, excesivos o restrictivos, de los contenidos en la Ley, salvo los meramente organizativos o procedimentales, que no atenten al contenido normativo de carácter esencial del texto legal".

Por su parte, la STS de 27-11-85 (A. 498) señaló, en relación con el RDU, que "si existe un precepto claro y específico del problema en la Ley del suelo, sólo podrá recurrirse al mencionado Reglamento en lo que éste pueda ofrecer en desarrollo y mera aplicación de la ley, en su misión complementaria <<secundum legem>>, pero sin poder ir más allá de ahí".

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sea tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la propia ley".

Hay que tener en cuenta, no obstante, que las sentencias del TS de 13-12-77 y 24-11-80 afirman que los reglamentos ejecutivos aportan elementos normativos nuevos, aunque relacionados con las leyes que los ejecutan. Esto significa que, si los reglamentos forman parte del Ordenamiento, han de innovar de algún modo el Ordenamiento jurídico. En el mismo sentido puede citarse la STS de 18-3-93 (A. 1772).

<sup>23</sup>Vid. De la Cruz, "Sobre el control...", cit., p. 68.

la misma<sup>24</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio puede haber reglamentos que

---

<sup>24</sup>En este sentido, deberá analizarse precisamente cuáles son esas materias reservadas a la ley. Puede consultarse Baño León, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, esp. pp. 103 ss. Para este autor, es posible la existencia del reglamento independiente dentro de las coordenadas constitucionales -op.cit., pp. 163 ss. -por ejemplo, en materia de subvenciones- op.cit., pp. 218 ss.-.

El autor, op.cit., pp. 204 ss., excluye de su ámbito las cuestiones de organización, con base en el art. 103.2 CE. Sobre esta concreta cuestión, vid. Barcelona Llop, J., "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley y reserva de ley en el art. 103.2 CE)", cit., pp. 2357 ss., para quien el art. 103.2 no establece reserva de ley alguna, pero exige en todo caso habilitación legal. En este sentido parece apuntar la STS de 18-3-93 (A. 1772), cuando afirma que "con la debida habilitación legal, el reglamento puede modificar los órganos periféricos de la Administración del Estado. El art. 103.2 de la Constitución establece que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley; por ello, el reglamento, con la debida habilitación legal, puede establecer normas sobre la modificación y creación de órganos periféricos...". Rubio Llorente, "El procedimiento legislativo en España", cit., pp. 106 ss., critica la opinión de que en los reglamentos organizativos no se requiere habilitación legal, ya que los mismos pueden también afectar a los derechos de los ciudadanos y además porque en ocasiones la habilitación legal supone una mera remisión al reglamento. Puede consultarse asimismo García Macho, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 178, para quien se requiere en estos ámbitos una ley previa pero el reglamento no es necesariamente complemento de la ley.

Por su parte, De la Cruz, "Sobre el control....", cit., pp. 73-74, concluye que el ámbito de la potestad reglamentaria independiente viene referida, con ciertos matices, a las relaciones especiales de sujeción y a las cuestiones organizativas internas, donde no obstante existe una normativa constitucional básica y ciertos ámbitos reservados a la ley.

Tradicionalmente, se ha entendido que las denominadas relaciones especiales de sujeción pueden ser objeto de reglamentos independientes. Sobre este controvertido concepto, puede consultarse Gallego Anabitarte, A., "Relaciones de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *RAP*, nº 34, 1961, pp. 11 ss.; Garrido Falla, F., "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", cit., pp. 16 ss.; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso...*, cit., pp. 200 ss., quienes no obstante exceptúan los casos en que los derechos básicos de los interesados no resulten afectados; García Macho, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, esp. pp. 168 ss., quien considera que la figura existe pero que resulta necesario adaptar los regímenes jurídicos de estas relaciones a la Constitución.

En alguna sentencia, como la de 30-6-92, el TS parece entender más flexibles las relaciones ley-reglamento en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

La STC 42/87 señala que "hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado (STC 2/87, citada)....". También reconoce la existencia de estas relaciones de sujeción especial la STS de 28-10-87 (A. 10203).

Desde nuestro punto de vista, la propia indefinición del ámbito de las llamadas relaciones especiales de sujeción hace que su existencia sea controvertida; por ello, no parece un concepto sobre el que puedan edificarse construcciones tan importantes como las que afectan a la relación del reglamento con la ley. De la Cruz, "Sobre el control...", cit., p. 80, afirma que la cuestión de las relaciones de supremacía especial "hace urgente una redefinición de este tema en el marco de nuestro sistema constitucional, si no queremos correr el riesgo de posibles <<agujeros negros>> de las garantías constitucionales". A esa indefinición se ha referido también Barcelona, op.cit., p. 2431.

La STS de 2-6-82 afirmó que no es posible invocar una relación de sujeción especial para legitimar un reglamento independiente, ya que incluso los campos reservados al poder doméstico de la Administración requieren una norma legal

no desarrollan leyes concretas y, sin embargo, se dictan en materias reservadas -aunque, por supuesto, no en ámbitos reservados-<sup>25</sup>.

En todo caso, debemos preguntarnos hasta qué punto la distinción entre el reglamento ejecutivo y el independiente posee una sustantividad cualitativa. Desde nuestro punto de vista, la diferencia es, desde el punto de vista material, meramente cuantitativa. Es decir, la Constitución reserva a la ley unos ámbitos, más allá de los cuales caben los reglamentos aun cuando no exista habilitación legal, salvo que concurra la preferencia de ley<sup>26</sup>. Es cierto

---

previa habilitante. La sentencia, pues, se sigue moviendo en el plano de la vinculación formal.

Por su parte, Gómez Montoro, A., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", en *REDC*, nº30, 1990, p.96, considera que en nuestro sistema constitucional no cabe hablar de una vinculación positiva general a la ley, salvo en los ámbitos reservados.

<sup>25</sup>Para García de Enterría, *Curso....*, cit., pp.200 ss., son precisos ambos requisitos; Boquera, op.cit., pp.59 ss., entiende que un reglamento independiente es aquel dictado en una materia no reservada ni regulada en la ley. La diferencia radica en el énfasis que el primero pone en la idea de habilitación legal, entendida como delegación, como nota definitoria del reglamento ejecutivo.

<sup>26</sup>Por el contrario, García Macho, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, cit., pp.164 ss., se inclina por la necesidad de habilitación legal, con base en los arts.97 y 103 CE. Entiende precisas las habilitaciones legales para actuar en los ámbitos reservados a la ley Jesch, D., *Ley y Administración: estudio de la evolución de principio de legalidad*, cit., p.171. En todo caso, debe recordarse que el art.80 de la Ley Fundamental de Bonn dice algo distinto de lo que establece el art.97 CE. Vid. asimismo García de Enterría, "Los ciudadanos...", cit., p.58; Calvo Charro, M<sup>a</sup>, "Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa", cit., p.248, quien afirma que el Gobierno no tiene discrecionalidad para determinar el ámbito de los reglamentos ejecutivos; y añade, op.cit., p.252, que en las materias reservadas el reglamento no será posible si no existe habilitación legal.

De otra parte, la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, aun teniendo esos perfiles tan borrosos, tiene consecuencias jurídicas en nuestro Derecho. Así, como ha resaltado De la Cruz, "Sobre el control...", cit., pp.71-72, se da la paradoja de que los reglamentos ejecutivos se someten al previo dictamen del Consejo de Estado -art.22.3 de la LOCE-, lo que no ocurre en el caso de los reglamentos independientes.

De la Cruz, "Sobre el control...", cit., p.77, afirma que la habilitación legal puede abrir al reglamento materias reservadas a la ley, aunque no deben ser admisibles las habilitaciones en blanco. Por su parte, Baño León, J.M<sup>a</sup>, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, cit., pp.32 ss., entiende viables esas habilitaciones siempre y cuando tengan una justificación racional.

Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, op.cit., p.86, afirma que resulta viable la existencia de un reglamento independiente si no existe reserva formal ni material a la ley. Prieto Sanchis, L., y Peces Barba, G., *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1981, pp.104-105, concluyen que del art.97 CE se desprende la innecesidad en todo caso de habilitación legal específica.

De Otto y Pardo, I., *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel,

que frente a esta interpretación puede aducirse el argumento de la seguridad jurídica, que se vería más favorecida si se exigiera en todo caso habilitación legal. Pero no parece lógico que la ley pueda abrir las reservas constitucionales a la misma; y si tal reserva no existe, no parece haber motivo para negar el ejercicio de la potestad reglamentaria, directamente atribuida por la Constitución. Ahora bien, esto mismo debe obligar a los Tribunales a extremar su cuidado a la hora de fiscalizar si el reglamento se ha excedido o no de sus límites.

De este modo, todo dependerá de la intensidad concreta de la

---

Barcelona, 1987, pp.231 ss., consideraba asimismo posibles los reglamentos sin habilitación legal, en la medida en que no invadieran el ámbito reservado a la ley. Distingue asimismo entre *materia* y *ámbito* de la reserva de ley Tornos Mas, J., "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en RAP, nº100-102, vol. I, 1983, p.476.

Suscribimos la opinión de De Otto, sobre todo desde el momento en que la idea de delegación legislativa no define correctamente esas habilitaciones legales, por lo que decae en buena medida la necesidad de habilitación expresa -en este sentido, Boquera, "La limitación de la propiedad urbanística después de la Constitución", cit., p.97; García de Enterría, *Hacia una nueva...*, cit., p.29, afirma que la delegación se refiere a atribuciones propias del delegante; vid. también, del mismo autor, *Legislación delegada...*, cit., pp.152 ss.-. Esto se corrobora sobre todo si se tiene en cuenta que el incumplimiento del plazo establecido en la ley para dictar un reglamento no lo hace inconstitucional -STC 26/84 de 24-2-. No obstante, vid. Boquera Oliver, J.M.ª, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", en REDA, nº40-41, 1984, p.18 (nota 23); Calvo Charro, op.cit., pp.256 ss., para quien no obstante es contraproducente la anulación del reglamento dictado fuera de plazo.

Para Boquera Oliver, J.M.ª, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", cit., p.10, en nota, los reglamentos independientes son aquellos cuyo contenido no está limitado por una ley, y no los que exigen habilitación legal. En "La limitación a la propiedad urbanística según la Constitución", cit., p.59, afirma que "la expresión <<remisión normativa>> comprende, pues, dos fenómenos diferentes. La ley adopta una regla y el reglamento la desarrolla. La ley no adopta ninguna regla sobre una cuestión o cuestiones, y dispone que sean reguladas por el reglamento. Esta imprecisión terminológica permite cambiar de parecer sin cambiar las palabras".

La STS de 31-1-87 (A.283) afirma que la ausencia de remisión legal específica que autorizara al Ministerio de Economía y Hacienda al desarrollo de determinadas leyes implica que el reglamento dictado tiene carácter independiente.

La STS de 18-3-93 (A.1772) afirma que "hoy, no debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquel que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución), y que permita, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado puede aparecer". Con esto, el TS parece decir que el reglamento independiente no requiere habilitación legal. Pero no nos dice si deben considerarse reglamentos independientes aquellos que se dictan sin habilitación legal pero existiendo una ley previa. En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, lo importante es cuándo y con qué límites puede ejercitarse la potestad reglamentaria, y no la puramente terminológicas de cuándo un reglamento ha de calificarse como independiente.

reserva de ley y de lo que ésta efectivamente ha regulado<sup>27</sup>. Así, De la Cruz<sup>28</sup> señala que "la cuestión esencial es el grado de profundidad con que la ley está obligada a regular las materias que la CE le ha reservado"; y se refiere en este sentido a la noción de <<escala de la reserva de ley>>, ideada por Tornos Mas<sup>29</sup>.

De la Cruz<sup>30</sup> distingue así, según el grado material de sujeción

---

<sup>27</sup>Podemos citar aquí la STC 18/82 de 4-5, donde se afirma lo siguiente: "es evidente que en muchas ocasiones aparecen en íntima colaboración la Ley y el Reglamento, dependiendo el ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la *habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario*".

Brohm considera que los grados de vinculación del reglamento a la ley dependen de la intensidad de la regulación de ésta. Así, distingue entre el mandato legal inequívoco, las encomiendas de actuación en aras del fin previsto en la ley habilitante, el apoderamiento para actuar con remisión a la Administración de la concreción de los fines y, por último, la determinación legal de límites-op.cit., p.116 y pp.127 ss.-.

Ahora bien, en primer lugar, ¿constituye un mandato legal, según el autor citado, aquella norma que prevé una sola consecuencia jurídica pero sobre un supuesto de hecho expresado mediante conceptos jurídicos indeterminados que implican una valoración? La cuestión no es clara, ya que Brohm parece decir que no toda concreción de un concepto jurídico indeterminado constituye una operación intelectual; sin embargo, no nos ofrece un criterio excesivamente seguro para distinguir cuándo lo es y cuándo no. Aunque apunta algunos -el carácter normativo o político del acto de concreción, básicamente-, no obstante tampoco queda claro si, a su entender, todo supuesto de valoración de los hechos se puede considerar teñido o no de consideraciones políticas -en todo caso, op.cit., p.128 el autor parece entender que sí-.

En segundo lugar, los casos de apoderamiento legal de actuación parecen ser aquellos en que la Administración debe valorar los hechos, en la medida en que el fin de la norma está total o parcialmente indeterminado. Por su parte, los casos de encomienda legal parecen identificarse con los supuestos en que el presupuesto de hecho es abierto pero los fines se prevén por la norma.

En tercer lugar, no queda clara la diferencia entre el apoderamiento legal y el señalamiento legal de límites. Y ello porque, tanto en un caso como en otro, existirán límites jurídicos al actuar administrativo -que vendrían dados, sobre todo, por los principios generales del Derecho-; y, en segundo lugar, también en los casos de señalamiento legal de límites se debe perseguir un fin público.

<sup>28</sup>"Sobre el control...", op.cit., p.78. Así, las diferencias entre las distintas clases de reglamentos serán más bien cuantitativas, sin que pueda establecerse una línea clara de distinción entre reglamento ejecutivo e independiente, en la medida en que éstos últimos no son enteramente libres, y por cuanto existe una tercera clase intermedia de reglamentos. Sin embargo, nos apartamos sustancialmente de la tesis de este autor en el punto relativo a la apertura de ámbitos reservados a la ley mediante la oportuna habilitación legal.

<sup>29</sup>Tornos Mas, J., "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa", op.cit., pp. 471 ss., donde se recogen acertadas consideraciones acerca de la diferente intensidad de la reserva de ley en cada caso. Vid. también Barcelona, op.cit., p.2412; García Macho, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, cit., pp.114 ss., quien comenta abundante jurisprudencia constitucional.

<sup>30</sup>"Sobre el control....", op.cit., p.71.

a la ley, los siguientes tipos de reglamentos: "primero, los *ejecutivos*, en los que el grado de discrecionalidad es *mínimo*, al limitarse su contenido a pormenorizar y concretar un esquema y un contenido diseñado por la ley. Segundo, los reglamentos *remitidos*, que disponen de un grado de discrecionalidad que podríamos llamar *medio*, al poder regular con libertad el campo que le ha abierto la ley, pero respetando los principios y cláusulas de la remisión. Tercero, los reglamentos *autónomos*, que disponen de un grado de discrecionalidad *máximo*, al poder regular las materias no reservadas ni reguladas por ley, sin más límites que la Constitución y los principios generales del Derecho"-subrayados originales-.

Desde nuestro punto de vista, a esta clasificación pueden efectuarse las siguientes matizaciones: En primer lugar, en el caso de los reglamentos *remitidos*, si se rechaza la idea de delegación y de necesidad de remisión expresa, habrá que concluir que pueden ir más allá de la remisión -por ejemplo, al regular otras materias-, siempre que no invadan con ello la reserva ni la preferencia de ley. Se tratará así de interpretar la cláusula de la remisión, ya que es posible que con la misma se haya pretendido congelar el rango en ciertos ámbitos materiales. En segundo lugar, y por lo que respecta a lo que el autor denomina reglamentos *autónomos*, los mismos siempre tendrán una conexión más o menos mediata con materias ya reguladas por ley o reservadas a ésta; en este sentido, ese reglamento *autónomo* -los aquí llamados *independientes*- no podrá contradecir la misma. De este modo, se acentúa aún más el hecho de que las diferencias entre uno y otro tipo de reglamentos son cuantitativas.

En todo caso, en ocasiones el reglamento no aparece como mero complemento de la ley, sino que ésta actúa a veces como mero marco normativo, dentro de cual el reglamento podrá desarrollar

creativamente diversas opciones<sup>31</sup>. De este modo, la vinculación del reglamento a la ley resulta ser, en estos casos, materialmente negativa -aunque formalmente no lo sea, por existir remisión legal-. Es el caso de los reglamentos locales y de los demás entes dotados de autonomía y que no poseen potestad legislativa -el caso de las Universidades, por ejemplo-, o el supuesto de los planes de urbanismo: este último supuesto estaría justificado tanto por el principio de autonomía local como por la imposibilidad material de que la Ley de Suelo establezca en cada caso el contenido concreto de la propiedad<sup>32</sup>. En estos casos, el debilitamiento de la vinculación a la ley es una necesidad de la autonomía<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>De la Cruz, "Sobre el control....", cit., p.70, afirma que "el grado de discrecionalidad de que dispone la Administración no es el mismo en todos los reglamentos llamados ejecutivos".

Sobre el debilitamiento de la vinculación positiva a la ley, Hoffmann-Riem, en "La reforma del Derecho Administrativo", cit., p.36, quien califica este tipo de regulación jurídica como <<Derecho opcional>>.

También Parejo admite una gradación en la vinculación positiva a la ley entendida en sentido sustancial -Administrar..., op.cit., pp.96 ss.-. Lo que ocurre es que una cosa es la vinculación a la ley y otra al Derecho.

<sup>32</sup>Sobre esta cuestión, puede verse Delgado Barrio, F.J., *EL control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, op.cit., pp.18-19. El autor, a continuación -y después de referirse al sentido de la remisión a las leyes que efectúa el art.33.2 CE-, cita la STS de 2-2-87, donde se dice que "el art.33.2 CE advierte que la función social de la propiedad delimitará su contenido, no por medio de la ley sino <<de acuerdo con las leyes>>, y los planes se dictan en virtud de la remisión hecha por el art.76 del TRLS". Vid. también De Vicente Domingo, R., en *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., p.109.

La STC 130/91, recordando la 55/89, afirma que "los Estatutos, aunque tengan su norma habilitante en la LRU, no son, en realidad, normas dictadas en su desarrollo; son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley".

<sup>33</sup>En todo caso, normalmente existirá una mezcolanza de grados de vinculación en sentido material: por ejemplo, los *standards* urbanísticos vinculan al planificador positivamente. En *Las alteraciones....*, op.cit., p.113, De Vicente lo resalta, y cita en este sentido la STS de 8-1-91 (A.8807), donde se estableció que "no cabe una tan elástica interpretación de la Ley del suelo que dé lugar a la creación de figuras, determinaciones, usos, participación de plusvalías, etc., del planeamiento, no contemplados en su texto". Una gradación de la sujeción a la ley de los reglamentos y ordenanzas locales puede verse en Embid Irujo, A., "La actividad de gobierno de los entes locales y su control jurisdiccional", op.cit., pp.281 ss. El autor distingue entre las ordenanzas y reglamentos de pura ejecución de la ley; los casos en que la ley actúa imponiendo ciertas condiciones, cumplidas las cuales el Municipio tiene cierta libertad de elección; los supuestos en que la ley se limita a dar pautas más o menos imprecisas; y aquellos en que simplemente habilita el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal sin ulterior guía o condicionamiento -cita en este sentido la capacidad que el municipio tiene de satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal-. Así, entiende



En suma, consideramos que todo dependerá del grado material de sujeción del reglamento a la ley, y no de la existencia o no de habilitación legal. Es esencial distinguir entre la vinculación positiva material a la ley y la vinculación positiva en sentido formal. Para nosotros, la primera es la que cuenta<sup>34</sup>.

---

que la relación con la ley de los reglamentos locales es plural.

Por su parte, Oebbekke, J., "La legitimación democrática de la autoadministración no municipal", cit., p.242, afirma que "la peculiar base de la legitimación democrática debe tenerse en cuenta a la hora de la determinación del alcance que debe otorgarse a la reserva de ley parlamentaria o al igualmente estatal y por ello globalmente legitimado reglamento....".

Parejo Alfonso, *Administrar....*, cit., pp.79 ss. y pp.91 ss., resalta el choque entre la autonomía local y la legitimidad democrática directa de los órganos locales de gobierno y la ausencia de potestad legislativa de estos entes, lo que exige que la ley no pase, en ocasiones, de ser un marco para el desarrollo por el ente local de sus potestades políticas. Es decir, el autor considera necesaria una reinterpretación del ámbito y funcionalidad de la reserva de ley en los Estados descentralizados. Critica a continuación la jurisprudencia constitucional relativa al ámbito de la reserva de ley en materia tributaria y su plasmación en la Ley 39/88; en tal sentido, se decanta por que el ámbito de la reserva de ley debe ser objeto de una interpretación diferente según estemos ante reglamentos municipales o ante reglamentos procedentes de otras Administraciones públicas, carentes de legitimidad democrática directa. Así, afirma que los primeros han de entenderse como normas estatutarias con valor y eficacia reglamentarios. Para Parejo, la autonomía local parece implicar la *necesidad constitucional* de atribución a los entes locales de una facultad de ponderación de intereses -de valoración de los hechos-.

Embid Irujo, en "La actividad de gobierno de los entes locales y su control jurisdiccional", op.cit., p.280, afirma que debe entenderse como infiscalizable la determinación -dentro de los límites legales- de los tipos de gravamen de los impuestos municipales obligatorios, con base en el principio de autonomía municipal. Desde nuestro punto de vista, ello es excesivo, puesto que cabría la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el establecimiento de un tipo pudiera ser considerado a todas luces como carente de fundamento racional. Lo que será mucho más difícil, por supuesto -prácticamente imposible- es que todos los tipos de gravamen, excepto uno, puedan entenderse caprichosos. En todo caso, se trata de un supuesto extremo.

Parece un tanto contradictoria la concepción de Parejo, *Administrar....*, cit., pp.79 ss., del reglamento estatal o autonómico como puro <<complemento indispensable de la ley>> con su argumentación relativa al debilitamiento de la vinculación positiva a la ley y el consiguiente reforzamiento de la discrecionalidad. No comprendemos por qué parece dar mayor alcance a actos no reglamentarios -que, según el autor, desarrollan las *directrices* legales, valorando y ponderando los intereses en presencia- que a actos reglamentarios -mero desarrollo indispensable de la ley-. No obstante, quizá la paradoja no sea más que aparente, por cuanto los reglamentos pueden ir más allá de la pura ejecución de la ley si ésta se limita a establecer el marco general. Lo que ocurre es que, en el caso de los reglamentos locales, de las Universidades, etc., la ley -o el complejo ley-reglamento ejecutivo- no puede ir más allá del establecimiento de ese marco; mientras que, en otros supuestos, la ley puede ir más allá del ámbito de reserva material a la misma.

<sup>34</sup>Nos da la impresión de que Sánchez Morón las confunde cuando *Discrecionalidad....*, op.cit., pp.103-104- critica la tesis de la vinculación positiva sostenida por García de Enterría y Fernández Rodríguez con base en la existencia de reglamentos independientes y de apoderamientos generales. En estos últimos supuestos, desde nuestro punto de vista, la vinculación positiva *en sentido material* se atenúa. Además, debe distinguirse entre lo que es el apoderamiento

Partiendo de que en el enjuiciamiento judicial de la potestad reglamentaria existirán límites estructurales derivados de que el juez no crea Derecho -en el supuesto de que se entienda que los reglamentos son ordinamentales-, hay que insistir en que el control de fondo no siempre será, de hecho, igual de profundo. Y ello porque los límites del Derecho son irregulares. Si estamos ante un reglamento ejecutivo, las posibilidades de fiscalización serán normalmente mayores, sobre todo si la ley que se ejecuta posee el suficiente grado de claridad y precisión. Cuando esta regulación legal sea más imprecisa, el control será, por supuesto, más difícil.

Pero, más allá de esto, puede afirmarse que, en muchas ocasiones, la imprecisión e indeterminación legal será buscada totalmente a propósito, con el fin de reconocer un ámbito de libertad al autor del reglamento; esto es, dicho fenómeno obedecerá, en ocasiones, a un designio de reconocerle un espacio de configuración donde los elementos superiores del Ordenamiento actuarán como límite<sup>35</sup>. De algún modo, puede afirmarse que existe una cierta gradación de la vinculación material del reglamento a la ley, gradación ésta que, a su vez, permitirá una mayor o menor profundidad del control judicial. En ocasiones, esta vinculación a la ley es, desde el punto de vista material, negativa, en el sentido de que la misma se limita a establecer un mero marco de ejercicio de la potestad

---

para actuar singularmente de los casos en que se trata de ejercer la potestad reglamentaria-vid. Garrido Falla, "Los medios de policía..." , loc.cit.-. De hecho, además, García de Enterría y Fernández Rodríguez admiten sin ambages la existencia de estos apoderamientos generales.

En todo caso, el autor, op.cit., p.108, parece concluir que lo que realmente importa es el grado de vinculación material de la Administración a la norma, no tanto como su habilitación formal.

Un ejemplo de vinculación positiva estrictamente formal sería el señalado por Barcelona Llop -art.103.2 CE-, si se admite la tesis de este autor -op.cit., pp.2327 ss.-.

<sup>35</sup>La ley, como ya sabemos, no puede habilitar ningún espacio de discrecionalidad, pero sí puede hacerlo la Constitución. La ley, en tales supuestos, puede limitar ese espacio.

*reglamentaria*, que la misma no puede contradecir pero dentro del cual puede moverse aquélla.

En todo caso, si la Constitución o la ley configuran un derecho de una determinada manera, el reglamento no es quién para desvirtuarlo; si la regulación de su ejercicio constituye el objetivo específico de la potestad reglamentaria, no habrá discrecionalidad. Piénsese en el caso de los decretos de servicios mínimos en caso de huelga: si se niega la categoría de actos administrativos generales, tendremos que admitir que son reglamentos; sin embargo, como regulan el ejercicio de un derecho fundamental cuyo límite constitucional radica precisamente en esos servicios *mínimos y esenciales*, la discrecionalidad no existe, ya que los servicios mínimos habrán de ser, precisamente, los absolutamente indispensables<sup>36</sup>.

### III. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

#### 1. Consideraciones generales

La fiscalización jurisdiccional de la potestad reglamentaria puede efectuarse, no sólo por la contraposición entre la ley y el reglamento, sino también a través del contraste de éste con los principios generales del Derecho, aunque éstos tengan aquí un papel limitado<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup>La STC 43/90 se refiere a la necesaria *proporcionalidad* de la restricción.

<sup>37</sup>Vid. De la Cruz, en "Sobre el control....", cit., pp. 95-96., quien cita la STS de 18-12-85.

También subraya, op. cit., p. 96, que, en Francia, los principios tienen un papel crucial en el control de los allí llamados reglamentos autónomos. No obstante,

Quizá el mayor problema radique, precisamente, en el alcance del control de la potestad reglamentaria a través de los principios generales del Derecho. Está claro que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos siempre jugará su papel. La misma podría quizá identificarse con la prohibición de los atentados más graves a otros principios, como hemos visto. También será importante el de igualdad<sup>38</sup>.

---

respecto a los reglamentos ejecutivos, el autor pone de relieve que en el país vecino, la inexistencia de un mecanismo semejante a la cuestión de inconstitucionalidad impide que se pueda controlar por el juez ordinario la infracción de un principio por la ley de cobertura, aunque el mismo tenga rango constitucional. En el mismo sentido se pronuncia en "La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo", cit., p.448.

García de Enterría, en "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota", cit., pp.219-220, señala que existen razones de peso para controlar la sujeción de los reglamentos a Derecho, sobre todo si se tiene en cuenta su carácter general y tendencialmente permanente. Vid. asimismo "La interdicción...", cit., p.138.

Puede verse, sobre el control judicial de la potestad reglamentaria, García de Enterría, E., "La lucha...", cit., pp.195 ss. El autor reconoce -op.cit., p.203- que en este dominio se produce "una de las más intensas discrecionalidades". También se refiere -op.cit., p.204- al papel de los principios generales en este punto.

De la Cruz, "Sobre el control...", op.cit., p.72, enumera como posibles técnicas de fiscalización de la potestad reglamentaria la de la existencia de la potestad, el control sobre las cuestiones procedimentales -básicamente, la participación ciudadana-, así como el efectuado a través de los principios generales. Barnés, *La justicia...*, op.cit., p.183, se pronuncia en el mismo sentido; y añade que el núcleo discrecional de ponderación de intereses no será enteramente fiscalizable, aunque considera que su extensión dependerá de la habilitación legal.

<sup>38</sup>En cuanto a la intensidad de la fiscalización judicial de la posible infracción de este principio por un reglamento cuando el criterio de comparación se fija por este último, debe tenerse en cuenta las posibilidades que la ley a la que el reglamento desarrolla o con la que se relaciona ofrece. Si esa norma posee una estructura abierta, que el reglamento tenga cierta flexibilidad de fijación del criterio de comparación se debe conectar, de una parte, con la tesis que afirma su pertenencia al Ordenamiento. Pero, aun si no se aceptara esto, la posibilidad de que el reglamento pueda introducir nuevos criterios debe conectarse con la mejor consecución del interés general, que en ocasiones exige una cierta flexibilidad -si bien debe tenerse en cuenta el carácter abstracto del reglamento-.

En todo caso, debemos matizar estas ideas sobre la base del ámbito de la reserva de ley en nuestro Derecho, sobre todo si se tiene en cuenta la posición del art.14 CE. Más allá de estos límites, el control judicial se sujetará a los que le son propios cuando se trata de la potestad reglamentaria.

Una sentencia que en este punto puede resultar interesante es la de 16-3-87 (A.1493). La Ley general de educación de 1970 había establecido el acceso directo al cuerpo de profesores de EGB de aquellos que hubieran concluido la carrera con la calificación de sobresaliente. Sin embargo, la Ley de reforma de la función pública estableció que los sistemas de acceso a la función pública serían los de oposición, concurso-oposición u oposición libre. Por ello, la Disposición Transitoria del Real Decreto de 14-3-86 (533/86) dispuso que, en las tres primeras convocatorias, los aspirantes que procedieran de la undécima promoción del Plan 1971 y que reunieran aquel requisito, quedarían exentos de la prueba de conocimientos, y quedaría sustituida la calificación en dichas pruebas por la media del expediente. Una Orden de la Consejería de Educación andaluza siguió el mandato

Una sentencia de 1-4-86(A.2626), referente al Estatuto General de la Abogacía, plantea el tema de la aplicación de los principios generales del Derecho a la potestad reglamentaria. El TS, después de aducir que tales principios constituyen un límite a la misma, advierte del peligro que puede suponer el abuso en la utilización de éstos, dada su gran generalidad y abstracción.

A continuación, se plantea si se ha infringido alguno de tales principios en relación con los requisitos para la provisión de cargos en los Colegios de Abogados. La sentencia señala al respecto que a los colegios profesionales

*"se le atribuyen, entre otros fines públicos, la ordenación de las profesiones, entre otras de carácter social, lo cual puede justificar el establecimiento de ciertos requisitos -referentes a la antigüedad, residencia, etc.- que no cabe descalificar como carentes de justificación o de razón objetiva o contraria al principio de igualdad o de proporcionalidad, etc., dado que el desempeño del cargo dentro del colegio puede imponerlas (inmediación, racionalidad, etc.); y, en todo caso, tampoco puede olvidarse que el TC ha dicho que la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"*<sup>39</sup>.

En este punto, es de obligatoria cita la STC 130/91 de 6-6, referente a los límites de la fiscalización jurisdiccional de un

---

de dicho Real Decreto; y fue impugnada al amparo de la ley 62/78. La sentencia afirmó que la misma no era contraria al principio de igualdad, ya que deben tenerse en cuenta las amplias facultades que la Administración y el Legislador tienen para concretar y apreciar el mérito y la capacidad, de modo que su concreción es una cuestión de legalidad ordinaria. Pero, en todo caso, se fiscaliza si el juicio normativo acerca de la desigualdad de situaciones había sido o no correcto. Vid. también la de 26-1-87(A.1988), referente a la elevación de las tarifas de un servicio público municipalizado de energía eléctrica.

<sup>39</sup>La sentencia concluye diciendo que "así como la norma contenida en el n.º 3 del art. 58 del Estatuto al establecer un turno especial para las causas graves en el que la antigüedad en el ejercicio de la profesión puede resultar una exigencia razonable -establecida de cinco años y con carácter general- sin vulneración alguna de principio constitucional y menos de precepto legal impediendo. Conclusión negativa también aplicable a la impugnación del art. 74 -exigencia de antigüedad para poder ser electo a determinados cargos colegiales- por no infringir tal mandato norma legal y ser razonable la exigencia de determinados requisitos (entre ellos, la antigüedad en el ejercicio) como presupuesto de la elegibilidad (argumento de la STC de 20-2-84)".

La sola exigencia de ausencia de infracción legal y de razonabilidad entendida como lo hace nuestra jurisprudencia- es congruente con la discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria.

reglamento dictado por una Administración dotada de autonomía constitucionalmente garantizada. Por ello, el caso presenta bastantes peculiaridades.

En los Estatutos de la Universidad de Valencia, se había suprimido de su escudo la figura de la Virgen de la Sapiencia, hasta entonces representada en el mismo. Un grupo de profesores y ex-alumnos interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el TSJ, cuya sentencia fue confirmada por la STS de 12-6-90 (A.5184). Recurrida esta última en amparo, con base en la autonomía universitaria, el recurso fue estimado por el TC.

Las dos primeras sentencias se habían basado, precisamente, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>40</sup>.

Pues bien, el TC arranca su argumentación afirmando que la cuestión que se ventilaba era si las sentencias recurridas habían vulnerado o no la autonomía universitaria por haberse extralimitado en su fiscalización. La sentencia considera que el control judicial del precepto estatutario impugnado debía entenderse limitado, y acaba concluyendo que esa extralimitación se había producido.

---

<sup>40</sup>Ninguna de las dos Salas había hallado en el acuerdo del Claustro justificación racional alguna para el cambio en el escudo; por el contrario, la figura de la Virgen de la Sapiencia constituía un símbolo tradicional -más que propiamente religioso- que no debía alterarse sin razón suficiente. El art.17 del Fuero de los españoles prohibía entre otras cosas la alteración arbitraria de las normas.

Aducían los recurrentes que procedía mantener la anulación del acuerdo por conculcar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, "pues falta en el acto administrativo *causa jurídica* fundada en un interés público o en un interés del servicio público de la docencia que la Universitat de Valencia viene obligada a prestar conforme a la legislación vigente ...". El fundamento 5º de la sentencia del TS añade que "*la Administración trata de fundamentar dicha supresión solamente en la aconfesionalidad religiosa de Estado que determina la Constitución y en la voluntad del Claustro Constituyente de la Universidad, producida por la mayoría absoluta de sus miembros, manifestada democráticamente, y en uso del principio de autonomía de la Universidad que la Constitución y la LRU le confieren; mas, lo cierto es que con ello no se justifica que la actuación administrativa se hubiera realizado en función de un interés público o en función de un interés del servicio público que la actividad de la Universidad en cuestión entraña*".

Así, entiende que dentro del margen de discrecionalidad del autor de los Estatutos entraba la decisión de mantener o alterar los símbolos preexistentes con base en criterios de conveniencia<sup>41</sup>. Se resalta asimismo el carácter de la potestad de autonormación de la Universidad, que es lo que viene a justificar los límites al control judicial.

Pero, entrando ya en lo referente al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el TC afirma que al acuerdo no le hacía falta <<causa jurídica o de interés público alguna>><sup>42</sup>. Esto parece una llamada al puro capricho del Claustro Constituyente, que entraría de lleno en la prohibición del art.9.3 CE<sup>43</sup>. Sin embargo, a continuación se aduce una posible justificación

---

<sup>41</sup>Así, en el FJ 5<sup>o</sup>, afirma que no cabe "un control de oportunidad o conveniencia, ni siquiera de carácter meramente técnico, dirigido a perfeccionar la redacción de la norma estatutaria". El TC entiende que el respeto a la tradición no es el único criterio válido a tener en cuenta, y que dicho criterio no podía menoscabar la autonomía universitaria.

<sup>42</sup>"En el caso que nos ocupa, no hay que buscar <<causa jurídica>> o <<interés público>> justificativos de la voluntad claustral más allá de ella misma. Ni ésta contradice valores, bienes o intereses constitucionalmente tutelados, ni vulnera precepto legal alguno configurador de la autonomía universitaria, ni siendo el acuerdo claustral expresión de un derecho de libertad debe buscársele raíz o causa exógenas a la libre decisión claustral. La racionalidad del acuerdo, implícita en él pero comprensible sin esfuerzo, consiste en considerar que es más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional un escudo universitario sin elementos de significado religioso que con ellos. Sin duda, es posible discrepar lícitamente de tal decisión, pero lo que no resulta posible es calificarla de irracional, absurda o arbitraria".

<sup>43</sup>De hecho, un poco más abajo, la sentencia afirma que no deben buscarse causas exógenas a la libre decisión claustral, por cuanto la decisión entraba dentro de la autonomía universitaria. Esto no es más que la *sic pro ratione voluntas*. Se trata, desde nuestro punto de vista, de afirmaciones más que discutibles. Acertadamente, Fernando Pablo afirma, en relación con esta sentencia, lo siguiente, op.cit., pp.142-143: "la autonomía universitaria, incluso conceptuada como derecho fundamental, no permite alterar la esencia de la Universidad como Administración y tratarla como sujeto privado que libérrimamente determina su voluntad y ejerce su capacidad de forma totalmente arbitraria, subjetiva o caprichosa (persiguiendo los intereses que juzgue convenientes)".

Desde nuestro punto de vista, estas acertadas palabras sólo requieren algunas matizaciones. En primer lugar, la Universidad es, en efecto, Administración, pero también Administración independiente por imperativo constitucional. En segundo lugar, y por esta misma razón, los Estatutos se sujetan en buena medida a una vinculación negativa -desde el punto de vista material- a la LRU. En tercer lugar, tampoco es cierto que los fines perseguidos puedan ser los que estime más convenientes, sino, dentro de ellos, los que hayan sido previamente calificados como públicos por el Constituyente o por el Legislador.

implícita del acuerdo: la aconfesionalidad del Estado, a cuya luz parece más conveniente -no más necesario, claro está-, a juicio de la sentencia, la supresión de alusiones religiosas en los escudos de las Universidades<sup>44</sup>.

Por otra parte, ese intento de justificación no equivale, como es lógico, a la plena idoneidad y acierto de la norma impugnada. El TC, en este sentido, considera que caben otras opciones igualmente lícitas y adecuadas, como la misma que pretendían los recurridos. En esto radican los límites al control judicial que la sentencia considera inherentes a este caso: una vez determinada la existencia de un fundamento racional del acuerdo -que ya no es así meramente caprichoso-, todo lo demás constituye un ámbito de libertad de elección en que los órganos judiciales no pueden entrar.

La sentencia parece entender que el único límite que el Constitucional impone al ejercicio de una potestad de autonormación y autoorganización es -además del respecto a la norma escrita- el genérico de la interdicción de la arbitrariedad, entendido como prohibición de las actuaciones basadas en el mero capricho<sup>45</sup>. El juego de este último principio podría, en casos excepcionales, eliminar por completo la libertad electiva en el ejercicio de la

---

<sup>44</sup>Debe tenerse en cuenta que los recurrentes habían aducido reiteradamente que la figura de la Virgen de la Sapiencia consistía más en una imagen tradicional que religiosa; no obstante, tenemos aquí ya una fundamentación del acuerdo que, aunque discutible, no se puede identificar con el puro capricho. De este modo salva el TC la exigencia del art. 9.3.

<sup>45</sup>De la Cruz, en "Sobre el control...", cit., p. 71, afirma que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Administración dispone de una cierta capacidad de configuración, "configuración <<libre>>, discrecional, pero no exenta de presupuestos y de limitaciones diseñadas por el Ordenamiento jurídico para que esos niveles de discrecionalidad no se desvirtúen en pura arbitrariedad".

En todo caso, desde nuestro punto de vista, debe tenerse en cuenta un dato, con el fin de poner en su propio contexto las un tanto exageradas palabras del TC. Nos referimos al hecho de que se trataba del Claustro Constituyente. Si la autonomía universitaria se empezó a hacer efectiva desde la Constitución, era lógico otorgar a los órganos constituyentes de las Universidades una mayor capacidad electiva. ¿Qué ocurriría ahora si una Universidad, después de haber elegido autónomamente sus emblemas, decidiera cambiarlos? ¿Sería su libertad tan grande? ¿O habría de buscar una justificación de mayor peso?



potestad reglamentaria. Sin embargo, parece muy difícil que esto se dé en la práctica.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el ámbito de discrecionalidad de los Estatutos de la Universidad es ostensiblemente más amplio que aquél de que gozan los reglamentos ejecutivos de las leyes<sup>46</sup>.

Pero, ¿cabría un control del reglamento más allá de esto? Desde luego, los jueces no son quiénes para ir sustituyendo preceptos reglamentarios. Una fiscalización máxima conduciría a eso, si la Sala tuviera suficientes elementos de juicio y el razonamiento jurídico se lo permitiera.

La STS de 18-12-85 anuló la Orden Ministerial reguladora del Registro Oficial de la ganadería de reses de lidia. La sentencia concluyó que

"una razón de prudencia y de contribución a un resultado más equilibrado y equitativo aconseja...decretar la nulidad de actuaciones...para que, en vista de los nuevos datos disponibles, dicte la disposición más acorde a los intereses en juego y al Derecho".

De este modo, parece que el Tribunal considera que el titular del poder reglamentario está obligado a ejercitar su potestad del mejor modo posible. Si esto es así, no existirán límites al control judicial distintos de los propios del razonamiento jurídico. Sin embargo, no se sustituye la Orden en cuestión; la única razón para ello congruente con los postulados de la sentencia puede ser el que

---

<sup>46</sup>En efecto, aquéllos se amparan en la autonomía universitaria; esta autonomía supone un ámbito de movimientos dentro del marco de la legalidad, a la que los Estatutos están ligados por una vinculación meramente negativa. En ese sentido, la mencionada sentencia afirma que "...los Estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la ley no sirve como parámetro controlador o límite de la legalidad de texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y es válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal (STC 55/89, FJ 4º)".

la Sala se sintiera técnicamente incapacitada para redactar de nuevo esa Orden. O quizá se tratara de que el Tribunal se entienda incompetente para crear Derecho. Pero démonos cuenta de que, si se dictara otra Orden cuyo contenido la Sala no considerara óptimo, volvería a anularla, de acuerdo con esos postulados; y así sucesivamente hasta que se dictara una con el contenido más correcto posible, de acuerdo con el parecer de la Sala. Desde este punto de vista, por razones de economía procesal, podría pensarse que, si la Sala dispusiera de suficientes datos y conocimientos -y el razonamiento jurídico lo permitiera-, debería sustituir el contenido del Reglamento. Pero entonces, los jueces estarían creando Derecho<sup>47</sup>.

Sin embargo, podríamos plantear si puede existir un grado de control intermedio, que permita anular los preceptos del reglamento que atenten a los principios generales aun cuando la infracción a los mismos no sea tan extrema que desprovea de fundamento al precepto impugnado. Si este grado de control existe, vendría referido a aquellos reglamentos cuyo fundamento existiera pero fuera insuficiente. En último término, será el juez que determine los límites concretos de su control; pero, en cualquier caso, no podrá fiscalizar el carácter óptimo del precepto reglamentario.

Puede afirmarse que el que una decisión posea o no un

---

<sup>47</sup>De la Cruz, en "Sobre el control....", cit., p.105, afirma que "el juez debe respetar la discrecionalidad propia de esta potestad y no sancionarla más que cuando se compruebe su degeneración en ilegalidad o arbitrariedad. Este último caso quedará en evidencia si la disposición general no demuestra un equilibrio mínimo entre los intereses afectados. Pero, si el juez pretende exigir un equilibrio normal o máximo, deberá hacerlo con una extraordinaria prudencia, demostrando la vulneración de los derechos afectados para no sustituir la apreciación de oportunidad de la Administración por la suya propia, para lo cual no le legitima su función jurisdiccional". Parece subyacer aquí la tesis de Ehmke, según la cual debe tenerse en cuenta, como uno de los datos para medir la profundidad del control, el grado de afectación de los derechos e intereses en juego y la entidad sustantiva de los mismos. Esta tesis puede ser aceptable en los casos, como el de la potestad reglamentaria, en que es posible determinar la existencia de límites al control judicial basados en razones estructurales. Pero, en realidad, la afectación de derechos implica la exigencia de una fundamentación mayor.

fundamento racional es algo que no puede determinarse *a priori*, sino que exige un ponderado análisis de las circunstancias del supuesto. En todo caso, *la expresión control medio no tiene demasiado sentido, dado el amplio alcance que nuestra jurisprudencia confiere al principio de interdicción de la arbitrariedad. De esta manera, las diferencias entre el grado mínimo de control y el medio se difuminan*<sup>48</sup>.

El papel de ciertos principios en el control de la potestad reglamentaria no puede ser, por la propia naturaleza y forma de ser de ésta, de la misma intensidad que en la fiscalización de las resoluciones administrativas a través de los mismos. Pensemos en el principio de congruencia con los hechos determinantes. El reglamento, por su alcance general, tiene un carácter abstracto, aunque se dicte en relación con ciertas circunstancias de hecho; por eso, el grado de coherencia de su contenido con los hechos determinantes no puede ser tan fuerte como el que se puede exigir en una resolución administrativa, dictada precisamente para resolver una situación concreta y singular<sup>49</sup>. En el recurso indirecto, no

---

<sup>48</sup>En todo caso, ya hemos visto que la STC 130/91 propugna una interpretación estricta del principio de interdicción de la arbitrariedad. Pero deben tenerse en cuenta las características peculiares de ese supuesto.

<sup>49</sup>Véase no obstante García de Enterría, "La interdicción...", cit., p.138, quien resalta que la STS de 20-2-59 apela a una apreciación del supuesto de hecho sobre la base de la proporcionalidad.

Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.122, resalta que es difícil encontrar en la jurisprudencia supuestos de control de la potestad reglamentaria a través de la desviación de poder o el control de los hechos determinantes, <<aunque no es impensable en teoría>>. En todo caso, el control a través de los principios no se halla desconectado del de los hechos determinantes.

Realmente, es difícil apreciar la desproporción cuando se trata de una norma abstracta, con independencia de su aplicación. Pero la doctrina, en ocasiones, ha detectado alguno de estos supuestos. Por ejemplo, De Vicente Domingo, en *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., p.98, considera como un supuesto de desproporción el contenido en el art.238 del TRLS. Este precepto, como se sabe, prevé *ope legis* la extinción de la licencia para los casos en que la misma resulte incompatible con el nuevo planeamiento y la edificación todavía no se haya iniciado. El autor considera que "el Legislador ha impuesto una solución única -y la más gravosa, por cierto- a un tema que requiere una ponderación individualizada de las circunstancias que sólo puede hacerse en un expediente individualizado de

obstante, las posibilidades en este punto podrían ser mayores.

## 2. Especial referencia al principio de proporcionalidad

Es significativo el diferente juego del principio de proporcionalidad en los reglamentos y en las resoluciones administrativas<sup>50</sup>. Una interesante sentencia de 30-4-88 (A.3294) lo utilizó como medio de fiscalización del ejercicio de la potestad reglamentaria. Se trataba del art.25.1 a) del Estatuto general de la Abogacía, que establecía que el impago de las cuotas de la Mutua daría lugar a la pérdida de la condición de colegiado. El Tribunal Supremo, después de afirmar que el art.5 de la Ley de Colegios profesionales se remite a los Estatutos generales en punto a la regulación del régimen económico-financiero y fijación de cuotas y otras percepciones, afirmó:

"lo que se discute es la proporcionalidad del medio elegido para asegurar u obtener el pago de las cuotas mutuales no colegiales. A una determinada conducta -impago de las cuotas mutuales- el art.25.1, a) del EGA liga la consecuencia de impedir el ejercicio profesional de la Abogacía, es decir, para obtener un fin que es el cobro de aquellas cuotas, para impulsar a pagarlas se utiliza un medio que es el establecimiento por vía reglamentaria de un obstáculo que impide el ejercicio profesional. Tal medida resulta desproporcionada y excesiva en relación con la finalidad perseguida: el cobro de las cuotas mutuales puede obtenerse por otros cauces muchos menos onerosos por perjudiciales para el colegiado. Y, al propio tiempo, no puede olvidarse

---

revocación por cambio de criterios de apreciación". Lo más curioso es que la remisión del art.238 al 55 TRLS hacen este supuesto excesivamente gravoso... para el Erario público.

<sup>50</sup>De la Cruz, "Sobre el control...", cit., pp.100-101, afirma que "el control de la causa y del principio de proporcionalidad es perfectamente viable sobre la discrecionalidad de los reglamentos en la medida en que constituye el ejercicio de una potestad para la consecución de un fin. Resulta evidente que el Ordenamiento ha concedido esa potestad reglamentaria para que su ejercicio en cada caso concreto sea adecuado y congruente con el fin que se persiga. Sin embargo, es imprescindible observar que en ningún caso el principio de proporcionalidad habilita al juez para sustituir la apreciación política de la Administración por la suya propia, como ya expuso y justificó García de Enterría en un trabajo magistral y clarificador al respecto".

Asimismo, op.cit., p.102, nos recuerda que, en el Derecho norteamericano, la regla de la búsqueda de la alternativa menos gravosa para los intereses individuales constituye un "criterio obligatorio para los actos, pero sólo orientativo para los reglamentos".

que en la ámbito de una materia reservada a la ley, la desproporcionada medida indicada viene establecida por una vía reglamentaria, y sin base clara y terminante en la ley que contiene la remisión que hace viable el complemento reglamentario".

En todo caso, el TS no sustituyó el precepto anulado por otro de redacción distinta. Es significativa, sin embargo, la utilización en el control de la potestad reglamentaria de un principio que, como pocos, se desenvuelve en el ámbito de la adecuación de la decisión a los hechos determinantes. La sentencia viene a decir, de este modo, que el ligamen que establecía el EGA entre ese supuesto de hecho considerado en abstracto y la gravosa consecuencia jurídica era *per se* desproporcionado<sup>51</sup>.

De cualquier modo, creemos que el control de proporcionalidad deberá ser total cuando se trate de reglamentos sancionadores o de policía, en la medida en que los mismos pueden afectar negativamente a los derechos y libertades<sup>52</sup>. Se trata de un asunto interesante, ya que choca el carácter ordinamental que suele reconocerse al

---

<sup>51</sup>Por otra parte, creemos que se trataba de una sanción encubierta. La pérdida de la condición de colegiado no hace que, milagrosamente, el Colegio recupere las cuotas no cobradas.

<sup>52</sup>Ha resaltado de la Cruz, en "Sobre el control...", cit., p.101, que "en Francia, el Consejo de Estado aplica con frecuencia el principio de proporcionalidad en el control de los reglamentos, aunque por norma de sus métodos jurisprudenciales sin invocarlo expresamente. Pero esa aplicación resulta evidente en cuanto a los reglamentos de policía, que, a veces, son anulados por considerar a sus medidas excesivas, lo cual refleja una desproporción de medios a fines". El autor cita, en este sentido, los *arrêts Bouvet de la Maisonneuve* de 4-6-75, y *Millet*, de 17-12-75, referentes a la obligación de llevar obligatoriamente el casco en las motos y el cinturón de seguridad en los coches. El Consejo de Estado aplicó en ambos la técnica del balance, pero acabó considerando que el interés de la seguridad debía prevalecer sobre la libertad en estos casos, al no ser excesiva la carga impuesta. De este modo, la fiscalización va más allá del rechazo de las decisiones carentes de fundamento: ¿porque el reglamento no entraba en el ámbito de la política? ¿por la afectación de derechos fundamentales?

Cuando se trata de leyes, el TC ha afirmado (sentencia 65/86 de 22-5) que no existe un derecho a la proporcionalidad abstracta en las condenas penales, por lo que en principio corresponde al Legislador fijar la relación de proporcionalidad. Así, entendió que no lo infringía la notoria diferencia entre las penas por apropiación indebida y por malversación de fondos. Creemos que, en esta materia, el Legislador tendrá una cierta libertad, pero en todo caso el TC podrá anular preceptos penales que establezcan condenas desorbitadas.

reglamento con la posición preferente de los derechos fundamentales y libertades públicas y con las características especiales del Derecho Administrativo sancionador<sup>53</sup>.

En la actualidad el art.127 LPC ha venido en gran parte a eliminar el problema, dado el restrictivo ámbito que reconoce al reglamento en esta materia. No obstante, el mismo no se aplica a la materia disciplinaria, ni por supuesto con carácter retroactivo a reglamentos anteriores. Y, aunque el principio de legalidad en materia sancionadora tiene rango constitucional y no legal, desgraciadamente el TC ha hecho en ocasiones una aplicación excesivamente restrictiva del mismo<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup>La STS de 2-11-81(A.4720) afirma que la potestad reglamentaria de la Administración no lleva consigo la potestad originaria de castigar, "de tal manera que si la Administración, dejando incompleto el desarrollo reglamentario que le incumbe, mantiene lagunas o vicios en cuanto a regulación de la proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, no puede ello implicar regresión a unas facultades discrecionales que no existen, por no existir en ella potestad originaria de imponer penas al ciudadano, sino que en la ley creadora de tipos sancionables por la Administración -independientemente de su constitucionalidad o anticonstitucionalidad sobrevenida- deben entenderse implícitos los mencionados principios generales de todo el Derecho sancionador, y entre ellos el de la proporcionalidad...".

Pero además añade que "no es razonable entender que la Administración pueda autoconferirse facultades discrecionales en materia sancionadora que impliquen para el administrado infractor un trato más perjudicial que el asignado por las leyes penales al delincuente...".

En todo caso, de la sentencia no se desprende que un reglamento sancionador deba establecer una proporcionalidad perfecta de las sanciones que concreta a las infracciones que delimita.

Conviene asimismo hacer referencia a la STS de 20-2-59. Una Orden Ministerial había impuesto a los profesores y catedráticos de Enseñanzas Medias la obligación de cubrir un determinado cupo de docencia; de modo que, si para ello era insuficiente la dedicación a su concreta asignatura, deberían completar el tiempo que les faltara impartiendo clases de otras afines. Si no lo hacían, perderían el derecho a percibir los denominados derechos obvencionales, que, en aquel momento, tenían un considerable importancia cuantitativa en relación con la totalidad de percepciones de estos profesores.

Pues bien, el TS anuló la Orden en cuestión con base, en primer lugar, en que tenía una naturaleza sancionadora. Se trataba de una sanción que, además de carecer de base legal, resultaba contraria a la naturaleza del cargo -alusión pues a la *normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*, a que se refiere la Exposición de Motivos de la LJCA-. Pero, además, el TS consideró que cabía la posibilidad de que se subviniera a esa necesidad docente por otros medios <<más adecuados>>- como ha resaltado De la Cruz, en "Sobre el control...", cit., p.103; también García de Enterría, en "La interdicción de la arbitrariedad...", cit., p.198, hace hincapié en que esa frase es "de una extraordinaria importancia, en el orden de los principios, por cuanto que supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios a fines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria"-.

<sup>54</sup>Paradigmáticamente, vid. STC 3/88 de 21-1.

#### IV. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LA INACTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El tema ha sido profundamente estudiado por Embid Irujo<sup>55</sup>. Este autor<sup>56</sup> considera que el ejercicio de la potestad reglamentaria entra dentro de la actividad de gobierno, por cuya razón los jueces no pueden condenar a dictar un reglamento, ni mucho menos imaginar su contenido. Esta afirmación debe ser matizada, ya que ni la sujeción a la ley es la misma en todos los casos, ni puede en modo alguno descartarse que el papel de los principios generales del Derecho no obligue, en algún supuesto, al ejercicio de esa potestad

---

<sup>55</sup>Embíd Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno: de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos", en *Homenaje a García de Enterría*, vol. III, cit., pp. 2737 ss.

<sup>56</sup>En "La actividad de gobierno...", cit., p. 280. Por su parte, Nieto, en "La inactividad de la Administración: veinticinco años después", cit., p. 54, afirma que "el reglamento dictado por los Tribunales es teóricamente tan válido y realmente tan factible como el de la Administración, aunque desde luego una actividad judicial anómala, hasta tal punto que no mediando razón suficiente que lo justifique puede calificarse de exceso". Realmente, sería absolutamente excepcional que los Tribunales pudieran hacer esto.

Montoro Chiner, op. cit., p. 265, afirma por su parte, en relación con el Derecho alemán, que la acción por inactividad no facilita un pronunciamiento concreto sobre el contenido de la actuación, sobre todo cuando existe discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados o fijación de prospectivas. Esta autora, op. cit., p. 302, afirma que, para el Tribunal Constitucional federal, existe una obligación administrativa de mejorar los reglamentos, o de dictarlos, si afectasen a derechos fundamentales.

Debemos hacer hincapié en la incidencia que sobre este tema ha tenido la Ley 30/92 -concretamente su art. 43-. Este precepto, como se recordará, establece que el silencio se entenderá negativo cuando se trate del ejercicio del derecho de petición. Y el art. 7 de la Ley 92/60 establece que uno de los supuestos de ejercicio de este derecho es el de la solicitud de emisión de nuevos reglamentos. Parece que el nuevo precepto recoge la línea jurisprudencial que, desde aproximadamente 1987, viene entendiendo que las peticiones <<graciables>> se pueden fiscalizar por los Tribunales.

Un tema en cierto modo conexo, pero aún más arduo, es el de la fiscalización de la inactividad legislativa. Vid. González-Varas Ibáñez, S., "El control de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español (Informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)", en *RAP*, nº 135, 1994, pp. 303 ss., con referencia a la inactividad del Legislador comunitario y las posibilidades que en este punto ofrece el recurso por inactividad.

reglamentaria<sup>57</sup>. En todo caso, debe tenerse presente la ordinamentalidad predicada de aquélla, y sus consecuencias en orden a su control judicial.

Las posibilidades de fiscalización de la inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria serán menores, normalmente, a medida en que se atenúe la sujeción de aquéllos a la ley<sup>58</sup>.

Embid<sup>59</sup> cita la STS de 6-11-84(A.5758), que consideró que la

---

<sup>57</sup>Nieto, op.cit., p.55, señala que en muchos casos la ausencia de reglamento supondrá dejar la ley en letra muerta.

En el sentido del texto puede verse Calvo Charro, M<sup>a</sup>, "Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa", cit., pp.240 ss., para quien las posibilidades de fiscalización serán mayores o menores según lo que la ley diga a propósito del momento de ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, op.cit., pp.254 ss., afirma que ese ejercicio constituirá un acto debido cuando exista un mandato de desarrollo, si bien cabrá a su juicio la existencia de discrecionalidad en cuanto al momento si la ley no señala plazo; discrecionalidad que no obstante estará limitada por lo que demanden los intereses en presencia.

<sup>58</sup>Embid, "La actividad...", cit., p.280, se refiere a las ordenanzas locales por las que se establecen impuestos no obligatorios. Sería difícil que un Tribunal pudiera obligar a un Ayuntamiento a establecer uno de esos impuestos. Sin embargo, creemos que el control no debe rechazarse a priori, ya que su resultado puede ser, en algún caso, positivo: pensemos en un Ayuntamiento con una crónica carencia de recursos, cuya solución pudiera, eventualmente, consistir en el establecimiento de aquéllos, y que las desventajas fueran muy escasas. En algún supuesto límite, podría entenderse que la falta de establecimiento de los mismos incurre en arbitrariedad. El problema es el de los límites de la misma.

<sup>59</sup>Embid Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)" -citamos por DA, n<sup>o</sup>220, 1989, pp.19 ss.-. El autor, op.cit., pp.44-45, señala que esta sentencia choca con la tesis de Nieto sobre la inactividad material. Pero añade que lo más notable de ella es su alusión a la división de poderes, al incardinar la desestimación presunta en la gestión política. Para el primero, op.cit., pp.62-63, cuando la ley fije el plazo y contenido concreto para su desarrollo reglamentario, el control judicial será posible, sobre todo cuando sin ese reglamento la ley no fuera aplicable. Sin embargo, a su juicio, cuando no sea así, habrá que entender que la ley deja un ámbito propio al Gobierno, insusceptible del control, a la hora de elaborar y aprobar el reglamento.

Si bien hemos visto que la CE no recoge explícitamente la división de poderes, la función de dirección de la política se reserva a los Gobiernos. La invocación de esta clase de razones estructurales es plausible en la medida en que se entienda que se trata de un acto de gestión política. Pero, ¿realmente lo era?

Calvo Charro, op.cit., pp.243 ss., cita una sentencia de 23-2-93, que mantuvo una doctrina similar, al entender que el no ejercicio de la potestad reglamentaria en el caso previsto en la Disposición Adicional 1<sup>a</sup> de la LOPJ era un acto de gobierno, pese a que aquélla establecía un plazo de un año. La autora pone de relieve que las alternativas a la fiscalización judicial son poco satisfactorias; y añade, op.cit., p.246, que el ejercicio de la potestad reglamentaria a la hora de dictar reglamentos ejecutivos es un acto administrativo. En todo caso, creemos, pese a lo que la autora afirma, op.cit., p.248, que en los llamados actos de gobierno pueden existir ciertos elementos reglados.

Por otra parte, entiende, op.cit., pp.252 ss., que el ejercicio o no de la potestad reglamentaria tendrá carácter graciable cuando la ley deje total libertad



falta de desarrollo reglamentario de una ley por el Gobierno, pese a existir un mandato legal expreso, era un acto político infiscalizable en vía jurisdiccional. La sentencia se refería a la actualización de las rentas de los arrendamientos urbanos, que, de acuerdo con el art.100 de la LAU de 1964, debía efectuar el Gobierno cada dos años, de acuerdo con el IPC y las variaciones de los sueldos y salarios. Parece que dicha actualización se consideró infiscalizable, no tanto por tratarse de un acto reglamentario, como por ser un acto <<político>><sup>60</sup>. Se llegó así a la conclusión de que el art.100 citado confería un ámbito de discrecionalidad política al Gobierno<sup>61</sup>.

---

al Gobierno acerca de su desarrollo.

<sup>60</sup>La sentencia resalta así que es el Consejo de Ministros el destinatario de la norma, y no los ciudadanos. Se relaciona de este modo la intensidad del control judicial de su aplicación con la identidad de su destinatario. Pero la existencia de una norma dirigida a los poderes públicos no impide que exista un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos a exigir una completa actuación de aquéllos. Todo dependerá del alcance político del reglamento que deba dictarse, lo que a su vez se relaciona con el sentido de la norma y con los derechos e intereses en juego y la intensidad de su afectación por la actuación o inactividad.

<sup>61</sup>"CONSIDERANDO: Que la explicación de este estado de cosas la da el hecho de la complejidad de la materia regulada en esta normativa, y el ingente entramado de intereses implicados, con unas consecuencias socioeconómicas incalculables, cuestiones inevitablemente inmersas en la política de los Gobiernos, portavoces de la voluntad preponderante en cada momento histórico, como encargados de regir este tipo de situaciones, con las medidas concretas adecuadas, como ocurre con la empleada en el precepto legal tantas veces referido".

Entiende además que el acto en cuestión tenía carácter político, al estar atribuido al Gobierno. Pero esto no basta; así, se refiere a la complejidad de la materia y a la gran cantidad de intereses implicados como causas justificativas de la calificación de ese acto como <<político>>.

Desde nuestro punto de vista, es complicado catalogar como de gestión política este supuesto; a fin de cuentas, lo que estaba en juego es el contenido de la propiedad. Pero, en todo caso, aun admitiendo que se tratara de un acto de gestión política, ello no debería haber llevado como resultado la inmunidad jurisdiccional, sino sólo una limitación en el alcance del control. Esta limitación se habría traducido, en este caso, en la posibilidad de que se condenara al Gobierno a efectuar tal actualización -de haberse entendido como arbitraria su falta-, pero sin que el Tribunal Supremo pudiera fijarla por sí mismo, al menos como regla general. La variación del IPC es algo que se conoce, y la actualización de rentas con arreglo a la misma resulta así una operación matemática que los Tribunales habrían podido en todo caso llevar a efecto sin problemas. La única complicación es que también debía tenerse en cuenta la variación de los salarios, de acuerdo con el precepto citado. Además, las modalidades de aplicación de la nueva norma en el tiempo sí debían ser fijadas, de acuerdo con el planteamiento de la sentencia, por el Gobierno, ya que ahí es donde, básicamente, entrarían en juego los intereses de los arrendatarios.

En todo caso, condenar al Gobierno a que actualice las rentas no constituye una verdadera sustitución de la discrecionalidad política por la judicial. Esta, en

En todo caso, la sentencia no afirma en ningún momento que las limitaciones al control judicial se deban a que estemos ante un supuesto de inactividad en la potestad reglamentaria, sino al carácter <<político>> de acto. Lo que ocurre es que muchos casos de inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria responden a características parecidas y, por tanto, podrán eventualmente calificarse de actos incardinados en el ejercicio de la dirección de la política<sup>62</sup>.

---

su caso, se habría dado si el Tribunal, por sí mismo, hubiera determinado la cuantía de la actualización de rentas, su aplicación inmediata o paulatina, etc., a menos que aquella en el caso concreto hubiera quedado reducida a cero por el juego de los principios generales del Derecho.

En este sentido, si se entiende que dicha actualización constituye realmente un <<acto político>>, el Tribunal, en su caso, debería haber condenado o rechazado la pretensión; nunca, desde luego, haber inadmitido el recurso. Pero la Sala se limitó a desestimarlos, aunque lo hizo precisamente por estar ante un acto de esa índole, a su juicio. El <<acto político>> no es pues, para el Tribunal Supremo, causa de la inadmisión, sino de la desestimación de las pretensiones. Pero creemos que no es su consecuencia necesaria, sino sólo la probable. La incardinación de un acto en la dirección de la política pone límites a la fiscalización; en concreto, el <<acto político>>, cuando no existan otras vías de control jurídico, podrá ser anulado por los Tribunales ordinarios cuando concurra en el mismo arbitrariedad, desproporción, infracción de la igualdad, ilegalidad o inconstitucionalidad de otro tipo.

Curiosamente, la sentencia parece decir que la falta de actualización de rentas implica una lesión del contenido constitucional de la propiedad. Sin embargo, se niega a anular el acto por entenderse el Tribunal incompetente para emitir <<juicios de valor sobre esa pasividad gubernamental>>. Esto es criticable: los Tribunales pueden y deben emitir tales juicios y anular los actos de gestión política que no sean jurídicamente fiscalizables por otras vías cuando infrinjan el Ordenamiento jurídico.

Díaz de Lema, J.M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, IEF-ICO, Madrid, 1985, pp.415 ss., afirma que no es correcto que los jueces fiscalicen los objetivos económicos fijados por un plan en la medida en que el mismo tenga un efecto conformador de cara al futuro, dada la separación de poderes, por cuanto esa fiscalización puede suponer de modo implícito establecer un juicio sobre cuál es el objetivo a perseguir, lo que para el autor no es correcto en la medida en que equivaldría a obligar a la Administración a dictar una disposición administrativa.

<sup>62</sup>Además de la STS de 6-11-84, podemos citar la más reciente de 26-2-93 (A.1431), que afirma que la condena al ejercicio de la potestad reglamentaria con un determinado contenido y efecto temporal va más allá de los poderes del orden judicial contencioso-administrativo, ya que la puesta en marcha de aquella constituye un acto incardinado en la dirección de la política. Esta sentencia no basa su doctrina en la regulación contenida en la ley 92/60, sino más bien en el carácter de acto de gestión política que poseía el pretendido por los recurrentes. Pero que el acto sea de gestión política no debe llevar sin más a su exención judicial, sino en todo caso a entender las facultades de control limitadas, aunque como veremos el TC no lo ha entendido así.

También podemos citar aquí la de 16-12-93 (A.9641), que desestimó el recurso presentado para solicitar que se condenara a la revisión de unas normas subsidiarias con base en que el orden judicial contencioso-administrativo no puede "inmiscuirse en la actividad planificadora de la Administración y en el *ius variandi* de la misma, que siempre ha de venir demandado por necesidades

Sin embargo, puede hacerse referencia a la jurisprudencia citada por Muñoz Machado<sup>63</sup>, quien recoge la STS de 9-11-65<sup>64</sup>, donde se reconoció la obligación de la Administración de dictar un reglamento en sustitución de otro anulado.

---

*urbanísticas que debe apreciar en cada momento dicha Administración".*

Debe recordarse que el art.46 en relación con el 12.1 e) del TRLS de 1976 establecían las variables a tener en cuenta para la revisión del planeamiento, y se remitían al propio Plan para su determinación concreta. *Mutatis mutandis*, se trata de un caso parecido al de la STS de 6-11-84, aunque aquí la cuestión es si cabe más compleja.

<sup>63</sup>Muñoz Machado, S., "Nuevos planteamientos en la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", en REDA, nº26, 1980, pp.506-507.

También se refiere a la de 6-3-78, que condena a la Administración a fijar para los profesores de religión retribuciones análogas a las de los profesores interinos y contratados, ante la falta de acuerdo entre la Administración y la jerarquía eclesiástica; esta sentencia es interesante porque da orientaciones sobre el contenido que debe tener el reglamento que se condena a dictar.

<sup>64</sup>Esta sentencia ha sido comentada por Baena del Alcázar, M., "Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español", I, en DA, nº 177, 1978, pp.57 ss. El autor pone de relieve que la misma entendió que no se trataba de un acto político porque el reglamento debía desarrollar un derecho contenido en la ley; de modo que de acuerdo con ella no todo supuesto de inactividad reglamentaria sería una actuación política infiscalizable. Para este autor, la inactividad reglamentaria difícilmente podía entenderse una actuación política, ya que muchas veces la misma proviene de un Ministro.

De la Cuétara, op.cit., pp.227 ss., por su parte, cita la STS de 22-1-82, que entendió que, al no haberse dictado la Orden Ministerial reguladora de la campaña de soja, había que entender prorrogados los efectos de la anterior. Es decir, la sentencia, en cierto modo, controla la inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria; incluso va más allá de la mera condena a la Administración a dictar un reglamento nuevo.

## CAPÍTULO II. LA POTESTAD DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA<sup>1</sup>

Si bien los planes urbanísticos son reglamentos, resulta conveniente estudiar su fiscalización jurisdiccional en un apartado específico, ya que resulta relativamente frecuente que la jurisprudencia sustituya la calificación urbanística impugnada por otra. Es decir, en algunos casos nuestras Salas, si bien reconocen la discrecionalidad del planificador, consideran que la misma queda reducida a cero en ciertos aspectos concretos. Esto no es normal que suceda con los reglamentos<sup>2</sup>.

El ejercicio de la *potestas variandi*, según la STS de 25-4-83 (A.2275) se halla sujeto a un control judicial limitado<sup>3</sup>. Téngase en

---

<sup>1</sup>En este punto, es obligada la consulta de las obras de Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., en su totalidad, y De Vicente Domingo, R., *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., pp.75 ss. y esp. pp.103 ss.

<sup>2</sup>Creemos conveniente hacer alusión, brevemente, a las relaciones entre la *potestas variandi* y la discrecionalidad del planificador. En efecto, el primero se justifica en el carácter reglamentario del plan, que tiene vocación de futuro e implica el ejercicio de una potestad de configuración jurídica, de acuerdo con la doctrina mayoritaria. Quien crea Derecho puede también modificarlo. Véase De Vicente Domingo, en *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., p.20.

<sup>3</sup>La sentencia afirmó que la revisión de un Plan implica la adopción de nuevos criterios, bien por la elección de un nuevo modelo territorial, bien por razones o circunstancias sobrevenidas, o bien por agotamiento de su capacidad; por lo que la Administración puede variar el trazado viario siempre que ello no resulte manifiestamente desproporcionado ni ilegal.

La STS de 4-5-82 afirma que la vigencia indefinida de los Planes no es sinónimo de petrificación del planeamiento, ya que éste se puede revisar cuando existan nuevos criterios o necesidades que obedezcan a los fines del art.3 TRLS. De este modo, parece que el Tribunal Supremo considera que la revisión o modificación se puede fundamentar tanto en las necesidades reales como en las meras conveniencias que la Administración puede valorar discrecionalmente. En todo caso, para Marotta, op.cit., p.55, la Administración no puede modificar su precedente decisión planificadora con base simplemente en una nueva apreciación del interés público. El autor, op.cit., p.58, considera que entender lo contrario, como a su juicio hace a veces la jurisprudencia italiana, da pie a una discrecionalidad casi absoluta, ya que ese cambio de apreciación se expresará normalmente a través de motivaciones apodícticas y, por tanto, incontrolables.

La STS de 29-10-82 (A.6454) afirma que la revisión del planeamiento puede deberse tanto a nuevas necesidades como a la adopción de nuevos criterios de ordenación del territorio.

La STS de 12-2-85 exige que se haya agotado el plazo de vigencia del plan, se den las circunstancias que para su revisión señale el mismo o existan otras causas

cuenta que, en ese caso, se trataba de la revisión de plan, lo que implica la adopción de un nuevo criterio primario, político, de la ordenación urbanística del territorio; no obstante, la impugnación afectaba únicamente a un nuevo vial<sup>4</sup>.

En todo caso, afirma con acierto De Vicente Domingo<sup>5</sup>, el ejercicio de esa *potestas variandi* deberá en todo caso estar objetivamente justificado en circunstancias reales que lo impongan

---

que lo justifiquen, incluida la afectación de aquél por un Plan Director territorial de coordinación. Sin embargo, Toledo, op.cit., p.133, quien recoge esta sentencia, afirma que "en el resto de las sentencias, el TS acepta la revisión anticipada (por lo demás, especialmente prevista en el art.87.2 de la LS), si bien reserva al Tribunal contencioso-administrativo la facultad de controlar esa decisión".

Desde nuestro punto de vista, no existe una diferencia esencial entre ambas líneas jurisprudenciales: en realidad, tanto una como otra permiten la revisión anticipada, siempre que exista una fundamentación objetiva para la misma. Creemos que esta doctrina es acertada.

<sup>4</sup>En todo caso, De Vicente, op.cit., pp.82-83, nota (14), señala que la potestad de revisión no puede desconocer sin más la realidad preexistente. El autor llega así a la conclusión de que revisar un plan no es una potestad de contenido tan libre como la de redactarlo por primera vez, opinión con la que estamos de acuerdo. En el mismo sentido, Marotta, op.cit., p.54.

La STS de 4-4-88(A.2607) pone de relieve que la exigencia de justificación es más fuerte cuando se cambia de criterio a lo largo de la elaboración del plan. En la aprobación inicial, se había destinado el solar del recurrente a vivienda; pero en la provisional se adscribió a equipamiento sanitario, que en la primera fase se ubicaba en otro solar cuatro veces mayor. Puede que, en efecto, la ubicación del equipamiento sanitario en el solar pequeño, aisladamente considerada, pudiera no entenderse caprichosa; sin embargo, lo que resulta carente de fundamento es el cambio en la ubicación de dicho equipamiento. Dicho con otras palabras, probablemente el TS no hubiera anulado la calificación si en la aprobación inicial hubiera aparecido el equipamiento sanitario ubicado en el solar pequeño.

Sin embargo, desde el momento en que el planificador, en la aprobación inicial, opta por una solución diferente y que aparece -de modo ostensible, además- como más adecuada que la ulterior, debe fundamentar de modo claro y contundente su nueva postura. Dicho de otro modo, la falta de fundamento deviene más ostensible cuando es producto de un cambio de criterio del sujeto que actúa de modo arbitrario. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, cit., p.73, al comentar esta sentencia, señala que estamos ante una aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>5</sup>Las alteraciones del planeamiento urbanístico, cit., pp.135-136, donde no obstante añade que la normativa autonómica contribuye a incrementar la discrecionalidad de la Administración urbanística.

La Exposición de motivos de la ley de 2-5-75 exigía <<razones de interés público>> para que estuviera legitimada la modificación de los planes. Vid. también De Vicente, op.cit., p.139.

Puede verse, entre otras muchas, la STS de 27-3-91(A.2225), que en relación con la revisión de un plan general afirma entre otras cosas que la supresión de las calles, que se denunciaba, obedecía a la necesidad de racionalizar el anárquico trazado viario de la zona y a que no eran necesarias. Es decir, pese a que alude a la discrecionalidad, a la *potestas variandi* y a que la carga de la prueba de la desproporción o irracionalidad corresponde al recurrente, busca la justificación de la determinación impugnada.

o hagan conveniente. Esto no es sino una consecuencia directa del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sin embargo, no es infrecuente en nuestra jurisprudencia encontrar abstractas invocaciones a la *potestas variandi* para justificar una alteración del planeamiento sin atender a los factores que la fundamentan, lo que resulta criticable<sup>6</sup>.

### I. FUNDAMENTO DE LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANIFICADOR

Aun cuando la planificación puede abarcar muy diversos sectores, nos centraremos en la urbanística, por varias razones. En primer lugar, porque es donde la jurisprudencia es más abundante. En segundo lugar, porque en ningún otro sector, creemos, la planificación se manifiesta en tal medida como la necesidad de conjugación de muy diversos intereses de la más variada índole<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>La STS de 30-5-88(A.3976) afirmó que frente a la *potestas variandi* no pueden prevalecer la seguridad jurídica o los derechos adquiridos, dada la naturaleza estatutaria de la propiedad del suelo. Si bien esta sentencia parece decir que el ejercicio de la *potestas variandi* debe en todo caso justificarse en razones de interés público, las afirmaciones que hace acerca de la nula importancia en este punto de la seguridad jurídica y los derechos adquiridos parecen excesivas.

Para Marotta, L., *Pianificazione urbanistica...*, cit., p.18, el ejercicio de la potestad de planificación supone la ponderación de intereses privados y públicos en conflicto, y sobre esa base normalmente estos últimos deben prevalecer, pero el sacrificio del interés privado debe estar suficientemente justificado sobre la base de esa ponderación. El autor, op.cit., p.105, añade que, para la jurisprudencia italiana, los intereses privados que se hallen amparados en un convenio urbanístico gozan de una particular resistencia, de modo que la Administración deberá probar la absoluta necesidad de su sacrificio y la imposibilidad de satisfacer de otro modo los intereses públicos de que se trate. En todo caso, op.cit., pp.112 ss., insiste en la necesidad de que exista un nuevo interés público que deba satisfacerse para posibilitar la alteración del previo plan.

<sup>7</sup>En este sentido, vid. la STS de 16-6-93(A.4884).

Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.123, con referencia a la planificación en general, afirma que en este ámbito la discrecionalidad es precisa, pues es necesario conjugar diferentes necesidades futuras mediante una técnica de dirección normativa por objetivos, dada la variabilidad de las circunstancias.

Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad...*, cit., p.20, afirma que "el amplísimo campo de las soluciones <<posibles>>, los variadísimos criterios, tan destacadamente extrajurídicos, que sirven de base para la decisión y la trascendental relevancia del contenido del plan para el interés público y para los derechos de los ciudadanos determinan que la del planeamiento sea una discrecionalidad espléndida, sí, pero con graves riesgos".

Estamos aquí, como ha dicho expresivamente Suay Rincón<sup>8</sup>, ante un <<tema testigo>> en materia de discrecionalidad administrativa, más incluso, a su juicio, que la selección de funcionarios o contratistas. Para el autor citado, la razón radica quizá en las casi infinitas opciones que existen para la ordenación de un concreto territorio.

Podemos preguntarnos si éste es el único, o el real fundamento de la discrecionalidad de la planificación urbanística. Sin duda, es un factor importante a tener en cuenta, pero, si fuera el determinante, la discrecionalidad del planificador se habría

---

<sup>8</sup>Suay Rincón, J., "El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos", cit., pp. 249-250.

Por su parte, Fernández Rodríguez, en "Juzgar a la Administración también contribuye a administrar mejor", cit., p. 526, afirma que la potestad de planeamiento urbanístico constituye <<la más discrecional de todas las potestades administrativas>>. Y Delgado Barrio, en "Reflexiones sobre el art. 106.1 CE...", cit., p. 2324, afirma que la discrecionalidad es en este ámbito de gran intensidad, dada la distancia que separa la regulación abstracta del plan concreto. Vid. asimismo Brohm, op. cit., p. 117; Barnés, op. cit., pp. 182-83.

La STS de 11-7-86 (A. 5060) afirma que "en último término, y en relación con las alegaciones que en su día hizo el Abogado del Estado, habrá que recordar la profunda discrecionalidad de los planes, que aunque vinculada desde luego al interés público y sometida a limitaciones -estándares urbanísticos y criterios materiales de ordenación contenidos en la ley-, hace difícil el éxito de los recursos contra la aprobación definitiva; es decir, datos que alegados en el trámite de información pública podrían dar lugar a modificaciones en el plan, pueden resultar inoperantes en la vía de recurso".

Hoffmann-Riem, en "La reforma del Derecho administrativo", cit., p. 33, afirma que el control judicial de la potestad de planificación se concreta a lo siguiente: "falta de ponderación (¿ha tenido lugar la ponderación?), el déficit de ponderación (¿se ha contemplado en la ponderación lo que se debía contemplar?) y la desproporcionalidad de la ponderación (¿se ha apreciado el significado de los asuntos públicos y privados concernidos y se los ha sopesado entre sí de manera adecuada?)": Se entiende, en todo caso, que este control de proporcionalidad sólo serviría para rechazar los errores graves, pero no para controlar si la ponderación ha sido la óptima.

Toledo Jáudenes, op. cit., pp. 149 ss., analiza el control de la potestad de planeamiento urbanístico en Alemania; y llega a la conclusión de que los Tribunales fiscalizan tanto si el plan cumple los objetivos marcados por la norma, como si respeta los principios contenidos en la misma, como si la ponderación de intereses que el plan efectúa ha sido o no correcta, tanto en el procedimiento como en el resultado -y cita en este sentido una sentencia de 12-12-68-. El autor considera que los afectados tienen un derecho subjetivo a que la ponderación sea correcta en sus resultados. Vid. asimismo De Vicente, op. cit., pp. 153-54, quien considera que estamos ante manifestaciones de la proporcionalidad. Toledo, op. cit., p. 150, señala que "en Alemania, la Administración conserva un gran margen de libre apreciación, pero, como ha señalado algún comentarista de la sentencia de 5-7-74, el resultado de la ponderación de los intereses en juego viene determinado automáticamente por el peso respectivo reconocido a cada interés en presencia; de aquí que la libertad de planificar de la Administración aparezca -se concluye con evidente exageración- vacía de toda sustancia".

convertido en un mero margen cognoscitivo de apreciación en el establecimiento de las determinaciones urbanísticas de los planes<sup>9</sup>. En efecto, ya hemos visto que la necesidad de valorar los hechos es condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de límites estructurales al control judicial<sup>10</sup>. La discrecionalidad de la potestad de planeamiento no puede radicar, sin más, en la complejidad de la valoración de intereses que la Administración hace.

Pero como es bien sabido, la jurisprudencia, de modo prácticamente unánime, afirma que los planes de urbanismo son reglamentos<sup>11</sup>. Desde este punto de vista, se puede considerar lógico que existan elementos discrecionales de los planes propiamente dichos<sup>12</sup>, ya que cabe hablar en estos casos de límites estructurales

---

<sup>9</sup>Esa discrecionalidad, por otra parte, hace que sea capital el procedimiento de elaboración de los planes y su predicada legitimidad democrática, con base en la participación en el mismo. Pero, obviamente, esto no justifica su discrecionalidad: sólo resulta necesario, presuponiendo la existencia de aquélla.

<sup>10</sup>En todo caso, la jurisprudencia conecta claramente esa necesidad de valorar los hechos con la discrecionalidad de planificador, al entender que corresponde a éste la determinación concreta del interés público urbanístico. Así, la STS de 31-7-90(A.6831) afirma que "la apreciación de lo que es de interés público queda dibujado en un plan... El plan, pues, determina lo que en cada supuesto es de interés público para el urbanismo"-en el mismo sentido, STS de 29-11-89(A.8371)-.

Para Barnés Vázquez, op.cit., pp.182-83, la revisión judicial estará limitada desde el momento en que el planificador posee una profunda discrecionalidad, fundamentada en que el mismo debe realizar complejas ponderaciones.

<sup>11</sup>De Vicente Domingo, en *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., pp.23 ss., se refiere a la derogación de los planes como un supuesto de derogación de normas. Vid. asimismo De Vicente, op.cit., pp.125-26; Toledo, op. cit., p.131.

Entre otras muchas, la de 25-4-86(A.2967), señala que el plan es un reglamento; por tanto, es susceptible de impugnación indirecta. La STS de 11-7-86(A.5060) afirma que los planes y los reglamentos se integran en el Ordenamiento, al no agotarse en su aplicación.

<sup>12</sup>La STS de 7-12-89(A.9115) afirma, en relación con un plan urbanístico, que la Sala no se puede convertir en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración.

La STS de 24-11-81(A.5299) resalta la relación entre el carácter reglamentario del plan y la discrecionalidad que le es inherente. Así, afirmó: "Que el poder innovativo del Legislador, y en menor escala de la Administración, en su función reglamentaria y planificadora, tiene un alcance y una trascendencia más notable que el que puede imaginarse dentro del ámbito de las simples facultades discrecionales puestas en manos de los administradores, en el sentido de que la innovación constituye un poder inherente a la naturaleza de la función reglamentaria y planificadora, como un reflejo, en tono menor, del poder legiferante,



al control judicial<sup>13</sup>. Por otra parte, todo ello es totalmente congruente con las complejas valoraciones de multitud de intereses contrapuestos que debe efectuar el autor de un plan, lo que hace, en una primera aproximación, que sea difícil rechazar una determinación del mismo.

La STSJ de Cataluña de 7-7-88 afirma que la *potestas variandi* se justifica en la necesidad de que el planificador seleccione objetivos y los medios para conseguirlos<sup>14</sup>.

De las sentencia parece desprenderse que la discrecionalidad del plan se basa en la gran cantidad de intereses implicados y la gran variedad de objetivos posibles a perseguir. Esto es importante, por la razón siguiente: el hecho de que una determinada potestad sea reglamentaria, y, por tanto teñida de discrecionalidad, no significa que esa discrecionalidad se extienda a todos los aspectos de la misma. Los reglamentos, según la doctrina mayoritaria, crean Derecho; sin embargo, esto no implica que la discrecionalidad pueda extenderse a todos los aspectos de la potestad de planeamiento. No es lógico que exista cuando no se trate de valorar los hechos sino, simplemente, de apreciarlos. La ordinalidad predicada de los reglamentos y la función de valoración de los

---

porque el poder legislativo, y sus derivados, no es concebible si no se disponen de posibilidades de cambio, como único medio para hacer posible los *desideratum* de nuevos ideales, de nuevas concepciones, de nuevas políticas, y de nuevas experiencias, o simplemente, de nuevas necesidades". Vid. asimismo la STS de 27-2-85 (A.1238).

<sup>13</sup>Ha resaltado Bullinger, op.cit., p.903, que "a menudo, se consideraban la discrecionalidad normal y la discrecionalidad de planificación fenómenos cualitativamente diferentes". Y añade que "de todas maneras, hasta 1965 aproximadamente, la planificación continuó siendo un cuerpo extraño en la comprensión, desde el punto de vista del Estado de Derecho, de la Administración Pública como órgano de ejecución de la ley". Sin embargo, en la misma página, en nota, afirma que, para Weyrenther, existen bastantes similitudes jurídicas entre la discrecionalidad ordinaria y la de planificación.

<sup>14</sup>Lo mismo afirma la del TS de 8-7-82.

hechos van así muy unidas<sup>15</sup>. La discrecionalidad se confiere al planificador para que valore los hechos, como resalta Bullinger<sup>16</sup>.

<sup>15</sup>No es de extrañar que la doctrina alemana diga que la potestad de planificación tiene carácter configurador: configura porque valora e innova; pero, además, como valora con vocación de futuro y permanencia, es, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, ordinamental, lo que posibilita la existencia de límites estructurales al control judicial. A ese carácter configurador se refiere por ejemplo Embid, "La relación...", cit., p.421, al estudiar la tesis de Ossenbühl. "Precisamente en las decisiones de planeamiento de la Administración se demuestra que sería correcto usar, en lugar de conceptos jurídicos indeterminados, la técnica de la decisión administrativa como un todo. Está muy claro, por fin, que no estamos ante un proceso de subsunción, sino ante directivas de discrecionalidad solamente". Ossenbühl considera que en la planificación la ley atribuye esa misión a la Administración, y no al juez. La razón radica en ese mismo carácter configurador, de cara al futuro, del hecho de que se trate propiamente del ejercicio de la potestad reglamentaria, en suma.

En todo caso, debemos resaltar la vaguedad del concepto de *decisión configuradora*. Así, Ossenbühl parece entenderlo como decisión que mira hacia el futuro. Si se entiende que, además, esa decisión es susceptible de diversas aplicaciones, estaríamos ante un reglamento, de acuerdo con el parecer mayoritario. En cambio, Bullinger, op.cit., p.902, parece entenderlo en el sentido de decisiones especialmente importantes para la vida de la comunidad, aunque no queda claro, ya que, op.cit., p.909, parece referir las decisiones configuradoras a las ordinamentales.

Por otra parte, la jurisprudencia modula y matiza el carácter normativo de los planes de urbanismo. Es el caso de la STS de 17-10-88, donde se afirma que "ciertamente, la afirmación de la naturaleza normativa de los planes es susceptible de matizaciones en razón del heterogéneo contenido de aquéllos: como la doctrina ha indicado con acierto, el planeamiento engloba la actuación de dos potestades distintas, una de auténtica naturaleza reglamentaria (normas relativas a la utilización del suelo, etc.), y otra que se traduce en la ejecución de obras públicas de urbanización (dirigida a la transformación material de la realidad, sin la cual el Plan sería un <<dibujo muerto>>). Pero ocurre que ambos elementos integrantes del contenido del Plan están íntimamente ligados entre sí, y así, con referencia concreta al tema litigioso (corrección de una unidad de actuación), la jurisprudencia, a veces, con ocasión de la impugnación directa del Plan, ha declarado que las cuestiones planteadas no pueden resolverse <<hasta el momento de la ejecución>>....".

De este modo, la sentencia parece decir que el carácter reglamentario del plan es susceptible, en ciertos casos, de matizaciones; concretamente, cuando se trata de cuestiones afectantes a su ejecución. Sin embargo, en los demás casos parece que la naturaleza reglamentaria del plan quedaría en pie.

Nos recuerda Delgado Barrio, *El control de la discrecionalidad*...., cit., pp.66-67, que la STS de 7-11-88 consideró que el acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias, al ser de aplicación general, es impugnabile indirectamente.

<sup>16</sup>Op.cit., p.903: "sólo en las funciones de planificación de la Administración, especialmente en la planificación de dirección de obras, la concepción que establecía que la discrecionalidad era ilegítima en el campo de los derechos fundamentales o que quedaba circunscrita a la ejecución limitadamente flexible de finalidades legales precisas estaba condenada al fracaso desde el principio. Aquí se trata de sopesar los intereses públicos y privados, que simplemente habían sido yuxtapuestos como líneas directrices de la ley y de darles cabida en un programa de acción conformado creativamente. Por un lado, el TCF estableció que los conceptos legales de dirección de la planificación como <<el interés de la circulación>> debían ser interpretados como <<conceptos jurídicos indeterminados>> susceptibles de ser sometidos al control judicial en su interpretación y valoración general; sin embargo, por otro lado reconoció que la ponderación concreta de esos intereses debía incluirse de manera necesaria en la discrecionalidad conformadora del responsable de la planificación"-cursivas originales-.

También parece decir que toda ponderación de intereses, que toda valoración

No, por tanto, para interpretar los conceptos jurídicos indeterminados que puedan aparecer. Lo que ocurre es que muchos conceptos indeterminados contenidos en las leyes urbanísticas encierran una valoración en sentido estricto; en tal caso, habrá que interpretar si se ha querido reconocer un espacio de discrecionalidad al autor del plan, un espacio de concreción reglamentaria del sentido de la ley<sup>17</sup>.

Por supuesto, la discrecionalidad será mayor cuanto mayor sea el rango jerárquico de un plan, ya que el plan superior reduce la discrecionalidad del inferior, al sujetarlo a sus determinaciones<sup>18</sup>.

---

de los hechos -o apreciación, si sólo uno de los intereses a ponderar fuera público- debe entenderse como discrecional. Pero no compartimos esta opinión.

No es cierto que la discrecionalidad de la planificación pueda afectar a los derechos fundamentales, al menos en el ámbito cubierto por la reserva de ley. Sin embargo, hay aquí un aspecto realmente problemático: la configuración concreta del contenido de la propiedad por los planes de urbanismo, como hemos visto.

<sup>17</sup>Bullinger, op.cit., p.909, señala que "la discrecionalidad de la planificación puede estar concedida de manera expresa, pero también es posible que resulte del sentido de conceptos jurídicos indeterminados".

El contenido de plan es muy complejo, ya que no sólo incluye valoraciones complejas de intereses contrapuestos, sino que, además, el mismo se basa muchas veces en pronósticos relativos al crecimiento de la población y otras variables. Creemos que la decisión cuya base exclusiva sea uno de estos pronósticos, en la medida en que los mismos no forman parte del contenido normativo del plan sino que constituyen los juicios que fundamentan aquél, pueden ser controlados de acuerdo con las reglas generales, si bien debe tenerse en cuenta la especial dificultad que la mayoría de ellos plantearán de hecho.

De Vicente Domingo, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, cit., p.109, nota (33) nos recuerda que, para García de Enterría y Parejo Alfonso, "las facultades que comporta el ejercicio de dicha función pública son dogmáticamente discrecionales... la función pública urbanística no es incluíble en el concepto jurídico indeterminado". Pues bien, el autor añade que "por las razones que se dan en esta sección no compartimos esta opinión". Lo que ocurre es que De Vicente se pregunta, precisamente, si cabe hablar de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la potestad de planeamiento; es más adelante donde se plantea si las calificaciones urbanísticas son o no, como regla general, discrecionales.

En todo caso, nos parece que es ilógico entender que la Administración pueda gozar de discrecionalidad auténtica, aunque sea limitada, en la calificación de los hechos, al menos si dicha calificación no entra de lleno en la determinación de las líneas generales del planeamiento.

<sup>18</sup>En todo caso, debe recordarse la STS de 25-5-93 (A.3509) que, en relación con los programas de actuación urbanística, afirma que estamos ante planes del mismo rango que los generales dentro de su ámbito específico de programación del suelo urbanizable no programado por el Plan general. Sobre los PAU, puede verse, entre otros, Climent Barberá, J., "Proyectos de delimitación del suelo urbano y programas de actuación urbanística", en *Derecho urbanístico local*, cit., pp.161 ss.

Se observa por otra parte, al analizar la jurisprudencia recaída en este punto, que en muchas ocasiones el Tribunal Supremo no se limita a anular una determinación urbanística, sino que, además, la sustituye por otra diferente. La razón viene dada por la propia jurisprudencia: la discrecionalidad del planificador es muy amplia en el momento en que se determinan las directrices generales del plan; pero se va reduciendo a medida en que se ejercita la potestad de planeamiento<sup>19</sup>. Por ello, no es del todo infrecuente que las Salas sustituyan una determinada calificación urbanística, ya que, de acuerdo con la realidad de los hechos y las líneas generales del planeamiento, puede que sólo una solución pueda entenderse plausible<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup>La STS de 21-9-93(A.6623) afirma: "TERCERO. Más concretamente ha de señalarse que, como reiteradamente declara en TS, de la <<racionalidad en la actuación administrativa>> deriva una necesidad de <<coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación>>-sentencia de 8-10-90(RJ 1990,7842)-, y puesto que ha de presumirse que las reglas generales del Plan <<obedecen a un designio racional... apartarse de él supone una incoherencia>> si tal desviación <<no aparece respaldada por una justificación suficiente>>-sentencia de 20-3-90(RJ 1990,2246)-. Y esta coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad ésta profunda en el momento inicial de la redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo. En efecto, 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 atenuar 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 vaya reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia-así, SSTs de 2-4-91(RJ 1991,3278), 15-3-93, etc.-".

<sup>20</sup>De Vicente Domingo, op.cit., pp.164-165, parece inclinarse por la intensidad media de control de la potestad de planeamiento. Por otra parte, el autor, op.cit., p.173, resalta las dificultades que puede llevar consigo la anulación de una determinación urbanística por haberse apartado de las líneas generales del planeamiento, "si se piensa en la complejidad de un plan de urbanismo, su heterogeneidad documental, la distinta eficacia vinculante de sus determinaciones etc."

Es evidente que la misma discrecionalidad del planificador provoca que el entendimiento del art.134.2 del TRLS sea diferente según se trate de excepciones contenidas en el plan o en un acto de aplicación del mismo: Vid. Blasco Esteve, A., "Las dispensas y reservas de dispensación contenidas en los planes de urbanismo", en RDU, nº 126, 1992, pp.84 ss.

La necesidad de ajustarse a las líneas generales del planeamiento se

Obsérvese, por otra parte, que ello se produce siempre cuando se trata de calificaciones urbanísticas, que suponen la previa clasificación del suelo y que tienen un grado elevado de concreción<sup>21</sup>. Por el contrario, no conocemos ninguna sentencia -y dudamos mucho que se dicte en el futuro- donde se establezca la extensión, por ejemplo, de todo el suelo urbanizable programado de un término municipal<sup>22</sup>. En todo caso, sería posible -aunque muy difícil- que una Sala sustituyera la clasificación concreta de un terreno-

---

establece por ejemplo en la STS de 24-10-90 (A.8328), en la que se afirmó, en relación con los criterios estéticos del planificador, que "una vez sentados los criterios generales, su aplicación a supuestos concretos es ya una manifestación de la virtualidad de los conceptos jurídicos indeterminados, cuyo carácter reglado -y por tanto de más sencillo control jurisdiccional- es bien conocido. Incluso dentro del propio plan, la coherencia debida exige que la protección especial de determinados edificios se ajuste a los criterios generales recogidos en aquél: el propio plan, si se decide a redactar la lista de edificios a conservar, deberá seguir los criterios generales que él mismo ha elaborado".

Obsérvese también que el TS entiende posible, en algún caso, un apartamiento de las líneas generales del Plan; pero, si éste se produce, debe ser la Administración quien lo justifique, dado que esas líneas generales se presumen racionales, apariencia de racionalidad que se pone de manifiesto a través de la Memoria. Vid. STS de 21-9-93 (A.6623).

<sup>21</sup>En ocasiones las declaraciones jurisprudenciales que parecen negar la discrecionalidad del planificador se han producido en cuestiones tan de detalle como son el señalamiento de alineaciones. Así, la STS de 30-5-88 (A.3976) afirmó que, pese a que la modificación de las mismas afectaba considerablemente a la finca del recurrente, a diferencia de otras alternativas propuestas, "de ello no se sigue que la solución adoptada por el Ayuntamiento de Bilbao no sea técnicamente la más conveniente para los intereses públicos, y, al mismo tiempo, la que procura ser, en congruencia con ellos, la menos onerosa para los contrapuestos privados".

La sentencia desestimó el recurso, con base en la improcedencia de dar a la calle un trazado sinuoso y porque, aun cuando las nuevas alineaciones invadían terrenos privados, no dejaban ningún edificio fuera de ordenación. Parece que el TS trató a toda costa de satisfacer el interés público de que la calle no tuviera unas alineaciones sinuosas; pero, hecho esto, se planteó si la solución técnica adoptada era a su vez la menos lesiva para el interés privado.

<sup>22</sup>La STS de 11-7-87 (A.6877) versaba sobre el régimen jurídico que un PGOU había dado a determinadas áreas de suelo no urbanizable. Los recurrentes, después de hacer referencia a la considerable extensión que el Plan daba al suelo no urbanizable, aducían las graves limitaciones que para su propiedad suponía el régimen jurídico de dichas zonas, régimen que, por otra parte, no se hallaba -a su entender- suficientemente razonado en la Memoria del Plan. En el mismo, se establecía que el área 20 se entendía ya saturada con las edificaciones existentes; por otra parte, en el área 21, se excluía la posibilidad de toda edificación, explotación y actuación que pusiera en peligro el ecosistema. La sentencia desestimó el recurso, al considerar que el régimen en cuestión se hallaba suficientemente justificado.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, en este punto, tiene gran influencia la temática medioambiental, que introduce adicionales parámetros de valoración con especial fuerza.

salvo en el caso del suelo urbano- y le asignara, por ejemplo, la de suelo urbanizable programado. Pero nos referimos a terrenos concretos y a circunstancias excepcionales<sup>23</sup>.

En todo caso, debe recordarse que, en ocasiones, el TS -sentencias de 27-4-83(A.2279), o de 4-4-88(A.2607), entre otras-, en materia de planeamiento urbanístico, afirma que

"cuando conste de forma cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica...la jurisdicción contenciosa puede y debe sustituir esta solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica".

Esta jurisprudencia parece ir incluso más allá de la sustitución de la calificación cuando sólo una sea plausible. Da la impresión, por otra parte, de que incurre en una cierta contradicción argumental: si, de un lado, la misma resalta que para anular una calificación debe constar de *manera cierta y convincente* la incongruencia o discordancia de la calificación<sup>24</sup>, sin embargo señala que, *en tal caso, debe sustituir la calificación por la que resulte más razonable*. La incongruencia con la realidad fáctica basta para sustituir la calificación, según la sentencia. Pero para sustituir una calificación urbanística, hace falta además -suele entenderse- que *sólo una calificación se pueda considerar*

---

<sup>23</sup>Piénsese, por ejemplo, en que un municipio tuviera unas grandes necesidades de expansión a corto plazo y que, por cuestiones geográficas, sólo fuera posible extender la urbanización en una determinada zona.

Lo dicho, evidentemente, no significa que la clasificación del suelo como urbanizable o no urbanizable no se halle sujeta a límites jurídicos: así, el art.23.2 RPU establece los criterios a tener en cuenta para clasificar el suelo como urbanizable programado -la situación existente; las características previsibles del desarrollo urbano, la necesidad de un desarrollo urbano coherente, y la adecuada proporción entre los nuevos asentamientos y el equipo urbano-. Se trata de criterios amplios pero que, en todo caso, no deben ignorarse. Véase la STS de 25-3-92(A.3387), referente a la suspensión por la Comunidad autónoma de un Plan general municipal que preveía una considerable extensión de suelo urbanizable, frente a las directrices emanadas de aquélla.

<sup>24</sup>Es decir, la carga de la prueba de su congruencia se hace recaer sobre el particular.

aceptable, dadas las especiales circunstancias del caso, a consecuencia de la discrecionalidad de que en principio goza el planificador<sup>25</sup>. Esto es posible, pero difícil<sup>26</sup>. La jurisprudencia citada va más allá, y parece insinuar, aunque de modo un tanto velado, que no existe discrecionalidad en las calificaciones urbanísticas concretas<sup>27</sup>. Aun así, para que la sustitución judicial se pueda producir hará falta que se disponga de los datos suficientes y que en el caso concreto el razonamiento jurídico lo permita. En todo caso, como en principio las opciones son casi infinitas, la sustitución de la calificación adoptada por la más plausible será, de hecho, prácticamente imposible en la práctica, de modo que, de hecho, la sustitución sólo podrá darse en aquellos casos en que sólo una decisión se revele coherente.

En este lugar, podemos citar la STS de 30-6-89 (A.4936), que afirmó lo siguiente:

"...el reconocimiento a favor de la Administración de una evidente

---

<sup>25</sup>Puede verse, en este sentido, Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp.105 ss.

<sup>26</sup>No obstante, en el caso concreto creemos que estaba más que justificada la sustitución judicial de la calificación del plan por la pretendida por el recurrente.

<sup>27</sup>De Vicente, op.cit., pp.159 ss., afirma que "a través de una ponderación razonada y casuística, se ha de mostrar que el interés que resulte prevalente es el que racionalmente representa ese optimum buscado y hallado en una concreta medida o decisión" -los subrayados son nuestros-. Para Marotta, op.cit., p.32, la planificación debe buscar la mejor y más racional utilización del territorio.

De Vicente añade que el control judicial no deberá limitarse a erradicar las desproporciones más notorias. A continuación, pone algunos ejemplos jurisprudenciales que, a su juicio, manifiestan el «alto nivel de enjuiciamiento» en que se sitúa el Tribunal Supremo.

En todo caso, op.cit., pp.177 ss., cuando se plantea la cuestión de la fiscalización de la idoneidad de la calificación para el fin pretendido, señala que "el control judicial no pasa por alto que la planificación no tenga en cuenta los principios de buena administración...".

De cualquier modo, la STS de 10-5-90 (A.4059), aunque en relación con otras determinaciones impugnadas se muestra más flexible, afirma en relación con la clasificación y calificación de un terreno como no urbanizable protegido-zona verde, que pese a que aquél se hallaba aislado de la ciudad por una vía de ferrocarril y por tanto era de difícil acceso, y pese a que impedía la expansión de las industrias adyacentes, todo esto únicamente ponía de manifiesto la existencia de un conflicto entre intereses particulares y generales que debían resolverse a favor de estos últimos.

discrecionalidad técnica para el desenvolvimiento de su potestad de planeamiento, no impide ni excluye el control judicial, pero el mismo exige que se acredite que el ejercicio por dicha Administración de su discrecionalidad en la elaboración del planeamiento no ha producido la solución óptima....doctrina de la sentencia apelada que es plenamente acorde con la proclamada por este Tribunal en las sentencias de 2-6 y 11-11-82(A.4182 y 7259), 27-4 y 4-5-83(A.2279 y 2884), 1-12-86(A.1987,417) y 22-2 y 4-4-88(A.1379 y 2607)....".

Curiosamente, la sentencia, un poco más adelante, reconoce la existencia de discrecionalidad del planificador, entendida como posibilidad de opción entre diversos indiferentes jurídicos, con el límite de la proscripción de la arbitrariedad<sup>28</sup>.

Pues bien, si la Administración debe buscar, al establecer las concretas calificaciones, el óptimo de la decisión, quiérese decir que no existe libertad electiva y que, por tanto, el control judicial ha de ser máximo, dentro de los límites del razonamiento jurídico. Por esta razón, la doctrina contenida en la sentencia transcrita resulta contradictoria, ya que, si la Administración debe buscar la solución óptima, la discrecionalidad en sentido estricto no existe, o si se prefiere, la facultad electiva existirá en la norma, pero se reduce a cero en el momento de su aplicación.

Estas consideraciones nos inducen a pensar si, más allá del factor ordinamental, no habrá que tener en cuenta asimismo el factor

---

<sup>28</sup>La sentencia acabó estimando el recurso contencioso-administrativo, dirigido contra el trazado de un paseo marítimo.

La de 21-11-90(A.8946) desestima un recurso contencioso-administrativo contra una calificación urbanística, y afirma que la concreta calificación está en función de los criterios y finalidades perseguidos por el planificador para una adecuada ordenación del territorio, teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y la utilización racional del suelo, lo que comporta una cierta discrecionalidad. La sentencia consideró justificada la calificación de zona verde, por cuanto un objetivo del plan era establecer dos franjas no edificables a ambos lados de una vía férrea, creando un paseo. Es verdad que la calificación se halla en función de los objetivos del plan. Pero, ¿existe justificación para la discrecionalidad en el señalamiento de tales objetivos cuando se trata de calificaciones concretas?



que podríamos denominar *político*<sup>29</sup>. Un poco más abajo hablaremos precisamente de la decisión incardinada en la dirección de la política como decisión con matices discrecionales. En ese sentido, la discrecionalidad de la potestad de planificación podría asimismo explicarse el siguiente modo: el sentido general del PGOU entraría dentro de la esfera de las valoraciones políticas, en la medida en que el Plan general diseña un modelo de convivencia<sup>30</sup>. Así, la STS de 16-12-85(A.655) considera que la determinación del modelo territorial

"pertenece al mundo metajurídico de la decisión política conformadora en cuyo caso, en cuanto decisión pura (otra cosa sería en cuanto a su

---

<sup>29</sup>Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.124, afirma que "en los casos más significativos (planes urbanísticos y de ordenación territorial, hidrológicos, de ordenación de recursos naturales, de desarrollo regional, económicos etc.), nos hallamos ante las típicas <<situaciones complejas>> (por usar la terminología del Derecho Comunitario europeo), para cuya ordenación es forzoso reconocer a la autoridad competente un amplio margen de discrecionalidad, no sólo técnica sino también política". Pero valoraciones complejas y gestión política no puede, sin más identificarse.

Delgado Barrio, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., p.47, nos recuerda que el artículo 38 del Reglamento de planeamiento establece que la Memoria analizará las distintas alternativas posibles y justificará la elegida. Al comentar este precepto, el autor nos dice que "la Memoria, así, ha de reflejar ante todo las alternativas <<posibles>>, con lo que se abre la faz de la duda; después, ha de analizar aquéllas, lo que implica la consideración de sus ventajas e inconvenientes para, en último término, <<justificar>> la decisión". El precepto citado se refiere a la Memoria de los Planes Generales, que no puede descender al detalle de las calificaciones concretas de todos y cada uno de los terrenos. Parece, pues, que esa <<justificación>> de la alternativa escogida se refiere a determinaciones de carácter general que, en gran medida, entrarán en el núcleo de la decisión política. Pero, indudablemente, la oportunidad de una decisión política, salvo casos en que la fundamentación resulta insuficiente, es algo extrajurídico. La decisión política deberá estar justificada de modo bastante, pero no hasta el punto de que la misma, para ser jurídicamente válida, deba ser <<la mejor>>.

<sup>30</sup>Los autores de la aprobación provisional -y en ocasiones, de la definitiva: vid. por ejemplo la Ley valenciana de actuaciones urbanísticas 6/94, en relación con planes subordinados- del plan gozan de legitimidad democrática directa, salvo los casos de subrogación; la aprobación definitiva, cuando corresponda a un órgano subordinado de la Comunidad autónoma, es susceptible de recurso ordinario ante el Consejero, órgano político y dotado asimismo de una legitimidad democrática indirecta, cuando emane de un órgano inferior. Pero esto no nos parece suficiente, porque el control a través de recurso ordinario es de mera legalidad, mientras que el que pueden ejercer sobre la aprobación provisional los órganos encargados de la aprobación definitiva asimismo puede ser oportunidad en ciertos aspectos. Y habitualmente ese órgano será la Comisión Territorial de urbanismo, carente de legitimidad democrática en buena medida.

forma de ejecución), los órganos jurisdiccionales no pueden entrar"<sup>31</sup>.

Pero la siguiente pregunta es entonces hasta dónde debe llegar <<lo político>><sup>32</sup>. En concreto, se plantea si, teniendo en cuenta que la discrecionalidad del planificador tiene como base fundamental el cariz <<político>> de la decisión primaria planificadora, cabe

---

<sup>31</sup>Vid. también STS de 16-10-85 (A.6559). La STS de 6-2-88 (A.7839), en relación con las determinaciones más generales -políticas, pues, según la sentencia citada en el texto- de un plan general, afirmó que, para que prospere la impugnación contra la política planificadora municipal, hace falta que se demuestre la infracción de "los altos principios de la utilidad o el interés público, o, ya más concretamente, mientras no se demuestre que se ha producido una infracción de algún precepto normativo (sentencia de 1-2-82). Y, ya en el caso concreto que nos ocupa, no se ha demostrado de ninguna forma que el sistema viario, el emplazamiento de las industrias o el sistema de zonas verdes sean inadecuados al interés público". Y la STS de 25-1-83 afirma que la discrecionalidad del planificador, "en principio y en su ejecución práctica, no es revisable por los Tribunales, en cuanto éstos no pueden sustituir a la Administración en la fijación de una determinada política urbanística y en la determinación de los objetivos concretos".

La STS de 10-5-90 (A.4059), pese a convenir con los recurrentes en que el municipio era preferentemente industrial y con muy escaso potencial agrícola, confirma el cambio de zona industrial a no urbanizable-zona verde porque de la Memoria se desprende que uno de los objetivos generales del plan era frenar en parte el crecimiento urbano e industrial y potenciar el carácter agrícola y rural, mediante la localización de las pequeñas y medianas industrias en los polígonos industriales.

La STS de 29-6-86 (A.6777) dice lo siguiente respecto de la revisión de un Plan general: "...mientras el Plan de 1967 contenía unas previsiones de futuro con carácter expansivo y la previsión no tiene este carácter porque su base de partida es la realidad existente, ello podrá ser objeto de polémica en sus aspectos sociopolíticos, pero estos temas escapan de la revisión jurisdiccional y ha de ser la parte impugnante que ha de comprobar cumplidamente que con la adopción de nuevos criterios, se infringe la ley o se incide en notorio error de hecho, y ciertamente, en el caso que nos ocupa, no se ha logrado tal probanza; por ello, frente a la presunción de legitimidad que ostentaba la actividad administrativa, no puede denunciarse una falta de <<justificación>> de la necesidad de revisar el plan, sin acreditar que dicha revisión incide en ilegalidad..."

Esto quiere decir que si la revisión de un Plan general establece, con vocación de futuro, unos nuevos criterios globales de ordenación urbanística, tales criterios escapan del ámbito jurídico salvo en la medida en que adolezcan de irracionalidad. En relación con esto, el TS afirma que, como constaba en el informe pericial, el nuevo Plan trataba de contener la densificación y paliar el déficit de zonas verdes y espacios libres a fin de mejorar la calidad ambiental.

Esto es, el TS indaga si existe una justificación racional -no si ésta es la única o la mejor posible, pero sí si existe- para los nuevos criterios de revisión. Por algo el TRLS exige que la Memoria del Plan contenga la motivación de los criterios comprendidos en el mismo.

Sobre esta importante cuestión, puede verse Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp.44 ss.

<sup>32</sup>Véase De Vicente, op.cit., p.103.

No obstante, op.cit., p.142, el autor cita la STS de 3-12-82 (A.7901), donde se afirma que "la modificación o revisión que en función de los factores indicados (demográficos, económicos, industriales, agrícolas, comunicaciones, desarrollo) protegen al interés público prevalente y al que se subordina la propiedad privada, consistente en obtener para una determinada época histórica las mejores condiciones posibles en el aprovechamiento del mismo".

extender aquél a las concretas calificaciones de los terrenos o si, por el contrario, estaríamos más bien en estos casos ante un simple margen cognoscitivo de apreciación<sup>33</sup>. Las sentencias más arriba citadas, aunque de modo bastante confuso, parecen apuntar en esta última dirección<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>La STS de 2-10-90(A.7828) afirma que la actividad de oportunidad técnica del planificador se justifica en la medida en que se trata de la elección del modelo global u orgánico del territorio; sin embargo, parece extender la discrecionalidad a las concretas determinaciones del plan. No obstante, dice que prosperará la impugnación si la solución no es congruente con los hechos, de modo que la propuesta del recurrente resulte más acorde con los criterios de técnica y oportunidad. Esto último es necesario para la sustitución de la determinación, no para su anulación.

Estos diversos argumentos justificativos de la discrecionalidad del planificador se han sintetizado por Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp.54-55, quien cita la STS de 24-11-81, donde se afirma que el poder planificador es distinto de las ordinarias facultades discrecionales, por cuanto se trata de un poder innovativo y ordinamental, que implica la elección entre opciones políticas. Fernández Rodríguez señala que el planeamiento urbanístico, tradicionalmente, se ha controlado a un nivel mínimo dada su complejidad técnica y su naturaleza innovativa y configuradora, en tanto en cuanto el Plan realiza complejas valoraciones técnicas y políticas.

El autor parece decir que el predicado carácter ordinamental de los planes se ve reforzado por el hecho de que los mismos son, desde un punto de vista material, reglamentos independientes, ya que el marco legal es muy genérico, dada la autonomía municipal y, sobre todo, la manifiesta incapacidad del Legislador para regular exhaustivamente, en cada municipio, el régimen urbanístico de la propiedad de cada parcela. Vid. no obstante Boquera, "La limitación de la propiedad urbanística...", cit., en su totalidad.

Además, Fernández Rodríguez afirma que esas valoraciones implican, en ocasiones, opciones de carácter político y no meramente técnico. Esto significa el reconocimiento de que no toda valoración presupone una opción política; no toda valoración, por tanto, estaría sujeta en su fiscalización judicial a aquellos límites. Pero también se afirma el carácter político de las opciones de los planes de urbanismo. En este sentido, es necesario indagar en cada caso: para que exista una opción política, será necesario que el órgano que la adopte posea legitimidad democrática, directa o indirecta. No bastará que sea un órgano administrativo; tendrá que tratarse de un órgano de gobierno. Por otra parte, es realmente difícil dilucidar en cada caso cuándo estamos ante una opción política -que daría lugar a un control judicial limitado- y cuándo no. Serán los Tribunales quienes, caso por caso, vayan efectuando la delimitación.

<sup>34</sup>Puede verse, en sentido contrario, la STS de 16-12-85(A.655). Se había solicitado la anulación de la calificación de la parcela del recurrente -<<transformación de uso existente>>; equipamiento comunitario-, atribuida en la revisión del Plan General Metropolitano de Barcelona, así como su sustitución por la de densificación intensiva. El TS parte de la base de que "las determinaciones de carácter general y las calificaciones del suelo que se adopten en el ejercicio de es facultad revisoria dentro del contexto de dicho Plan deben ser mantenidas por esta jurisdicción, mientras no se acredite adecuadamente la concurrencia de desviación de poder o la improcedencia de las mismas".

El recurrente basaba la irracionalidad de la calificación en la concentración de prácticamente todos los equipamientos comunitarios de la zona (el 74%) en una manzana. Indicio de esa falta de racionalidad era, para el recurrente, el cambio de criterio del planificador, quien anteriormente había tratado de destinar la manzana a zona verde.

El TS desestima el recurso, al considerar que los diferentes puntos de vista que, dentro de lo racional y lo razonable, pueden mantenerse en la ordenación urbanística, caen fuera del ámbito jurídico; o, mejor, con esos límites, son

Por nuestra parte, sin perjuicio de considerar que la potestad de planeamiento posee un cierto componente político, creemos que debe matizarse lo siguiente. En primer lugar, no toda operación de establecimiento de prioridades es política. En segundo lugar, en todas las decisiones incardinadas en las potestades de dirección de la política existen elementos reglados y la misma no debe infringir los principios generales del Derecho. Y un elemental principio de proporcionalidad y de necesidad de justificación de las decisiones implica la necesidad de que el balance costes-ventajas de toda decisión política sea positivo.

En efecto, la misma primigenia decisión política planificadora no puede ser, *per se*, arbitraria; deben existir razones objetivas que la justifiquen de modo suficiente<sup>35</sup>.

Por otra parte, la discrecionalidad del planificador se justifica en que las leyes reguladoras de la ordenación urbana constituyen un mero marco de ejercicio de la potestad de planificación, sin que en ningún caso puedan considerarse los planes reglamentos ejecutivos de las mismas. Ello, a su vez, se fundamenta tanto en el profundo carácter técnico del plan como en el principio de autonomía local, lo que conecta con ese componente <<político>>.

No obstante, no hay que desconocer que la jurisprudencia suele reconocer un halo de discrecionalidad del planificador asimismo en

---

indiferentes al Derecho. Considera la Sala que ello pertenece así a la decisión política. Obsérvese en todo caso que la expresión *modelo territorial* se emplea por esta sentencia en términos muy amplios, ya que se refería a una simple calificación urbanística.

<sup>35</sup>El art. 14 RPU señala que "el Plan general municipal de ordenación adoptará el modelo de utilización del suelo a largo plazo que resulte de la ponderación cualitativa de las distintas alternativas que hayan podido formularse inicialmente".

cuestiones que podríamos denominar menores, como en temas de estética o de características de las edificaciones<sup>36</sup>. Pero para los ejemplos que pone de Vicente -como <<la modalidad de zona verde para un terreno determinado>>- existen sentencias que no dudan en anular y aun sustituir la determinación impugnada, si bien es cierto que normalmente la sustitución se efectúa, de acuerdo con esas sentencias, a través de una reducción a cero de la discrecionalidad<sup>37</sup>.

Desde nuestro punto de vista, en primer lugar evidentemente no se trata de determinaciones que afecten al modelo territorial escogido -al espacio político del planeamiento, si se quiere-. En segundo lugar, ciertas cuestiones, como el color de las edificaciones y otras que atañen directamente a cuestiones estéticas menores, son en gran medida opinables; en la medida en que lo sean, forzoso será reconocer a la Administración un margen cognoscitivo de apreciación en cuanto a estas concretas determinaciones, pero la opinabilidad no conduce por sí misma a la existencia de una pluralidad de soluciones justas<sup>38</sup>. Creemos que, con estas salvedades, el control debe ser el

---

<sup>36</sup>Como recuerda De Vicente, *Las alteraciones...*, cit., pp.188 ss.

<sup>37</sup>Es el caso, por ejemplo, de la de 27-4-83(A.2279), que sustituyó la calificación de verde público por la de verde privado para no romper la continuidad con el edificio adyacente y para salvaguardar el igual tratamiento de los propietarios.

El autor cita, en sentido contrario, la STS de 18-12-90(A.9982). En la misma, se desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra la calificación como verde público de cierto jardín. El recurrente estimaba que la calificación de verde privado era más idónea.

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que el Tribunal Supremo afirmó que tanto la solución adoptada por la Administración como la pretendida por el recurrente eran razonables, sólo con la propuesta por la Administración se lograba el objetivo de creación de un jardín urbano de dimensiones importantes en el centro de la población. Desde esa perspectiva, la opción del planificador resultaba más idónea. Creemos que el TS ponderó las ventajas y los inconvenientes de la decisión, y concluyó que el balance era positivo.

<sup>38</sup>De hecho, la STS de 22-12-90(A.10183), que De Vicente, op.cit., p.189, cita en este lugar, afirmó expresamente que la cuestión debatida afectaba al núcleo de oportunidad, al tratarse de una cuestión estética perfectamente opinable. Así, después de señalar que las opciones eran: "A)...continuidad de la fachada con altura constante. De admitirse esta solución, la ordenación racional sería la de atribuir al terreno en cuestión la altura y tipología edificatoria del resto de

mismo que para otro tipo de determinaciones que no definan el modelo territorial.

En conclusión, la discrecionalidad del planificador se justifica en el carácter <<político>><sup>39</sup> y ordinamental -según la mayoría de la doctrina- de su actividad; lo que a su vez es así por cuanto se deben efectuar complejas ponderaciones de hechos. Precisamente por esto, habrá que distinguir según estemos ante una u otra determinación del plan; cuando se trate del establecimiento de las líneas generales, el rechazo sólo podrá producirse en casos en que el fundamento de la decisión adoptada sea insuficiente, si bien el planificador se hallará condicionado hasta cierto punto por la situación preexistente al efectuar la revisión.

Si se trata de concretas calificaciones, las líneas generales del planeamiento en ocasiones provocarán la reducción a cero de la facultad electiva. Pero, más allá de esto, de algunas sentencias parece desprenderse que en estos casos sólo es aceptable la solución óptima, aunque no lo dicen claramente. Estas sentencias parecen partir de que la ordinamentalidad del Plan no es suficiente para justificar la discrecionalidad; en suma, ésta sólo se daría en el momento de la

---

la fachada marítima. B) La Administración, por el contrario, entiende: a) la ordenación de edificación aislada determinada para el terreno en cuestión implica un corte o elemento de diferenciación entre las dos realidades urbanas de Palamós y Calonge, lo que integra un enclave referencial en el paisaje, b) la proximidad de la finca al desvío de la variante de Palamós, lugar de estrechamiento viario, hace del todo inoportuna su densificación. Sobre esta base, *la concepción de la fachada marítima como una unidad de altura constante o como la sucesión de zonas de corte diferenciador, implica una opción que entra dentro del núcleo mismo de oportunidad propio de la discrecionalidad del planeamiento, Afecta a la estética del paisaje ciudadano, cuestión ésta perfectamente opinable*". Vid. asimismo la de 2-10-90 (A.7828), que estima opinable la cuestión del color de las edificaciones, o la de 30-4-90 (A.3627).

En todo caso, la opinabilidad de las cuestiones estéticas es algo relativo y cuyos límites no se pueden definir *a priori*. Nos remitimos a lo dicho más arriba acerca de la posibilidad de falsación de los juicios de valor. Este carácter relativo se manifiesta, por ejemplo, si se tiene en cuenta el intenso control que el TS efectúa del cumplimiento de la norma contenida en el art.138 TRLS.

<sup>39</sup>Utilizamos aquí esta expresión en sentido amplio, como determinación de objetivos y prioridades globales y de gran importancia para la comunidad.

decisión política, mientras que las concretas calificaciones dependerían de una cuestión técnica, aunque por supuesto variarían según el concreto modelo territorial. Esta doctrina nos parece acertada, y por lo demás congruente con el hecho de que la discrecionalidad radica en la causa general del plan -en la valoración de los hechos que se plasma en la determinación de las líneas generales del mismo-, y no en los contenidos concretos de éste o calificaciones.

Cuando se trate de concretar los conceptos indeterminados de la Ley del suelo, no existirá discrecionalidad para el planificador, salvo en los casos en que su estimación requiera valorar los hechos y haya sido intención de la ley reconocerle discrecionalidad en este punto, por razón de su autonomía constitucional<sup>40</sup>.

En cuanto a ciertas cuestiones de carácter estético, la jurisprudencia reconoce la existencia de discrecionalidad debido a su carácter opinable. Pero esto justificaría, a lo sumo, un margen cognoscitivo de apreciación.

Por último, hay aspectos a los que la jurisprudencia reconoce su naturaleza <<reglada>>, como la clasificación del suelo urbano.

## **II. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANIFICADOR**

### **1. Técnicas aplicables**

#### **A) Consideraciones generales**

La doctrina del Tribunal Supremo, en relación con el control de

---

<sup>40</sup>Nos remitimos a lo dicho acerca de si los reglamentos pueden o no concretar de modo relativamente independiente los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en las leyes, en todo caso.

la potestad de planeamiento urbanístico, se divide en dos tendencias fundamentales<sup>41</sup>. Una primera, proclive a calificar de <<técnica>> la discrecionalidad del planificador, sujeta a ésta a un control judicial muy limitado, de modo que sólo admite el control en casos de desviación de poder, de infracción de alguna norma superior, o cuando la decisión resulta a todas luces carente de fundamento. Esta línea jurisprudencial muy rara vez -por no decir nunca- lleva a resultados positivos<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup>Así lo resalta De Vicente, op.cit., pp.170 ss.

Toledo Jaúdenes, op.cit., p.154, resalta que el Consejo ha ido poco a poco profundizando en el enjuiciamiento de la discrecionalidad de la potestad de planeamiento. Cita en este sentido el arrêt de 19-10-79, donde se afirma que "...al prever el POS impugnado, sobre dominio público marítimo-terrestre y en paraje protegido, un estacionamiento para automóviles de 8000 m<sup>2</sup> con capacidad para 320 plazas, la Administración ha incurrido en error manifiesto de apreciación en relación con las preocupaciones urbanísticas a que debe atender con ocasión de la elaboración del Plan". Démonos cuenta, sin embargo, que el Consejo de Estado se refiere expresamente a la técnica del error manifiesto de apreciación. En efecto, da la impresión de que establecer un estacionamiento de automóviles en un paraje de la zona marítimo-terrestre protegida resulta incongruente. Pero no deja de ser significativo que se apele a esta técnica: aunque los límites de lo manifiesto, en última instancia, son los que el juez establezca como tales, la apelación a la misma constituye un modo de justificar ese enjuiciamiento sobre la potestad de planeamiento. En todo caso, sí es de resaltar que se llevó a cabo una prueba de reconocimiento judicial; el Consejo de Estado no se conforma, así, con los datos resultantes del expediente.

Toledo concluye, op.cit., p.155, que, no obstante, el control se sigue entendiendo insuficiente, y "se apuntan las siguientes vías. Manteniendo el principio de control restrictivo, se apuesta por una profundización en el análisis de la coherencia interna de los diversos elementos del POS, un mejor reparto de la carga de la prueba, de modo que ha de ser la Administración quien, *ab initio*, justifique el contenido del Plan; singularmente, ante las alegaciones concretas del recurrente, la Administración debe ofrecer las explicaciones necesarias y precisas; se propone, asimismo, un más detenido examen de las calificaciones jurídicas derivadas de algunos preceptos positivos (por ejemplo, un juicio más profundo de la toma en consideración, impuesta por la norma, del valor agronómico el suelo o de la cercanía de equipamientos públicos). <<El reforzamiento del control, pasa también -se concluye- por el desarrollo de otros medios, como el error de derecho, la desviación de procedimiento y la desviación de poder>>".

<sup>42</sup>Puede verse la STS de 20-3-91, que exige para que prospere el recurso que lo pretendido por la Administración sea manifiestamente desproporcionado, o de imposible realización, o ilegal. En todo caso, quizá el planteamiento restrictivo haya venido en este caso condicionado por la falta de racionalidad de la propuesta alternativa presentada por el recurrente.

En todo caso, hay sentencias, como la de 30-5-88 (A.3976) que, aun afirmando que el planificador dispone de *discrecionalidad técnica*, no obstante afirma la aplicabilidad en este punto de los principios generales del Derecho: "y en este específico campo del trazado de las características de la red viaria ya existente, frente a la acción administrativa, cuando ésta se presente como racional, es decir, adecuada a las exigencias de la situación y ajustada a los fines generales de congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad que el art.3.2 de la Ley del suelo establece, no puede prevalecer el criterio de los particulares, salvo cuando éstos demuestren -pues a ellos tal carga, <<de manera cumplida>>, como dice la jurisprudencia, corresponde- que lo acordado por la



En efecto, nuestro Tribunal Supremo, hasta fechas recientes, ha solido decantarse por un control muy restringido de la potestad de planeamiento<sup>43</sup>.

Para ello, suele abrigarse en argumentos como el carácter revisor del orden contencioso-administrativo, la discrecionalidad técnica, la insustituibilidad del criterio del planificador por el del juez, la presunción de legalidad del plan de urbanismo<sup>44</sup>, la impugnabilidad de éste solo con base en la desviación de poder o en notoria arbitrariedad, etc. Muchos de estos argumentos constituyen tópicos del todo semejantes a aquellos en que nuestras Salas se amparan a la hora de autorrestringir su control en materia de acceso a la función pública. Pero la discrecionalidad técnica no constituye

---

Administración infringe la legalidad, o es de imposible realización, o lesiona desproporcionadamente, respecto a la alternativa de utilidad general perseguida, los intereses privados, no guardando la debida congruencia con sus fines o la adecuada igualdad entre los afectados...".

La STS de 22-2-85 afirma que el control jurisdiccional de la potestad de planeamiento "difícilmente puede ejercerse en cuanto rebasa el marco de lo que se entiende por control de los hechos por tratarse de una discrecionalidad técnica en la que, de adentrarnos implicaría una sustitución en el papel reservado a la Administración, a no ser, claro está, que en el ejercicio de tal discrecionalidad aparezcan claras las manifestaciones de desviación de poder o un actuar contrario a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido".

<sup>43</sup>En este sentido, De Vicente, *Las alteraciones...*, op.cit., p.107.

El autor, op.cit., p.170, afirma que "los Tribunales se han abstenido tradicionalmente de efectuar apreciaciones sobre las calificaciones urbanísticas, amparados en el carácter revisor de la jurisdicción". "De ahí que, sólo de forma muy restrictiva, hayan manifestado su disposición para anular esas apreciaciones en los casos más graves o de error <<claro y probado>>, <<palmario>>, <<notorio>>, <<básico>>, de un <<actuar contrario a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido>>". Vid. asimismo op.cit., pp.206-207.

Véase también Toledo, op.cit., p.157.

Según de Vicente, op.cit., p.172, una de las razones de lo que él denomina <<reiterativa y a la postre rutinaria doctrina jurisprudencial>> radica quizá en la pobreza de los argumentos que suelen esgrimir los recurrentes.

<sup>44</sup>La STS de 24-11-81 confirmó la determinación impugnada con base en que el recurrente no había aportado prueba técnica que destruyera la presunción de que "la referida modificación responde a reales necesidades urbanísticas o a fundados criterios de perfeccionamiento y actualización de la ordenación anterior". Curiosamente, y pese a su rigor probatorio, la sentencia parece apuntar, aunque de modo tímido, a una cierta fiscalización del principio de buena administración. Una crítica a esta sentencia en Toledo, op.cit., p.158.

De otra parte, creemos que la opinión de Waline, "Note à l'arrêt Sanglier", loc.cit., p.1752, acerca de que la Administración está en todo caso obligada, no a decidir del mejor modo posible pero sí de situarse en las condiciones óptimas para hacerlo, es plenamente aplicable a la potestad de planeamiento, precisamente por concurrir en ella un indudable componente de discrecionalidad en sentido estricto.

una noción de contornos claros, y en España se ha desvirtuado su sentido originario; el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa debe circunscribirse a la existencia de acto previo; la presunción de legalidad sólo afecta a la carga de impugnación<sup>45</sup>; la insustituibilidad del criterio del planificador ignora de un parte la diferencia entre facultades de anulación y de sustitución y, de otra, ignora también que esta última puede basarse en parámetros jurídicos; la desviación de poder posee un fundamento excesivamente subjetivo; y donde puede anularse lo que es manifiestamente arbitrario -por cierto, ¿qué es lo manifiesto?- también podrá anularse, por lógica, un plan por cualesquiera otros errores de gravedad suficiente, al no haber razones para lo contrario<sup>46</sup>.

Por otra parte, es muy frecuente que la jurisprudencia desestime multitudes de recursos contencioso-administrativos contra determinaciones de los planes precisamente al entender que la carga de la prueba recae sobre el recurrente, dada la amplitud del concepto de interés público. Es decir, el TS entiende a veces que la discrecionalidad invierte la carga de la prueba<sup>47</sup>. Pues bien, es la

---

<sup>45</sup>Toledo, op.cit., p.162, se refiere a la STS de 3-1-84, que considera inaplicable en este tema la presunción de legalidad del acto administrativo. La sentencia afirma expresamente que la utilización en este campo de semejante presunción podría ir en detrimento del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>46</sup>En este punto, conviene tener en cuenta los difusos límites del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Una crítica a estos tópicos puede verse en De Vicente, op.cit., p.108.

<sup>47</sup>En este sentido, la STS de 3-2-84 afirmó que la prueba ha de poner de manifiesto que la ordenación impugnada es "a todas luces arbitraria". Y la de 6-7-82 afirma que es preciso probar que la decisión administrativa contradice las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido.

La STS de 3-1-85(A.431) afirmó: "...siendo posible tan sólo impugnar en concreto determinaciones particulares del Plan en tanto en cuanto, y con referencia al caso, se pruebe cumplidamente la improcedencia racional y técnica de las mismas, su contradicción con el interés público o la función social de la propiedad, la concurrencia de desviación de poder o la de algún vicio determinante de la invalidez jurídica regulada en el Ordenamiento vigente....".

La STS de 16-5-90(A.4165) afirma que las determinaciones del planeamiento no pueden anularse mientras no se pruebe que el interés público ha sido desatendido

Administración la que debe fundamentar a qué interés público se sirve y por qué, sin que los Tribunales puedan sustituir los motivos de la determinación impugnada -al menos, si se entiende que existen límites estructurales al control judicial en estos casos-.

Así, es criticable que la carga de la prueba se haga recaer, sin más, sobre el recurrente. Aunque es realmente difícil que el Tribunal llegue a la convicción de la irracionalidad de cualquier decisión con elementos discrecionales, debe exigirse a la Administración en todo caso que dé buenas razones. Además, debe tenerse en cuenta el principio de facilidad probatoria.

En todo caso, el hecho de que el TS confunda los grados de <<fiscalización de la discrecionalidad>> con las diferentes técnicas al uso, ha comportado durante mucho tiempo el rechazo de las técnicas más modernas y eficaces de reducción de la misma; aun cuando en sus resultados no lleguen más allá normalmente que las clásicas en una materia de índole tan discrecional como la que nos ocupa ahora, las repercusiones teóricas son importantes<sup>48</sup>.

Sin embargo, a partir de los 80, se observa un considerable esfuerzo de cierta línea jurisprudencial por profundizar en la reducción de la discrecionalidad del planificador. Desde entonces, varias han sido las sentencias que han llegado a sustituir la calificación urbanística establecida en el Plan por otra diferente.

---

o lesionado. Afirma también que la modificación del destino de una determinada superficie no puede revisarse por los Tribunales, dado que constituye una manifestación de la discrecionalidad. Sin embargo, la sentencia evalúa y pondera todos los datos determinantes de la decisión y llega a la conclusión de que la misma era acertada -se había transformado la calificación de terrenos escolares a residenciales, dado el exceso de oferta de plazas escolares y los pronósticos de crecimiento de la población escolar, el pésimo estado de conservación de las escuelas y la propuesta de crear otras nuevas en un lugar más adecuado, lejano a la vía férrea y adyacente al centro matriz-.

<sup>48</sup>No obstante, ya en 1982 hubo una sentencia que sustituyó la calificación preexistente.

Pero lo más importante no son los resultados, sino el hecho de que el Tribunal Supremo ha ido poco a poco librándose de los numerosos tópicos al uso, de modo que, en la actualidad, en numerosas ocasiones utiliza las más modernas técnicas de reducción de la discrecionalidad en relación con el ejercicio de la potestad de planeamiento -aunque siguen dictándose otras sentencias de la antigua corriente<sup>49</sup>.

Así, nuestras Salas exigen cada vez más la justificación de que la decisión adoptada sea congruente con la realidad de los hechos y con las líneas generales del planeamiento. No basta pues, sin más, invocar la discrecionalidad del planificador para fundamentar *prima facie* una decisión<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup>Véase De Vicente, op.cit., p.171.

Toledo, loc.cit., nota(22), afirma que "no comparto enteramente la opinión de A.Mozo Seoane... acerca de que no se trata de dos tendencias diferentes, <<sino más bien la misma doctrina de fondo con el acento puesto en uno u otro aspecto de la compleja cuestión; es perceptible que se trata de un mero planteamiento dialéctico que se decanta hacia uno u otro sentido según las circunstancias concretas de cada litigio, lo que, por otra parte, es natural y casi inevitable>>". Por nuestra parte, creemos que hay algo más: prueba de ello es que sólo a partir de la fecha mencionada en el texto se han empezado a producir sustituciones judiciales de las calificaciones urbanísticas.

La STS de 22-2-94(A.1462), si bien afirma que no se había probado el error, la desviación de poder, el olvido de los intereses generales, la falta de motivación o el atentado a la función social de la propiedad, añadió que el recurrente no había probado el mayor acierto del trazado por él propuesto. Se trataba de un vial que atravesaba en diagonal una parcela, frente al criterio general de toda la urbanización, y cuya finalidad era no dejar fuera de ordenación dos edificaciones y facilitar el enlace con los viales que rodeaban la superficie ordenada.

La sentencia de 13-6-86 (A.3355) no anula la calificación impugnada porque el dictamen pericial sobre el que se asentaban los razonamientos de la sentencia de instancia había partido de una perspectiva parcial. Pero no existe en su argumentación rastro alguno de alusión a la <<discrecionalidad técnica>> o algo por el estilo. Se basa simplemente en la insuficiencia que aprecia en el dictamen pericial que había servido de fundamento a la sentencia apelada en cuanto el mismo enfoca el asunto desde una perspectiva parcial e incompleta, cuando el urbanismo debe ser visto desde una óptica global.

<sup>50</sup>En este sentido, Toledo, op.cit., p.158, señala con acierto que "también parece obligado que el Tribunal exija a la Administración una motivación, y aun, al menos, un principio de acreditamiento de la racionalidad de su resolución".

El mismo autor, op.cit., p.161, se refiere a la evolución que la jurisprudencia del TS ha experimentado en relación con este tema. En este sentido, afirma acertadamente que "de la derivación de toda la carga de la prueba sobre el recurrente se pasa a un mejor reparto entre éste y la Administración. Según esta postura jurisprudencial, corresponde a la Administración, *ab initio*, justificar el

Esta segunda línea jurisprudencial, más progresiva -y que con mayor frecuencia lleva a pronunciamientos anulatorios- repite hasta la saciedad la siguiente doctrina -que se contiene, entre otras, en la sentencia de 8-6-92-<sup>51</sup>:

"El genio expansivo del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, ya ampliamente dibujado por el art.106.1 CE, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho, que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios -art.1.4 CC- informan todo el Ordenamiento jurídico y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos -la Administración no está sometida sólo a la ley, sino también al Derecho, art.103.1 CE-.....

Claro que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad los hechos, para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una

---

contenido del plan y, especialmente, sus reformas, sin que valgan motivaciones escapistas o injustificadas".

Una sentencia que sintetiza adecuadamente la importancia de la distinción entre ambas líneas jurisprudenciales es la de 17-7-89(A.5821). En la misma, se afirmó que "...no se puede compartir la doctrina de que la revisión jurisdiccional de una calificación urbanística contenida en un Plan deba limitarse a examinar su legalidad, por no estar permitido a la jurisdicción modificar la solución elegida por la Administración dentro de su discrecionalidad, si no se constata debidamente que hubo desviación de poder, porque...aquella postura no es aceptable porque no recoge los modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales más modernos que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, consideró insuficiente la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo, porque la solución técnica en que se concrete aquélla debe venir respaldada con los datos objetivo sobre los cuales opera...". Vid. también la STS de 4-4-88(A.2607), que afirma: "...sin perjuicio de la potestad que en estos actos discrecionales tiene la Administración de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad o de conveniencia), que la Ley no predetermina, siendo que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su subjetivo criterio...". Los planes no son actos discrecionales; como en todos los casos, existen en ellos elementos discrecionales y reglados. Por otra parte, que el Plan pueda escoger entre alternativas distintas no quiere decir que la discrecionalidad radique en el contenido del acto; lo que ocurre es que la ley permite a la Administración configurar la causa del mismo como mejor le parezca, con el límite de la interdicción de la arbitrariedad.

<sup>51</sup>También se afirma lo mismo en la de 6-7-87(A.6877).

incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el Ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -art.9.3 CE-, que, por lo que aquí importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta en fuente de decisiones que no resulten justificadas..."<sup>52</sup>.

En todo caso, aquí se analizará de modo preferente esa nueva línea jurisprudencial, por tener más interés y riqueza argumental y por estar más a tono con la postura aquí sostenida; pero, sobre todo, porque en la misma se manifiesta de modo muy claro el control sobre la valoración y apreciación de los hechos determinantes. Por el contrario, en las sentencias encuadrables en la línea jurisprudencial más restrictiva, el análisis de los hechos es prácticamente inexistente; los casos se deciden así con base en declaraciones dogmáticas y con abstracción de los que han dado origen al pleito.

Desde esta segunda línea jurisprudencial, la discrecionalidad del planificador se reduce a través de las mismas técnicas que operan en el caso de las meras resoluciones administrativas<sup>53</sup>. Por

---

<sup>52</sup>Vid. asimismo STS de 16-6-93(A.4884).

Toledo, op.cit., p.174, afirma que "la experiencia acumulada, que hace, a esta altura de los tiempos, imposible cualquier justificación de la falta de rigor de ordenación aprobada; la creciente suficiencia de medios personales y materiales que tiene hoy a su disposición la Administración urbanística; la ausencia generalizada de urgencia, superada ya la fase en que se legitimaba todo sacrificio en aras de la solución del <<problema de la vivienda>>; la minoración trascendente del déficit de equipamientos comunitarios y, en general, la finalización del paso desde el <<urbanismo heredado>> al <<nuevo urbanismo>>, son todas circunstancias que deben impulsar a la jurisprudencia administrativa a proseguir en esa vía de imposición de máximas exigencias a las decisiones de la planificación urbana".

<sup>53</sup>De Vicente, op.cit., p.144, afirma que el interés general no suele utilizarse para sustituir la valoración por otra más adecuada, ya que existe discrecionalidad. Es decir, afirma que la valoración de los hechos por el planificador -la concreción del interés público determinante de la decisión planificadora, entendido como suma algebraica de los distintos que se hallan en juego- es discrecional. El autor se refiere también a la legitimidad procedimental y democrática del plan. Pero todo ello es insuficiente para justificar las restricciones al control judicial. Y, en el mismo lugar, afirma que "el interés público como concepto jurídico indeterminado no ha cuajado -al menos por el momento- en el planeamiento urbanístico. Sólo una sentencia, que me conste, lo reconoce: la de 24-11-81(A.5299)".

En efecto, si bien alguna sentencia hace referencia a que la ponderación de intereses públicos y privados en presencia -cuya resultante puede definirse como

esta razón, en este lugar trataremos únicamente de las especificidades que se plantean en el ámbito de la planificación urbanística. En todo caso, debe recordarse que, a nuestro juicio, existen bastantes argumentos para considerar que en las calificaciones concretas no existe discrecionalidad propiamente dicha una vez fijadas las líneas generales del planeamiento, aunque normalmente sí habrá que reconocer un margen cognoscitivo de apreciación que impedirá en la mayoría de los supuestos su sustitución judicial.

Se ha resaltado por De Vicente Domingo<sup>54</sup> que en los planes,

---

el interés público global- lo hace -como ha resaltado el autor citado-, bien para afirmar la supremacía de los intereses generales sobre los particulares, o bien -a lo sumo- para afirmar que estos últimos se verán compensados en el momento de la ejecución del planeamiento. Vid. STS de 29-10-82 (A.6452).

En otro orden de cosas, esta sentencia es interesante porque afirma que los errores técnicos pueden ser también causa de anulación de alguna determinación del Plan.

<sup>54</sup>Op.cit., p.104. El autor, op.cit., p.110, cita los siguientes elementos reglados: "el establecimiento por la ley de determinaciones materiales de ordenación respecto a la edificación próxima a las carreteras (art.138.b LS), la adaptación de la edificación al ambiente en que se sitúa (art.138 LS); y los estándares urbanísticos que actúan como reglas de fondo para las determinaciones de sistemas generales y equipamientos". Vid. también Delgado Barrio, *El control...*, cit., pp.27-28. Toledo Jáudenes, op.cit., p.132, afirma que los estándares urbanísticos reducen la discrecionalidad del planificador.

Distingue entre elementos reglados y discrecionales de los planes, entre otras muchas, la STS de 7-2-85 (A.1003) o la de 1-10-91 (A.7714).

La sentencia, no obstante, no aclara si la concreción del uso de cada concreto terreno es expresión de un criterio político o si, por el contrario, una vez fijadas las líneas maestras de la ordenación urbanística del territorio esa calificación concreta ha de ser la más ajustada, dentro de lo que son las líneas generales del planeamiento.

Por su parte, la STS de 8-10-83 (A.1385) afirmó que "la reducción de la discrecionalidad del planificador, que sin duda se integró con la Ley de reforma de la Ley del suelo de 2-5-75....., y que ha operado principalmente a través de la técnica de los llamados estándares urbanísticos, en nada puede impedir que esa discrecionalidad, en principio, se mantenga en la materia en cuestión, siempre que se respete la proporción mínima de suelo destinado a parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión; discrecionalidad que en cambio no opera en el sistema de clasificación de suelo, en el que la ley establece una tipología basada en el criterio de <<numerus clausus>>.....".

La sentencia de 28-3-90, referente al mantenimiento por el nuevo plan de la calificación de ciertos terrenos como equipamiento docente, justifica la estimación del recurso con base en que en la ciudad de autos existía un exceso de plazas escolares, por lo que no resultaba plausible aplicar en suelo urbano los módulos previstos para el suelo urbanizable en este punto. También señaló que la resolución recurrida no justificaba ni razonaba la necesidad de que todo el solar tuviera que sacrificarse, sobre todo si se tiene en cuenta que su superficie era muy superior a la exigida por la normativa aplicable. Así, "el interés público no obligaba a rechazar necesariamente la petición parcial de recalificación, ante las circunstancias concretas que concurrían en el colegio, destinado a un Centro de EGB

como ocurre en las resoluciones administrativas y en los restantes reglamentos, existen elementos reglados y discrecionales, y añade que paradójicamente la fiscalización de lo segundo ha evolucionado más que lo primero.

Dentro de los elementos reglados, debe hacerse referencia especial a la existencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados en las normas de aplicación directa<sup>55</sup>. Tal es el caso de los contenidos en el art.138 del TRLS<sup>56</sup>.

---

*de 16 unidades y con una capilla totalmente privada, y a la inexistencia de módulos tan óptimos como el que se intenta aplicar a la Comunidad recurrente, chocando la denegación de la pretensión con el principio de igualdad de los administrados ante la ley, pues la obligada vinculación carece totalmente de justificación razonable, al resultar difícil de explicar que ante las mismas necesidades se establezcan distintos módulos, siendo obvio que nos encontramos con un Centro sobredimensionado para las necesidades previstas en el Plan, que van a verse atendidas igualmente con la solución pretendida por la actora, todo lo cual obliga a la estimación del recurso interpuesto".*

García de Enterría, E., y Parejo Alfonso, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, p.210, consideran que la <<proporción adecuada a las necesidades colectivas>> constituye un concepto jurídico indeterminado, con todas sus consecuencias. Vid. asimismo op.cit., p.129, con referencia al art.73-hoy, 138- del TRLS. En todo caso, eso sólo significa que una determinada proporción es adecuada o no lo es. Creemos que, en la medida en que la concreción de los estándares urbanísticos constituya la plasmación del modelo territorial general, habrá que entender que el planificador goza de cierto margen de libertad, lo que es posible precisamente por el limitado papel de los conceptos indeterminados en el razonamiento jurídico. Por el contrario, por lo que respecta a los conceptos indeterminados del art.138 TRLS, normalmente los problemas que se plantean se resuelven con su simple aplicación, de modo que en estos casos no existirá discrecionalidad; lo que por otra parte es comprensible si se tiene en cuenta que los mismos afectan a necesidades del planeamiento mucho más concretas.

<sup>55</sup>Se trata de un elemento reglado del Plan, o si se prefiere de un caso de reducción de la discrecionalidad del planificador, en cuanto que implica un límite a la libertad de éste.

<sup>56</sup>De Vicente se ha referido tanto a los conceptos jurídicos indeterminados que parecen en la Ley del suelo como a los que aparecen en la normativa urbanística de los Planes -op.cit., p.117-.

No obstante, en relación con los segundos -y paradójicamente, dado el carácter reglado de las licencias-, en alguna sentencia se propugna un control judicial limitado. Nos referimos a la de 24-11-81(A.5299)-el Considerando proviene de la sentencia apelada-. La sentencia justificó en este caso esas restricciones en las peculiaridades del caso concreto -se trataba de la transformación de unas instalaciones deportivas privadas en un jardín público, por lo que la Sala entendió que el interés general debía prevalecer sobre los particulares-.

El TS señaló que "la facultad de discernir sobre si un equipamiento es o no necesario indudablemente corresponde a la Administración, y ello, en base al *jus variandi* reconocido a la misma en el art.47 de la Ley del suelo....., todos los cuales preceptos legales otorgan a ésta la facultad de revisión de anteriores planes, sin restricción alguna, cuando se trata de exigencias de espacios libres, zonas verdes, red viaria y equipamientos, consecuencia de desarrollo económico-social y en aras del supremo interés público, a aquella potestad del *jus variandi*, así como la normativa general comprendida en la Ley del suelo y en los planes de superior jerarquía". Y la STS de 18-7-93 afirma que el planificador ostenta cierta



En relación con esta cuestión, es interesante la STS de 16-6-93 (A.4884)<sup>57</sup>. Se trataba de un recurso contencioso-administrativo contra la aprobación definitiva un Plan general, en relación con la normativa urbanística de cierta parcela.

La razón de la impugnación radicaba en la supuesta vulneración de lo dispuesto en el art.73 del TRLS de 1976 -equivalente al art. 138 del TRLS de 1992-<sup>58</sup>.

La sentencia de instancia, después de precisar la aplicación directa de los preceptos en cuestión, afirma que

*"en los referidos preceptos legales se emplean diversos conceptos legales indeterminados, tales como <<edificio de carácter histórico, artístico, típico, arqueológico o tradicional de gran importancia o entidad>>, <<paisaje abierto y natural>>, <<limitación del campo visual>>, etc., de indudable naturaleza reglada, lo que excluye toda discrecionalidad, aunque desde luego en su aplicación deba reconocerse a la Administración un cierto margen de apreciación en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media*

---

discrecionalidad en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en la normativa del plan. Por nuestra parte, creemos que, en su caso, la discrecionalidad se daría en la posibilidad de apartamiento de las líneas generales del plan por razones de interés público; no obstante, véase lo que decimos sobre si existe o no discrecionalidad en las concretas calificaciones urbanísticas.

Por el contrario, en la de 24-10-90 (A.8328) se afirma, respecto de la catalogación de un edificio, que cuando el plan utiliza en su normativa conceptos jurídicos indeterminados la coherencia del mismo exige que se ajuste a sus propias líneas generales. La sentencia anuló la catalogación.

<sup>57</sup>Vid. también la de 20-2-89 (A.1280).

<sup>58</sup>Sobre este tema, puede verse también la STS de 6-11-73.

En el caso comentado en el texto, el edificio proyectado -de acuerdo con licencia conforme al plan- tenía cinco alturas, y se situaba en una zona de chalets ajardinados de dos plantas y en una manzana donde se ubicaba un edificio catalogado y de elevado valor arquitectónico y un palmeral de una especie protegida. No lejos, existía una zona de edificios, el más próximo de los cuales tenía siete alturas -las dos últimas no autorizadas-.

En la orden aprobatoria de la aprobación definitiva se establecía que la edificación que se ubicara tendría que reunir una serie de requisitos, como revestimiento con materiales nobles y composición de la fachada armonizando con el edificio protegido. También debería respetarse el palmeral y facilitarse la permeabilidad visual. Así, las determinaciones urbanísticas de la parcela -con independencia de su mayor o menor acierto- tenían en cuenta las características del entorno, salvo en lo relativo a la altura.

La sentencia de instancia parte de que este precepto se enmarca dentro del derecho reconocido en el art.45 CE. El Tribunal Supremo -tras invocar la STC 64/82 de 4-11- considera que la ponderación entre el derecho al medio ambiente y el desarrollo económico corresponde efectuarla al Legislador. Quiérese decir que los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el art.138 TRLS son, para esta sentencia, la condensación de la toma de postura del legislador urbanístico sobre esta cuestión.

*entre las zonas de certeza positiva y negativa (STS de 31-12-88, A.10293), lo que implica que en su aplicación ha de estarse a la técnica propia de aquellos conceptos, ya que si la utilización de los mismos por la norma deriva de la imposibilidad de acotar con mayor grado de determinación el ámbito de realidad a que aquélla se refiere, no supone que dicha indeterminación se transmita y permanezca en la fase de aplicación de la norma, pues si ésta se está refiriendo, sin ninguna duda, a supuestos concretos de la realidad, la aplicación de conceptos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: el que concurre o no concurre el concepto"<sup>59</sup>.*

Por su parte, el Tribunal Supremo rechaza, en primer lugar, la alegación de la Comunidad autónoma de que la sentencia recurrida había invadido indebidamente la discrecionalidad administrativa, ya que el art.73 del TRLS contenía conceptos jurídicos indeterminados de indudable naturaleza reglada<sup>60</sup>. Asimismo, distingue entre lo que es la revisión jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en las normas de aplicación directa y lo que es la sustitución judicial del régimen urbanístico aplicable a una determinada zona<sup>61</sup>. Esto último sí es—según la sentencia—discrecional, por tratarse de un elemento integrante en la ordenación

---

<sup>59</sup>La sentencia sintetiza los principales puntos de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, se refiere a la estructura; distingue adecuadamente el halo del concepto del margen de apreciación y también refleja el fundamento de la indeterminación conceptual y la unidad de solución justa, así como los límites de ésta.

Con los antecedentes expuestos, la sentencia apelada concluyó que el acto recurrido trataba de compaginar alturas y volúmenes con el cercano edificio de siete pisos más que con el protegido y su entorno, con lesión del art.73 TRLS de 1976 y del art.45 CE, ya que de ese modo se empobrecerían las vistas y el paisaje.

El TS fiscaliza la aplicación del concepto jurídico indeterminado <<en lugares inmediatos>>, y llega a la conclusión de que éste debía ser el edificio protegido y no el de siete pisos. Pone así de relieve que el art.73 del Texto refundido de 1976 establece que la armonización podrá producirse no sólo con el entorno en general, sino, en su caso, con un edificio particular y concreto. La razón que aduce para ello el Tribunal Supremo que, de los planos aportados a los autos, se ponía de manifiesto que la parcela lindaba con el edificio protegido, mientras que el más elevado se hallaba más lejos.

No obstante, la STS de 4-6-87 (A.4735) consideró que no era de aplicación el precepto que nos ocupa un edificio proyectado junto a las Torres de Cuarte, en Valencia, porque el entorno se hallaba tan deteriorado que la perspectiva del monumento no iba a desfigurarse por la edificación de la nueva construcción.

<sup>60</sup>Cita en este sentido la de 31-12-88.

La sentencia afirma lo mismo que la apelada, si bien la terminología de esta última es más ortodoxa, ya que habla de <<margen cognoscitivo de apreciación>> y no de <<subjetivismo o discrecionalidad>>. En efecto, ya hemos visto que margen de apreciación y margen de discrecionalidad no son conceptos sinónimos.

<sup>61</sup>La sentencia de instancia hace lo mismo, con base en el carácter revisor.

urbanística aplicable.

También debe tenerse en cuenta el control de los elementos formales de los planes, donde es muy abundante la jurisprudencia referente a la repetición de la información pública a consecuencia de supuestas modificaciones sustanciales en el proceso de elaboración del Plan. Esta línea, empero, parece haber ido adoptando un criterio cada vez más restrictivo<sup>62</sup>.

Es especialmente fructífera la aplicación de los principios generales del Derecho, y, dentro de éstos, la aplicación de la técnica del balance costes-beneficio<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup>La STS de 11-2-87(A.2961) se refiere al control de estos elementos formales. En este caso, se anuló un plan especial, al resultar insuficiente la justificación del mismo ofrecida en el Plan de etapas, la memoria y el estudio económico-financiero.

<sup>63</sup>Afirma De Vicente, op.cit., pp.150-51, que el principio de proporcionalidad, "junto a la racionalidad, constituyen los dos principios más sobresalientes en estos momentos -y también los más compenetrados- para el control de la discrecionalidad administrativa en materia de planificación urbanística, y, muy especialmente, en el tema de las alteraciones". En relación con la primera, el autor, op.cit., p.65, afirma que "el principio de racionalidad se ha erigido en el más firme elemento de la conformación jurídica de la planificación urbanística".

Otro principio de importancia en este ámbito, pero que debe aplicarse con cautelas, es el de igualdad. Una sentencia que refleja su aplicación en la fiscalización de las calificaciones urbanísticas -si bien esta vez no se llegó a ningún resultado anulatorio- fue la de 13-3-85. En la misma, se afirma que "el principio de igualdad no puede reputarse infringido, por cuanto resulta acreditado en autos, y así lo demuestra la documentación gráfica aportada a los mismos, que existe una circunstancia diferenciadora muy visible que distingue a los terrenos debatidos de los que han sido calificados de diversa forma, cual es la notoria distancia, separación y aislamiento en que se encuentran, frente a los restantes que, en su día, formaron parte de una misma operación urbanizadora, y que aparecen agrupados en un conjunto orgánico ya realizado y efectivo". Vid. también la de 20-3-85.

Por su parte, la de 8-10-83(A.1385) consideró que no se había infringido el principio de igualdad por el hecho de que se hubieran calificado como parque forestal unos solares y no los terrenos contiguos, recientemente edificados, precisamente porque la situación preexistente de unos y otros terrenos no era la misma. La sentencia conecta el principio de igualdad con el balance costes-ventajas.

Debe tenerse en cuenta, en efecto, que el planeamiento urbanístico implica, por su propia esencia, desigualdad en la calificación de los terrenos. Esta desigualdad se corrige en el momento de la ejecución, como afirma el Tribunal Supremo en numerosas sentencias que constituyen ya doctrina general. Toledo Jaúdenes, op.cit., p.165, afirma que "no parece que, en todo caso, la previsión de una solución desigual para supuestos idénticos deba conducir a una anulación de la previsión urbanística que pesa sobre el desfavorecido". El autor, no obstante, matiza que "ahora bien, la combinación del criterio de la igualdad con otros -como, por ejemplo, el de la racionalidad de la ordenación- podrá dar lugar, en especial para previsiones de zonas limitadas, a la invalidación de la decisión administrativa".

## B) El balance costes-ventajas

Esta técnica tiene especial interés en la medida en que permite confrontar las ventajas y los inconvenientes que tiene el cambio producido en la clasificación o calificación del suelo. No se trata sólo, como es obvio, de confrontar las ventajas e inconvenientes para los intereses generales, sino que también habrá de tenerse en cuenta los perjuicios que puedan ocasionarse a los intereses privados y, especialmente, a la propiedad. Esto tiene una especial importancia práctica, cuando se trata de eliminar un uso lucrativo ya consolidado.

La cuestión ha sido tratada con profundidad por de Vicente Domingo. Este autor examina críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se limita, normalmente, a aducir la discrecionalidad del planeamiento y el deber de la Administración de indemnizar para concluir que los llamados derechos adquiridos no son obstáculo a la *potestas variandi*.

En efecto, el autor<sup>64</sup> parte de que la realidad urbanística

---

Desde nuestro punto de vista, la desigualdad de la planificación es, simplemente, lógica y necesaria. Y, en cuanto a que supuestos idénticos sean calificados de diferente manera, será posible siempre que la ordenación resultante sea plausible; pero, para que ello sea así, será necesario que con el tratamiento desigual se consigan mejores resultados. Será así válido establecer una zona verde junto a bloques de edificación residencial, pero no lo será cuando la misma se halle entre medianeras y exista a escasa distancia un parque perteneciente al sistema general (STS de 15-3-93, A.2523).

<sup>64</sup>Op. cit., p.37. En este lugar cita la STS de 5-12-88 (A.9483), donde se afirma que "...es harto conocida la doctrina jurisprudencial -sentencias de 18-10-85, 13-6-86 y 22-1-88 -que, ciertamente, el *jus modificandi* que ostenta la Administración debe atemperarse a la legalidad, siendo la regla general la conservación del *status quo* anterior conforme a tal legalidad, salvo una completa justificación en orden al bien público general, con seguridad total de ausencia de error en la satisfacción de este interés, y en último caso, con la debida compensación indemnizatoria". Y cita también la de 16-6-82 (A.5444), en la que se afirmó que no existía desproporción en el cambio de calificación porque se habían mantenido las condiciones de edificación existentes.

El autor, op. cit., p.61, hace hincapié en que la llamada *fuerza normativa de lo fáctico* hace que la jurisprudencia sea sumamente prudente, "sobre todo cuando (el nuevo plan) incide en edificios e instalaciones existentes, provocando el *fuera de ordenación*, situación también transitoria pero especialmente gravosa por la restricciones a que están sujetos los edificios así calificados"-subrayados

consolidada no predetermina totalmente al planificador pero sí lo condiciona<sup>65</sup>.

En todo caso, podemos plantearnos hasta qué punto la técnica que nos ocupa permite profundizar en el control de los planes de urbanismo. Es decir, si el balance costes-ventajas exige en este ámbito simplemente la existencia de justificación suficiente para la nueva calificación -de modo que las ventajas sean mayores que los inconvenientes- o si, por el contrario, exige que la misma permita obtener el óptimo balance de costes y beneficios. La jurisprudencia que ha hecho uso de la técnica que nos ocupa en este punto sólo ha llegado al primer estadio, al menos como regla general.

Así, el TS, al aplicar en este ámbito la técnica que nos ocupa, sitúa su control en el rechazo de decisiones carentes de fundamento suficiente<sup>66</sup>. No se trataría ni del rechazo únicamente de las

---

originales-. En cuanto a esta última situación, el autor, op.cit., p.65, entiende que "sólo ante una disconformidad radical que sea un obstáculo insalvable para la ejecución del nuevo planeamiento deberá aplicarse el régimen tan severo de obras prohibidas del antiguo art.60.2 de la LS de 1976 y del 137 de la actual".

Creemos que la Disposición Transitoria 1ª de la Ley valenciana del suelo no urbanizable ha recogido esa fuerza normativa de los fáctico, al prever la reclasificación, por una sola vez, del suelo no urbanizable en suelo urbano cuando los terrenos estén ocupados por la edificación al menos en las dos terceras partes de su superficie.

<sup>65</sup>Así, op.cit., p.38, se refiere a la aplicación de la técnica del balance costes-ventajas según el grado de ejecución del plan antiguo. En parecido sentido, vid. Marotta, op.cit., pp.26-27, quien resalta que dados los principios de prohibición de la ilogicidad e irracionalidad debe preferirse orientar las nuevas actuaciones hacia áreas todavía no transformadas, en principio.

Añade en todo caso De Vicente: "Pero puede suceder que el uso preexistente consolidado sea de interés general y que se pretenda cambiar a un uso lucrativo. Aquí el razonamiento es como sigue: mantenimiento del uso social existente salvo probadas razones de desproporción o irracionalidad de previsible duración". El autor pone como ejemplo los terrenos calificados de dotacional docente privado en el suelo urbano y que pasan a recalificarse como residenciales.

<sup>66</sup>La STS de 7-2-86(A.1234) rechaza implícitamente la utilización de la regla del balance coste-beneficio. Así, no se plantea siquiera el excesivo coste económico del parque proyectado en relación con su utilidad social. Simplemente, no aprecia irracionalidad alguna en relación con el conjunto del plan. Quizá la Sala procedió así ante la infradotación de zonas libres y espacios verdes en la zona; es decir, puede ser que el beneficio social producido por el nuevo parque fuera mayor que el aparente por esta última razón. Pero lo que aparece es que no existe planteamiento alguno acerca del excesivo coste económico de aquél.

La STS de 24-12-90(A.10286) desestima el recurso contencioso-administrativo contra la determinación del plan que establecía en veinte metros la anchura de una calle, ya que servía de punto de conexión entre el suelo urbano y el apto para

decisiones absurdas, ni tampoco de la búsqueda del control máximo<sup>67</sup>.

Si ello realmente es así, muchos problemas teóricos quedarían solucionados, ya que ni se negaría la existencia de límites al control judicial de la potestad de planeamiento distintos de los inherentes al razonamiento jurídico, ni tampoco se limitaría la anulación a las decisiones carentes de fundamento en modo alguno. Lo que ocurre es que este control medio es difícilmente definible desde un punto de vista teórico, como sabemos. En todo caso, ya hemos visto que, a nuestro juicio, existen argumentos que podrían justificar la ausencia de discrecionalidad en las calificaciones concretas; de ser así, en relación con las mismas el control debería ser máximo dentro de los límites del razonamiento jurídico y debería asimismo utilizarse el balance como comparación de alternativas.

Existen importantes sentencias del TS que aplican esta técnica. Una de ellas es la de 4-4-90(A.3587)<sup>68</sup>; otra es la de 18-3-92<sup>69</sup>. Esto

---

urbanizar. Y la de 15-11-93(A.8504) hace lo propio en relación con el trazado de un nuevo vial, que se entendía tortuoso y causante de dificultades en el tráfico por el recurrente, pero cuya finalidad era preservar los valores ambientales e históricos de la zona al mismo tiempo que mejorar el tráfico rodado.

<sup>67</sup>Véase, entre otras, la de 17-7-89(A.5821).

<sup>68</sup>Comentada por Suay Rincón, "El control...", op.cit., pp.249 ss. También se ha referido a ella Escribano Collado, *La justicia*....., op.cit., p.366.

<sup>69</sup>A la misma se ha referido Delgado Barrio, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp.114-115.

La de 10-5-90(A.4059) desestima un recurso contencioso-administrativo porque se entendió que el balance era positivo, aunque la sentencia no utilice esta expresión. Se trataba de la revisión de un plan general en la que se proyectaba una vía de circunvalación que atravesaba una propiedad de cultivo de calidad media. Pero los informes técnicos acreditaron tanto la necesidad del vial como la ausencia de problemas excesivos. En todo caso, un poco más abajo se afirma que la determinación impugnada no se vislumbraba irracional o contraria a los intereses públicos.

En todo caso, la sentencia resulta interesante porque aplica al planeamiento, sin decirlo, la consideración del balance como comparación de alternativas, al decirse que tampoco se había demostrado que la solución propuesta fuera más favorable a los intereses generales.

Por el contrario, parece no aplicar el balance costes-ventajas la STS de 9-10-89(A.7343). La finca del recurrente era en el anterior planeamiento de tolerancia industrial; con la nueva calificación, desaparecería la industria del recurrente, pese a su importancia para la localidad. El TS afirma que el recurso

no debe extrañarnos, ya que en esta materia hay que ponderar muy diversos intereses y valores, lo que la hace campo abonado para la utilización del balance<sup>70</sup>. En algunas de ellas parece apuntarse, aunque de modo tímido e implícitamente, el uso de esta técnica como comparación entre alternativas y la consideración de que sólo existe una solución correcta en las concretas determinaciones de los planes, mientras que en otras esa comparación sirve simplemente para poner de relieve que la solución adoptada no es plausible.

En la de 4-4-90, se trataba de la impugnación de un PGOU en relación con la previsión de construir un vial de circunvalación<sup>71</sup>.

Sistematizando los datos de hecho, podemos decir, en primer

---

debía desestimarse porque no se había acreditado desviación de poder, extralimitación legal ni atentado contra las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido. Parecida es la de 24-4-89(A.3230). Se aducía que una factoría de CAMPSA había sido dividida en dos, cuando en la misma se hallaban instalaciones imprescindibles para los servicios de aquélla. El TS, después de hacer hincapié en la discrecionalidad del planeamiento, considera que la división se justificaba por la conveniencia de crear una zona verde pública junto al palacio de Marivent y en una zona superpoblada; lo que parece más bien hacer referencia a la justificación de la determinación en sí y sin ponderación de los inconvenientes. Pero inmediatamente después hace alusión a los posibles remedios a la situación creada por CAMPSA, lo que supone que también las desventajas se tuvieron implícitamente en cuenta.

<sup>70</sup>Vid. Toledo, op.cit., pp.165 ss.; Sáinz Moreno, *Conceptos...*, cit., pp.263-64.

De hecho, De la Cruz "Una aproximación....", op.cit., pp.75 ss., resalta que otro de los campos abonados de esta técnica es el del orden intervencionismo económico, dado que la cantidad de intereses encontrados hace precisa una ponderación casuística.

La STS de 11-10-91(A.8296) utiliza esta técnica, si bien desestima el recurso contencioso-administrativo. Se había resuelto modificar el planeamiento con el fin de preservar una industria que, a juicio de los recurrentes, causaba molestias y ruidos. La sentencia, tras afirmar -siguiendo a la de 21-12-81(A.5437)- que las determinaciones urbanísticas deben anularse cuando carezcan de justificación suficiente -lo que constituye una implícita alusión al balance costes-ventajas- añade, siguiendo el criterio de la Administración, que no era rentable el traslado de aquélla, y que aunque lo fuera la Administración no podía asumir los costes. Se combinan así el balance y el criterio de la inviabilidad económica.

<sup>71</sup>Este vial nuevo, de una parte, atravesaba de lleno un camping. Por otra, existía ya en las proximidades del proyectado un vial alternativo, que con escasas y poco costosas modificaciones podía servir para el mismo objetivo. En tercer lugar, las dificultades técnicas de ejecución del nuevo vial eran grandes; en este sentido, los recurrentes aducían su inviabilidad. Y, por último, los costes económicos eran ingentes. Frente a esto, el vial alternativo no afectaba al camping, y ofrecía además un coste económico y unas dificultades técnicas ostensiblemente menores.

lugar, que concurría la utilidad pública en abstracto. Un vial de circunvalación es siempre útil. En cuanto a la necesidad del vial, puede ser que, en abstracto, existiera, pero no era preciso que discurriera por el lugar proyectado, al existir un vial alternativo, que podía cumplir el mismo objetivo de modo similar<sup>72</sup>. El TS anuló el trazado del vial e incluso apuntó una solución alternativa -que no impuso entre otras cosas porque no se le había pedido-.

La sentencia de instancia compara el coste-beneficio del vial existente con el del proyectado. Se utiliza una concepción amplia de la doctrina del balance costes-ventajas, que englobaría la comparación de alternativas<sup>73</sup>.

Esta concepción amplia, no obstante, difícilmente habría comportado la sustitución de la determinación del trazado del vial. ¿Por qué? Un primer argumento sería que los recurrentes no lo habían pedido; y otro, que la discrecionalidad del planificador implica la necesidad de dejar a éste la opción de suprimir el vial, o

---

<sup>72</sup>En suma, concurría la necesidad entendida como utilidad pública en concreto, pero no en el sentido de que sólo una alternativa fuera viable.

<sup>73</sup>En esta sentencia -que conocemos gracias al citado trabajo de Suay Rincón, op.cit., pp.255 ss.-, dictada por el TSJ de Cataluña, se apela al principio de eficacia, si bien el mismo no se conecta en la misma tanto con el balance coste-beneficio como con el error en la apreciación de los hechos determinantes.

En relación con la consideración aislada del vial, sin comparación con otras posibles alternativas, la afectación del camping habría *per se* carecido de virtualidad anulatoria, de acuerdo con el TSJ de Cataluña -como ha resaltado Suay, op.cit., p.256.-. ¿Supone esto que la misma es irrelevante? No lo creemos así; probablemente, sólo haya querido decir que no era cuantitativamente suficiente para anular la determinación planificadora en ese caso.

Pero se utiliza, además, el argumento del coste financiero, que parece decisivo -inviabilidad económica, dice la sentencia-.

La STS de 31-1-89 (A.595) anuló un plan general dada la <<total irrealdad los números>> que se reflejaban en el estudio económico financiero. Según la sentencia, el plan "no garantiza ni aun mínimamente la viabilidad de su ejecución, que constituye siempre la razón de ser del planeamiento según su misma esencia, como tiene declarado la jurisprudencia". Y la de 6-6-90 (A.4806) desestima el recurso contencioso-administrativo presentado contra la determinación de un plan general que afectaba al pozo y parte de la finca agrícola del recurrente, con grave detrimento para el rendimiento de la propiedad, a un sistema de equipamiento deportivo, del que se aducía su inviabilidad económica. La sentencia estimó que esta afirmación, como tampoco el coste exagerado del equipamiento, no se hallaba demostrada. La Sala estima que carece de datos para determinar si existía desproporción entre las ventajas conseguidas y el sacrificio a la propiedad. Se combina así el argumento del balance con el de la inviabilidad económica.



de elegir una nueva ubicación del mismo distinta a la del preexistente, etc. Esto último, no obstante, es cuestionable, ya que se trataba de una determinación del planeamiento muy concreta.

Por su parte, el TS añade incluso nuevos argumentos<sup>74</sup>. Suay Rincón<sup>75</sup> considera como datos decisivos, en esta sentencia, el coste económico y la existencia de una alternativa menos gravosa, "sin olvidar tampoco el hecho de que la red viaria lesiona de modo importante la finca de los recurrentes". En todo caso, nos da la impresión de que este argumento tiene aquí más peso que en la sentencia de instancia.

De modo que, de una parte, el vial comporta un elevado coste para la propiedad privada -que es además innecesario- y económico, además de considerables dificultades técnicas. Además, existe una alternativa que, en comparación, resulta menos gravosa y que podía proporcionar iguales ventajas<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup>Como ha resaltado Suay, op.cit., p.256.

<sup>75</sup>Op.cit., p.258.

Como ha resaltado el autor, "el argumento de carácter técnico es en esta ocasión el que no se considera por sí solo suficiente". En ninguna de las dos sentencias se afirma que el vial fuera técnicamente inviable, pero en ambas, la dificultad técnica coadyuva a la anulación de la determinación planificadora impugnada.

¿Habría bastado, para la sentencia de instancia, el argumento de la dificultad técnica para propiciar la anulación pretendida? Seguramente, no; pero quizá sí desde el momento en que esa dificultad se hubiera comparado con las posibilidades de explotación del vial preexistente.

<sup>76</sup>Entiende Suay Rincón, op.cit., p.260, que no resulta suficiente apelar a la técnica del balance, ya que la sentencia la combina con la inviabilidad física y el coste para el derecho de propiedad. Considera así que ninguno de estos argumentos, aisladamente, resulta suficiente, pero sí combinados entre sí. En todo caso, parece remitir la comparación entre alternativas al balance.

El autor concluye que el error en la apreciación de los hechos es, en realidad, la doctrina que recogen implícitamente las sentencias comentadas.

Desde nuestro punto de vista, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que de las mismas no se deduce que el vial fuera técnicamente inejecutable, aunque sí de muy difícil ejecución. Es cierto que esta dificultad coadyuvó a la anulación de la determinación impugnada, pero también lo es que ambas sentencias ponderan las ventajas y los inconvenientes de la misma. La dificultad técnica de construcción del vial proyectado es un inconveniente más.

El balance coste-beneficio no supone necesariamente una comparación entre alternativas: éste puede ser uno de sus contenidos, pero el primigenio, el inexcusable, es la ponderación de la alternativa elegida en sí misma considerada. Lo que ocurre es que la comparación con otras alternativas puede conducir, en ciertos casos, a posibilitar la sustitución judicial del acto impugnado, de una

Es asimismo de sumo interés la STS de 18-3-92(A.3375). En la revisión y adaptación del PGOU de Aranjuez, se proyectaba que, a través de ciertos terrenos pertenecientes a una empresa, discurriera un vial de uso público que atravesaría el complejo industrial. El TS recalcó que el perito había determinado que ese vial distorsionaría el funcionamiento de la importante industria de la empresa recurrente<sup>77</sup>.

El TS concluye:

*"al suponer la vía cuestionada una gran distorsión para funcionamiento de una importante industria, que ha venido utilizando como propia dicha vía desde su instalación, sin que conste en estos autos con certeza la titularidad de aquélla, y al no resultar que la supresión de dicha vía perjudique gravemente los intereses protegidos por el planeamiento, y sin que, por lo que se ha indicado, sea preciso para resolver el problema que nos ocupa la circunstancia de que esa vía estuviese ya prevista en el anterior planeamiento, esta Sala considera que debe estimarse la apelación planteada por la sociedad".*

---

parte; y, de otra, la existencia de un término de comparación puede asimismo servir para mejor poner de relieve las ventajas e inconvenientes de la solución inicialmente escogida.

Escribano Collado, en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., p.366, al comentar esta sentencia, considera que contiene "una doctrina jurisprudencial muy cercana a la del Consejo de Estado francés sobre el balance costes-beneficios, aunque no se debe sin más identificar con la misma, en la medida en que el TS opera en el ámbito de la congruencia o racionalidad de la decisión adoptada con los hechos de los que parte, cuestión sin duda distinta de la valoración de las consecuencias favorables o desfavorables que su adopción entraña para los intereses implicados". Es decir, el autor parece entender la racionalidad como coherencia con la realidad de los hechos, mientras que el balance atendería a la relación entre fines y medios.

Sin embargo, en esta sentencia también se emplea claramente el balance, a nuestro juicio. Lo que pasa es que la coherencia con la realidad de los hechos constituye un presupuesto de la adecuación medios-fines y consecuentemente del balance, salvo en los casos en que deba recurrirse a ficciones. En todo caso, es evidente que el TS hace más hincapié en la confrontación de desventajas entre dos alternativas que en la confrontación entre las ventajas e inconvenientes de una de ellas en sí misma considerada. También opina que en esta sentencia se utiliza esa técnica de la Cruz Ferrer, "El control de la decisión expropiatoria", cit., p.343.

Por otra parte, desde la perspectiva aquí adoptada la irracionalidad también viene referida a la adecuación entre medios y fines.

La STS de 13-2-89(A.1115) desestima un recurso contencioso-administrativo contra la creación de dos nuevos viales que atravesaban un camping. El TS, tras recordar entre otros el principio de proporcionalidad, afirma que aquéllos responderían a las exigencias de la red viaria del sector y que además se podía sostener una <<nueva concepción del camping>>. El TS alude a la necesidad de justificación de la afectación de derechos adquiridos, pero no efectúa expresamente una ponderación de las ventajas y los inconvenientes.

<sup>77</sup>Además, el mismo Ayuntamiento había resaltado que los terrenos se hallaban cercados, y añadía que la apertura al público del vial no constituía objetivo prioritario.

La sentencia así utiliza claramente la técnica del balance coste-beneficio. Aparentemente, sólo examina las ventajas e inconvenientes que plantea la decisión administrativa aisladamente considerada; y llega a la conclusión de que, al ser excesivo el coste en comparación con el beneficio obtenido -la supresión de la vía no perjudicaría de modo grave los intereses protegidos por el planeamiento-, la decisión impugnada debe anularse. Pero, además, sustituye la calificación prevista, ya que considera que los terrenos debían seguir destinándose al uso a que de hecho venían afectados<sup>78</sup>. Ello se debe, a nuestro juicio, a que el balance negativo habría sido el mismo de ser lo proyectado un vial, un jardín o un edificio de viviendas. Frente a todo esto, la única alternativa era la conservación del uso preexistente, de cuyas ventajas y posibles inconvenientes se hace un análisis implícito -posibilidad de que la industria continuara funcionando correctamente y ausencia de graves perjuicios al desarrollo del nuevo planeamiento-<sup>79</sup>. En todo caso, esto no significa comparación de alternativas en el sentido de evaluación de otras posibles trayectorias del vial. Sólo se contraponen las ventajas e inconvenientes del trazado adoptado y de

---

<sup>78</sup>Implícitamente, el Consejo de Estado francés hace lo mismo: en el caso del *arrêt Sainte-Marie de l'Assomption*, por ejemplo, queda claro que los terrenos debían seguir destinados al equipamiento del hospital psiquiátrico.

<sup>79</sup>En un *arrêt* de 7-12-79, el Consejo de Estado francés anuló la apertura de un nuevo camino rural que se había formulado como alternativa a la solución más costosa económicamente de la reparación del existente, con base en que la nueva solución privaba de su patio a una casa y causaba considerables molestias a sus propietarios, sin por el contrario aportara a los usuarios del camino ventajas apreciables. Y, en otro de 3-2-82, se anuló el trazado de un vial de circunvalación porque suponía la destrucción de un jardín público urbano y el de una residencia privada inventariada como monumento histórico. En el de 4-3-83, el Consejo de Estado anuló asimismo el trazado de una nueva vía pública proyectada y la ubicación de una nueva zona verde, con base en que su ejecución implicaba la expropiación de la mayor parte de una finca dedicada a una explotación agrícola. Así, entendió que "en relación con los inconvenientes que presenta la desaparición de esta empresa y con las ventajas limitadas de la actuación que se refiere a un barrio poco densificado y ya bien dotado de zonas verdes naturales y artificiales, el proyecto en cuestión no puede ser considerado, en este extremo, como destinado a un fin de utilidad pública". Tomamos estas referencias de Toledo Jáudenes, *op.cit.*, p.151.

su supresión.

Por último, podemos citar la STS de 17-7-89 (A.5821). El TS anuló la determinación del Plan revisado por la que se establecía un aparcamiento. Así, hace notar que el mismo Ayuntamiento propugnaba su desaparición y recubrir la explanada con una capa vegetal, ya que aquél era innecesario<sup>80</sup>. Además, el perito afirmaba que el aparcamiento dificultaría extraordinariamente el acceso a dos de las parcelas colindantes, sin que el Plan previera solución alguna.

*"Esta conjunción de circunstancias enervan aquéllas que precedentemente se hubieran tenido en cuenta para la instalación del aparcamiento por los estudios urbanísticos correspondientes y a cuya desaparición obliga la necesidad de que se eviten tan irracionales resultados cuando actualmente no obedecen a una necesidad y conveniencia de aquella naturaleza, con mayor razón cuando nada se propone en el plan para remediarlos y cuando, en el mismo orden de cosas, el propio planeamiento atribuye mayor edificabilidad a unas parcelas cuyo acceso, parejamente, hace enormemente difícil, sin que exista una justificación técnica bastante para la imposición de determinación tan gravosa cuando no es indispensable sin correlación o ventaja alguna, siendo por ello por lo que resulta procedente estimar la pretensión de apelación dirigida a la supresión de tal zona de aparcamiento".*

La técnica del balance costes-ventajas sirvió aquí para anular una decisión en la que las ventajas eran muy inferiores a los inconvenientes. Pero, en todo caso, se trata de uno de esos supuestos que reflejan lo resbaladizo de los límites entre lo que carece de fundamento y lo que simplemente es una decisión negativa desde el punto de vista del balance.

---

<sup>80</sup>Adujo también que, si bien la Generalidad se basaba en que el área de aparcamiento ya se hallaba prevista en anteriores estudios de planeamiento y en que las obras de explanación y desmonte ya se hallaban ejecutadas, así como en la inexistencia de otros espacios de las mismas características, la revisión del Plan había introducido importantes cambios en la ordenación del sector.

## 2. Especificidades según se trate de clasificar o calificar el suelo

La clasificación del suelo, al menos cuando se trata de grandes extensiones, refleja el criterio general del planificador para la ordenación global del territorio que se quiere planificar. Por tanto, al menos en sus líneas generales, la misma obedecerá a un criterio <<político>>, y por tanto sólo limitadamente fiscalizable por los Tribunales.

En todo caso, la clasificación del suelo como urbano constituye un imperativo normativo del que no escapa el planificador<sup>81</sup>. Es más complicado cuando se trata de clasificar el suelo en no urbanizable o en urbanizable, programado o no programado<sup>82</sup>. Cuando se trate de

---

<sup>81</sup>Es constante la jurisprudencia que afirma el carácter reglado del suelo urbano, en la medida en que, cumplidos los requisitos legales, debe procederse a la clasificación de un terreno como tal. No obstante, en 1986, Toledo Jáudenes, en "Alteraciones del planeamiento urbanístico: derechos adquiridos y control judicial", op.cit., pp.145 ss., nos daba cuenta de la existencia en la doctrina de una cierta polémica acerca de si los requisitos del art.78 TRLS constituían una condición necesaria y suficiente o una mera condición necesaria para la clasificación de un terreno como urbano.

Entre otras muchas, recogen ese carácter reglado las SSTs de 20-10-86 (A.7664), 26-9-86 (A.5990), 27-1-86 (A.1125), 29-2-84, 2-6-82 y 14-5-84. En la de 23-6-92, se afirmó que "la discrecionalidad característica del planeamiento se manifiesta claramente a la hora de configurar el suelo urbanizable y el no urbanizable. Pero tal discrecionalidad opera dentro de un conjunto de límites de entre los cuales es de destacar ahora el carácter reglado del suelo urbano".

Bañón León, J.Mª, en "La <<fuerza normativa de lo fáctico>> en la jurisprudencia del TS", en REDA, nº59, 1988, pp.471 ss., entiende que la labor del plan en la clasificación del suelo urbano no puede ser considerada automática. Aduce, en este sentido, la necesidad de la adecuación de los servicios existentes a la edificación que sobre el terreno exista o se haya de construir; y también en el hecho de que la Ley del suelo se refiere a los terrenos que el plan incluya dentro del suelo urbano. El autor afirma así que existe una cierta discrecionalidad del planificador -op.cit., p.484-. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ausencia de automatismo no significa más que indeterminación normativa; se plantea así si existen límites al control judicial en este punto. Pues bien: es cierto que existen límites estructurales al control judicial de la clasificación del suelo; pero, en el caso del suelo urbano, el planificador se debe limitar a la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en la Ley del suelo.

A la <<fuerza normativa de lo fáctico>> se refiere también la STS de 31-12-86 (A.8125), referida al traslado de un cementerio por ser insuficiente el espacio.

<sup>82</sup>Pero el control no es imposible: el arrêt de 7-7-82, en relación con una zona de *aménagement différencié*, afirmó que, si bien los proyectos del Ayuntamiento litigante podían justificar legalmente la creación de una de estas zonas, "resulta probado que, en relación singularmente con la importancia de la población y con su situación geográfica, la superficie de la zona es desproporcionada con la necesidad

establecer zonas de suelo no urbanizable protegido, el enjuiciamiento normalmente será algo más fácil, ya que deberán existir razones objetivas que justifiquen suficientemente esa protección, sobre todo en atención a lo que tal clasificación supone para el contenido de la propiedad<sup>83</sup>.

En relación con esta cuestión, puede verse la STS de 8-10-90 (A.7842)<sup>84</sup>. Se trataba de un PGOU que había clasificado como no urbanizable protegido un terreno que se hallaba contiguo a un aparcamiento y una plaza pública. La sentencia, después de repetir la doctrina del TS sobre el uso de los principios generales del Derecho y de la coherencia con la realidad de los hechos y con las líneas generales del planeamiento, anuló la calificación con base en que se trataba de una parcela muy por debajo de la unidad mínima de cultivo

---

de terrenos que implicaría, en un futuro previsible, la ejecución de aquellos proyectos; por ello, el acto recurrido incurre en error manifiesto de apreciación".

La STS de 2-10-90 (A.10451) desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la aprobación definitiva del Plan general de Toledo, en el punto concreto relativo a la ampliación del suelo urbanizable programado en determinado lugar, dados los riesgos de deterioro irreversible del paisaje y el patrimonio arqueológico. Y la de 29-10-91 (A.8182) hizo lo propio respecto de la clasificación de ciertos terrenos como no urbanizables habida cuenta de las perspectivas de crecimiento de la población y de que se trataba de terrenos lindantes con una autopista y alejados del casco urbano, y dadas además las generosas expectativas de suelo apto para urbanizar en las Normas subsidiarias.

La STS de 23-5-90 (A.4269) desestima un recurso contencioso-administrativo contra la clasificación del terreno litigioso como no urbanizable. El TS reconoce la existencia de discrecionalidad, dada la posibilidad de elección entre diversas alternativas para la determinación del modelo global u orgánico del territorio. Indudablemente, la clasificación se halla más cerca de ese modelo que la calificación, aunque debe hacerse notar que la sentencia alude a la discrecionalidad en la asignación de concreto usos para cada terreno.

<sup>83</sup>En todo caso, el arrêt del Consejo de Estado francés de 3-11-82 entendió que el hecho de que se hubiera clasificado una zona como natural protegida sólo puede ser controlado mediante la técnica del error manifiesto de apreciación -tomamos la referencia de Toledo, op.cit., p.154-.

<sup>84</sup>Sobre la misma, Linde Paniagua, E., "El control de la discrecionalidad en la potestad de planeamiento", en *RDU*, nº 128, 1992, pp.83 ss. Vid. asimismo STS de 8-3-93 (A.1590), que anula la norma del Plan general que establecía medidas de protección del medio ambiente como límite a determinadas actividades en suelo no urbanizable, al no haberse acreditado las circunstancias que habrían exigido esa especial protección.

y carente de todo valor agrícola o forestal<sup>85</sup>.

La sentencia concluyó que la realidad de los hechos y la coherencia con las líneas generales del planeamiento hacían irracional la calificación, por lo que procedía su anulación de acuerdo con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>86</sup>.

Más complicado sería el supuesto inverso. Imaginémos que alguien pretendiera la clasificación como suelo no urbanizable protegido de unos terrenos clasificados en el plan como urbanizables. Probablemente, aquí sí habría que reconocer mayor discrecionalidad en la valoración de las conveniencias del desarrollo urbano, de una parte, y de la protección de los valores naturales o paisajísticos, por otra. Sobre todo, en la medida en que el acto recurrido no resulta lesivo para la propiedad -aunque sí quizá para otros bienes constitucionalmente protegidos-.

---

<sup>85</sup>La STS de 11-7-87, referente a la delimitación del suelo no urbanizable de un municipio -parte de cuyo territorio se había calificado como parque natural- adujo que estábamos ante criterios técnicos y sociológicos, pero no jurídicos, por lo que tales criterios son insustituibles por los Tribunales. Por todas estas razones, entendió que la actuación administrativa sólo podría ser anulada en caso de que se apartara del fin público o incurriera en notorio error de hecho. En cuanto a lo primero, debe decirse que, como el planeamiento persigue y pondera multitud de intereses públicos y privados, resulta un tanto difícil hablar de *apartamiento del fin*, salvo en casos flagrantes; además, cualquier acto ilegal en cuanto al fondo, sólo por ello, se aparta objetivamente del fin, y viceversa, el apartamiento de éste implica necesariamente la existencia de un vicio en otros elementos del acto.

En cuanto a la existencia de criterios jurídicos frente a otros no jurídicos, nos remitimos a lo dicho más arriba.

<sup>86</sup>"B) Por otra parte, la mencionada calificación podría resultar justificada por factores distintos de los mencionados por el perito -dimensiones, valor agrícola o forestal-, pero los ahora alegados carecen de virtualidad para fundarla convincentemente. Se dice que la discutida <<guarda unidad y continuidad con la restante franja costera y fincas colindantes>>, pero ocurre que <<la finca inmediatamente colindante ... ha sido destinada a un aparcamiento y una plaza pública>>-informe pericial ya mencionado, folio 90 de los autos-...".

En todo caso, se ha dudado de que la sentencia constituya realmente un ejemplo de aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, en la medida en que se exigió que el fundamento fuera suficiente.

La de 9-2-94 (A.1443) estimó suficientemente justificada la clasificación como suelo no urbanizable de máxima protección de unos terrenos donde existía matorral denso de arbustos de gran tamaño y en proceso de regeneración, con especies arbóreas autóctonas y de follaje más denso y variado que en otras partes de la sierra; de modo que era conveniente frenar la expansión turística.

Por lo que respecta a la calificación, ya hemos visto que en ocasiones la discrecionalidad queda reducida a cero. Y ello, pese a la casi infinita posibilidad calificatoria, frente al muy limitado número de clases de suelo.

En todo caso, existen argumentos que apoyarían que el planificador debe elegir *la mejor solución* cuando se trate de las determinaciones más concretas el plan<sup>87</sup>. Es decir, sin perjuicio del componente político de las líneas maestras del planeamiento, una vez fijadas éstas la discrecionalidad se reduce hasta desaparecer, de modo que aquél queda vinculado a elegir las mejores soluciones dentro del modelo por el que ha optado. Como ya hemos dicho, esta opinión no carece de cierta lógica<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup>Véase de Vicente, op.cit., pp.157 ss., quien al estudiar el control de proporcionalidad se refiere a la elección del medio menos costoso. No obstante, op.cit., pp.164-165, al concluir este apartado, parece inclinarse por un control medio, aunque también afirma que la sustitución sería posible si "la prueba practicada arrojara resultados inequívocos sobre la idoneidad de una determinada situación".

<sup>88</sup>La STS de 7-2-85 afirma que es "condición esencial del éxito de una pretensión de nulidad del plan o de alguna de sus determinaciones singularizadas la de que se constate la infracción de una norma legal (actividad reglada) o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión, de tal forma que la propuesta por el demandante resulte más acorde con los criterios racionales de técnica y oportunidad que deben gobernar el planeamiento urbanístico -actividad discrecional-".

Si bien empieza con la afirmación de que debe acreditarse la disconformidad o incongruencia de la decisión planificadora con los hechos determinantes -hoy podríamos añadir << con los criterios generales del plan >>- , después señala que la anulación procederá cuando la solución propuesta por el demandante resulte más oportuna o técnicamente más perfecta que la establecida en el planeamiento -recuérdese la STS de 7-4-83, antes citada-.

Aquí deben deslindarse dos cuestiones: en primer lugar, la de si por este solo hecho la calificación impugnada debe ser anulada; y la segunda si en todo caso debe ser sustituida por esta causa.

Toledo Jaúdenes, al comentar esta sentencia -op.cit., p.163- afirma que el control se extiende también a la corrección técnica, por lo que si la discrecionalidad consiste en la libertad de apreciar los hechos en relación con la resolución, habría que hablar de un próximo fin de la discrecionalidad del planificador respecto de las soluciones concretas para cada porción de suelo. El problema que encierran estas palabras es que el juez no crea Derecho; la posición de Toledo, pues, entendemos que sólo será admisible, bien si se considera que los reglamentos -y con ellos, los planes- no forman parte del Ordenamiento, o bien si se concluye que la discrecionalidad del planificador queda reducida a cero cuando se trata de las concretas calificaciones, al devenir su determinación una mera concreción de las líneas generales del planeamiento -es más, podría entenderse que esa discrecionalidad no existe por no tratarse de una determinación establecida sobre la base de un criterio político-. Pero los intereses a valorar son muchos, y muchos pueden ser también, en abstracto, los concretos usos asignables a un terreno, por lo que será difícil que en cada caso quede clara cuál es la solución



### III.LA SUSTITUCIÓN JURISDICCIONAL DE LAS CALIFICACIONES URBANÍSTICAS

Ya sabemos que, en ocasiones, el Tribunal Supremo no sólo anula la calificación establecida en el Plan, sino que la sustituye por otra diferente. En la mayoría de las ocasiones, se basa en que la discrecionalidad del planificador queda, en esos casos, reducida a cero como consecuencia de la necesaria coherencia con las líneas generales del planeamiento y con la realidad de los hechos; pero, en otras, como hemos visto, va más lejos y parece entender que en las concretas calificaciones la Administración debe elegir la mejor solución. Aunque esta doctrina no se ha definido ni asentado de manera clara, creemos que tiene una cierta solidez, de modo que cabría defender que en las concretas calificaciones urbanísticas no existe discrecionalidad, aunque normalmente sí habrá que reconocer un margen cognoscitivo de apreciación que impedirá en muchos casos la sustitución judicial de aquéllas. Se puede afirmar incluso, aun partiendo de esta perspectiva, que de hecho será imposible la sustitución salvo que sólo una calificación sea plausible: al ser muchas y no estar tasadas las posibilidades que en principio tiene el planificador en relación con un concreto terreno, es verdaderamente difícil, por no decir imposible, que se demuestre cuál es la óptima, a menos que sólo una de ellas sea aceptable.

Hay no obstante un factor que creemos que puede influir en este ámbito: la existencia de la acción popular. En otras materias, la sustitución será más compleja en la medida en que cae en ocasiones más allá de las legítimas pretensiones del recurrente, tal y como

---

técnicamente más correcta. En efecto, quien pretende la sustitución de una calificación, no sólo debe probar que la solicitada es más plausible que aquélla cuya anulación se pretende, sino que debe acreditar que es la mejor posible.

las configura la LJCA. En el caso del urbanismo, al existir la acción popular cabe la defensa de la legalidad objetiva y de los intereses de la colectividad. No obstante, muchas veces los demandantes actúan como propietarios de los terrenos afectados y no al amparo del art. 304 TRLS. Pero, en este caso, la sustitución será también legítima en la medida en que entre en el reconocimiento de su situación jurídica individualizada.

Ahora bien, esa sustitución puede deberse a la utilización de criterios reglados, contenidos en la normativa urbanística del plan; mientras que en otros supuestos se debe a la aplicación de los principios generales del Derecho o a la congruencia con la realidad de los hechos o con criterios generales del planeamiento que no constituyen estrictamente pautas regladas<sup>89</sup>.

De cualquier modo, la aplicación de supuestos reglados en sentido estricto sólo se dará en muy pocos casos, como aquellos en que la normativa urbanística del plan establece que la altura de las edificaciones estará en proporción a la anchura de las calles, en cuyo caso la sustitución de esa altura será algo de carácter automático. Tal fue el caso, por ejemplo, de la STS de 20-3-90 (A. 2246).

Existen algunas sentencias en que el Tribunal Supremo, sin llegar a sustituir la calificación, considera posible esa sustitución siempre que se produzca la reducción a cero de la discrecionalidad que suele predicarse en estos supuestos. Debe tenerse en cuenta que la necesidad de adoptar una perspectiva global al enjuiciar el planeamiento urbanístico hará que, en casi todos los casos, sea muy difícil o aun imposible proceder a la sustitución de la calificación, en la medida en que casi siempre cabrán nuevos enfoques que permitan sostener varias de ellas para un terreno

---

<sup>89</sup>En este sentido, De Vicente, op. cit., pp. 210 ss.

concreto<sup>90</sup>. De cualquier manera, esta dificultad sólo puede implicar, como ya sabemos, la existencia de un margen cognoscitivo de apreciación y no de discrecionalidad.

Otras sentencias parecen entender imposible la sustitución judicial de las calificaciones urbanísticas, con base en la división de poderes y la consideración de que esta cuestión es de la competencia exclusiva de la Administración, afirmaciones éstas que por sí mismas no justifican esa imposibilidad. Y, por último, en otras la sustitución no se produce por no haberse solicitado por los recurrentes.

La STS de 15-12-86(A.1139,1987) se negó a sustituir la calificación prevista en el Plan por la pretendida por el recurrente -uso industrial-<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup>Esa necesidad de adoptar una perspectiva global también puede servir para justificar la viabilidad de la calificación dada por el Plan, pero siempre y cuando esas razones de <<óptica global>> tengan su basamento en la Memoria o se expongan por la Administración en el recurso contencioso-administrativo, por cuanto lo contrario supondría una ilegítima sustitución de los motivos en el ejercicio de la potestad de planeamiento, con tan fuertes rasgos de discrecionalidad -si se admite esta última cuando se trata de concretas calificaciones-.

<sup>91</sup>Se trataba de un solar donde se ubicaba, con arreglo al antiguo y al nuevo planeamiento, una industria clasificada como molesta, insalubre y peligrosa, y que además trabajaba 20 horas diarias. En el nuevo Plan, se había previsto ubicar en la misma manzana una guardería infantil y un centro socio-cultural. El TS anula esta calificación, con base en que las Normas del nuevo Plan establecían que las industrias de categoría superior a la segunda no podrían ubicarse a menos de catorce metros de otros edificios de uso sanitario, cultural, recreativo o religioso. La industria en cuestión pertenecía a la cuarta categoría, de acuerdo con el perito, pero por error se le había asignado otra inferior.

La razón fundamental de la anulación radica pues en la contravención de la calificación impugnada a las normas urbanísticas del Plan, ya que, de aceptarse aquella como buena y respetarse esas normas, el terreno no podría aprovecharse en la medida que el planificador quiere. Pero también se afirma, como observa Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, cit., pp.66-67, que "aun guardando la distancia de catorce metros prevista en el cultural.271 de las Normas urbanísticas, no resulta racional el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figura una industria como la descrita. Por muy severas y eficaces que sean las medidas correctoras aplicadas para hacer subsanable la industria litigiosa.... resulta cuanto menos inquietante la estancia habitual de niños en las proximidades de la mencionada industria, y lo propio puede sostenerse de un destino socio-cultural....".

Así, se añade al argumento de la contravención de las Normas del plan otro más profundo: el de la irracionalidad -más bien irrazonabilidad- de mantener una guardería al lado de una industria nociva y peligrosa. Y ello, a pesar de todas las medidas de seguridad que puedan tomarse. Esto último conecta con el tema de los resbaladizos límites entre ambos conceptos.

Se ha referido a esta sentencia Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit. pp.89-90.

La sentencia de instancia, pese a anular la calificación impugnada, consideró improcedente la recalificación de toda la manzana como suelo industrial,

"habida cuenta que la facultad de asignar los usos idóneos corresponde al órgano administrativo, cuyas determinaciones pueden ser sometidas a revisión por esta jurisdicción".

Así, la antigua Audiencia Territorial de Barcelona no sustituye la calificación impugnada con base en la competencia del planificador a la hora de calificar el suelo<sup>92</sup>.

Sin embargo, el TS afirma que

"el control jurisdiccional sobre la actividad discrecional conduce desde luego a la anulación de las calificaciones urbanísticas que resulten incoherentes con las líneas generales del planeamiento o discordantes con la realidad de los hechos. También permite, en ocasiones, establecer directamente la nueva calificación de la zona, pero para ello es preciso que inequívocamente aquellos criterios conduzcan a una única solución coherente. Cuando son posibles diversas soluciones, todas ellas lícitas, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional puede decidir al respecto.

*En el supuesto litigioso, la contemplación de las características de la manzana discutida conduciría a la calificación A-8. Pero el planeamiento implica la conjugación de muy diferentes exigencias -unas más localizadas, otras más generales-, y ello impide pronunciar la calificación pretendida"<sup>93</sup>.*

---

<sup>92</sup>Esto es, la sentencia apelada parece decir, aunque no de manera clara, que los órganos judiciales no pueden sustituir las calificaciones urbanísticas por ser éstas de competencia del planificador. Surge así, nos da la impresión, el fantasma de la discrecionalidad <<técnica>>.

Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., p.67, al comentar esta sentencia, afirma que la de primera instancia "desestima el recurso en cuanto a la pretensión relativa a la atribución a los terrenos litigiosos de la calificación de zona industrial asignada al resto de la manzana con idéntica invocación tópica de la función estrictamente revisora de los Tribunales, desestimación que confirma también el TS, aunque desautorizando de forma concluyente la apelación al tópico".

La STS de 26-9-86(A.5590)-Considerando aceptado de la sentencia apelada, después de anular la clasificación como urbanizable de un terreno y declarar que debía ser clasificado como suelo urbano, señaló que no procedía establecer en vía jurisdiccional si la calificación procedente era o no la de equipamiento social E -que era la que pretendía asignar la Administración cuando los terrenos se transformaran en urbanos-, ya que "es a la Administración a quien corresponde analizar la nueva situación que se plantea en la zona al deber tener como urbano el terreno que habrá clasificado como urbanizable, y a la vista de ello resolver nuevamente lo que es procedente sobre el particular del equipamiento a que el recurrente se refiere".

<sup>93</sup>La sentencia del TS de 22-5-90(A.4180) sí sustituye la calificación de equipamiento sanitario por la de industria-jardín, que era la que atribuía el previo plan parcial. Una de las consideraciones tenidas en cuenta para anular la calificación fue la incompatibilidad del uso de equipamiento sanitario con la actividad industrial circundante. La sustitución se basó en que el previo plan parcial se hallaba prácticamente ejecutado y existían numerosas industrias, todas ellas en funcionamiento. ¿Es esto suficiente basamento para esa sustitución? ¿No

La negativa se fundamenta en las dispares exigencias e intereses que debe conjugar el autor del planeamiento. Esto es, las razones por las que el TS se niega a sustituir, en un supuesto en que se trata de un plan de urbanismo -un reglamento- no son, en principio, otras distintas a la dificultad de conocer si, en ese caso, podría quizás haber habido otra solución racional. No se niega sin embargo la discrecionalidad del planificador; se admite como válida cualquier solución racional y coherente. Pero se niega a sustituir por carecer de elementos de juicio suficientes. Esa necesidad de conjugar los intereses en juego es, a la vez, la fuente de la discrecionalidad del autor del plan y, al mismo tiempo, fuente de dificultades para averiguar si, en el caso concreto, existe o no una sola solución racional<sup>94</sup>.

---

existían otros usos compatibles con el industrial? ¿Es que sólo el uso industrial satisfacía las reglas del balance costes-ventajas? Si el TS consideraba que la solución que finalmente adopta era la óptima, o la única viable, ¿por qué no lo explicó?

<sup>94</sup>De Vicente, op.cit., p.209, al comentarla, señala que "nos hemos quedado sin saber con precisión si, en el caso, había fundamentos bastantes en el plan para haber otorgado la calificación demandada".

Un sentencia en cierto modo similar es la de 21-9-93 (A.6623), antes citada. En este caso se había impugnado la calificación de equipamiento cultural a conservar dada a un teatro madrileño. Dicha impugnación se basaba en que la modificación del PGOU incumplía, sin motivo aparente, su propia directriz general de conservar como equipamiento cultural todos los teatros existentes en el centro o ensanche de Madrid.

El recurrente pretendía para el edificio litigioso la calificación de uso residencial y/o terciario, que era la del entorno. El Tribunal Supremo, sin embargo, no accedió a esta pretensión, sino que la anuló y recogió expresamente la posibilidad de que la Administración autora del Plan volviera a calificar dicho teatro como equipamiento cultural, siempre que justificara la razón de la diferencia de trato con otros teatros. En suma, entendió que, dados los casi infinitos puntos de vista del autor del Plan, la calificación podía estar justificada. Debe tenerse en cuenta, en este punto, que la Sala estimó como razonable y justificado el criterio general asumido por la modificación del Plan General. Lo que requería una justificación adicional, que la Memoria no contenía pero cuya existencia entra dentro de lo posible -dados esos casi infinitos intereses que ha de tener en cuenta el planificador- era la diferencia de trato entre unos y otros teatros. Por estas razones, no cabía entender que la única alternativa fuera la pretendida por el recurrente: había razones que podían justificar la determinación impugnada, siempre que se explicara el por qué de la diferencia de tratamiento. De este modo, la sentencia no sustituye los motivos de la decisión.

Por otra parte, en esta sentencia se destaca un dato fundamental: las calificaciones urbanísticas, además de ser coherentes con la realidad de los hechos, deben serlo con las líneas generales del Plan; o, en caso de que ello no sea así, han de ofrecer una justificación adicional. Todo ello supone que el mismo

En todo caso, en esta sentencia se advierte una paradoja, ya que de razones cognoscitivas se extrae como consecuencia la discrecionalidad en las concretas calificaciones, lo que no es correcto.

Un supuesto en que el TS entra de lleno en el análisis de una calificación urbanística, aun cuando no llega a sustituirla, es el resuelto por la STS de 22-9-86(A.6078). En la misma, se impugnaba la calificación de un terreno como <<patio a conservar>>. La sentencia apelada anula la calificación, al entender que no existía el interés artístico que podría haberla justificado. El TS llega a la misma

---

ejercicio de la potestad de planeamiento implica una progresiva reducción de la discrecionalidad del planificador.

Esta sentencia ha sido comentada por Fernández Rodríguez, T.R., "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", cit., pp.604 ss. El autor afirma -op.cit., p.604- que la sentencia comentada denota que no existe el activismo judicial denunciado por un sector de la doctrina sino, por el contrario, un exquisito.

La STS de 7-2-86( A.1234) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Plan general Metropolitano de Barcelona, en relación con determinadas calificaciones urbanísticas cuya sustitución había pretendido el recurrente. El Plan anterior había calificado dichos terrenos como <<zona mediana industria-tolerancia de vivienda-industria>>. Por su parte, el plan impugnado los había destinado a parque público local, al asignarles la calificación de <<zona de renovación urbana-transformación del uso>>. El actor pretendía que se asignara a su terreno la misma calificación que tenía el entorno. Se basaba, además de en esta última circunstancia, en el excesivo coste económico del parque proyectado y en el escaso beneficio social que, a su juicio, el mismo produciría, dado que la fachada de la finca daba al cinturón de ronda.

La sentencia apelada desestimó el recurso, al entender que la interpretación del actor no respondía a la realidad sino que era totalmente subjetiva. Pero, además, apoyó esta afirmación en la diversidad de puntos de vista -de valoración- que el planeamiento lleva consigo, y que sirve de base -junto con el carácter normativo del plan- a la discrecionalidad del planificador.

De este modo, queda patente la pluralidad de puntos de vista que pueden justificar una determinada calificación -lo que, en muchos casos, hará que la sustitución, e incluso la anulación, sea muy difícil o imposible-.

Además, aunque parece apuntarse a una inversión en la carga de la prueba cuando las únicas decisiones rechazables sean las arbitrarias, lo cierto es que la Sala de instancia busca -y encuentra- una justificación racional a la calificación impugnada. La inadecuación del uso -presupuesto fáctico de la misma- se ponía de manifiesto a través de una visión global del Plan en su conjunto. "De la propia prueba pericial puede desprenderse la necesidad de futuras dotaciones, dado que la mayoría de las fincas vecinas han agotado la posibilidad urbanística de edificación y ello puede aconsejar no aumentar la saturación y prever para dotaciones el espacio ocupado por la finca del recurrente, ha de concluirse la improcedencia de la petición actora....".

También se resalta la potestas variandi del planificador, consecuencia del carácter reglamentario del plan.

conclusión<sup>95</sup>.

No obstante, la sentencia de instancia se niega a recalificar el terreno, ya que

*"la calificación del suelo es actividad propia del planificador, correspondiendo a los Tribunales la tarea de revisión del cumplimiento por la Administración de la facultad de ordenación urbanística del territorio".*

La sentencia apelada no duda en fiscalizar si la calificación otorgada es congruente o no con la realidad de los hechos. Sin embargo, se niega a sustituirla por la pretendida por el recurrente por entenderse esta competencia exclusiva de la Administración, sin aludir a una eventual posibilidad de sustituirla en el caso de que sólo una solución pudiera entenderse plausible<sup>96</sup>.

El TS no entra en la cuestión de si procedía o no reconocer al terreno la calificación pretendida por el recurrente, porque la apelación sólo se había presentado por el defensor de la Administración<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup>El patio, en sí mismo, no merecía ser conservado, ni por su tamaño, ni por su contenido ni por su ubicación. Y, en cuanto a su relación con el edificio cercano, tenían entrada por calles diferentes y los separaba un fuerte desnivel; además, ese edificio tenía su propio jardín, contiguo al cual se hallaba el solar de autos. Así, su única relación consistía en que en otro tiempo ambos inmuebles habían pertenecido al mismo titular. En este sentido, Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad*....., op.cit., pp.62 ss.

<sup>96</sup>En el sentido de esta sentencia, vid. Parejo Alfonso, *Administrar* ..., cit., esp. pp.116 ss. Por el contrario, Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad*..., op.cit., p.65, considera que, en este punto, el razonamiento de la de instancia es poco convincente, ya que en último término remite al tópico del carácter revisor. También se refiere a la misma Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp.103 ss.

<sup>97</sup>Fernández Rodríguez, op.cit., pp.62 ss., afirma que la sentencia se queda corta "en lo que respecta al alcance mismo del fallo que contiene, que voluntariamente se limita a la anulación de la calificación urbanística de <<patio a conservar>> dada al solar de autos, que no accede sustituir por la de suelo urbano-subzona residencial" que el Plan general aplica a su entorno y el recurrente reclama"; y considera que se refugia en el omnipresente carácter revisor. Creemos más bien que las limitaciones del fallo se deben a la forma de plantear las pretensiones, pero podría haberse rectificado expresamente el criterio de la sentencia apelada.

La STS de 31-10-90 (A.8436) afirmó que, si bien en ocasiones se ha procedido a sustituir la calificación asignada por la pretendida por el recurrente, "ello sólo ha tenido lugar cuando, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, dicha calificación aparecía como la única posible desde el

A continuación, pasaremos a examinar algunas sentencias que sí proceden a la sustitución de la calificación impugnada.

### 1. El supuesto general

#### A) La coherencia con la realidad de los hechos

Debemos diferenciar varios casos. El primero se dará cuando la normativa urbanística del Plan prevea calificaciones tendentes a conservar lo existente. En este punto no se plantean problemas, ya que se trata de una operación de aplicación de conceptos indeterminados. Tal es el caso de la STS de 27-4-83, que comentaremos al hablar de la aplicación de las líneas generales del planeamiento por cuanto también hizo aplicación de las mismas.

El segundo se constituye por aquellos supuestos en que el cambio de calificación supondría, a la vista de esos hechos preexistentes, unos inconvenientes tan elevados que cualquier otra resultaría irracional. Este supuesto es difícil que se dé, pero no debe descartarse *a priori* la posibilidad de su existencia<sup>98</sup>. De cualquier modo, esto va más allá de la coherencia con la realidad

---

*punto de vista de la legalidad y de las referidas circunstancias".*

La Sala consideró que, como el recurrente había efectuado varias peticiones alternativas, no cabía la sustitución. De este modo, si bien dio pautas que la Administración debería seguir al modificar la calificación anulada, se negó a hacerlo por sí misma, al considerar racionales y razonables diversas soluciones.

No obstante, que el recurrente juzgue posibles varias soluciones alternativas no exime a la Sala del deber de indagar si todas ellas o sólo una resulta plausible.

<sup>98</sup>La STS de 16-6-89 (A.4728), que veremos más adelante, consideró que la determinación del plan, consistente en aumentar de 3 a 5 metros la distancia entre chalets, debía ser anulada, ya que dejaba buena parte de las construcciones fuera de ordenación. También la sustituyó por la preexistente distancia de 3 metros. Pero podemos preguntarnos si el planificador no habría podido razonablemente establecer una distancia inferior, si bien debe tenerse en cuenta que lo solicitado había sido la anulación de la nueva determinación y la reviviscencia de la anterior.



fáctica de los hechos para incardinarse en el ámbito del balance costes-ventajas.

Otros casos resultan más complejos, ya que requieren una visión de conjunto del plan en relación con las características del terreno de que se trate. Resulta interesante en este punto la STS de 28-3-90 (A.2265). Se había impugnado una de las determinaciones del PGOU de Albacete, que había calificado un terreno como equipamiento docente y religioso. Los recurrentes pretendían la recalificación de parte del mismo como residencial, con mantenimiento del uso previsto en el plan para el resto de la superficie, ya que entendían que el centro se hallaba sobredimensionado<sup>99</sup>. La sentencia de instancia y el TS acceden a la sustitución.

Así, tras recordar su nueva doctrina general sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, el TS afirmó:

*"En el presente caso, la sustitución operada por la sentencia de instancia viene impuesta por la realidad de los hechos recogidos en la propia Memoria del Plan general impugnado, en la que se reconoce, de una parte, que en la zona centro de la ciudad -donde está ubicado el centro docente- existe superávit de puestos escolares, siendo los existentes superiores a las previsiones de futuro, y de otra, que el referido Plan adolece de módulos para el cálculo de las dotaciones escolares, y así, de la total superficie -38348 m<sup>2</sup>-, destinada al uso docente, a distribuir entre los trece centros existentes en el sector de referencia, se impone a la Congregación recurrente una vinculación muy superior a la atribuida al resto de los centros"<sup>100</sup>.*

---

<sup>99</sup>La sentencia, después de afirmar que las dotaciones deben ser proporcionadas a las necesidades de la población, puso de relieve que de los más de 10.700 m<sup>2</sup> del terreno, 6.200 se ocupaban por el edificio de uso docente, 1000 por la capilla, y más de 3500 a patio cubierto con instalaciones deportivas.

<sup>100</sup>El TS también afirmó que la calificación impugnada no se legitimaba por el hecho de que el nuevo Plan hubiera mantenido la anterior, ya que ello conduciría a la petrificación de las determinaciones del planeamiento, que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias -en este caso, las necesidades docentes habían descendido-.

La sentencia es también interesante en punto a las relaciones entre la discrecionalidad y las facultades de sustitución judicial. Aun sin decir que la proporcionalidad de los equipamientos en relación con las necesidades de la población ha de ser estricta -lo que implicaría que la Administración carece de libertad para determinar la cuantía de aquéllos, y que los jueces pueden fiscalizar al máximo esta adecuación siempre que se lo permitan las posibilidades del

De este modo, el Tribunal Supremo esgrime como justificación de la sustitución de la calificación la congruencia con la realidad de los hechos. Sin embargo, sólo se aduce, en este sentido, la sobredimensión dada al uso dotacional del terreno que se impugnaba. Nada se añade para justificar, además, que el uso tuviera que ser el residencial, y no el de zona verde o cualquier otro<sup>101</sup>.

### **B) La coherencia con las determinaciones generales del planeamiento**

Estas líneas generales se presumen racionales y, por tanto, todo apartamiento de ellas deberá estar justificado de modo suficiente; en este punto será la Administración la que tenga la carga de la prueba. Así, en buena medida la aplicación de este criterio constituye una manifestación del principio de igualdad, entendido como

---

razonamiento humano-, sustituye la calificación.

Esto evidencia una cierta desconexión entre la existencia o no de discrecionalidad y las facultades judiciales de sustitución. Pero ello es sólo aparente: todo depende del modo como se haya formulado la pretensión. El planificador posee una razonable discrecionalidad -parece decir la sentencia- para determinar la cuantía de los equipamientos; esto supone que sería prácticamente imposible que una Sala sustituyera su cuantía global. Sin embargo, aquí se pretendía sólo la anulación -por desproporción- de la calificación de un terreno concreto y su sustitución por otra. Esta pretensión de sustitución está pues sólo tangencialmente conectada con la desproporción de los terrenos dotacionales. La misma podría haberse formulado aun cuando la anulación de la calificación impugnada se hubiera basado en cualquier otro motivo. La sustitución obedecía a la ausencia de discrecionalidad en la calificación de ese concreto terreno, y la solución correcta no dependía sólo de la desproporción de la dotaciones, sino más bien de una visión de conjunto. Se trata pues de cuestiones interconectadas, pero en cierta medida independientes.

<sup>101</sup>La sentencia de instancia, además de apelar implícitamente al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y al principio de igualdad -íntimamente relacionado con aquél-, afirma que la recalificación era procedente porque no existían razones de interés público que se opusieran a la misma, al tratarse de una capilla totalmente privada y existir superávit global de colegios de EGB. De este modo, parece indicar que la pretensión de recalificación es procedente cuando a la misma no se opongan razones de interés público; no dice que la calificación pretendida fuera la única posible, racionalmente, para ese suelo. Pero esta doctrina no sea quizá del todo correcta, ya que la inexistencia de razones de interés público opuestas no supone que el resultado sea el más plausible. No obstante, De Vicente, op.cit., p.212, al comentar esta sentencia, señala que "el interés público no obligaba a rechazar la petición de recalificación residencial, y el principio de igualdad exigía no imponer un modelo superior y distinto al resto de los centros docentes ubicados en el mismo sector".

prohibición de todo tratamiento desigualitario que resulte discriminatorio por no estar suficientemente justificado. De este modo, la igualdad se proyecta no sólo en la fase de ejecución del planeamiento sino también en éste en sí mismo.

Resulta interesante la STS de 15-3-93 (A.2523). Se trataba de un terreno entre paredes medianeras al que se había calificado como verde privado de interés especial. El TS, después de rechazar la procedencia de dicha calificación, afirma que la sustitución por la de residencial en manzana cerrada resultaba viable.

*"A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.*

*B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone por razones de coherencia -así, SS.22-9 y 15-12-86-. Así lo reclama 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....*

*Ocurre así que los actores de hecho reclaman una solución urbanística que elimine la situación necesariamente provisional de las medianeras vistas para que queden ocultas, resultado éste al que se llega precisamente manteniendo la coherencia del planeamiento, es decir, atribuyendo al terreno litigioso la calificación de los suelos circundantes -clave I, <<residencial en manzana cerrada>>-.*

En el mismo sentido puede recordarse que la presumible racionalidad de las líneas generales del planeamiento exige que un apartamiento de aquéllas sea especialmente motivado y, en el caso litigioso, eliminada por falta de racionalidad la fundamentación de la que derivaba aquel apartamiento, resulta claro que han de recobrar su plena virtualidad los criterios generales del plan que para el entorno del terreno discutido han previsto la calificación de <<residencial en manzana cerrada>><sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup>Fernández Rodríguez, en "De nuevo...", cit., p.603, al comentar esta sentencia, señala que "la naturaleza de las cosas (el carácter <<necesariamente provisional de las medianeras vistas, que nacen para quedar ocultas y no para ser exhibidas>>), sobre la que llamó lúcida mente la atención García de Enterría al perfilar hace ya más de treinta años el principio de interdicción de la arbitrariedad que hoy recoge el art.9 de la CE, y no la opinión subjetiva del juzgador (que en este caso se ha esforzado visiblemente por mantenerse en un segundo plano, renunciando a todo protagonismo y limitándose a constatar hechos que la prueba practicada puso ante él), lleva así derechamente a la única solución compatible con la propia coherencia del plan urbanístico, como la <<normatividad inmanente en la naturaleza de la institución>>....".

Desde nuestro punto de vista, importa haber hincapié en que el TS se esfuerza por averiguar, pese a lo chocante de un jardín entre medianeras, la existencia de algún fundamento racional (de entre los aducidos por la Administración) de la calificación impugnada -como, por ejemplo, la supuesta necesidad de mejorar el microclima de la zona-. Pero llega a la conclusión de que ese fundamento no existe.

Con esto, queremos decir que el TS se muestra extraordinariamente respetuoso

La sentencia pone también de relieve que, a diferencia del caso resuelto por la de 15-12-86, no sólo la manzana sino todo el entorno circundante se calificaba de ese modo<sup>103</sup>.

Asimismo, resulta de interés en este punto la STS de 18-7-89 (A.5988). Se habían clasificado determinados terrenos como suelo urbanizable programado con destino a equipamiento recreativo-deportivo en su mitad, mientras que la otra mitad se había calificado como verde privado de interés especial y catálogo<sup>104</sup>.

En esta sentencia, la sustitución se fundamenta en consideraciones de diversa especie. En primer lugar, nos encontramos

---

con la discrecionalidad del planificador, ya que sólo anula la calificación cuando carece de todo fundamento racional -si bien en este caso también la sustituye por tener suficiente punto de apoyo para ello-.

En todo caso, se pregunta Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., pp.116-17, si podría haber existido algún fundamento racional para otra calificación distinta. A nuestro juicio, si, como hace este autor, se sostiene que existe en estos casos discrecionalidad, no cabrá la sustitución judicial de los motivos, pero esto sólo impide la confirmación del acto. Y, si se sostiene que no existe discrecionalidad una vez trazadas las líneas generales del planeamiento, la sustitución será posible siempre que se pueda conocer cuál es la mejor solución.

<sup>103</sup>Por esta razón, incluimos el supuesto en este epígrafe y no en el siguiente: bien podría decirse que el recurrente había sido discriminado respecto de los propietarios del entorno.

Asimismo, se resalta el efecto antiestético que producen las medianeras vistas, sobre todo si están mal terminadas.

<sup>104</sup>La sentencia de instancia había desestimado la de recalificación de toda la finca como verde privado de interés especial y catálogo, al entender que ello "supondría que el Tribunal invade la esfera privativa de la Administración, en materia que le está específicamente reservada ...el tema de la calificación del suelo...depende de consideraciones de oportunidad, conveniencia para la colectividad u orden de prioridades para la satisfacción de intereses comunitarios, que son privativas de la Administración...el tema del concreto uso, es decir, la calificación que deba darse a dicho suelo urbano, escapa de la función revisora del Tribunal".

Frente a este tópico argumento, que supone tanto como decir que el Derecho no puede en ningún caso determinar que sólo existe una sola solución coherente, se alza el Tribunal Supremo, que estimó el recurso. En efecto, el perito había dictaminado que la calificación racional era la de verde privado de interés especial, dada la singularidad de la edificación y sus jardines. Además, el edificio se hallaba catalogado debido a su valor arquitectónico y paisajístico. Pues bien, la calificación como verde privado de interés especial venía referida a los espacios no edificados con una vegetación que conviene proteger o integrados en un ambiente o entorno a preservar. Asimismo, se resalta que no existía explicación racional para que la mitad del jardín se calificara como equipamiento deportivo-recreativo, ya que todo él tenía unas características semejantes; de ahí que la única calificación coherente con las líneas generales del planeamiento fuera la de verde privado de interés especial.

con el criterio de la coherencia con la realidad de los hechos. Se trataba de un conjunto de interés histórico y arquitectónico, por lo que resultaba procedente, en aras de esa realidad, su preservación. En segundo lugar, aparece el criterio de las líneas generales del planeamiento: fue el propio Plan el que reconoció el valor del edificio; y el que establecía esa necesidad de conservación para los edificios y jardines de esas características. Pero, además, démonos cuenta de que el supuesto puede encuadrarse dentro de los casos en que la sustitución tiene lugar a través de criterios reglados: aunque la cuestión del valor estético o arquitectónico de un inmueble es algo fluctuante, sin embargo el propio Plan había calificado ese edificio y su entorno como un inmueble con valores que habían de protegerse<sup>105</sup>.

Por último, subyace también a la sentencia el principio de igualdad, ya que resultaba carente de fundamento fáctico que una parte del jardín se destinara a equipamiento deportivo y la otra se calificara como verde a conservar, dado que las características de ambas zonas del jardín eran similares<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup>Nos hemos inclinado por incluir el caso en el apartado dedicado a las líneas generales del planeamiento precisamente porque el valor histórico, arquitectónico o estético de un inmueble o un jardín es una cuestión que requiere apreciar con criterios valorativos la realidad.

De Vicente, op.cit., p.210, considera que estamos ante un caso de sustitución por aplicación de los criterios reglados contenidos en su normativa urbanística.

<sup>106</sup>Muy similar es la STS de 27-4-83(A.2279). Se trataba de lo siguiente: en la revisión de un Plan General, se había calificado un palacete como equipamiento público, y su jardín como verde público. La sentencia, después de anular la de instancia -que había considerado que estas cuestiones no resultaban por lo general fiscalizables, en atención a la discrecionalidad técnica-, afirmó que la calificación del jardín debía sustituirse por la de <<zona de verde privado protegido>>. Se basa el TS en que se trataba de un conjunto unitario de notable relieve estético y digno de conservación. Pero además, la recalificación se corrobora "máxime si el propio Plan dentro de la misma población asigna la calificación de <<zona verde privado protegido>> a dos fincas de análogas características, una de ellas de extraordinaria similitud y otra de inferior interés, que permite su permanencia en sus anteriores condiciones urbanísticas, conculcándose así el principio de igualdad y exteriorizándose con ello un diferente criterio de calificación, que el recurrente imputa a error y que la Corporación demandada no rebate con argumentos específicos de ningún tipo".

Es decir, si bien la congruencia de la determinación urbanística con su finalidad protectora fue determinante de la anulación, a la hora de sustituir fue

Otra sentencia que también puede ser aquí interesante es la de 21-2-84(A.1086). En la misma, se confirmó la recalificación por la sentencia de instancia de un terreno como camino de huerta en vez de como zona extensiva baja porque

*"aparece fundada en sólidos razonamientos que justifican su congruencia con la normativa del nuevo plan y su oportunidad técnica".*

El Plan nuevo había otorgado una calificación que disminuía considerablemente el aprovechamiento. La sentencia entendió que la descalificación no podía proceder sino en virtud de unas circunstancias de hecho absolutamente diferentes y de un planeamiento de distinto signo<sup>107</sup>. El TS consideró que en la revisión las nuevas calificaciones deben ser congruentes con la nueva estructura general y orgánica del territorio; y que los terrenos del recurrente se inscribían, por sus características, en las calificaciones pretendidas por él<sup>108</sup>.

La sentencia apela tanto a la realidad de los hechos como a las líneas generales del planeamiento.

---

esencial el diferente trato que se había dado a la finca en cuestión respecto de otras fincas análogas en el mismo plan.

En cambio, en la de 26-9-90(A.7395) se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la creación de una plaza circular que, según los recurrentes, iba contra las líneas generales del plan. En efecto, todas las plazas circulares se hallaban en la intersección de dos viales de gran tamaño, lo que no ocurría en el caso de acuerdo con los impugnantes; y además cerca del lugar se daba esa intersección pero no se ubicaba ninguna plaza circular, por lo que presumían que existía un error en el grafiado de planos. El TS consideró que, de una parte, no todas las plazas circulares se hallaban en esas intersecciones, y de otra, que la creación de esa plaza obedecía tanto a que se hallaba en la intersección de varias calles como a que en el futuro tangencialmente discurriría una vía férrea. En suma, ni existía desviación respecto de esas líneas generales, ni en el caso de haberla habido habría sido injustificada.

<sup>107</sup>Nosotros creemos que todo dependerá de la comparación entre las ventajas e inconvenientes de la calificación preexistente y de la nueva.

<sup>108</sup>Por el contrario, la condición de <<rural privada con interés paisajístico>>, que le había asignado el nuevo planeamiento, se hallaba "en contradicción con sus características objetivas e incluso con infracción del principio de igualdad, lo cual hace desestimable la apelación formulada...".

### C) Congruencia con otras determinaciones del planeamiento

Puede citarse la STS de 2-4-91(A.3278). En este caso, se había calificado parte de un terreno como <<agrícola complementario>>; pues bien, el TS anuló esta calificación y la sustituyó por la de <<actividades especiales en suelo no urbanizable>>. La sentencia entiende que dicha calificación, de acuerdo con las Normas urbanísticas, implicaba la continuación de la actividad preexistente - en este caso, matadero frigorífico -, con posibilidad de ampliación de las instalaciones<sup>109</sup>.

No se trataba de la congruencia con hechos preexistentes, sino de la incongruencia de la calificación con el desarrollo ulterior del planeamiento, habida cuenta de las determinaciones de éste respecto de las fincas colindantes. En todo caso, podemos preguntarnos por qué se sustituyó, si quizás a la vista de ello la Administración podría haber decidido calificar toda la finca y las colindantes de agrícola complementario. Quizá la Sala estimó que la desaparición de la industria habría acarreado unos inconvenientes desproporcionados. Pero en tal caso debería haberse razonado así de modo explícito. Por otra parte, también debería haberse cuestionado si a la vista de esa incongruencia no habrían sido posibles otras soluciones.

Esto demuestra que el criterio de congruencia de unas

---

<sup>109</sup>Y sobre esta base, las ampliaciones viables en las industrias existentes reclaman que a esta segunda parte de la finca se le señale la clave X3. No resulta admisible entender que cuando se obtenga la licencia el suelo afectado quedará incluido bajo dicha clave: la licencia no puede alterar el plan y es éste el que con carácter previo ha de establecer los requisitos para otorgar aquélla. QUINTO. En último término, ha de señalarse que ciertamente la clave X3 aparece en el planeamiento como un complemento dentro de una calificación - artículo 157 de las Normas -. Pero en su escrito de alegaciones, la Generalidad admite que la finca litigiosa se <<calificó>> por el Plan litigioso, <<en parte, de actividades en suelo no urbanizable, clave X3, y en parte agrícola complementario, clave R2>>....".

La contraposición de ambos conceptos, precisamente en el mismo nivel, hace necesario por razones de coherencia mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada, que ha de entenderse como una atribución a la totalidad de la finca de ese elemento complementario de la calificación que es la clave X3".

Las negritas ya figuran en el R. Aranzadi.

determinaciones del planeamiento -no generales- con otras resulta más resbaladizo que los anteriores, y si no se usa con cautela podría originar una indebida sustitución del criterio de la Administración por el subjetivo del juez.

## 2. Incidencia sobre la sustitución judicial de los límites de las facultades de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva

En ocasiones, parece que el TS se ve influido, a la hora de sustituir calificaciones urbanísticas, por la necesidad de preservar la autonomía local. Es conocido que desde la STS de 13-7-90 se entiende que la fiscalización de la Comunidad autónoma sólo se extiende a aspectos <<de oportunidad>> o al margen de apreciación que entiende existente en ocasiones en torno a los conceptos jurídicos indeterminados en la medida en que resulten afectados intereses supralocales<sup>110</sup>.

En este punto, conviene citar la STS de 1-12-86<sup>111</sup>. En la aprobación provisional, un Ayuntamiento había calificado de jardín público un determinado terreno, con base en el déficit de parques y

---

<sup>110</sup>En todo caso, esta jurisprudencia ha sido criticada por Sevilla Merino, I., *La responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de los planes urbanísticos municipales*, FVMP-Civitas, Valencia, 1994, pp.36 ss., quien entiende que, con base en el art.62 de la Ley 7/85 y en el art.114 del TRLS, se puede seguir manteniendo un control de oportunidad más amplio en manos de la Comunidad autónoma en el momento de la aprobación definitiva.

<sup>111</sup>Comentada por Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp.57 ss.; Delgado Barrio, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp.104 ss.

La STS de 20-2-84 desestimó un recurso contencioso-administrativo presentado por la Corporación Metropolitana de Barcelona contra el acto del MOPU por el que se había alterado, en virtud de un recurso de alzada, la calificación de parque forestal por la de área extractiva. La sentencia se basó en la naturaleza física de los terrenos, así como con el resultado de la ponderación entre el interés privado y el público -el propietario los había adquirido precisamente para explotar la cantera-, dado que el resto de la zona calificada como parque forestal era suficiente. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el recurso de alzada sólo servía para enjuiciar cuestiones de pura legalidad.



jardines en la zona. La Generalidad de Cataluña, sin embargo, sustituyó en la aprobación definitiva dicha calificación por la de casa-cuartel de la Guardia Civil, con base en que el terreno había sido donado para esa finalidad<sup>112</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, en aquel momento, no se había perfilado todavía la jurisprudencia actual sobre las facultades autonómicas en la aprobación definitiva de los planes. Importa sin embargo constatar que, pese a esta carencia<sup>113</sup>, el TS anuló la calificación otorgada por la Generalidad y la sustituyó por la que había sido formulada en la aprobación provisional, con base en que la construcción de la casa-cuartel en aquel lugar no era totalmente idónea, ya que dificultaría la posible ulterior ampliación de la escuela contigua, y, además, el lugar era de difícil acceso. Más todavía, había otros posibles emplazamientos para dicha construcción más adecuados<sup>114</sup>.

La sentencia sustituye la calificación por la formulada en la aprobación provisional. ¿Por qué lo hizo? ¿Era la única solución razonable en ese caso instalar en el terreno un jardín, habida cuenta del déficit existente? ¿O, por el contrario, cabría haber entendido

---

<sup>112</sup>Con la condición de que, si no se edificaba dicha construcción en el plazo de 5 años, revertiría el terreno al Ayuntamiento.

<sup>113</sup>Y pese a que del tenor literal del art. 41 del TR de 1976 parecía desprenderse la competencia plena de la Comunidad para fiscalizar aspectos tanto de legalidad como de oportunidad.

<sup>114</sup>Fernández Rodríguez, al comentar esta sentencia, afirma -*Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., p. 62- que la existencia de otros emplazamientos más adecuados para la casa cuartel "contribuía a eliminar el supuesto conflicto de intereses públicos origen de la *litis* (zona verde *versus* casa cuartel)".

Para el autor, si realmente hubiera existido conflicto, quizás habría podido resolverse en favor de la casa-cuartel, dadas sus funciones.

Si el litigio se hubiera planteado en la actualidad, el control del TS se habría extendido también a la posible extralimitación de las facultades autonómicas. En este sentido, planteado el litigio en sus propios términos, en el momento actual la Comunidad tendría que haberse limitado a dar por buena la calificación de jardín, si la misma no lesionara el Ordenamiento ni afectara a intereses supralocales. Si se hubiera planteado un conflicto de intereses, en principio la Comunidad podría haber alterado la calificación, al estar en juego un interés supralocal, aunque siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

que también otras soluciones podían ser razonables, dada la cantidad de intereses públicos que deben conjugarse en el planeamiento? Si hubiera resultado ser lo segundo, habría que concluir que la facultad judicial de sustitución se ejercitó aquí en aras de la autonomía municipal, que debe preservarse en la medida de lo posible. Estaría aquí el germen de la jurisprudencia posterior en materia de facultades autonómicas en la aprobación definitiva de los planes. No obstante, la sentencia afirma la insustituibilidad del solar en cuestión como única zona verde posible en la zona, con lo que parece decirse que era la única calificación procedente, no ya desde el punto de vista de la autonomía municipal, sino también desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>115</sup>. Téngase en cuenta la amplia significación que al mismo presta la jurisprudencia.

---

<sup>115</sup>La STS de 13-11-91 (A.8890) estima el recurso contencioso-administrativo contra la calificación determinada en la aprobación definitiva y la sustituye por la solución elegida en la aprobación provisional, pero sin hacer referencia sino de modo tangencial a la autonomía municipal; simplemente sobre la base de la falta de justificación de ese cambio. Pero probablemente lo primero pesó sobre la decisión final de la Sala.

Por su parte, la de 25-2-92 anuló asimismo una de las determinaciones de la aprobación definitiva de un Plan General municipal. El municipio había previsto para el terreno litigioso la calificación como parte del sistema general de comunicaciones, a fin de destinarlo a plaza pública. Sin embargo, la Generalidad de Cataluña consideró que era más procedente para el mismo la de sistema general de equipamientos, a fin de mantener el uso existente -recreativo y pastoral-. Desde nuestro punto de vista, la preexistencia de un uso implica la necesidad de sopesar con detalle las ventajas y los inconvenientes del cambio de calificación, pero no precisamente como cuestión de mera oportunidad.

En este supuesto, concurría la especial circunstancia de que la Comisión de urbanismo había mantenido la solución municipal. Fue el Consejero quien, al resolver un recurso de alzada, estimó procedente el mantenimiento de la calificación anterior. El recurso de alzada se sujeta a unos límites más estrechos que la Comisión de urbanismo, ya que sólo puede entrar en cuestiones de legalidad, y no en temas de oportunidad que afectaran a intereses supralocales. Sin embargo, la sentencia afirmó que "la Consejería, al resolver el recurso de alzada contra el acuerdo de aprobación definitiva de la Comisión de urbanismo, se encontraba en la misma posición de ésta dentro de los límites del recurso, respecto del plan y, por tanto, con sujeción a las exigencias de la autonomía municipal". No obstante, adujo que no se hallaban en juego intereses supralocales para justificar su fallo, en el que se confirmó la determinación establecida en la aprobación provisional. Quizá aquí la arbitrariedad se concibió de un modo estricto, como equivalente a capricho, en aras precisamente de la autonomía municipal.

### 3. Incidencia de la reserva de jurisdicción: alteración de la calificación reconocida en sentencia firme

En otras sentencias del TS incide tangencialmente la existencia de una sentencia anterior a la revisión o modificación del plan a la hora de proceder o no a la recalificación del suelo. Bajo algunas de ellas, parece subyacer la reserva de jurisdicción, es decir, la preservación del espacio reservado por la Constitución a los jueces y Tribunales frente a otros poderes públicos, en este caso frente al titular de la potestad de planeamiento<sup>116</sup>.

A nuestro juicio, la incidencia de la reserva de jurisdicción habrá de ser normalmente más acusada cuando se trate de simples modificaciones de plan que cuando se trate de su revisión. En el primer caso, si se entendiera que la modificación persigue en realidad eludir el cumplimiento de la sentencia, la reserva de jurisdicción jugará con toda su amplitud, y posibilitará la anulación de la calificación y su sustitución por la que se deriva de la sentencia anterior<sup>117</sup>. En el caso de una revisión, esto será

---

<sup>116</sup>La STC 12/89 de 25-1 afirmó que la sentencia prevalece en el tiempo sobre la norma; en consecuencia, quien haya obtenido un pronunciamiento judicial, aun puramente declarativo, no se ve afectado por la nueva ley como pudiera serlo quien no obtuvo dicho pronunciamiento.

Para Marotta, op.cit., p.200, el planificador debería tener en cuenta la existencia de un litigio pendiente sobre la concesión o no de la licencia y no alterar el plan en ese punto salvo que dicha alteración sea absolutamente indispensable desde la perspectiva del nuevo plan. En todo caso, op.cit., p.203, el autor no considera que la existencia de una sentencia constituya un límite absoluto a la potestad de alterar el planeamiento.

<sup>117</sup>Por otra parte, con toda claridad estaríamos aquí ante un supuesto de desviación de poder.

En todo caso, la STS de 24-10-91 (A.8194) desestimó un recurso contencioso-administrativo contra la calificación, establecida mediante modificación del Plan, de los terrenos del recurrente como equipamiento comunitario de nueva creación, pese a que aquél había obtenido con anterioridad una sentencia por la que se anulaba la calificación de equipamiento existente, que no respondía a la realidad. El TS entendió que el planificador se había limitado a enmendar su error, revelándose su voluntad de establecer en ese lugar un equipamiento comunitario desde el primer momento.

Creemos que a esta sentencia hay que darle un valor muy relativo, dadas las especiales circunstancias del caso. En realidad, la sentencia favorable al recurrente no afirmó la improcedencia de la calificación de

más difícil, ya que se trata de diseñar un nuevo modelo de planeamiento, con el que quizá la antigua calificación sea incompatible<sup>118</sup>. Pero aun en estos casos, en ocasiones la reserva de jurisdicción puede tener cierta incidencia.

Es interesante en este punto la STS de 4-4-88(A.2607)<sup>119</sup>. Se trataba de lo siguiente: el propietario de un solar obtuvo por silencio positivo licencia de edificación, otorgamiento que fue reconocido por sentencia firme.

En la aprobación inicial del nuevo Plan, se mantuvo la calificación preexistente, respetándose así la sentencia obtenida. En el solar de enfrente, cuatro veces mayor, se había previsto ubicar un equipamiento sanitario. Sin embargo, en la aprobación provisional y en la definitiva, se determinó que ese equipamiento debería ubicarse en el solar pequeño -de 192 m<sup>2</sup>-, y se destinó el grande a otros usos.

El Tribunal Supremo anuló la calificación de equipamiento sanitario del solar pequeño<sup>120</sup> y ordenó su sustitución por la preexistente, <<a fin de que aquél (el propietario) pueda llevar a cabo la obra para la que obtuvo licencia>><sup>121</sup>.

---

equipamiento comunitario ni la mayor plausibilidad de otra calificación; se limitó a decir que el equipamiento no existía y que por tanto la determinación impugnada se contradecía con la realidad, pero sin prejuzgar el ulterior destino que el planificador quisiera darle a los terrenos. En suma, no quiso hacer adivinanzas sobre si la intención del planificador había sido ubicar en aquel lugar un equipamiento en todo caso.

<sup>118</sup>Vid. STS de 9-7-91(A.5742). La STS de 19-7-94(A.5545) revocó la recurrida, que había recalificado el terreno por existir una previa sentencia en la que se reconocía al recurrente el derecho a obtener licencia de edificación, frente a la que no podía oponerse la revisión del plan. El TS consideró que esta doctrina es errónea, ya que la revisión constituye en realidad un plan nuevo.

<sup>119</sup>Comentada por Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, cit., pp.68 ss.

<sup>120</sup>La sentencia entiende que el ejercicio de la potestad de planificación se había ejercitado incorrectamente, porque el solar pequeño era ostensiblemente menos adecuado que el grande para soportar el equipamiento sanitario.

<sup>121</sup>La sentencia afirma positivamente la posibilidad de que las Salas de lo contencioso sustituyan la calificación que la Administración ha dado a un terreno. El TS, en este sentido, recuerda la avanzada doctrina de su sentencia de 27-4-83.

En todo caso, no se sustituye la calificación del solar grande por la de

La sustitución se efectúa con la explícita finalidad de que pueda cumplirse la sentencia firme en su día dictada. ¿Es esta doctrina aplicable como regla general?. Creemos que no; no puede decirse que el planificador se halle vinculado por todas las sentencias firmes dictadas al amparo de los planes anteriores. Ello sería tanto como congelar la potestad de planeamiento<sup>122</sup>.

Lo que ocurre es que, dada una sentencia firme, si después el planificador ejercita la *potestas variandi* de forma inadecuada y otorga una calificación errónea y arbitraria al terreno en cuestión, distinta de aquélla a cuyo amparo se había obtenido la sentencia, entonces el ejercicio de esa *potestas variandi* queda desprovisto de justificación. Pero esto puede darse también en los casos en que no haya recaído sentencia alguna al amparo del antiguo planeamiento. En este último caso, el Tribunal sólo deberá sustituir la calificación cuando no exista ninguna otra solución razonable.

Tenemos que preguntarnos, entonces, si se deriva algún efecto de la existencia de una sentencia en estos casos. Pues bien, de acuerdo con de 4-4-88, *el efecto de la sentencia firme recaída al amparo del antiguo planeamiento consiste precisamente en que, cuando la nueva calificación es contraria a Derecho, debe sustituirse por la preexistente a cuyo amparo se dictó esa sentencia o reconocida por*

---

equipamiento sanitario, sino que se remite a una decisión ulterior del planificador. Esto se debe a varias razones: la primera, que esa sustitución no se le había pedido. La segunda es la predicada discrecionalidad del planificador. El hecho de que éste hubiera adoptado en la aprobación inicial el criterio de situar ahí el solar grande no quiere decir que fuera la única solución racionalmente posible para dicho solar. Puede haber otras opciones, aunque el equipamiento sanitario no se sitúe en el solar pequeño. En suma, el cambio de la ubicación del equipamiento del solar grande al solar pequeño es arbitrario, pero ello no se debe ni a que dicho equipamiento no pueda situarse en el solar pequeño -aunque esto no parezca tampoco una solución muy conveniente- ni a que deba necesariamente situarse en el solar grande. Es la falta de justificación suficiente del cambio de criterio en sí -falta de justificación que se puede traducir en *ostensible inconveniencia del criterio adoptado*- la que provoca la arbitrariedad.

<sup>122</sup> Además, la *potestas variandi*, la desvinculación del planificador a las calificaciones existentes, venía claramente establecido en el art. 87 del TR de 1976, y en la actualidad en los arts. 237 ss. del Decreto Legislativo 1/92.

la misma.No obstante, creemos que esta idea debe ser matizada en el sentido de que tal sustitución sólo será posible cuando la calificación preexistente resulte coherente con el nuevo planeamiento<sup>123</sup>; además, aquélla puede tener carácter transitorio.

En todo caso, debe cuestionarse si más que la sentencia ganada con anterioridad no habría pesado en el caso comentado la falta de fundamentación bastante del cambio producido en la aprobación provisional,de modo que ante dicha deficiencia hubiera que entender válida la calificación proyectada con anterioridad y que preexistía a la iniciación del proceso de revisión.Nos remitimos al epígrafe siguiente.

#### **4.La pretensión de mantenimiento de la calificación establecida en el plan revisado o modificado**

A este supuesto se ha referido De Vicente Domingo<sup>124</sup>, quien afirma que la cuestión conecta con la de la reviviscencia de las

---

<sup>123</sup>Así,no será posible respetar la calificación de equipamiento con destino a guardería infantil en un lugar que deba rodearse de industrias peligrosas,por poner un ejemplo extremo.

En *La reserva de jurisdicción*,cit., pp.73 ss.,Muñoz Machado trata el problema de las convalidaciones legislativas.Pero en el caso de la STS de 4-4-88,ni se trataba de una ley,ni tampoco de una convalidación de ningún acto anulado,sino del otorgamiento de una nueva calificación contra lo dispuesto en una sentencia.

Alvarez Rico y González-Haba, "La desviación de poder en materia de personal",cit., p.45, consideran que la modificación de un reglamento para eludir la fuerza de la cosa juzgada podría constituir un caso de desviación de poder. Seguramente los límites de la reserva de jurisdicción son más estrictos frente a los reglamentos que frente a los actos legislativos.Citan estos autores un *arrêt* del Consejo de Estado francés por el que se anuló una modificación reglamentaria aprobada para lograr la revocación del nombramiento del Administrador General de la Comedia francesa,y mediante la que se establecía el cese libre. Pero aquí se trataba de un apartamiento intencionado de la sentencia; como en estos casos el Consejo de Estado francés reconoce la existencia de discrecionalidad, el pronunciamiento es plausible.

Hay sentencias en las que"el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que el *jus variandi* legalice situaciones irregulares,incluso vías de hecho...."-De Vicente,op.cit.,p.69-.El autor cita las SSTs de 1-4-74(A.1763) y de 28-6-77(A.3460).

<sup>124</sup>Op.cit.,pp.49 ss.

normas derogadas por otra anulada. Parte de la base de que no resulta de aplicación a las normas anuladas el art.2.2,párrafo segundo,del Código Civil<sup>125</sup>.

Aquí nos interesa qué ocurre cuando, mantenida la validez de la revisión de un plan, se anula alguna de sus determinaciones concretas. El autor<sup>126</sup> considera que, en estos casos "el tema conecta con el de la idoneidad de la calificación en el nuevo plan y con las facultades de la jurisdicción contencioso-administrativa para la directa imposición, como situación jurídica individualizada, de una concreta calificación urbanística", y cita la STS de 21-2-84 (A.2443), que ordenó la reviviscencia de la calificación derogada. Sin embargo, en ese caso concurrían peculiares circunstancias, ya que existía un error de hecho del planificador, que había creído existente un jardín donde no lo había<sup>127</sup>. Ahora bien, podemos preguntarnos si la intención del planificador había sido mantener lo existente -fuera o no un jardín- o, por el contrario, ubicar allí un jardín, fuera o no existente. La sentencia, en todo caso, entendió que la calificación previa debía subsistir sólo hasta tanto el planificador se pronunciara de nuevo. Es decir, *el fundamento de la sustitución fue la necesidad de evitar un vacío en la*

---

<sup>125</sup>Con base en ello, afirma, op.cit., p.49, que, cuando se trata de la anulación global de un plan, "la reviviscencia, además de ser una consecuencia lógica, tiene a su favor el evitar el vacío normativo que se producirá hasta la sustitución de la norma anulada".

La STS de 6-7-59 declaró la plena vigencia de la Orden derogada y sustituida por aquella que la misma sentencia anuló.

El art.72.2 del Anteproyecto de LJCA de 16-1-95 establecía que por la simple anulación de una disposición reglamentaria no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado, salvo que el Tribunal determinara otra cosa en la sentencia o en su ejecución.

<sup>126</sup>Loc.cit.

<sup>127</sup>"Las actuaciones demuestran, de una parte, que la calificación de <<jardín existente>> no conlleva ninguna intención de revisar o modificar la anteriormente existente, sino, por el contrario, la de mantener la misma situación fáctica apreciada; y por otra parte que el terreno así calificado no era ningún jardín existente, sino un suelo de carácter urbano y en trance de edificación, con arreglo a la normativa urbanística establecida".

Vid. también la de 15-11-83.

calificación, pero sin que la misma fuera obstáculo a que el planificador, en ejercicio de la discrecionalidad que la sentencia parece reconocer en las calificaciones concretas de los terrenos, recalificara el terreno del modo que le pareciera más conveniente. La discrecionalidad no se entendió, pues, reducida a cero.

Es importante atender a si la calificación preexistente es o no acorde con las líneas generales del nuevo planeamiento<sup>128</sup>. Si se produce incompatibilidad, la sentencia sólo podrá hacer revivir la nueva calificación -con carácter transitorio, en todo caso- si el nuevo plan no se halla todavía ejecutado. Si el nuevo plan se ha ejecutado, es absurdo hacer revivir transitoriamente la antigua calificación.

Si existe compatibilidad, creemos que la Sala podrá hacer revivir la calificación anterior, pero sólo con carácter transitorio, ya que la potestas *variandi* no se agota con su ejercicio. La única excepción vendrá dada por aquellos casos en que sólo una solución resulte coherente con el nuevo planeamiento si se considera que el planificador posee discrecionalidad en la calificación de los terrenos. Si, por el contrario, se entiende que la discrecionalidad *stricto sensu* sólo se extiende a la determinación de las líneas generales del planeamiento, lógicamente la sustitución será viable siempre que se pueda averiguar cuál es la solución óptima en cada supuesto.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta la necesidad de que el balance del cambio de calificación sea, cuanto menos, positivo. Pero esto no quiere decir que deba revivir necesariamente la antigua calificación con carácter definitivo hasta nueva revisión del planeamiento siempre que el balance de la anulada sea negativo: hará

---

<sup>128</sup>La incompatibilidad será más probable en el caso de las revisiones que en el supuesto de modificación, pero también podría darse en estas últimas.



falta para ello que la anterior sea la única viable -o la óptima, si se sigue la doctrina de la STS de 27-4-83-<sup>129</sup>.

Resulta asimismo interesante la STS de 16-6-89(A.4728), si bien la misma no viene referida a ninguna calificación urbanística sino a otro tipo de determinación concreta. En este caso, las normas subsidiarias de un Municipio habían reducido de cinco a tres metros el espacio de separación mínima entre edificios en una zona de viviendas unifamiliares<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup>La STS de 28-10-88(A.8295) se planteó, en el caso de la revisión de un plan general, si debía o no mantenerse el uso de unos terrenos, destinados a bar y edificio, y establecidos en un lugar recalificado como parque territorial. El Tribunal Supremo, después de afirmar que revisar un plan es tanto como planificar *ex novo*, afirmó que el mantenimiento de la calificación preexistente habría sido incompatible con el nuevo destino.

Pues bien, De Vicente Domingo, op.cit., p.83, afirma: "creo que ni las posibilidades del Ayuntamiento de Palafrugell son tan amplias que permitan modificar una realidad consolidada sin justificación expresa, ni la revisión como planificación *ex novo* puede prescindir de la ordenación anterior y de sus resultados materiales como si, de verdad, de un primer planeamiento se tratara".

La STS de 31-6-84 consideró que la única calificación viable era la preexistente: "el derecho adquirido al uso puede tener origen en la propia naturaleza de las cosas, cuando la nueva Ordenanza no se reduce a limitar algunos de los usos de que es susceptible el local, sino que prohíbe toda posibilidad de uso del mismo al negarle el único del que es virtualmente susceptible y para el cual fue construido; y esto es lo que ocurre en el caso debatido, en el que el piso bajo de autos fue edificado para oficinas bajo una Ordenanza que permitía este destino, y la privación de este uso por la Ordenanza de 1974 vacía de contenido económico su propiedad al no ser utilizable para vivienda y ser muy remota la posibilidad de conseguir que se adquiriera por algún vecino de la casa como despacho profesional anejo, únicos destinos autorizados en dicha Ordenanza, y tales circunstancias, unidas a que el Ayuntamiento concedió licencia provisional con percepción de los derechos correspondientes, por un importe de 128700 pesetas, y a la existencia en los locales adyacentes de oficinas en funcionamiento, cuyas licencias no se acredita hayan sido concedidas antes de la entrada en vigor de la Ordenanza de 1974, amén de la buena fe del comprador o arrendatario del local, que invirtieron en el mismo importantes cantidades en la creencia, justificada por las circunstancias objetivas concurrentes en dicho local y piso bajo y confirmada por el Ayuntamiento al conceder la mencionada licencia provisional, de que el uso de oficina era lícito, conducente a la conclusión de que la aplicación de la repetida Ordenanza de 1974 infringe el principio de irretroactividad y el respeto debido a los derechos adquiridos, en cuanto, más que una limitación de uso, conlleva una privación total del mismo".

<sup>130</sup>La Sala de instancia anuló esa determinación, pero no la sustituyó por la determinación del anterior planeamiento. Pareció así entender que la sustitución de una determinación urbanística va más allá de la función jurisdiccional: "el Tribunal no puede interferir en la labor estrictamente administrativa ordenando cuál ha de ser la distancia adecuada, lo que corresponde al planificador, en función de la misión global de la ordenación decidida, tema éste ajeno a la específica misión jurisdiccional".

No queda del todo claro si, para esta sentencia, toda recalificación entraría en esa ordenación global o si solamente en algunos supuestos ocurriría así; no obstante, a la vista del caso enjuiciado nos podríamos inclinar por la

El Tribunal Supremo consideró posible la sustitución. De este modo, después de recordar su nueva doctrina general acerca del control de la discrecionalidad del planeamiento a través de los principios generales del Derecho, subrayó que existían chalets ubicados en parcelas en su mayoría entre 1000 y 2000 m<sup>2</sup>, con separación viaria de 3 metros, siendo muy elevado el grado de consolidación edificatoria<sup>131</sup>.

De esta sentencia debemos resaltar los puntos siguientes. En primer lugar, se sustituye la determinación anulada por la existente en el planeamiento anterior. Sin embargo, ello no se hace con carácter provisional, a fin de evitar un vacío de ordenación hasta tanto el planificador decida cuál ha de ser la solución más conveniente. Por el contrario, el TS parece entender que, dadas las peculiares circunstancias del supuesto de hecho, el planificador carecía de discrecionalidad para fijar la distancia mínima entre parcelas.

Para ello, la sentencia utiliza una serie de argumentos que, desde nuestro punto de vista, se pueden englobar en la aplicación de la técnica de balance costes ventajas<sup>132</sup>.

El TS apela además a la realidad de los hechos y a la necesidad

---

primera de las opciones, ya que poco debe de tener que ver con la estructura global del territorio la distancia mínima en una zona de chalets.

<sup>131</sup>La sentencia consideró que las Normas subsidiarias habían desconocido la realidad y que, al mantener el tamaño mínimo de la parcela en 400 m<sup>2</sup>, alentaban la subdivisión de las parcelas grandes, además de poder provocar un grave perjuicio económico por dejar fuera de ordenación la mayoría de las parcelas. "No existe por tanto justificación alguna, no sólo para mantener la modificación incorporada al art.96 de las Normas subsidiarias, como ha reconocido la sentencia de instancia, sino para no restablecer la distancia de los tres metros, que venía siendo la aplicable en inequívoca coherencia con la realidad. Con ello, no sólo se otorga una efectiva tutela judicial, como exige el art.24 CE... y se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a tenor del art. 9, sino que se garantiza la efectividad y aplicación del art.19.3 del Reglamento de planeamiento".

<sup>132</sup>Así, se hace hincapié en los inconvenientes de la nueva determinación- propiciaría la fragmentación de parcelas grandes; dejaría fuera de ordenación buen número de chalets, en un lugar donde el índice de consolidación de la edificación era elevado-, lo que no se compensa con la única ventaja que al parecer se obtendría -la existencia de una distancia mayor entre las casas, si es que esto puede entenderse ventajoso-.

de que el planeamiento guarde con los mismos una coherencia lógica. Es cierto que el planificador puede operar sobre esa realidad para modificarla, pero esa modificación, en el caso de autos, habría supuesto muchos inconvenientes y prácticamente ninguna ventaja<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup>Véase De Vicente, en *Las alteraciones...*, cit., p.183.

Podemos aquí citar también la STS de 18-7-88(A.5914). La Sala se negó a sustituir la determinación urbanística, pese a haberla anulado, por la correspondiente que existía en el antiguo plan. Se había configurado una calle que siempre había tenido 10 metros de anchura de forma que en un determinado punto se estrechaba a sólo cinco metros, lo que a juicio de la sentencia carecía de justificación y además causaba dificultades circulatorias.

La Sala de instancia, sin embargo, entendió que esa sustitución habría supuesto una ilegítima invasión de las funciones administrativas, por cuanto afirmó la sentencia- la determinación de la red viaria y la ordenación circulatoria competen a la Administración. Añade así que su competencia no se extiende "más allá de dejar sin efecto las soluciones obviamente absurdas". Ello, pese a que los recurrentes pedían que la anchura de toda la calle se mantuviera en 10 metros, tal y como hasta entonces había venido siendo. Por su parte, el Tribunal Supremo no se pronunció sobre esta cuestión, ya que la sentencia sólo se había apelado por la Generalidad de Cataluña.

La sentencia ha sido criticada por De Vicente, op.cit., pp.208-209, con base en que el control debería haber sido más intenso, "ya que no había razón alguna contraria al establecimiento de una anchura ya preexistente en el planeamiento anterior". El autor parece así basarse en la falta de apoyatura objetiva del cambio producido, que debería haber hecho revivir la ordenación existente con anterioridad. Pero podemos dar una razón adicional en favor de la sustitución judicial en este caso. En efecto, si la determinación del plan anterior se hallaba ejecutada, previsiblemente habría supuesto un gran coste el cambio de anchura de la calle en cuestión.

## CAPÍTULO III. LOS ACTOS INCARDINADOS EN LA FUNCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA

### I. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En primer lugar, debemos preguntarnos si es conveniente emplear la expresión dirección de la actividad política o por el contrario la de actividad de dirección política. Por nuestra parte, creemos que toda actividad política es por esencia directiva. El TS, en su sentencia de 2-10-87, después confirmada por la STC 45/90, señala que la política consiste en una selección de objetivos y prioridades, cuando la misma no viene establecida por ley<sup>1</sup>. Pero esta definición es excesivamente amplia, ya que, de utilizarse, muchas decisiones se convertirían en políticas. Por eso, entendemos que la dirección es inherente a esa actividad, por cuya razón la utilización de una u otra expresión resulta irrelevante.

Por esa misma razón, creemos que cuando se habla de gestión política se hace referencia a lo mismo. En efecto, gestión es sinónimo de actividad; actividad equivale a conjunto de actos. Pero esa actividad o conjunto de actos es, por esencia, directiva<sup>2</sup>.

De este modo, indistintamente hablaremos de función política o

---

<sup>1</sup>Démosnos cuenta, desde este punto de vista, el importante recorte -aunque desde luego necesario- que para la autonomía política de las Corporaciones locales puede suponer la puesta en práctica del art.59 de la Ley 7/85.

<sup>2</sup>Quizá cabría en este punto distinguir entre actividad de dirección política- que correspondería a los Gobiernos o, como mucho, a sus miembros- y de gestión política -que correspondería a los Secretarios de Estado-. Pero es muy difícil establecer esta línea divisoria, ya que la actividad política es por esencia de dirección -vid. López Guerra, L., "Funciones del Gobierno y dirección de la política", en DA, nº215, 1988, p.26, quien considera que la actividad política constituye una actividad de creación e impulso, no meramente ejecutora de mandatos de otros; y añade que el art.97 contrapone la función directiva a la ejecutiva-. En todo caso, debe tenerse en cuenta la polémica sobre la pertenencia o no de los Secretarios de Estado al Gobierno: vid. STC 60/86 de 20-5.

de dirección de la política.

Se plantea también si las expresiones actividad de dirección política y actos políticos<sup>3</sup> pueden emplearse o no como sinónimas. Un poco más abajo trataremos esta cuestión; no obstante, anticipemos que, si bien podrían emplearse así -precisamente porque actividad equivale a conjunto de actos-, sin embargo la segunda expresión tiene resonancias que hacen inconveniente su uso, sobre todo desde el momento en que el art.2 b) LJ no está formalmente derogado<sup>4</sup>.

También se emplea en ocasiones la terminología de actos de gobierno. Normalmente, la misma se usa por aquellos autores que consideran que existe un ámbito de actuación de los Gobiernos no fiscalizable judicialmente salvo por infracción de elementos reglados o lesión de derechos fundamentales<sup>5</sup>. Como nosotros partimos de un planteamiento diferente, intentaremos no usar esta

<sup>3</sup>Acerca de esta controvertida categoría, puede verse, además de las citadas obras de Embid y Sáinz Moreno, Carro y Fernández-Valmayor, J.L., "La doctrina del acto político", en *RAP*, nº53, 1967, pp.73 ss.

Puede también consultarse Mozo Seoane, op.cit., pp.211 ss, para quien son actos políticos el ejercicio del derecho de gracia, las reevaluaciones o devaluaciones monetarias o la fijación de límites a la circulación fiduciaria -op.cit., p.219-. Este autor, op.cit., p.276, considera que el acto político es esencialmente discrecional, pero niega que la discrecionalidad sólo se dé en los actos políticos, así como que el acto político sea una subespecie de acto administrativo discrecional -op.cit., p.223-.

Consúltese también Sánchez Agesta, L. "Concepto jurídico del acto político", en *Homenaje a Pérez Serrano, II*, Madrid, 1959, p.196, para quien los actos políticos implican "constituir, desenvolver, modificar, defender o destruir el orden jurídico fundamental"; este autor, op.cit., p.200, afirma que la naturaleza política de un acto no implica necesariamente su injusticiabilidad, y pone como ejemplos la jurisdicción constitucional y la tipificación del delito de sedición. Puede asimismo verse Baena del Alcázar, M., "Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español", en *DA*, nº177, 1978, pp.5 ss., y en *DA*, nº178, 1978, pp.5 ss., quien comprende dentro de la categoría de los actos políticos algunos, como la devaluación de la moneda, que son considerados en ocasiones como dimanantes de potestades administrativas de índole esencialmente discrecional, dado precisamente el *criterio político* de la decisión -vid. Sáinz Moreno, *Conceptos...*, cit., pp.307-308-. Baena acababa concluyendo -en la segunda parte de su trabajo, op.cit., p.24- que se trataba de actos que incorporaban la voluntad política del Jefe del Estado.

En la doctrina francesa, Moderne, F., considera necesario -*La justicia administrativa...*, cit., p.325- reducir la lista de "actos que aún escapan al control jurisdiccional (actos <<de gobierno>> o medidas <<de carácter interno>>". Este último concepto es resbaladizo, y, por ello mismo, peligroso.

<sup>4</sup>En todo caso, en este trabajo se parte de su derogación tácita.

<sup>5</sup>La sentencia de 9-3-85(A.4067, 1986) parece decir que, cuando se trata de derechos fundamentales, no cabe estimar que estemos ante una actuación política.

terminología.

En todo caso, resulta evidente que la política es, en sí misma, algo prejurídico. Lo que importa a efectos de este trabajo es la plasmación de la función política en actos jurídicos, sean singulares o generales. Así, hablaremos de actos incardinados en la dirección de la política.

Por último, dentro de la actuación política puede hacerse una distinción. Así, de una parte existen actos materialmente directivos, mediante los cuales se incide directamente en distintos sectores. Por otro lado, existen actos de relación institucional entre distintos órganos políticos. Dentro de éstos, podemos englobar algunos -no todos- los actos ejecutorios parlamentarios<sup>6</sup>. Y existen otros actos que se dictan en uso de una habilitación constitucional de discrecionalidad; la Constitución en estos casos pretende reservar al Gobierno un ámbito propio, por lo que son asimilables a las actuaciones de dirección política aun cuando materialmente sean diferentes. Así al menos lo ha entendido la jurisprudencia, como veremos, en relación con ciertos nombramientos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>Como se sabe, los arts.58 y 74 LOPJ establecen la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa de los actos de los órganos de gobierno parlamentarios en materia de personal y actos de administración. Pero, como se verá, los Tribunales del orden contencioso-administrativo en ocasiones han admitido y hasta a veces estimado recursos contra actos ejecutorios de los Parlamentos que son paralelos a otros dictados por los Gobiernos y de cuya inclusión entre los de relación institucional entre órganos políticos nadie dudaría. ATS de 18-2-87-.

<sup>7</sup>Véase Sáiz Arnaiz, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *RAP*, nº134, 1994, pp.233-34. Para este autor, "El Gobierno y la dirección de la política", *op.cit.*, p.197, dentro de la función política deben incluirse tanto actos de relación institucional entre poderes como actos materialmente directivos, entre los que cita la iniciativa presupuestaria o la adopción de decretos-leyes. Señala que este tipo de actos se caracterizan por no estar directamente dirigidos a incidir en el funcionamiento de otros órganos.

Estas consideraciones podrían inclinarnos a diferenciar la dirección de la política dentro de la política en general. Pero en ese caso quedaría eclipsada la naturaleza directiva de la actuación política y por tanto podría inducirse a la

Consideraciones de índole sistemática podrían inducirnos a diferenciar estos distintos bloques de actos y a darles un tratamiento separado. Sin embargo, aquí importa la perspectiva de la fiscalización jurisdiccional. Y, como veremos, desde la misma no es conveniente establecer esas diferenciaciones sistemáticas, si bien será muy raro que los Tribunales ordinarios puedan enjuiciar actos de relación institucional, por las razones que veremos.

En todo caso, en los actos de dirección política es clara la existencia de límites estructurales a la fiscalización judicial<sup>8</sup>. En efecto, en este ámbito no opera el art.106.1, aunque sí el art.24 CE. Pero el control de forma y de fondo por el orden contencioso-administrativo debe afirmarse cuando no exista otra vía de satisfacer ese derecho.

Sin embargo, quizá en este campo como en ningún otro se ve clara la relación entre límites cognoscitivos y límites estructurales. Si existe la democracia, si existe el gobierno y la política tal y como hoy lo entendemos, con todas sus connotaciones voluntaristas, es porque existe un desacuerdo en la aplicación concreta de los valores de una sociedad y una contraposición de intereses que difícilmente permitirá hallar una respuesta por todos consensuada como la óptima.

---

formación de un concepto excesivamente amplio de lo político.

<sup>8</sup>Mozo, op.cit., p.223, afirma, aunque con referencia al «acto político»: "el acto político es, en efecto, esencialmente discrecional", "aunque ello no significa un ejercicio de la discrecionalidad, que en esto sí acierta el legislador". A continuación, añade: "en una hipotética escala o gradación de la discrecionalidad (no sólo estrictamente de la discrecionalidad administrativa, por tanto), el acto político se mueve preferentemente por la cúspide, como manifestación del más alto grado de libertad del poder público"-el subrayado es nuestro-.

García-Trevijano, *Tratado...I*, op.cit., pp.426-27, afirma que "hay actividad discrecional no fiscalizable, aunque esto le viene más por su carácter político-actos políticos y de gobierno-(los actos políticos y los discrecionales son categorías distintas...)". De este modo, el autor parece decir que, en la entraña del acto político, existe un trasfondo discrecional, aunque considera que son categorías jurídicas diferentes.

## II. NOCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA

### 1. Facultades de dirección de la política y actos políticos

Creemos que la función política y la administrativa son materialmente diferentes, lo que no significa que deba sostenerse la categoría del acto político en el sentido tradicional<sup>9</sup>.

No obstante, aun cuando aquí se parte de una noción funcional de la actividad política como jurídicamente diferente de la administrativa, los riesgos son mínimos, en la medida en que consideramos que también aquélla se sujeta a un control judicial de fondo, incluso con base en los principios generales del Derecho.

En todo caso, preferimos hablar de actos emanados de las facultades de dirección de la política antes que de actos políticos, por las resonancias de esta categoría en la historia reciente de nuestro Derecho Administrativo<sup>10</sup>. Esa denominación sólo

---

<sup>9</sup>Entendemos que el art.2 b) LJCA se halla tácitamente derogado. Embid, por el contrario, "La actividad de gobierno...", cit., p.255, lo considera conforme a la Constitución. El autor considera que el precepto es inocuo, en la medida en que se limita a su juicio a recordarnos que existen actos no fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. Pero creemos que esto contradice la tutela judicial efectiva.

De cualquier modo, salvo los casos de las relaciones internacionales y de los actos de relación entre órganos constitucionales, los a veces llamados actos políticos no se distinguen formalmente de los actos administrativos. Pero aun en aquellos supuestos hay casos dudosos: vid. ATS de 18-2-87 y STS de 30-7-87.

<sup>10</sup>Sobre las dificultades de identificación del acto de gobierno puede verse García de Enterría, E., "La lucha...", cit., pp.183 ss., quien acaba concluyendo que dicha categoría carece, en sí de identidad sustantiva, y que jurídicamente tampoco existe diferencia entre la función política y la administrativa. El autor trataba de acotar el ámbito de aplicación del art.2 b) LJCA. Por su parte, Escribano Collado, en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., p.357, ha resaltado que la introducción expresa por la LJ del control judicial de la discrecionalidad se compensaba con la existencia del mencionado precepto y del art.40.

Para Baena del Alcázar, "Los actos políticos....., II", cit., p.34, el acto político se excluía del control judicial por razones políticas; pero la pretendida distinción sustantiva entre las funciones política y administrativa presente en la Exposición de Motivos de la LJ era inaprehensible, entre otras cosas porque el sistema constitucional entonces vigente confundía lo político con lo administrativo.

González-Berenguer Urrutia, J.L., op.cit., p.158, afirma que nuestra jurisprudencia, durante los primeros años de vigencia de la LJ, y con el fin de acotar al máximo los supuestos de aplicación del art.2 b) de la LJ, se decantó por



parece pacífica cuando se trata de actos de carácter internacional o de relación institucional entre órganos constitucionales<sup>11</sup>.

---

una combinación del criterio subjetivo -acto del Gobierno- y del móvil o, en su caso, de la naturaleza intrínseca del acto. Este autor, op.cit., p.162, añade que el acto político, en la LJCA, era esencialmente distinto del acto administrativo. Del Saz Cordero, op.cit.pp.157 ss., señala que la Ley de 1956 parte de esa concepción, que la autora no comparte.

En todo caso, hay quienes prefieren mantener la categoría. Vid. Hernández Martín, op.cit., p.90. Para Boquera Oliver, J.M<sup>a</sup>, "Los orígenes de la distinción entre actividad política y actividad administrativa", en RAP, nº40, 1963, p.77, no se debe negar su existencia, sino arbitrar medios "para que el acto político no desborde los cauces en donde tiene una misión que cumplir". De la Vallina, op.cit., p.40, en nota, afirmaba en 1967 que se trata de una categoría vigente en nuestro Derecho, aunque debía ser utilizada con criterio restrictivo.

Sobre el origen de la teoría del acto de gobierno, puede verse entre otros Garrido Falla, "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa", cit., pp.145 ss; Del Saz, op.cit., p.157, nota(87), quien se refiere a la reducción progresiva del ámbito de los actos de gobierno en la jurisprudencia francesa. Carro, op.cit.pp.73 ss., afirma que la categoría nació de manera casual. En sentido similar, Trillo-Figueroa, op. cit., pp.22 ss., para quien los únicos actos políticos hoy admisibles son los dictados en el ámbito de las relaciones internacionales, los de relación institucional y los que suponen ejercicio de la prerrogativa de gracia o la amnistía.

<sup>11</sup>Sobre estas cuestiones, vid. Carro, "La doctrina...", op.cit., pp.107 ss.

Sobre las tesis negativas de la existencia del acto político, vid. Boquera Oliver, "Los orígenes...", op.cit., pp.34 ss.

La STS de 22-9-86(A.4801) niega que un acto referente a la sucesión del mando en las unidades colectivas de la Armada sea un acto político, pese a lo dicho en el art.2,b) LJCA. La misma doctrina se contiene en el ATS de 19-1-87(A.253).

La STS de 2-10-84 critica la conceptualización como actos políticos de cualesquiera manifestaciones de la política, como política agrícola, económica, educativa, etc. Esto nos recuerda la distinción entre *policy* y *politics* -sobre la misma, véase Ferrando Badía, *J. Estudios de ciencia política y de teoría Constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp.626-630.-; ahora bien, ¿dónde está el límite? En todo caso, Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad...*, cit., p.169, afirma que las políticas sectoriales no son otra cosa que la suma de un sinnúmero de decisiones administrativas discrecionales.

Xifra Heras, op.cit., pp.1849 ss., considera incluidos en la función política o de dirección los actos de orientación de la política interior; la dirección de la política exterior y de la defensa; las actividades dirigidas a proteger los derechos fundamentales y la seguridad ciudadana -lo que consideramos excesivamente amplio-; los actos de relación institucional, entre los que menciona la interposición del recurso de inconstitucionalidad o el caso del art.155 CE; y los actos referentes a situaciones de anormalidad política. Para Quintana López, T., "El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, cit., p.2088, las decisiones a que se refiere el art.155 CE son incontrolables judicialmente, al ser un conflicto más político que jurídico.

En la STS de 3-3-86(A.2305), se afirma que la delimitación de la zona de seguridad de un polígono de experiencia de tiro no constituye un acto político sino un acto administrativo; y afirma que los primeros no sólo requieren la condición subjetiva de emanar del Gobierno, sino también se exige que consistan en "la expresión de una actuación unitaria de los poderes del Estado"-sentencia apelada-. En fin, sorprende que el TS, a estas alturas, se vea obligado a efectuar este tipo de declaraciones, sobre un tema además ya tratado en la sentencia de 3-1-79. Esta última ha sido comentada por Sáinz Moreno, F., "La delimitación de los polígonos militares de experiencia de tiro: ¿acto político o acto administrativo? La relación de causalidad entre un acto anulado y el daño por éste causado", en REDA, nº 20, 1979, pp.116 ss.

Y la de 21-4-87(A.2986) señala que la expulsión de un extranjero por hechos totalmente ignorados y dictada por un Director General no puede entenderse como un acto político que afecte a la seguridad interior ni a las relaciones internacionales.

De hecho, Carro y Fernández-Valmayor<sup>12</sup> afirma que no existen actos políticos aunque sí evidentemente una función o actividad política. Así, entiende que la actividad es el momento de la fijación de los fines, algo previo al Derecho, que se lleva a cabo por medio de las categorías formales del mismo, como las leyes, los reglamentos o la iniciativa legislativa. De este modo, considera que la actividad política se lleva a cabo a través de instrumentos jurídicos de muy distintas clases<sup>13</sup>. Esto es importante a la hora de afirmar la posibilidad de fiscalización por el orden contencioso-administrativo de los actos en que se manifiesta esa actividad

---

Como nos recuerda Sáinz Moreno, F., "Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", en *RAP*, nº 115, 1988, pp.248-49, la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 24-11-86 entendió que la denegación de información por el Gobierno autonómico a un parlamentario era recurrible en vía contencioso-administrativa, al estar -según la Sala- sujeto al Derecho Administrativo, como exige el art.6º de la Ley 62/78. Así, la Sala se entendió competente, pero no con base en una eventual derogación por la CE del requisito de la sujeción al Derecho Administrativo, sino en un entendimiento muy amplio de dicho concepto. Pues bien, dice el autor citado, op.cit., p.248, que "esta calificación plantea, sin embargo, el problema de justificar por qué razón a tal acto no se le reconoce el carácter de acto de gobierno, como pretende la parte demandada". La Sala se basó, para rechazar dicho carácter, en la interpretación constitucional de esa noción, así como en el hecho de que el acto enjuiciado "no supone una actuación unitaria y suprema de los poderes del Estado (del Gobierno de la Comunidad Autónoma, en este caso) concretada en un acto de gobierno". Según la sentencia "hay que circunscribirlo a los actos del Estado cuando actúa como propia fuente y titular del poder".

De estas palabras parece desprenderse, aunque la sentencia no lo diga con claridad, que sólo el Estado puede dictar actos de gobierno, ya que esa actuación unitaria y suprema parece referirse al ejercicio de la soberanía -que, por otra parte, corresponde al pueblo, y no al Estado-.

Acerca de la conceptualización o no como actos políticos de los dictados en materia de policía de prensa en España a lo largo de este siglo, vid. Clavero Arévalo, M.F., "Prensa y jurisdicción contencioso-administrativa", en *RAP*, nº 50, 1966, pp.83 ss.

<sup>12</sup>Op.cit., pp.91-92. El autor se basa también en que la actuación política es algo cotidiano y no excepcional, a diferencia de la concepción del acto político que parecía subyacer al art.2 b) LJ.

De esa manera, entiende que si bien cabe afirmar que la actividad política es absolutamente discrecional, no puede decirse lo mismo de los actos en que se plasma.

<sup>13</sup>Boquera Oliver, J.Ma, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", cit., p.16, afirma que "no puede pensarse que las medidas importantes aconsejadas por la situación económica del país tengan que ser únicamente decisiones singulares".

política<sup>14</sup>.

Esto supone que la actividad de gestión o dirección política se caracteriza por notas materiales, ya que puede adoptar muy diversas formas jurídicas. Sin embargo, aun en los casos en que esa forma no se distinga aparentemente de la propia de la actuación administrativa, existirá una diferencia jurídico-formal con esta última, atinente a la intensidad del control judicial de las resoluciones administrativas frente a los actos incardinados en la dirección de la política.

En todo caso, sí es verdad que existen una serie de actos dictados por los Gobiernos -aunque también por las Cámaras, en algún caso- que no constituyen resoluciones administrativas, sino que se corresponden con supuestos de dirección material de la política, o bien con el desenvolvimiento de las relaciones internacionales<sup>15</sup> o

---

<sup>14</sup>Ante la falta de otras vías institucionalizadas de control, y en aras de la tutela judicial efectiva, en este trabajo se propugna incluso la posibilidad de impugnación de actos de relación constitucional entre poderes no recurribles en vía de amparo y que puedan infringir el Ordenamiento. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

<sup>15</sup>Pero no todo lo que atañe a tales relaciones se debe considerar incardinado en la esfera de lo político, obviamente.

S. Muñoz Machado, en "Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa", cit., pp. 401 ss., se planteaba la naturaleza jurídica de los actos relativos a la protección diplomática. El autor se decantaba, de una parte, por distinguir los planos interno e internacional -lo que supone entender restringida o eliminada la libertad estatal si así lo impone su Derecho interno, desde la perspectiva de éste- y por entender viable, en el Derecho español, la exigencia de una indemnización en caso de falta de protección diplomática, citando la STS de 16-11-74. Así pues, el autor consideraba que, en nuestro Derecho, este tipo de actos eran políticos. Esa consideración en cierto modo podía entenderse lógica, ya que podría ocurrir que el otorgamiento en algún caso de esa protección generara tensiones internacionales.

Debe plantearse si el acto por el que se decide continuar un procedimiento de extradición se halla o no incardinado en la función política, al tener claras repercusiones internacionales. En efecto, a la hora de evaluar si un acto es o no de gestión política, deben tenerse en cuenta los derechos en juego. Dada la magnitud de éstos en tales casos, creemos que el control no debe tener más restricciones que las meramente cognoscitivas. Es cierto que la afectación de un derecho fundamental afecta a la carga de la fundamentación, pero ésta es tal que la solución a adoptar deberá ser la menos restrictiva para ese derecho, por lo que los límites estructurales a la fiscalización judicial desaparecen. Dicho de otro modo, la concurrencia de un derecho fundamental enerva la reserva al Gobierno.

Existe una fase previa administrativa, mientras que son los Tribunales penales quienes deciden en última instancia sobre la procedencia o no de la

las institucionales con otros poderes.

Estos actos tiene una característica común: cuando no existen otras vías jurisdiccionales de control, están sometidos al enjuiciamiento por las Salas de lo contencioso-administrativo en sus aspectos reglados, así como en lo que respecta a si han respetado o no los principios generales del Derecho<sup>16</sup>. Se les puede llamar políticos o como se quiera, no importa. Lo importante es que no son actos administrativos, ya que no se dictan en el ejercicio del poder administrativo sino de otro tipo de potestad. Quizá no parezca muy congruente meter en un mismo saco actos de los que conoce el Tribunal Constitucional y otros de los que conocen los Tribunales ordinarios. Pero creemos que la naturaleza de estos actos es la misma

---

extradición. Pero el orden contencioso-administrativo puede intervenir para juzgar si es o no conforme a Derecho la decisión del Gobierno de continuar o no con el procedimiento. Lo que ocurre es que, de acuerdo con el art. 9 de la ley de 21-3-85, de extradición pasiva, el Gobierno sólo deberá pronunciarse sobre las cuestiones señaladas en los arts. 2 a 5. Pocas dificultades cognoscitivas habrá normalmente -por ejemplo, averiguar si la persona es o no mejor de 18 años es algo comprobable-. Pero hay algunas, como el pronóstico sobre la posibilidad de reinserción social de dichos menores -art. 5.2-, donde sí podrían plantearse tales dificultades.

La STC 11/85 de 30-1 entendió que la decisión del Gobierno de continuar o no la extradición se halla excluida del recurso de amparo, ya que el art. 13.3 de la CE no se ubica en la Sección I, Capítulo II, Título I -por esta razón, Hernández Martón, op.cit., pp. 88-89, critica la STS de 6-3-87 (A.5206), que admitió en uno de estos supuestos un recurso de amparo ordinario-. Quizá haya que cuestionar, de todos modos, la posible incidencia de la decisión sobre continuar o no el procedimiento sobre la tutela judicial efectiva del extraditado en el Estado que le reclama. La decisión del Constitucional, en todo caso, no prejuzga si los jueces pueden o no fiscalizar ese acto del Gobierno.

Según Embid, "La justiciabilidad...", cit., p. 2724 -citamos por el *Homenaje a García de Enterría*-, hay que tener en cuenta que había derechos fundamentales afectados. De todos modos, a nuestro modo de ver, la decisión en cuestión en ningún caso puede entenderse como política, aun cuando afecte a las relaciones internacionales.

<sup>16</sup>Puede verse, en sentido contrario, la STS de 6-11-84, comentada por Embid Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", cit., p. 49 y pp. 57 ss. Embid afirma que, junto al control político, en algunos de ellos cabrá también un control jurisdiccional, por el Tribunal Constitucional -op.cit., pp. 32-33; para el caso alemán, se refiere, op.cit., p. 53 a la postura de Scheuner, que se decanta en el mismo sentido- o bien, incluso, por Tribunales internacionales. Por otra parte, como veremos, el autor considera que, frente a los derechos fundamentales, no cabe hablar de actos políticos infiscalizables en cuanto al fondo; y, en último término, op.cit., pp. 31-32, entiende viable el control de sus elementos reglados -aunque se verá que, en ocasiones, las cuestiones de competencia pueden hallarse estrechamente ligadas al fondo del asunto, por lo que se pueden plantear problemas-. Por otra parte, la sujeción a parámetros jurídicos -incluido el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos- debe ser enjuiciable jurisdiccionalmente siempre, sea el tipo de acto que sea, desde nuestro punto de vista.

-en la medida en que pertenecen a una esfera reservada a los Gobiernos o a los Parlamentos-, y que el establecimiento de cauces diferentes para el control judicial puede ser incongruente<sup>17</sup>.

## 2. Dirección de la política y actividad administrativa

La exposición de Motivos de la Ley 30/92 afirma que "el art.97 CE arrumba definitivamente esta concepción (se refiere a la que consideraba al Gobierno como el órgano administrativo superior de la Administración del Estado) y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática. Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno"<sup>18</sup>.

En efecto, a la vista de la Constitución parece que hay que

---

<sup>17</sup>Piénsese en la denegación a un parlamentario de cierta información por el Gobierno o por la Mesa de la Cámara. En todo caso, hoy día en ambos supuestos es procedente el amparo directo, pero esto sólo ha quedado claro desde la STC 220/91.

<sup>18</sup>Parada Vázquez, en *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, cit., pp.22 ss., ha criticado duramente la Ley en este punto, ya que considera que la función de dirección debe implicar la asunción de responsabilidades jurídicas, de las que los Gobiernos no pueden pretender eximirse. Aquí se mantiene la subsistencia de dicha responsabilidad, aun cuando entendemos que ambas funciones son diferentes.

Embid, "La actividad...", cit., pp.259 ss., se refiere a las dificultades de distinción entre el ámbito de la actividad de gobierno y el de la actividad administrativa. El autor cita como significativa la STC 204/92 de 26-11, referente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dictamen preceptivo del Consejo de Estado para determinados actos autonómicos. La sentencia afirma que Gobierno y Administración no son una misma cosa, ya que la CE los distingue. Pero no da criterios claros de distinción objetiva entre uno y otro tipo de actividad; lo que, por otra parte, es lógico, ya que se trataba del significado de la expresión *Gobierno* en el art.107 CE, donde se emplea en un sentido claramente subjetivo.

En todo caso -y como ha resaltado el mismo autor, en "La actividad.....", cit. pp.267 ss.-, existen preceptos legales que también fomentan esa distinción de Gobierno y Administración. Nos referimos al art.37 y a la Disposición Adicional 1ª de la LPC.

En "La justiciabilidad.....", op.cit., pp.33 ss., subraya Embid la diferente posición jurídica de Administración y Gobierno.

distinguir la función de dirección de la política de lo que es propiamente la función administrativa<sup>19</sup>. Estas funciones están en preceptos diferentes de la Norma suprema; concretamente, en los arts. 97 y 103.1<sup>20</sup>. La Constitución diferencia la dirección de la política del servicio objetivo a los intereses generales, que es como define la función administrativa<sup>21</sup>.

Sin embargo, la dirección política es indefinible con precisión. Desde hace doscientos años trata de darse una noción clara de la misma sin demasiado éxito<sup>22</sup>. Pero se trata de una

---

<sup>19</sup>García Llovet, E., "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en *RAP*, nº 131, 1993, p. 72, señala que la razón de la separación radica en que cuando el Gobierno actúa como órgano constitucional no se sujeta al Derecho Administrativo, aunque sí está sometido al mismo y al control por el orden contencioso-administrativo cuando actúa como órgano de la Administración. No obstante, desde nuestro punto de vista, ciertos actos de dirección política se hallan, por exigencias prácticas, sometidos al enjuiciamiento contencioso-administrativo.

El autor, *op. cit.*, p. 70, después de definir la función ejecutiva como la de <<garantía en la ejecución de las leyes>>, afirma que la atribución al Gobierno de la dirección de la política y de la actividad administrativa, así como su supremacía jerárquica sobre la Administración pública, producen una "continuidad orgánica entre la dirección política y la dirección político-administrativa". Además, *op. cit.*, p. 69, enumera algunas de las prerrogativas del Gobierno que son consecuencia de esa función de dirección de la política, como la prioridad en la tramitación de los proyectos de ley, o la facultad de vetar las iniciativas legislativas que impliquen un aumento del gasto o una disminución de los ingresos.

Santamaría Pastor, J.A., "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar", en *DA*, nº 215, 1988, pp. 67 ss., afirma que resulta difícil perfilar ambos conceptos, sobre todo a efectos funcionales.

<sup>20</sup>Si esto se quiere explicar diciendo que hay actos en que los Gobiernos actúan como órganos de la <<persona jurídica Administración Pública>> y otros que no, puede ser discutible, pero no es de este lugar.

Lo dicho en el texto nos lleva a plantear lo siguiente: ¿qué ocurre entonces con las Comunidades Autónomas y los entes locales? En ningún precepto constitucional se establece que los órganos de gobierno de los mismos llevarán a cabo una función de dirección política; sin embargo, creemos que también en estos casos se puede hablar de una atribución constitucional, aunque la misma sea implícita.

<sup>21</sup>Puede verse Del Saz, *op. cit.*, pp. 159 ss., quien contrapone la tesis de García de Enterría a la de Parejo Alfonso y Embid Irujo, a su vez consagrada por la jurisprudencia constitucional.

Por supuesto, también en cierto modo la función legislativa y la jurisdiccional sirven los intereses generales. Pero la primera lo hace desde una perspectiva política. Y, además, entre estas funciones existe también una diferencia jurídico-formal.

<sup>22</sup>Embid, "La justiciabilidad...", *op. cit.*, p. 62, afirma que es muy difícil formular *a priori* una lista de actos de gobierno. El autor parece entender esta expresión de forma amplia, comprensiva de todos los actos incardinados en la función política -*op. cit.*, pp. 31-32-. También resalta las dificultades de

interpretación de este tipo de actos Cobreros Mendazona, E., "Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta", en *RVAP*, nº31, 1991, p.166.

Puede dudarse acerca de si la determinación del tipo bancario de descuento o la paridad de la peseta constituyen o no actos incardinados en la función política. Quizá sean encuadrables en esta informe noción, debido a que inciden de modo importante en la economía general, por lo que su adopción en un sentido o en otro supondrán de hecho la priorización de unos objetivos sobre otros.

Pues bien, aun aceptando que se trate efectivamente de actuaciones de dirección política, es evidente que, en tales supuestos, el Gobierno puede infringir el Ordenamiento, bien se trate de normas concretas o bien de principios -por ejemplo, si la decisión adoptada fuera, atendiendo a la coyuntura, claramente irrazonable-. En tales casos, habría que instrumentar medios de control jurídico. Si éstos se residenciaran ante los Tribunales ordinarios, es cierto que podría haber peligro de que los mismos se inmiscuyeran en la dirección de la política -me refiero a aquellos supuestos en que se utilizan principios y reglas abiertas para efectuar el control; y ello incluso, quizá, si se limitaran a la anulación de decisiones arbitrarias, dado el peligro de subjetividad que este concepto encierra-.

La STS de 20-3-62 afirmó que la fijación de los tipos de cambio constituye un acto político del Gobierno, absolutamente discrecional. No creemos que en un Estado de Derecho puedan existir actos absolutamente discrecionales. Y la de 29-1-82 afirmó que la fijación de la paridad de la peseta podría considerarse incardinada en el ámbito de los <<actos políticos>>, si bien se trata de una declaración poco contundente y efectuada *obiter dictum*. Como la pretensión sólo se refería a la indemnización, entró en el fondo del asunto.

Estas sentencias hacen referencia a los actos políticos, y no a la función política; y parecen afirmar la incompetencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los mismos. A nuestro juicio, este tipo de actos inmunes a la fiscalización judicial no existen en un Estado de Derecho; pero existe cierta base para afirmar que los casos a que se refieren estas sentencias se incardinan en la función política. Véase Martín Mateo, R., *Administración monetaria*, IEAL, Madrid, 1968, p.128, quien afirmaba antes de la CE que "no resulta en efecto imaginable que los Tribunales puedan sustituir la decisión del Gobierno en ningún sentido, ni siquiera invalidar en cuanto al fondo sus resoluciones, y ello aunque las medidas tengan una gravedad y trascendencia extremada. El Gobierno puede decidir hacer gravitar sobre un sector del país el peso del desarrollo ampliando con signo inflacionista el límite de la circulación fiduciaria".

Sáinz Moreno, *Conceptos...*, op.cit., pp.307-308, afirma que la devaluación de la peseta no es una decisión adoptada de acuerdo con un criterio jurídico; lo que significa, en su construcción, que su contenido es discrecional.

Ariño Ortiz, G., *Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Universidad de Sevilla, 1976, p.66, afirma que el poder tarifario es de apreciación discrecional, al pertenecer al poder de dirección de la política económica y de ordenación de la vida social, por lo que la fijación de las tarifas debe incardinarse en la política económica general -op.cit., p.76-, al tratarse de un componente más de la política general de precios -op.cit., p.103-.

El autor, op.cit., pp.135 ss., se plantea el tema del control judicial de la fijación de las tarifas. Afirma que no se trata de actos políticos incardinables en el art.2 b) LJCA, aunque sí poseen matices políticos. Añade que la jurisprudencia, desde 1956, inicia un camino hacia su revisabilidad, aunque raramente haya procedido de hecho a su revisión -op.cit., p.144-. No obstante, op.cit., pp.153 ss., comenta la STS de 25-4-64(A.2468), donde de hecho se confirmaron las tarifas aprobadas debido a las dificultades técnicas.

En todo caso, el autor, op.cit., p.166, se decanta por la insustituibilidad judicial de las tarifas, al tratarse de un elemento determinante del nivel general de precios. Sin embargo, op.cit., p.157 admite la plena revisabilidad de los criterios de fondo a fin de determinar la cuantía concreta de la compensación, que deberá ser reglada.

Estamos sustancialmente de acuerdo con estas afirmaciones; no obstante, entendemos que los Tribunales en algún caso podrían anular las tarifas fijadas si de modo claro las mismas condujeran a un caos económico. De hecho, op.cit., p.158 afirma que el poder tarifario no es arbitrario, sino controlable. La STS de 25-2-

realidad que está ahí y cuyo estudio no debe eludirse, precisamente porque en los actos en que se plasma existe discrecionalidad y porque resulta difícil distinguirla de la actuación propiamente administrativa.

Normalmente, aquellos autores que otorgan una sustancia jurídica propia a lo político suelen negar la fiscalización judicial de los actos en que se plasma, aunque tras la CE estas posiciones se han matizado<sup>23</sup>; mientras que quienes niegan esa sustancia lo hacen precisamente para posibilitar el control por los Tribunales ordinarios de los actos incardinados en ese informe mundo de <<lo político>><sup>24</sup>.

---

87(A.3374) sustituye la elevación de tarifas en una concesión, ya que el Ayuntamiento se había basado exclusivamente en la subida del IPC, y no en el incremento de los costes específicos de la empresa. En todo caso, si se trataba de una concesionaria municipal, es de prever que el índice general de precios no quedaría alterado por esta decisión.

<sup>23</sup>Para Del Saz, op.cit., p.192, no existe diferencia entre la dirección política y la administrativa desde el punto de vista jurídico, ya que una y otra se plasman en actos administrativos. "Por ello, si existe legitimación bastante (puede ocurrir que algunos actos no puedan ser enjuiciados por los Tribunales no por tratarse de actos políticos, sino por no existir lesión de derechos o intereses), el juez debe entrar a controlar el fondo de acto. Cuestión distinta es que el Tribunal no cuente con los elementos de juicio suficientes, es decir, elementos jurídicos para poder emitir un juicio, en cuyo caso no podrá modificar o anular la decisión del Gobierno". Sin embargo, añade que sólo son <<actos políticos>> los expresamente comprendidos en la CE, "porque sólo ésta puede amparar las excepciones al principio del control jurisdiccional de los actos del Ejecutivo". Cita como ejemplos la iniciativa legislativa, el nombramiento del Fiscal General del Estado, la elaboración de los proyectos de planificación, la elaboración de los Presupuestos generales del Estado y la emisión de deuda pública.

<sup>24</sup>Para Vedel, G., *Droit Administratif*, I, op.cit., p.18, la distinción entre gobierno y administración es falsa desde la perspectiva jurídica, aunque pueda ser políticamente válida.

Afirma Peñarrubia Iza, J.M<sup>a</sup>, "La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica", cit., p.327, que habitualmente, el sector doctrinal que no reconoce la existencia de una función política distinta de las tres funciones clásicas del Estado niega asimismo la existencia de actuaciones políticas exentas de fiscalización jurisdiccional; por el contrario, aquella parte de la doctrina que afirma la existencia de una función política distinta de la función administrativa suele asimismo considerar que los actos emanados de esta función se hallan exentos de ese control, salvo cuando afecten a derechos fundamentales.

García de Enterría, "La lucha...", op.cit., p.185, en nota, afirma que "los autores... que aceptan y justifican su posición objetivista, tienen de la función política o de gobierno una idea mucho más extensa y de hecho sin límites concretos, lo que priva de toda seguridad a su manejo y da al concepto de acto político, como ya hemos notado, una verdadera fuerza expansiva a costa del sistema de garantías".



Para nosotros, los actos incardinados en la función de dirección de la política son fiscalizables, a falta de otra vía más idónea, por el orden contencioso-administrativo. Lo que ocurre es que esa fiscalización estará limitada a los casos de arbitrariedad o de infracción de la igualdad<sup>25</sup>.

En todo caso, la distinción no es nada fácil. Así, ha resaltado García Llovet<sup>26</sup> que no cabe establecer una rígida separación entre ambas funciones, aun cuando suele afirmarse que la Administración obedece y el Gobierno manda. Y, un poco más abajo<sup>27</sup>, afirma que parece

---

<sup>25</sup>Recordemos que, a nuestro juicio, la interdicción de la arbitrariedad se identifica con las lesiones más graves a los otros principios.

No se diga que no existen, en estos casos, sujetos con interés legítimo para recurrir semejantes actos. Habrá supuestos en que difícilmente se podrá observar ese interés. Habrá otros casos—incluso de verdaderas resoluciones administrativas—en que razones de prudencia aconsejen no recurrir: ¿para qué gastar dinero y tiempo en un pleito para que se planten dos filas de árboles y no una en determinada calle? Es más, ¿existe en estos casos una lesión susceptible de protección jurídica? Pero esto son cuestiones que no obstan a lo aquí dicho.

Xifra Heras, *op.cit.*, p.1845, subraya que la CE impone límites a la función política; pero afirma que, en este campo, los límites son negativos.

<sup>26</sup>García Llovet, E., "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *cit.*, p.62. Vid. también Xifra Heras, *op.cit.*, pp.1845-47, quien resalta que los actos emanados de la función de gobierno constituyen manifestación de un <<poder autónomo y creador>>, frente al carácter subordinado y sujeto a la legalidad del poder administrativo, que se caracteriza por una posición de servicio. Para Jiménez Asensio, "La dirección de la Administración Pública como función de gobierno", en *RVAP*, nº34, 1992, p.77, la Administración es un poder subordinado y regido por los principios de objetividad y sometimiento pleno a la ley y al Derecho, lo que la diferencia del Gobierno. Vid. también Alegre Avila, J.M., en "Objetividad e imparcialidad de la Administración", *op.cit.*, pp.892-893; Sáinz Moreno, *Conceptos...*, *cit.*, p.229.

Por su parte, López Guerra, en "Funciones del Gobierno...", *op.cit.*, pp.30-31, afirma que muchas de las tareas inherentes a la dirección política son de difícil determinación, como ocurre en el caso de la dirección administrativa o la defensa del Estado, mientras que otras son muy precisas, como las contenidas en el art.116 CE. De cualquier modo, por lo que respecta a la declaración de estado de alarma, podríamos preguntarnos si se incardina o no en la dirección política. La Ley orgánica de 1-6-81 establece —aunque sea mediante conceptos jurídicos indeterminados— los presupuestos fácticos de dicha declaración. Además, la misma puede tener efectos sobre ciertos derechos constitucionales; pues bien, como ha resaltado el propio Embid, "La justiciabilidad...", *cit.*, pp.31-32, no cabe hablarse de acto político exento de control judicial contencioso-administrativo cuando hay en juego derechos fundamentales. Sin embargo, si tal expresión se concibe en sentido amplio —decisiones de gran importancia o primarias para la vida de la comunidad, que por ello se sujetan a un control judicial limitado a la infracción de normas escritas o del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la igualdad—, podría quizá incluirse la declaración de estado de alarma entre los actos de gestión política.

Barcelona, *op.cit.*, p.2376, rechaza el criterio de la recurribilidad por ser *ex post facto*.

<sup>27</sup>*Op.cit.*, p.72.

imposible definir a priori la función de dirección de la política".

Parejo Alfonso<sup>28</sup> afirma que "el art.97 de la Constitución define el Gobierno no por relación al concepto tradicional de <<ejecución>>,"

<sup>28</sup>Crisis...,cit.,pp.82-83.

Gallego, *Prólogo...*,op.cit.,pp.24-27, considera que es en la función ejecutiva donde se manifiesta la verdadera discrecionalidad,que entiende "sometida a la fiscalización del Tribunal en sus aspectos externos(fundamentalmente el procedimiento...)",citando como ejemplo la alteración de términos municipales. Puede pensarse que este tipo de cuestiones son susceptibles de un control de fondo plenario,si se entiende que se trata estrictamente de una potestad administrativa. Lo que ocurre es que los conceptos de necesidad y conveniencia económica o administrativa son muy vagos,por lo que el control será,en ocasiones,difícil.Pero es posible en ciertos supuestos una mayor concreción;tal sería el caso,por ejemplo,en que se constituyera un municipio donde no existiera lo que la antigua legislación de régimen local llamaba *riqueza imponible suficiente*; además, el margen cognoscitivo de apreciación nunca se da sobre el presupuesto de hecho. Ahora bien,¿no podría pensarse que la alteración de términos municipales entra dentro de la dirección de la política?Realmente, un indicio para pensarlo sería,por ejemplo,el hecho de que el órgano competente es el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Gallego contrapone esa función ejecutiva a lo que es estrictamente, según él,<<actuación administrativa>>-op.cit.,p.28-:"El contrapunto de estos resultados es,naturalmente,que la estricta<<actuación administrativa>>...supone la aplicación de una norma -delimitando supuesto de hecho y consecuencia jurídica- en los casos concretos".De este modo, parece entender que la estricta actuación administrativa es,per se,no discrecional,al hablar de delimitación del presupuesto de hecho y de la consecuencia jurídica -para este autor,la utilización de expresiones facultativas en estos casos resulta irrelevante-.

Sobre la alteración de los términos municipales puede consultarse Castells Arteche,J.M., "La nueva problemática de la alteración de las alteraciones territoriales municipales", en *RAP*, nº100-102, vol.III, 1983, pp.2159 ss. Vid.asimismo Sosa Wagner, F., y De Miguel García, P., "La alteración de los términos municipales en el nuevo Derecho local", en *REALA*, nº 232, 1986, pp.609 ss, en relación ya a la legislación hoy vigente. Estos autores señalan -op.cit., p.623- que los notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa constituyen conceptos jurídicos indeterminados donde no obstante debe reconocerse un margen de apreciación irrevisable judicialmente, allá donde concluya el ámbito de lo objetivable. Añaden que ese margen viene dado por la existencia de un nexo facultativo en el art.3 c) del TRRL.

La STS de 15-6-84(A.4629), pese a afirmar la concurrencia de discrecionalidad en este ámbito y la consiguiente facultad del Gobierno para valorar la oportunidad de la segregación, derivada de sus facultades de dirección de la política territorial, estimó el recurso y ordenó la segregación pedida, ya que todos los informes aportados habían sido favorables y se había acreditado el cumplimiento de todos los requisitos. Y la de 1-4-76(A.2195), referente a la incorporación de un municipio al de Gerona, tras afirmar que la conveniencia debe apreciarse de acuerdo con un criterio objetivo y no sólo desde la perspectiva de uno de los Municipios, añade que cuando la incorporación se produce de oficio por el Consejo de Ministros la existencia de notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa se aprecia por aquél con gran libertad,"pues sólo este órgano de superior jerarquía administrativa puede valorar con acierto las circunstancias de todo orden que en momento y ocasión determinado define el interés general...", teniendo en cuenta en todo caso la tendencia a la concentración a fin de facilitar la prestación de los servicios mínimos obligatorios. Vid.asimismo STS de 24-10-89(A.7490), STS de 22-12-86(A.1553) y la de 30-10-89(A.7590), que estimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria de la segregación de Salou y Vilaseca, ya que el primero de estos núcleos constituía, dado el auge turístico y comercial, un hecho diferencial, y ambos quedarían con recursos más que suficientes. La segunda declara el derecho a la segregación, y si bien no procede a una nueva delimitación territorial, actúa así porque esta petición no se había formulado en vía administrativa.

sino al de <<dirección>>de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado". También señala<sup>29</sup> que la función ejecutiva constituye, al igual que la potestad reglamentaria, un instrumento de la función de dirección.

Es obligado citar aquí a Sánchez Morón<sup>30</sup>, quien afirma que la discrecionalidad <<política *stricto sensu*>>"se halla en todos aquellos supuestos en los que la ley otorga, expresa o implícitamente, un margen de libertad a los órganos gubernativos para que valoren los aspectos y las consecuencias políticas de sus decisiones. Naturalmente, la remisión a criterios políticos está presente en muchos de los supuestos de discrecionalidad. Pero ahora se quieren identificar aquellos en que lo único que ha de contar(o

---

<sup>29</sup>En cualquier caso, desde nuestro punto de vista la actuación propiamente no administrativa del Gobierno es la de dirección de la política; la dirección de la Administración civil y militar es de carácter administrativo, con todas las consecuencias que ello lleva consigo en orden a su fiscalización jurisdiccional. De hecho, Parejo, op.cit., p.88, afirma que el Gobierno cumple no sólo funciones constitucionales o político-directivas sino, además, y en cuanto director de la Administración, administrativas; es, al propio tiempo que Gobierno, Administración, lo que no sucede, a la inversa, con lo que ésta únicamente tiene la condición de tal, sólo puede producir actos sujetos al Derecho Administrativo".

<sup>30</sup>*Discrecionalidad...*, op.cit., pp.127 ss. El autor cita en este sentido el art.67 de la Ley 7/85, y afirma, respecto al mismo, que no sólo el interés general de España es un concepto con un amplio margen de indeterminación <<para el que sólo pueden utilizarse criterios políticos>>, sino que, además, "constatada la existencia de una situación semejante, el Delegado del Gobierno tiene la opción, también evidentemente política, de aplicar el rigor legal o intentar remediar la situación de otra forma. Por último, si decide suspender, puede adoptar <<las medidas que sean pertinentes a la protección de dicho interés>>, lo que abre una serie de posibilidades (no ilimitadas jurídicamente, por supuesto) que lógicamente habrá de evaluar desde planteamientos políticos".

Desde nuestro punto de vista, puede quizá incardinarse en la política la decisión de suspender o no. En cuanto a <<las medidas pertinentes para la protección de dicho interés>>, creemos que deberían ser lo menos restrictivas posibles para la autonomía local, en la medida en que lo permitan las circunstancias del caso. Pero creemos que la determinación del concepto de <<interés general de España>> no puede ser políticamente discrecional, ya que entonces dependería de un criterio político el presupuesto para la adopción de medidas que pueden afectar a la autonomía local. Es más, al tratarse del presupuesto de hecho, no cabrá reconocer margen cognoscitivo de apreciación alguno. En todo caso, la previsión de las consecuencias de esos actos locales constituye un juicio de pronóstico, que puede acarrear dificultades ingentes en su apreciación.

El autor también considera dependientes de criterios políticos las directrices de fiscalizar con prioridad las rentas de profesionales y empresarios, así con la decisión sobre la realización de una campaña informativa sobre anticonceptivos y el cómo efectuarla; y también la decisión de priorizar la protección policial de una zona u otra de la ciudad. Creemos que, en este último caso, el criterio no puede ser político, dados los elevados valores que hay en juego. Lo demás parece más técnico que político.

lo que prevalece absolutamente) es este tipo de criterios, de <<política del caso>>".

Consideramos que los loables intentos de Sánchez Morón no aclaran en exceso cuándo estamos o no ante una decisión política, en la medida en que no basta que se hayan de valorar diversos intereses. De todos modos, es muy difícil definir a priori las características de los actos emanados de la función política.

A nuestro juicio, los actos incardinados en la función de dirección política en sentido estricto -como algo contrapuesto a los actos institucionales y los restantes a que nos hemos referido- se caracterizan por una nota material. La política se caracteriza por el establecimiento de objetivos y prioridades, salvo que sea en ejecución de una ley<sup>31</sup>, como afirma la sentencia del TS de 2-10-87, después confirmada por la STC 45/90. Pero esta definición es excesivamente amplia, por lo que la calificación de una actuación como política debe entenderse circunscrita a aquellos casos en que dicha selección de prioridades y objetivos tiene repercusiones de

---

<sup>31</sup>Pero no todo caso de ponderación de intereses pertenecerá a la gestión política, como parece entender Brohm, "Administración y jurisdicción contencioso-administrativa...", cit., p.128: "en el caso de las encomiendas legales, apoderamientos legales de actuación y determinaciones legales de límites únicamente algunos elementos de una decisión administrativa están determinados jurídicamente y son así relevantes para el control jurídico por los Tribunales; los restantes elementos son de naturaleza política, forman por tanto espacios para el juego decisonal de la Administración". El autor parece considerar que sólo son límites jurídicos los precisados por la norma, lo que, evidentemente, es un error. No obstante, op.cit., p.128 matiza estas ideas, al afirmar que "...se trata no tanto de campos de decisión libres de regulación jurídica cuanto más bien de ámbitos con diferente densidad de regulación jurídica. Desde el punto de vista de la libertad de decisión administrativa, esto significa, sin embargo, que en la decisión entran e, incluso, deben entrar también, con alcance diverso, elementos políticos. Estos no deben ser confinados con factores de determinación político-ideológicos ajenos a la materia. Antes bien, están condicionados por criterios de pertinencia <<lógico-prácticos>>, es decir, racionalizables científico-administrativamente. Estos están dirigidos a la realización efectiva del <<bien común>>".

En todo caso, seguimos pensando que no se puede identificar lo político con lo no-reglado, aunque se ponga como barrera o límite la consecución del bien común. Lo político debe entenderse en un sentido restrictivo, si no se quiere inducir a error y confusión.

importancia fundamental para la comunidad<sup>32</sup>.

La actuación de índole política puede llevarse a efecto tanto a través de reglamentos como de actuaciones singulares, precisamente debido a que el punto de referencia de su identificación es material. Pero la misma también se caracteriza porque su fiscalización jurisdiccional se halla limitada, debido a que la CE consagra en este punto, de modo explícito o implícito, una reserva a los Gobiernos<sup>33</sup>. Esto implica que los mismos, en su actuación

---

<sup>32</sup>A la sentencia de la Audiencia Nacional de 21-2-93, sobre la campaña de publicidad en torno a los preservativos, se formuló un voto particular, donde se entendió que la campaña se hallaba orientada a la tutela de la salud pública, mediante la divulgación de información especialmente dirigida a los adolescentes.

El Magistrado disidente entendió, además, que ese fin "...responde a la oportunidad política que se desprendía de los estudios e informes sanitarios y sociológicos fundamento de la decisión recurrida, concluyentes respecto al aumento de embarazos no deseados y de la adquisición del SIDA y de la hepatitis, entre otras enfermedades de transmisión sexual...".

El voto particular afirma que los fines responden a la oportunidad política. Esto debe ser matizado en el sentido de que tales fines deben haber sido previamente calificados de públicos por el Constituyente o el Legislador. En este sentido, el carácter público del fin estaba claro: la tutela de la salud -art. 43 CE-.

Para Embid Irujo, "La actividad de gobierno...", cit., p. 259, "el voto plantea, en lo más crudo y sin distinción posible en los términos que él sienta, la necesidad que los Tribunales respeten un ámbito de decisión de oportunidad política cuando ésta opera tras la existencia de informes técnicos que ofrecen al responsable político una posibilidad de actuación no arbitraria...".

<sup>33</sup>García de Enterría, "Los ciudadanos y la Administración", cit. p. 61, se basa, en un contexto postconstitucional, en la autonomía política de ciertos entes y en las funciones que la Constitución confiere al Gobierno para entender limitado el control judicial de las apreciaciones políticas, aunque considera que no existe una diferencia esencial con los meros actos administrativos. "Naturalmente, el enjuiciamiento de la discrecionalidad debe de (sic) limitarse a los límites jurídicos de la discrecionalidad, que es lo que el art. 24 garantiza. Por otra parte, no sería una verdadera garantía reconocer al juez la facultad de sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas. Sería una suplantación, una verdadera invasión de esferas de poder y de responsabilidad que no pertenecen al juez, que estaría incluido en la responsabilidad política que tiene el Ejecutivo o que tienen las organizaciones autonómicas o locales, las institucionales garantizadas en la Constitución con la técnica de la garantía constitucional, incluso alguna organización no territorial como por cierto la Universidad, art. 27 CE". Desde nuestro punto de vista, debe tenerse en cuenta que sólo la Administración local y la universitaria, propiamente, tienen el poder de efectuar apreciaciones <<políticas>>; en el resto de los casos, la apreciación política corresponde al Gobierno. Por lo demás, nos parece certera la opinión de este autor, especialmente cuando afirma -loc. cit.- que "el juez no puede intentar, con el motivo de un recurso contencioso, gobernar, sustituir la responsabilidad del Ejecutivo, según el art. 97 CE, o la gestión de los propios intereses por las representaciones territoriales, arts. 138 y 140, la gestión de la Universidad, art. 27...".

De hecho, en Curso..., cit., pp. 444-445, considera que las potestades directivas de la economía son discrecionales.

política, no se hallan vinculados a elegir la mejor solución; lo que supone que los Tribunales sólo podrán rechazar aquellos actos incardinados en la función de dirección política que sean arbitrarios o discriminatorios. Pero, como veremos, no existe en estos casos una exención jurisdiccional<sup>34</sup>.

En todo caso, la actuación política se caracteriza por la discrecionalidad<sup>35</sup>; en la fiscalización jurisdiccional de los actos en que se plasma habrá pues que reconocer límites estructurales y no sólo cognoscitivos.

En todo caso, el problema esencial que se plantea con los actos derivados del ejercicio de funciones políticas es el de su deslinde con los actos administrativos. En efecto, concretamente los actos de carácter directivo y que no se incardinan en las relaciones entre órganos constitucionales tienen toda la apariencia y la estructura de un acto administrativo<sup>36</sup>. Habrán de ser los Tribunales, pues, quienes caso por caso detecten la existencia de un acto incardinado en la dirección de la política y limiten su enjuiciamiento a supuestos de arbitrariedad o discriminación. Dato

---

<sup>34</sup>Para Uriarte Torrealday, R., "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no fiscalizables judicialmente", en *RVAP*, nº 30, 1991, pp. 213 ss., en la actualidad no puede hablarse de un ámbito de actividad política exenta del Derecho; de modo que la injusticiabilidad de los actos a veces llamados de gobierno no puede ser total. El autor, *op. cit.*, p. 216, niega en todo caso la constitucionalidad del art. 2 b) LJ. Entiende que el carácter injusticiable -al menos hasta cierto punto- de algunos actos viene dado por su carácter no administrativo -*op. cit.*, p. 221-; y afirma que frente a ellos cabrá el recurso de amparo y el control parlamentario. Pero, ¿cómo entiende este autor que se pueden fiscalizar los casos de arbitrariedad que no infrinjan derechos fundamentales?.

<sup>35</sup>La STS de 13-12-90 (A.10159) consideró que la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de una petición referente a la reintegración del patrimonio sindical no era un <<acto político>>, ya que no se trataba de una actividad del Gobierno como órgano constitucional sino de dar efectividad a la Ley 4/86 de 8-1, de cesión de bienes del patrimonio sindical, por lo que faltaba la absoluta discrecionalidad propia de la actividad política. Con la expresión <<acto político>>, la sentencia parece referirse a un acto incardinado en la función política. En todo caso, la actividad incardinada en esta función no es absolutamente discrecional.

<sup>36</sup>Aunque esta labor puede también llevarse a cabo a través de actuaciones reglamentarias.

esencial será el órgano del que emanan, ya que el mismo deberá ostentar legitimidad democrática, directa o indirecta -si bien por supuesto no todo lo que hagan estos órganos será en el ejercicio de la función política<sup>37</sup>.

La importante STS de 2-10-87(A.6688) inadmitió un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto por entenderlo incardinado en la gestión política, pese incluso a que era presuntamente lesivo de derechos fundamentales<sup>38</sup>. El TS consideró que las decisiones relativas a la cantidad, distribución y asignación presupuestaria son manifestación de "una actividad netamente política...".

Ello ha sido corroborado por la STC 45/90 de 15-3, resolutoria del recurso de amparo interpuesto contra la anterior<sup>39</sup>. El amparo se había presentado simultáneamente contra la sentencia de 2-10-87 y contra la desestimación presunta de la solicitud presentada ante el Consejo de Ministros.

En cuanto a la primera cuestión, los recurrentes entendían que el TS había resucitado, con aquella sentencia, la doctrina de los actos políticos del Gobierno, lo que entendían incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el TC entendió que

---

<sup>37</sup>De aquí se desprende la imposibilidad de que las denominadas Administraciones independientes dicten actos de gestión de la política -excepto quizá la Universidad, por expresa atribución constitucional y por cuanto posee legitimidad democrática, pero en todo caso muy matizadamente-.

<sup>38</sup>Se trataba de un recurso contencioso-administrativo interpuesto al amparo de la Ley 62/78 por los Colegios de Abogados de los Territorios Históricos vascos contra la denegación presunta de su petición al Gobierno de la Nación de dación de medios personales y materiales para la Administración de Justicia en dicha Comunidad Autónoma. Se aducía la lesión de los arts.14 y 24 CE, por la supuesta desigualdad entre los ciudadanos vascos y los de otras Comunidades en cuanto al número de jueces por habitante, y dadas las dilaciones indebidas en los procesos que se producían en dicha Comunidad a consecuencia de la referida insuficiencia de medios.

<sup>39</sup>Puede consultarse Cano Mata, A., "Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno", en REDA, nº72, 1991, pp.555 ss.

"no se inadmitió el recurso por considerarlo dirigido contra un acto (presunto) de carácter político, de aquellos a que alude el art. 2, b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa... sino por entender que se dirigía contra una actuación (u omisión) no sujeta al Derecho Administrativo, y, por ende, insusceptible de control en esa vía judicial..."<sup>40</sup>.

Considera pues que los recurrentes no habían hecho más que ejercitar su derecho de petición; pero además que lo solicitado no era sino un acto incardinado en esa función política. Pero las llamadas peticiones graciabiles no suponen hoy día, a nuestro juicio, la inexistencia de obligación de resolver<sup>41</sup>; además, la

---

<sup>40</sup>Obsérvese la coincidencia de esta doctrina del TC con la tesis de Embid Irujo, A. "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras", en RCG, nº13, 1988, pp. 63 ss.

Un problema que se vislumbra en la sentencia comentada en el texto -y en otras muchas- es el de qué se entiende por actos sujetos al Derecho Administrativo. Partiendo de la concepción estatutaria, el TS considera como no sujetas al Derecho Administrativo aquellas actuaciones no realizadas por la Administración como persona. En todo caso, desde nuestro punto de vista, cabe recurrir a la diversidad de funciones; no hace falta partir de esa concepción para llegar a las conclusiones del TC.

También la STC de 2-12-83 se ha referido a la existencia de un ámbito de actuación política propio de Gobierno, en el que no puede subrogarse el Tribunal Constitucional. Hernández Martín, op. cit., p. 89, al comentar esta sentencia, afirma que "las aspiraciones judicialistas de reducir el <<acto político>> a <<acto enjuiciable>> no se han visto... coronadas por el éxito". Pero debe tenerse en cuenta que la STC 111/83 se refería a un acto con valor de ley.

<sup>41</sup>La STC 45/90 afirmó: "resulta difícil entender que el silencio del Consejo de Ministros en el asunto que nos ocupa, ante una petición cuyo contenido es ajeno a las previsiones del ordenamiento administrativo, y excluyendo toda referencia al derecho constitucional de petición, constituye en sentido propio un acto jurídico de cualquier naturaleza".

Pero dentro de la expresión <<peticiones graciabiles>>, se engloban supuestos que poco tienen que ver entre sí.

Desde nuestro punto de vista, las solicitudes amparadas en el art. 29 CE, cualquiera que sea su naturaleza, son fiscalizables ante los Tribunales. La intensidad de esa fiscalización dependerá de la naturaleza del acto de que se trate. Normalmente, el control será limitado, ya que en general se tratará de peticiones dirigidas a que se dicten nuevos reglamentos, o bien a que se realicen actuaciones incardinadas en las facultades de gestión política. En otros casos, por el contrario, ya no está tan claro ese carácter; en estos supuestos parece que el control habría de ser el normal en toda resolución administrativa. Tal ocurre, a nuestro modo de ver, con las condonaciones graciabiles de las sanciones tributarias -art. 89.2 de la LGT-, vinculadas al principio de igualdad y que a nuestro entender constituyen simples supuestos de indeterminación normativa.

Sobre la posibilidad o no de impugnación en vía contencioso-administrativa de la denegación de <<peticiones graciabiles>> después de la CE pero antes de la Ley 30/92, vid. Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades*, cit., pp. 292 ss. En sentido similar, aun después de la Ley 30/92, Parada Vázquez, J.R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., p. 281, quien aduce la STC 161/88, donde se afirmó que el derecho de petición no implica el derecho a obtener una respuesta favorable. Pero esto también ocurre con las restantes peticiones o incluso con el derecho a la tutela judicial. Vid. la jurisprudencia, más avanzada, expuesta por González Salinas, P., "El ejercicio del



derecho de petición y la fiscalización jurisdiccional de la decisión administrativa", en REDA, nº 54, 1987, pp.269 ss.

En la actualidad, vid. arts.42, 43, 118, 102 y 103 de la ley 30/92, así como Boquera Oliver, J.Mª,"La revisión de oficio de las concesiones y licencias urbanísticas", en REALA, nº 258, 1993, p.248. Creemos que de estos preceptos se desprende la obligación de resolver aun cuando se trate de las tradicionalmente denominadas <<peticiones graciabes>>. Pensamos que a ello no obstáculo ni tan siquiera el art.89.4 de la Ley 30/92, ya que el mismo debe interpretarse sistemáticamente con el art.43 -el precepto deja en todo caso a salvo el derecho de petición-. Para Menéndez Rexach, A., "Procedimientos administrativos:finalización y ejecución", en *La nueva Ley...*, op.cit., p.251, estamos ante una resolución sumaria sobre el fondo del asunto.

En otra sentencia posterior -la 242/93 de 14-7- el TC se ha decantado por una noción más restrictiva del derecho de petición.En efecto, en la 45/90 parece decirse que si se hubiera aducido el derecho de petición el silencio del Consejo de Ministros habría adquirido cierta relevancia jurídica.Pero en la de 14-7-93, el TC entendió que ese derecho sólo abarca un contenido mínimo, que consiste en la posibilidad de dirigir peticiones a los poderes públicos sin perjuicio para el peticionario.

Como vemos, ni siquiera se alude expresamente al derecho a obtener respuesta, sino sólo a que la solicitud sea tenida en cuenta. Pero no debe perderse de vista que se trataba de un acto de un Parlamento autonómico, lo que tiene dos consecuencias: primera, la inaplicación de la Ley 30/92; la segunda, un mayor respeto del TC a la actuación del poder público en este caso -aunque creemos que esto resulta criticable, ya que la lesión del derecho fundamental es independiente de su autor-. Vid. también la STS de 15-7-86(A.4431), referente a la solicitud por los vecinos del mantenimiento de un miembro del Pleno del Ayuntamiento como alcalde, cuando la Corporación ya se había pronunciado expresamente sobre ello y habían recaído sentencias tanto en vía contencioso-administrativa como en vía de amparo constitucional. En general, cuando los Tribunales declaran inadmisibile el recurso contra las peticiones del art.29 CE se basan -incluso antes de la Ley 30/92- en el carácter político del acto o en que lo solicitado es la elaboración o modificación de un reglamento. Vid. la de 10-12-91(A.9254).

La STS de 13-10-92(A.366), sobre la construcción de un nuevo acceso a la finca del recurrente desde un camino público por entenderse menos peligroso que el preexistente, afirmó que el contenido del acto administrativo impugnado era eminentemente discrecional, dado el carácter graciable del derecho de petición y dado además que aquél comportaba la priorización de unos intereses sobre otros.

Esta sentencia entiende esa <<petición graciable>> como un supuesto de discrecionalidad; y desestima el recurso a la vista de que no había peligro en el acceso preexistente -con lo que se elimina un posible motivo de arbitrariedad-. De todos modos, no se razona cuáles puedan ser esos intereses generales en cuyo detrimento podría ir la apertura de ese nuevo camino, ni tampoco si la solución más adecuada era la denegación de lo pedido. Si se trataba, como era el caso, de una resolución administrativa, no debía entenderse existente discrecionalidad alguna.

La STS de 19-11-80(A.4102), sobre una solicitud de subvención no amparada en norma alguna, declaró la obligación de resolver con base en el art.94 de la LPA de 1958; pero añadió que la denegación presunta no podía ser declarada contraria a Derecho en casos como éste. Fernández Farreres, G., op.cit., pp.659-660, parece afirmar que estamos ante peticiones graciabes cuando no existe en estos casos habilitación genérica, al negar dicho carácter en los casos en que la misma se da. No obstante, op.cit., p.658 el autor afirma que, en estos supuestos, la Administración dispondrá a lo sumo de un margen de apreciación.

En alguna otra ocasión, sin embargo, el TS ha entendido como <<enteramente graciabes>> ciertos actos por entender que entran dentro de la <<prerrogativa real>>. Así, la STS de 24-1-86(A.889), que en último término afirma no obstante la posibilidad de que las partes llevaran el asunto a la jurisdicción civil.

En todo caso, podríamos preguntarnos si es lógico, dentro de nuestro sistema constitucional, que se admita la existencia de actos graciabes. Creemos que no; además, esta categoría sólo induce a confusión. Actos graciabes propiamente dichos sólo deberían ser aquéllos reconocidos en la Constitución, como el ejercicio del derecho de gracia. Pero de éste suele predicarse una naturaleza jurisdiccional. Muñoz Machado, S., "Protección diplomática y jurisdicción contencioso-

caracterización de un acto como incardinado en la esfera política tampoco debe dar lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, salvo que se entienda procedente el amparo directo.

El TC, a continuación, realiza un interesante intento de delimitación de lo que haya de entenderse por dirección política, y señala que, dentro de este concepto, hay que comprender, en general, la actividad de relación con otros órganos constitucionales, así como

"las decisiones que otorgan prioridad a una u otra parcela de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes".

Parece asimismo recoger las últimas tendencias de la doctrina alemana, referidas a las limitaciones del control jurisdiccional debidas a la posición institucional de los Gobiernos<sup>42</sup>.

La STS de 24-7-91 (A.7553) entendió que no era susceptible de recurso contencioso-administrativo el decreto por el que se fijaba para determinado período el salario mínimo interprofesional<sup>43</sup>.

---

administrativa", en REDA, nº 6, 1975, p.402, cita en este sentido el *arrêt Gombert*. En todo caso, Calvo Charro, op.cit., p.253, parece entender que los actos graciables son aquellos en que no existe ningún legitimado para solicitar que se dicten.

<sup>42</sup>Sobre esta sentencia, vid. Embid, "La justiciabilidad...", cit., pp.2725 ss., y "La relación...", op.cit., pp.403 ss.

<sup>43</sup>La sentencia ha sido comentada por Embid Irujo, A., en "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional", cit., pp.256 ss. El autor, en "La justiciabilidad...", cit., p.36, resume la jurisprudencia recaída hasta ese momento diciendo que seis sentencias inadmiten el recurso por tratarse de actos de gobierno, y las otras nueve no lo hacen pero algunas de ellas admiten implícitamente la existencia de esa categoría.

Este autor, op.cit., pp.261 ss., se plantea el problema del control jurisdiccional de los actos de la Comunidad Europea en relación con los sistemas de control judicial de los Estados miembros de la misma. Resalta la paradoja que supone la exigencia en el Derecho interno de un alto grado de fiscalización jurisdiccional de los actos de los Gobiernos, dotados de legitimidad democrática indirecta, frente a las restricciones a dicha fiscalización de los actos del Ejecutivo comunitario, cuya legitimidad democrática es más remota y que, sin embargo, es quien fundamentalmente legisla en la Comunidad.

Ante este curioso fenómeno, considera que "no es posible así abominar en el plano interno de la exención jurisdiccional que lleva consigo la aceptación de la existencia de los actos de gobierno y, paralelamente, aceptar... la ruptura del ordenamiento interno que puede provenir de la emanación de un Derecho europeo construido en la mayor parte de las ocasiones en el secreto, en el alejamiento del

Los recurrentes habían solicitado que se anulara el decreto en cuestión y que se ordenara a la Administración a dictar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de la sentencia, mediante la aprobación, con el concurso de las organizaciones sindicales y empresariales, de un nuevo salario mínimo interprofesional, con los efectos compensatorios procedentes a los trabajadores afectados<sup>44</sup>.

---

lugar donde va a ser aplicado y, desde luego, sin ningún control ni existente ni, además, postulable en función de los principios estructurales de los Tratados"-por supuesto, op.cit., p.266, plantea el peligro potencial que puede encerrar la exención de control, en relación con los derechos fundamentales-.

Desde nuestro punto de vista, el control jurisdiccional del lado jurídico de toda actividad de los poderes públicos es no sólo un valor totalmente consolidado en nuestra cultura jurídica, sino, además, una exigencia insoslayable del Estado de Derecho -Embidi, op.cit., p.265, se plantea precisamente la posible incompatibilidad de ese sistema con los principios de éste-. El sistema de la Comunidad Europea puede calificarse, en buena medida, como excepcional, en cuanto que el Tratado persigue unos objetivos difíciles y todavía -después de casi cuarenta años- no del todo alcanzados. Son estas especiales circunstancias las que <<legitiman>>-si esto se puede decir- el peculiar sistema de la Comunidad.

Acerca del control judicial de los actos de las instituciones europeas, puede verse también Everling, U., en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., pp.647 ss.

También se ha referido a estas cuestiones Sánchez Morón, *Discrecionalidad* ..., op.cit., pp.81 ss., quien se centra básicamente en el análisis del control de los actos de las instituciones comunitarias. Sobre este punto, op.cit., p.84, nos recuerda que, de acuerdo con el art.33 del TCECA, "el control del Tribunal no puede versar sobre la apreciación derivada de los hechos o circunstancias económicas con motivo de las cuales se adoptaron las...decisiones impugnadas", salvo los casos de error manifiesto o desviación de poder. El autor, op.cit., pp.85 ss., se refiere a los campos en que opera este control restringido: las decisiones económicas complejas, como las referentes a la libre competencia, y el contencioso de la función pública -ingreso y ascensos-; y concluye que las restricciones al enjuiciamiento no se deben tanto a la especial posición de los Estados miembros respecto de la Comunidad como al entendimiento de que existen límites a la función de juzgar.

En todo caso, debe distinguirse el control de los actos de las instituciones comunitarias y el control de los actos de los Estados. Por lo que respecta a lo primero, son plenamente aplicables las consideraciones a que conduce el Estado de Derecho. En cuanto a lo segundo, podría pensarse que el principio de soberanía estatal prima sobre un control judicial pleno por el TJCE. Debe tenerse en cuenta, no obstante, a este respecto, el carácter de la Comunidad europea como organización supranacional o de integración.

Acerca del control de los actos de los Estados por instituciones internacionales distintas de las de integración, puede verse la sentencia del TEDH sobre el caso *The Sunday Times*, donde se afirma que "el art.10.2 deja a los Estados contratantes un margen de apreciación. Sin embargo, su art.10.2 no otorga a los Estados contratantes un ilimitado poder de apreciación. El Tribunal ostenta la decisión última sobre si una <<restricción>> es compatible con la libertad de expresión, tal y como se encuentra protegida en el art.10.... Asimismo, la amplitud del poder de apreciación doméstico no es idéntico en relación a cada uno de los fines incluidos en el art.10.2". De cualquier modo, Fernández Rodríguez, en "¿Debe la Administración...?", cit., p.400, afirma que, aun respecto de ese ámbito doméstico de los Estados, "no hay razón para postular un corte, una ruptura, un nuevo ámbito de exención que sería sólo una resurrección de las viejas inmunidades del poder".

<sup>44</sup>El motivo impugnatorio radicaba en que, en su opinión, esa fijación del salario mínimo interprofesional se alejaba del índice real del coste de la vida.

La sentencia afirma que

"...lo que se plantea a este Tribunal a través de esa fundamentación es el control de unos criterios que, aunque fijados en una ley, son de contenido político, al menos en sus efectos y significación, según se deduce del enunciado de los mismos en el art.27 ET, en el que figura alguno tan significativo como <<la coyuntura económica general>>, que viene a refundir los que anteriormente enumera el precepto -índice de precios al consumo, productividad media nacional, incremento de la participación del trabajo en la renta nacional- o pueda inferirse también de la alusión que el art.3 del Convenio 131 de la OIT hace en su primer párrafo a que los factores a considerar <<deberían incluirse en la medida de lo posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y condiciones nacionales...>>. De modo que, en definitiva, lo que se está pidiendo a este Tribunal es que sustituya al Gobierno en la determinación de uno de los factores, cual es el salario mínimo interprofesional que, por sus derivaciones, es fundamental para la política económica general del Estado, que, por imperativo constitucional reflejado en el art.97 de la CE, compete a este órgano estatal en su dimensión constitucional y ajena, por tanto, a su posible actuación como supremo órgano de control de la Administración"<sup>45</sup>.

La sentencia concluyó que estábamos ante un acto incardinado en la función de dirección política llevada a cabo por el Gobierno a través de un reglamento, por lo que declaró inadmisibile el recurso. Sin embargo, es evidente que la expresión *contenido político*, que la misma utiliza, es algo vaga; no obstante lo cual creemos que hace referencia a que la fijación del salario mínimo interprofesional tiene repercusiones importantes sobre la situación económica general, de modo que, además, su determinación implica en realidad la adopción de unos objetivos como prioritarios respecto de otros<sup>46</sup>.

Pero los Tribunales deberán seguir un criterio restrictivo a la hora de identificar los actos de dirección de la política<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup>A esta sentencia parece subyacer la concepción estatutaria del Derecho Administrativo, pero lo cierto es que se puede llegar a las mismas conclusiones sin pasar por ésta.

<sup>46</sup>Podemos plantearnos cuál es el papel del parámetro normativo constituido por el art.27 ET. A esta cuestión nos referiremos un poco más abajo.

<sup>47</sup>La STS de 9-3-85(A.4067,1986), en un supuesto en que se impugnaban por una confederación sindical los acuerdos por los que no se le reconocía participación en las Comisiones creadas por el AES -cuyas negociaciones la recurrente había abandonado- afirmó que, para la existencia de un <<acto político>>, se requiere que el mismo haya sido dictado por el Gobierno de la Nación y que se trate de actos que afecten directamente "a la defensa del territorio nacional, a la seguridad interior del Estado y al mando y organización militar". Vid. asimismo STS de 1-12-92(A.9881).

Existe otra serie de actos que entran de modo más claro en la esfera de la función política que en la de lo administrativo. Sobre todo, nos referimos a los de relación entre los distintos órganos políticos o los que implican una relación de un poder consigo mismo: por ejemplo, la designación de miembros en ciertas Comisiones de órganos políticos<sup>48</sup>. En cierto modo, algunos de ellos podrían

---

Embid, en "La actividad de gobierno....", cit., pp. 286-287, después de afirmar las dificultades que lleva consigo tratar de establecer una tipología de los actos de gobierno, afirma que "...el criterio restrictivo debe ser siempre la guía de ese trabajo de interpretación y también de creación", dada la cláusula del Estado de Derecho. "La presunción debe ser la del control jurisdiccional, y la excepción lo contrario".

El autor parece decir que lo político llega donde no se extiende el Derecho. Lo político sería, así, el ámbito de lo no jurídico. Pero los límites del Derecho son variables, dada la flexibilidad de los principios generales. El alcance de éstos debe interpretarse según las concretas potestades ejercitadas; en caso contrario, podríamos caer en dos extremos inaceptables: o bien en entender que los jueces también dirigen la política, o bien en lo contrario, esto es, en que los principios siempre tiene un ámbito de aplicación restringido, lo que no es admisible en las resoluciones administrativas porque carece de apoyo constitucional.

En todo caso, entendido en sus justos términos, concebir lo político como el ámbito de lo no jurídico es aceptable.

La STC 99/87 de 11-6 entendió que "la decisión sobre la convocatoria de las pruebas y concursos para el ingreso en Cuerpos o escalas administrativas o para el traslado de quienes sean ya funcionarios entra, sin duda, en la función ejecutiva y de dirección de la Administración del Estado que al Gobierno le incumbe (art. 97 CE)...". Pero no se aclara si esto es o no equiparable a lo que se podría denominar <<dirección de la política de personal>>. No lo creemos así.

Y la STS de 24-11-80 (A. 4841) consideró que los actos de constitución de la Junta regional de Extremadura no eran políticos, no sólo por no proceder del Gobierno sino también por cuanto el acto de creación había sido un previo decreto-ley, del que los actos impugnados eran ejecución; de modo que no cabía a priori establecer su naturaleza política o administrativa con independencia de sus propias circunstancias.

<sup>48</sup>Embid Irujo, "La actividad de gobierno....", cit., pp. 258 ss., comenta la STS de 10-12-91 (A. 9254). Los recurrentes habían solicitado del Gobierno que elaborara y remitiera a las Cortes un proyecto de ley sobre integración de un cuerpo de funcionarios en otro. La sentencia consideró que se trataba de una "actividad de colaboración con las Cortes Generales en el procedimiento de elaboración de una ley...., que es función política que se manifiesta en el ejercicio de las competencias del Gobierno como órgano constitucional, en sus relaciones con otros de esta misma calidad. Lo que determina la inexistencia de una actividad procedente de una Administración Pública, sujeta al Derecho Administrativo, que es el requisito primario fijado en el art. 6º de la Ley 62/78, para la procedencia del cauce procesal de protección jurisdiccional que en esa ley se regula....". Vid. también la STS de 20-4-93 (A. 5118), referente a la impugnación de la remisión de un proyecto de ley a un Parlamento autonómico, actuación que la sentencia entendió no sujeta al Derecho Administrativo, si bien no descartó su posible enjuiciamiento por el TC a través de la doctrina de los *interna corporis acta*.

En todo caso, esta actividad está sujeta a un control político; por otra parte, a los recurrentes siempre les queda la posibilidad -aunque limitada en sus efectos y estricta en sus requisitos- de ejercitar la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley.

Según Sáiz Arnaiz, "Los actos políticos....", cit., pp. 249 s., la diferencia entre la sentencia de 20-4-93 y la de 10-12-91 radica en que esta última trataba de una pretensión de sustitución del Gobierno por el Poder judicial, mientras que

entenderse como actos de organización, pero vienen referidos a órganos políticos.

En otras ocasiones, es la Constitución la que implícitamente encuadra un acto en la función política<sup>49</sup>. Ya sabemos que la discrecionalidad no es una potestad, por lo que no se atribuye por ninguna norma, sino que surge allá donde el Derecho no llega. Como la Constitución es una norma soberana, es la única que podría atribuir discrecionalidad, aunque ello sea ilógico. Sin embargo, creemos que estos supuestos se pueden explicar de un modo más plausible diciendo que en estos casos existirá discrecionalidad cuando el Derecho no permita decir que sólo existe una respuesta correcta.

González Salinas<sup>50</sup> comenta un auto del TS de 18-1-93, en que se califica el nombramiento de Fiscal General del Estado como un acto incardinado en tal función y, sin embargo, se procede a su enjuiciamiento por concurrir ciertos elementos reglados -más concretamente, el requisito de los quince años de ejercicio profesional-. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 28-6-94 (A.5050), que estima finalmente el recurso contencioso-administrativo presentado contra aquel

---

en la primera se buscaba el enjuiciamiento de un defecto formal en la elaboración de un proyecto de ley. A nuestro juicio, lo que ocurre es que tales defectos sólo pueden producirse por infracción de l CE o los Estatutos y, cuando se trata de vicios en la tramitación parlamentaria, de los reglamentos parlamentarios, pero sin que una ley cualquiera pueda imponer al Gobierno la forma como debe tramitar esos proyectos.

<sup>49</sup>Para López Guerra, L., "La posición constitucional del Gobierno", en *Gobierno y Administración en la CE*, cit., p.27, el art.97 CE se complementa con otras declaraciones constitucionales que atribuyen al Gobierno concretas facultades de dirección política, entre los que menciona el art.134, el 155, el 115, 87, 92, 124, 159 ss., 116 y 131.2.

Por supuesto, no todo poder atribuido por la CE es político. Pero el poder político sólo puede conferirse por la misma. Es incluso dudoso que los Estatutos de autonomía lo atribuyan, ya que dicho poder se halla en mayor o medida implícito en el reconocimiento constitucional de la autonomía a las Comunidades autónomas que eventualmente pudieran constituirse.

<sup>50</sup>González Salinas, P., "Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno", en *REDA*, nº79, 1993, pp.493 ss.

nombramiento<sup>51</sup>.

Para el autor<sup>52</sup>, no se trata en realidad de una actuación política, sino de un caso de discrecionalidad, que "al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho". A nuestro modo de ver, sin embargo, el supuesto sería controlable aun sin existir infracción de normas legales específicas<sup>53</sup>.

Para nosotros, se trata de un caso claro de discrecionalidad, cuya base es la existencia de una específica habilitación constitucional y que de modo impropio podría entenderse incardinado en el ejercicio de la función política, como perteneciente a la esfera reservada por la Constitución al Gobierno<sup>54</sup>.

### 3. Dirección de la política y dirección de la Administración

Otro problema que debemos plantear es el de la distinción entre la actividad de dirección de la política y la de dirección de la Administración. El art. 97 CE distingue entre ambas funciones<sup>55</sup>. Esta

---

<sup>51</sup>La sentencia afirma que si bien existen razones para entender que se trata de un acto administrativo, como el hecho de que el Fiscal General no realice funciones políticas al ser simplemente el jefe de una organización, la amplitud constitucional de sus funciones y el especialísimo régimen de su nombramiento lo sitúan más próximo a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que a un acto administrativo.

<sup>52</sup>Op. cit., p. 505.

<sup>53</sup>Pensemos en el caso extremo de que se nombrara para el cargo de Fiscal General a alguien que, aun reuniendo los quince años de ejercicio profesional, estuviera en ese momento psíquicamente incapacitado, si este supuesto no se reflejara en la ley, por algún descuido.

<sup>54</sup>Se trata de un acto previsto en la Constitución de forma tal que la misma parece querer que el Gobierno disfrute -con ciertos límites- de libertad electiva; evidentemente, los principios de mérito y capacidad no son aquí aplicables. La Constitución puede hacer esto, aunque difícilmente pueda pensarse que estamos ante un caso de dirección de la política *stricto sensu*.

<sup>55</sup>También lo hace Morell Ocaña, L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, op. cit., p. 27.

Por su parte, García Llovet, E., en "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", op. cit., p. 67, nos recuerda que la Constitución de 1931

distinción no es, sin embargo, fácil de definir.

García Llovet<sup>56</sup> afirma que la función de dirección de la Administración no sólo es distinta de la dirección de la política, sino también "de inferior nivel, de instrumentalidad respecto a la realización de ese <<indirizzio político>> e instrumentalidad respecto de la función ejecutiva...".

Para Morell Ocaña<sup>57</sup>, la dirección administrativa se encuadra, precisamente, en los estratos superiores de la Administración, y no en los políticos; si bien la derivación del sistema de la confianza y de la lealtad personal hacia la dirección administrativa ha propiciado que este sistema se extienda a los estratos superiores de la función pública<sup>58</sup>.

---

distinguiría entre el *indirizzio político* de la Nación y el *indirizzio administrativo*, al atribuir el primero al Gobierno y el segundo a los Ministros.

Para Xifra Heras, la dirección de la Administración se encuadra dentro de la función administrativa -op.cit., p.1848-.

García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., p.116, opina que en la ejecución de la ley no se requiere una legitimidad democrática adicional, que a su juicio podría destruir la democracia misma, que se basa en el imperio de la Ley dictada por las Cortes, únicas representantes del pueblo. Vid.asimismo op.cit., pp.51 ss., con referencia a la obra de Kelsen.

<sup>56</sup>Op.cit., p.72-73. Por esta razón, no entendemos bien por qué el autor, op.cit., p.78, considera que la posibilidad que los Gobiernos tienen de dirigir a las respectivas Administraciones deriva de que aquéllos poseen legitimidad democrática. La dirección de la Administración debe estar presidida por la objetividad; así que la legitimidad democrática no es aquí necesaria. Es más, la exigencia de esa legitimidad democrática indirecta lleva consigo resultados prácticos contraproducentes, como la extensión del sistema de la confianza política a puestos claramente administrativos. De hecho, el autor, un poco más abajo, matiza su idea, al afirmar que "el circuito de legitimación agota sus exigencias en el nivel de decisión política, no trasladándose al conjunto de la estructura del aparato administrativo del ente descentralizado".

Por el contrario, García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p.153, opina que la dirección de la política es la propia del Gobierno, y que se plasma en la dirección de la Administración y la defensa del Estado.

<sup>57</sup>Op.cit., p.28. No obstante, op.cit., pp.120 y 122, afirma que dadas las especiales características de la Administración local, los concejales también realizan funciones de dirección administrativa.

<sup>58</sup>En todo caso, el art.97 CE atribuye la dirección de la Administración al Gobierno, pero puede pensarse con facilidad que se refiere a lo que podríamos llamar <<dirección suprema>>.

Para Jiménez Asensio, "La dirección...", cit., pp.85 ss., la dirección administrativa se manifiesta tanto mediante actos normativos y presupuestarios como mediante la posibilidad de elección de personal de la confianza del Gobierno, si bien señala que la misma puede ejercitarse aun cuando ese personal administrativo de confianza no exista. Sin embargo, op.cit., p.90 se plantea la



Por el contrario, Jiménez Asensio<sup>59</sup> opina que la dirección de la Administración se incardina dentro de la función de gobierno o política. Esto se desprende de la Constitución; pero, entonces, ¿cómo compaginar esta afirmación con la de la objetividad administrativa?.

Morell Ocaña<sup>60</sup> afirma, con acierto, que como el art. 108 CE establece la responsabilidad solidaria del Gobierno en su gestión política, parece lógico que el personal que participe en dicha gestión sea de su confianza. Pero también señala que esa gestión política no equivale a la gestión administrativa, ni tan siquiera en su nivel directivo, por lo que no resulta adecuado que el personal encargado de dirigir la Administración ejerza esas funciones por ostentar la confianza del Gobierno.

Un poco más abajo, el autor concreta estas ideas, al señalar que la confianza que el Congreso otorga al Gobierno se confiere para la realización del programa político, por lo que el sistema de la confianza no debe extenderse más allá. "Pero dicha garantía se instrumenta a través de sus poderes de dirección de la Administración Pública. Dirigir una institución no significa cambiarla de sentido; impregnarla de unos modos de ser y de hacer que

---

posibilidad de que hipotéticamente se produjera un roce entre los puestos directivos de la Administración y el personal político si se diera una profesionalización total de la Administración.

<sup>59</sup>"La dirección...", op.cit., p.77. Así, afirma que "lo que la Administración efectúa no es otra cosa que la puesta en práctica de todas las medidas políticas del Gobierno". El autor, op.cit., pp.85 ss., añade no obstante que esa dirección administrativa se comparte en cierto modo por el Parlamento, ya que éste tiene la potestad legislativa y presupuestaria y la de control del Gobierno.

En sentido parecido, vid. López Guerra "Funciones del Gobierno...", op.cit., p.31, quien también parece entender que la dirección de la Administración se incardina en la dirección de la política. Para este autor, de ello se desprende la necesidad de que el Gobierno pueda seleccionar al personal de su confianza; y añade que una norma que restringiera ese ámbito sería inconstitucional por invadir funciones reservadas al Gobierno. "En otros términos, corresponde únicamente al Gobierno la designación de los titulares de los puestos de dirección administrativa, cuando éstos comportan también una dirección política". Esto último es cierto; lo que ocurre es que desde nuestro punto de vista ese personal de confianza no debe descender más allá.

<sup>60</sup>Op.cit., p.45-46.

-como propios de la política- son distintos de los que definen el aparato administrativo"<sup>61</sup>.

Las palabras de Morell Ocaña deben ponerse en relación con el principio de objetividad de la Administración. Es decir, el Gobierno dirige la política, pero la distinción entre dirección de la política y dirección de la Administración es necesaria para garantizar la objetividad de esta última<sup>62</sup>. Pero de aquí se deriva una consecuencia importante: *si la Administración debe actuar de acuerdo con el principio de objetividad, entonces claramente la misma no puede realizar funciones de gestión política.*

De este modo, parece que Morell Ocaña considera que la actividad administrativa, incluso de dirección, es algo distinto y subordinado a la esfera de lo político. Así, la actividad de dirección administrativa entraría dentro de la esfera administrativa propiamente dicha; y, por tanto, desde nuestro punto de vista, queda sujeta un control judicial plenario.

Quizá la clave de la distinción entre lo político y lo administrativo se encuentre en lo que el autor denomina << fines permanentes >> de la institución y << fines no permanentes >>, es decir, contingentes<sup>63</sup>. La esfera de dirección administrativa, con el

---

<sup>61</sup>Por estas razones, critica, op.cit., p.51, que la Ley 25/83 siga calificando al Director General como un puesto de estricta confianza, cuando sus funciones son más de dirección burocrática que de otra cosa. También por ello, op.cit., pp.96-97, critica el sistema de libre designación.

<sup>62</sup>García Llovet, op.cit., pp.73 ss., afirma que "la dependencia de los órganos constitucionales de dirección política parece necesaria para garantizar el input de legitimidad democrática del que está privada la Administración; la independencia de esas mismas instancias parece exigencia para garantizar la objetividad, en la medida en que ésta incorpore un elemento de imparcialidad, de funcionamiento de las estructuras de la Administración de forma no partidista". Para García de Enterría, *Democracia...*, cit., pp.42 ss., la Administración no ostenta legitimidad democrática indirecta, sino todo lo contrario, ya que la representación popular radica en las Cortes y no en los Gobiernos, ni mucho menos en la Administración.

<sup>63</sup>Morell, op.cit., p.106, afirma que, en caso de conflicto entre uno y otro tipo de fines, "los fines permanentes funcionan aquí como un límite a los objetivos temporales del equipo de gobierno".

fin de hacer efectivo el principio de objetividad, tendría como misión que los fines contingentes no anulen de hecho a los fines permanentes. La clase política tendería a hacer efectivos los fines contingentes, pero con ese límite. Se trataría, en suma, de compatibilizar la objetividad de la Administración con su dirección por el Gobierno, que llevaría a efecto esa dirección precisamente desde la perspectiva política, de los fines contingentes, de la realización del programa gubernamental<sup>64</sup>.

En este sentido, Morell<sup>65</sup> afirma que debe haber, junto a los responsables de la política, los que lo sean de la dirección administrativa.

En suma, debemos ser cautelosos a la hora de identificar un acto como perteneciente a la esfera de la gestión política. En principio cualquier tipo de acto podría responder a esa búsqueda de fines <<contingentes>> o establecer prioridades. Los Tribunales habrán de ser extraordinariamente prudentes. Ello, sobre todo si se tiene en cuenta que los diversos programas políticos se acercan cada día más.

En resumen, podemos decir que el acto de gestión política se

---

<sup>64</sup>Debe no obstante tenerse en cuenta que la posibilidad de búsqueda de fines contingentes requiere una legitimidad democrática adicional. La misma no debe venir sólo dada por los resultados electorales, sino que además esos fines contingentes deben responder al programa político expuesto por el candidato a la Presidencia del Gobierno ante el Congreso antes de su investidura. Pero el incumplimiento de ese programa sólo puede implicar responsabilidades de carácter político.

Por otra parte, todo fin público debe haber sido calificado como tal en la CE o por el Legislador. En tal caso, se podría pensar que la política consiste en la fijación de prioridades. Pero no todo acto en que se plasma ese establecimiento de prioridades será incardinable en la esfera de lo político, como hemos visto.

Díez Sánchez, en *El procedimiento....*, op.cit., pp. 81 ss., afirma que la objetividad, entendida como imparcialidad, se ve afectada por las relaciones entre Administración y Gobierno.

<sup>65</sup>Op.cit., p.106: "No pueden ser fiduciarios del equipo de gobierno"-subrayado original-. Vid. asimismo op.cit., p.121. En todo caso, recordemos qué ocurre en el caso de los entes locales.

El autor, op.cit., p.144, resalta asimismo el peligro de hipoteca de los fines permanentes de las Corporaciones locales que se produce por haber convertido la ley 10/93 en puestos de libre designación los de ciertos habilitados nacionales.

caracterizará, normalmente, por encerrar una ponderación de intereses. En segundo lugar, debe provenir necesariamente de aquellos órganos que poseen legitimidad democrática, aunque sea indirecta, y cuya responsabilidad política pueda hacerse efectiva; si bien por supuesto no todo lo emanado de dichos órganos tendrá estas características<sup>66</sup>. En tercer lugar, vendrán referidos a la realización de los fines temporales de las instituciones públicas, del programa político, podría decirse. Este criterio es determinante, pero confuso; no obstante, habrá que evaluar también la trascendencia que para dicho programa tiene el acto en cuestión<sup>67</sup>. Por último, habrá que

---

<sup>66</sup>Resume Sáinz Moreno, "Actos...", op.cit., p.250, que, para el TS, el acto es político tanto por su naturaleza como por el órgano del que emana. Evidentemente, los únicos que pueden dictar actos políticos, además de los Parlamentos, son los Gobiernos; en este sentido, vid. Embid, "La justiciabilidad...", op.cit., p.2718, quien considera posibles los actos de gobierno de los entes locales. Sobre la posible existencia de potestades de índole política en manos de las Universidades, vid. STC 130/91, cuya doctrina quizá deba entenderse con ciertas cautelas.

De acuerdo con López Guerra, "Modelos de legitimación parlamentaria...", cit., pp.87 ss., el hecho de que el Gobierno tenga hoy atribuidas funciones de dirección política se debe a su legitimidad democrática, a su juicio no exclusivamente derivada del Parlamento.

Por su parte, Barra, op.cit., pp.2257 ss., señala que cada vez más el uso de la discrecionalidad supone un acto del poder político, y en tal medida sólo será válido en la medida en que el origen de ese poder sea democrático. No obstante, el autor añade que esa legitimidad democrática podría venir dada por la simple habilitación de la ley.

Sobre la posibilidad de que las Comunidades autónomas ejerciten funciones políticas, debe recordarse que el Estatuto asturiano afirma que el Consejo de gobierno dirige la política regional. Al respecto, Jiménez Asensio, en "La dirección de la administración Pública como función de gobierno", op.cit., p.75, señala que paradójicamente los primeros Estatutos no realizan esta afirmación, cuando se trata de los de las Comunidades autónomas con más competencias. También nos recuerda que, en todo caso, el art.16 del Estatuto vasco señala que el Gobierno establece los objetivos generales y dirige la Administración. El autor se pregunta si eso es incardinable en la dirección de la política.

La de 25-6-86(A.3778) afirmó que en el Estado sólo el Gobierno puede dictar actos políticos. Y la de 13-6-79(A.4778) consideró que el acto de la Diputación foral de Navarra por el que se establecía que la vecindad de Estella tendría un diputado no es político por no provenir del Gobierno de la Nación.

<sup>67</sup>Sáinz Moreno, *Conceptos...*, cit., p.245, en relación con la tesis de Schmidt-Salzer, afirma que "la importancia funcional de determinadas decisiones puede dar lugar a que el Legislador conceda la Administración la facultad de resolverlas discrecionalmente". Pero debe tenerse en cuenta que, para este autor, la discrecionalidad sólo existe cuando el criterio de decisión es político.

Desde nuestro punto de vista, la importancia de una decisión, si la misma emana de un órgano dotado de facultades de dirección de la política, puede suponer que la misma haya de ser calificada como decisión emanada en el ejercicio de esas facultades. Pero, op.cit., p.350, el autor afirma que la discrecionalidad plena sólo existe en los <<actos políticos>>; lo que nos parece falso, en la medida en que hoy día ni existen los actos políticos en el sentido tradicional del término,

extremar el cuidado a la hora de entender incardinada en la función política una decisión cuando se hallen en juego derechos o valores, sobre todo cuanto mayor sea su rango<sup>68</sup>. Pero no sólo a efectos de proteger jurisdiccionalmente los derechos fundamentales, sino también a los de dar una protección plena a cualesquiera derechos<sup>69</sup>.

### III. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LA DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA

#### 1. Consideraciones generales

Con la Constitución en la mano, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos no tiene límites materiales. Esta tutela debe darse también frente a los actos incardinados en la dirección de la política, en la medida en que afecten a tales intereses o derechos. En este sentido se ha pronunciado López Guerra<sup>70</sup>, quien después de preguntarse si la

---

, ni existen tampoco actos <<absolutamente discrecionales>>.

<sup>68</sup>Por estas razones, no podemos estar de acuerdo con el voto particular formulado a la sentencia de la Audiencia Nacional de 21-9-93, que consideró existente un margen de apreciación política en un caso en que se hallaba en juego el derecho a la protección de la salud.

La STS de 18-8-88 (A.6082) conecta implícitamente la importancia de los derechos en juego con la intensidad de la fiscalización judicial de un plan urbanístico.

<sup>69</sup>En todo caso, podemos preguntarnos si la incidencia de tales derechos afecta más al tipo de potestad ejercitada o a la ausencia de discrecionalidad, al ser en estos casos mayor la carga de fundamentación. En realidad, lo que ocurre es que la afectación de un derecho fundamental obliga a que la decisión que se adopte sea la menos gravosa posible para el mismo. Dicho de otro modo, queda enervada la posibilidad de que exista una pluralidad de soluciones justas y, por tanto, la fiscalización judicial deberá ser máxima, en la medida en que lo permitan los límites del razonamiento jurídico.

<sup>70</sup>"Funciones del Gobierno y dirección de la política", cit., pp.38 ss.

No obstante, op.cit., pp.40 ss., hace hincapié en las peculiaridades de este control, derivadas de la imprevisibilidad de la acción de dirección política. Esta imprevisibilidad, según el autor citado, comporta una asunción de riesgos que "convertirán en difícilmente aceptable, en muchos supuestos, una pretensión

reserva gubernamental de la dirección de la política también se da frente a los Tribunales, señala que si bien será difícil que concorra legitimación en estos casos, el art.24 CE es tajante al respecto.

El problema es cómo se articula este control en nuestro Derecho. No podemos incardinarlo en el art.106.1 CE, sino en el 24<sup>71</sup>, aunque esta idea podría matizarse, si se tiene en cuenta que los reglamentos pueden ser instrumentos de la actividad de dirección de la política.

Pero, ¿qué Tribunales son competentes? ¿No sería más lógico que fuera el TC? ¿Cuál es la intensidad del control?.

Estos actos, en principio, están sustraídos al Derecho Administrativo. Sin embargo, ante la falta de vías de impugnación de los mismos, los Tribunales del orden contencioso-administrativo, en ocasiones, han admitido y hasta estimado los recursos presentados contra ellos<sup>72</sup>. Lo lógico sería que nuestro Derecho abriera cauces

---

dirigida, por ejemplo, a exigir reparación por lesiones económicas derivadas de la política internacional o de la convocatoria de elecciones". Pero el autor insiste en la necesidad de no desnaturalizar el art.24 CE.

En sentido similar, vid. Garrido Falla y Fernández Pastrana, op.cit., pp.30 ss., quienes afirman que el acto de gobierno debe circunscribirse a las relaciones entre órganos constitucionales, y que dicha categoría debe automáticamente quedar excluida cuando se trate de actos que afectan a situaciones jurídicas de los ciudadanos que merecen tutela jurisdiccional. En este sentido, critican la STC 45/90.

<sup>71</sup>Para Uriarte Torreladay, op.cit., p.215, debe tenerse en cuenta que el art.106 CE se predica de la Administración y no del Gobierno, aunque considera que de ahí no se deduce una exención judicial total de la actividad de gobierno. La primera afirmación se comparte por Embid, "La justiciabilidad . . .", op.cit., p.30, quien añade no obstante que si bien el art.9.1 CE somete a todos los poderes públicos al Ordenamiento, esto no los somete a todos necesariamente al control judicial en la totalidad de sus actuaciones -op.cit., p.61-. Así, op.cit., pp.48 ss., nos recuerda que sólo en la STS de 6-7-87(A.5206) se afirma que el acto de gobierno es incompatible con la CE en cuanto que ya no hay área que escape al control del juez. Pero en este caso se trataba de la continuación de un proceso de extradición, que poco tiene que ver con la gestión política.

Según González-Varas, op.cit., p.154, con referencia al Derecho alemán, si los actos de gobierno o los graciables afectan a derechos de los particulares, cabrá siempre la vía judicial por imperativo del art.19.4 de la Ley fundamental de Bonn. Sin embargo, resalta que es difícil que esa lesión se produzca; y añade que en todo caso el control habrá de ser jurídico y no político.

<sup>72</sup>La STS de 29-11-85(A.5574), después de afirmar que la revocación de los representantes de una Diputación en una Caja de ahorros no era un acto político por ser insuficiente la teoría del móvil, señaló que tras la CE ni los actos políticos quedan fuera del control judicial, "al declararse al máximo nivel

impugnatorios más adecuados<sup>73</sup>. Pero, hasta tanto se haga así, debe existir la posibilidad de reaccionar contra aquéllos cuando sean disconformes con el Ordenamiento<sup>74</sup>. Y esta crítica jurídica es la propia de los órganos judiciales<sup>75</sup>.

---

normativo que están sujetos a la CE y al resto del Ordenamiento jurídico en sus arts. 9.1 y 9.3...".

<sup>73</sup>García de Enterría, en "La lucha...", p.193, afirma que "en otros países, la eliminación de la doctrina de los actos de gobierno, en su tradicional expresión, ha sido el resultado de una técnica constitucional explícita, la técnica llamada de la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos". Desde nuestro punto de vista, este tipo de cláusulas no son óbice para la existencia de la actuación política. Pero la cláusula general de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos sí implica la supresión de esa categoría referida a actos exentos de control judicial.

Embido, "La justiciabilidad...", op.cit., p.33, afirma que donde existe jurisdicción constitucional el control de los actos de gobierno adquiere un cariz muy diferente. Añade, op.cit., pp.53 ss., siguiendo a Scheuner, que donde exista aquélla, los actos de índole política inimpugnables ante la misma no lo serán en razón de esa naturaleza, sino debido a los límites de la competencia del TC. Pero creemos que esas deficiencias no pueden servir de excusa para la exención.

Santamaría Pastor, "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar", en DA, nº215, 1988, p.77, afirma que existen ciertos espacios de actuación política no fiscalizables por los Tribunales ordinarios, pero deben circunscribirse a límites muy estrictos. El autor se refiere a la remisión de proyectos de ley, la disolución de las Cámaras, la declaración de estados excepcionales, la utilización de las facultades previstas en el art.155 CE o la suscripción de un Tratado.

<sup>74</sup>Sáinz Moreno, op.cit., p.350, afirma que "...la discrecionalidad plena no existe en el ámbito del Derecho administrativo. No hay más discrecionalidad plena que aquella que corresponde a las decisiones adoptadas según criterios políticos, por tanto, decisiones que no son jurídicas en su núcleo esencial". En todo caso, la discrecionalidad plena -creemos- no existe en ninguna clase de actos del poder público, en virtud de lo dispuesto en el art.9.3 CE.

<sup>75</sup>Así, consideramos un tanto contradictoria la posición de Barcelona, op.cit., p.2370, para quien la actividad de gobierno no se halla sujeta al control judicial -aun sin necesidad de recurrir a la categoría del acto político-, si bien la considera sujeta al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad -op.cit., p.2372-.

Debe al respecto recordarse que el control parlamentario es político y no jurídico; y que, además, de hecho sus mecanismos institucionalizados fallan en su funcionamiento. Así, Cascajo Castro, J.L., "La forma parlamentaria de gobierno en el sistema constitucional español", en RVAP, nº 34, 1992, pp.13 ss., se refiere a la perversión producida en los instrumentos de la cuestión de confianza y de la moción de censura, que de hecho sirven a objetivos opuestos a aquellos para los que fueron diseñados.

Sáinz Moreno, op.cit., pp.351-52, afirma que el control judicial no debe sustituirse por el político, ya que tienen objetos diferentes.

Por supuesto, no todos los autores opinan igual. Por ejemplo, Hernández Martín, op.cit., p.90, partiendo de la afirmación de K.Schmitt de que el Estado de Derecho "pese a toda su juridicidad y normatividad, sigue siendo un <<Estado>> y contiene un elemento específicamente <<político>>", añade que "esta afirmación es totalmente contraria al principio de que parten casi todos los autores, que piensan, al igual que Triepel, que <<la naturaleza política de un acto no excluye su configuración o carácter jurídico>>".

Desde nuestro punto de vista, aisladamente consideradas, las afirmaciones de Schmitt y Triepel no son incompatibles: que en una actuación política existan parámetros jurídicos no significa eliminar completamente su núcleo político.

Los Tribunales podrán controlar aquellos elementos que sean propiamente reglados<sup>76</sup>. En relación con éstos, no parece haber excesivos problemas, ya que se trata de cuestiones muy simples; y no hay razones para temer que, por llevar a cabo la fiscalización de estos elementos, los órganos judiciales se involucren en cuestiones políticas que no les son propias. Se trataría del control de los elementos separables de esos actos, o bien de aquellos que, siendo de fondo, pueden contrastarse con una norma clara y determinada<sup>77</sup>.

Pero, al tratarse de supuestos que caen fuera del ejercicio de la funciones administrativas, no cabe aplicar el argumento basado en que la Administración sirve los intereses generales para defender un control judicial pleno. Por el contrario, en el ámbito político los límites jurídicos más generales se constituyen por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y ello, dado que los jueces no son políticamente responsables, y dado además que aquí el Ordenamiento no exige la adopción de la mejor solución;

---

<sup>76</sup>Piénsese en la falta de los requisitos que para la moción de censura establece el art.113 CE. Este supuesto difícilmente caería dentro de los conflictos entre órganos constitucionales regulados en los arts.73 ss.LOTC. En todo caso, esa carencia supondría una lesión del art.23 CE, por lo que el caso se incardinaría en el art.42 LOTC. De cualquier modo, como los Tribunales no son tendentes a reconocer la existencia de actos locales que constituyan manifestaciones de la función política, nunca ponen trabas a la admisibilidad de recursos contencioso-administrativos contra los dictados en esa esfera y supuestamente lesivos del art.23 CE.

Baena, "Los actos políticos....", I, op.cit., pp.57 ss., se decanta por el control judicial de los aspectos formales.

<sup>77</sup>El mismo García de Enterría, en "La lucha...", cit., p.189, en nota, afirmaba antes de la CE que el TS fiscalizaba los elementos de la competencia y el procedimiento, pese a predicar el carácter político de un acto y declararse incompetente en cuanto al fondo.

Embid Irujo, A., "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional", cit., pp.251 ss., se decanta por el control de los elementos separables de los actos de gobierno -op.cit., p.255-, así como del respeto por los mismos a las normas escritas, pero de su trabajo parece desprenderse la imposibilidad de control de fondo de aquéllos basado simplemente en un principio general, como pueda ser el de interdicción de la arbitrariedad.

Para Uriarte Torrealday, op.cit., p.220, los elementos formales de los actos políticos son en todo caso fiscalizables.

Sáiz Arnaiz, "El Gobierno y la dirección de la política", cit., p.198, entiende que los actos emanados de esta función son injustificables; pero también afirma que no están totalmente al margen del Derecho, y, en tal medida, serán controlables. El autor se refiere concretamente a la posible infracción de derechos fundamentales, así como a la competencia y el procedimiento.



el electorado y el Parlamento serán quienes controlen el carácter óptimo de las decisiones políticas<sup>78</sup>. No debe tampoco olvidarse que, si existe una reserva constitucional al Ejecutivo, la misma comprende la esfera de lo político.

Entendemos de ese modo que estos actos deben estar sujetos a un control judicial limitado, con todos los riesgos que ello lleva consigo. La tutela judicial efectiva no está limitada a los derechos fundamentales, sino que se extiende a todos los derechos e intereses legítimos<sup>79</sup>. En este sentido, García de Enterría y Fernández Rodríguez<sup>80</sup> afirman que el juez sólo puede decidir en nombre del Derecho y no sustituir las apreciaciones políticas. Pero añaden: "lo que el juez puede y debe hacer es mantener la observancia a la ley y al Derecho en la actuación de esas instancias políticas... Según el

---

<sup>78</sup>En este sentido se ha pronunciado en Alemania el Tribunal Constitucional federal, como nos recuerda Embid, "La justiciabilidad....", op.cit., p.60.

<sup>79</sup>Por eso, se debe matizar la opinión de Embid Irujo, "La justiciabilidad", cit., pp.2712 ss., según la cual no caben actos políticos cuando resulten afectados derechos fundamentales.

La afirmación de Embid, no obstante, puede tener un cierto sentido: en efecto, el autor quizá se refiera a que no debe haber trabas al control judicial plenario cuando exista algún derecho fundamental en juego, por muy política que pueda ser, en sí misma considerada, la actuación de que se trate, o más bien que la discrecionalidad queda reducida a cero en estos casos. En estos supuestos, se da un conflicto entre los preceptos constitucionales que reconocen la existencia de ámbitos de dirección política donde, en principio, existe un espacio de discrecionalidad, y los que reconocen un determinado derecho fundamental. Podría entenderse que, dada la posición preferente de tales derechos, el control judicial debe ser plenario en estos casos.

En todo caso, debe recordarse la extensa jurisprudencia constitucional que, en relación con la fiscalización en vía de amparo constitucional de la actividad parlamentaria sin valor de ley -y aun después de haberse superado la peligrosa doctrina de los *interna corporis acta*- considera que, no obstante, existe un juego limitado del principio de proporcionalidad en la ponderación entre el derecho fundamental afectado y la autonomía de la Cámara.

Desde otro punto de vista, si se parte de que los derechos fundamentales son todos los que gozan de garantía constitucional, resultaría que los planes de urbanismo estarían afectos a un control judicial ilimitado en la medida en que afectan al derecho de propiedad.

<sup>80</sup>*Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp.564-65. En el mismo sentido, Delgado Barrio, F.J., *El control de la discrecionalidad...*, cit., p.88, quien afirma que el juez no debe asumir una responsabilidad política que no tiene.

Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.128, señala que, en estos casos, "el Derecho no puede sustituir a la política, sino que es sólo un límite externo y necesariamente amplio, el marco de reglas en el que se desarrolla el juego democrático y que permite un sinfín de opciones diversas, conformes al valor constitucional del pluralismo".

sistema constitucional, no hay ninguna <<razón de Estado>> capaz de justificar un quebrantamiento del Derecho.....". Esto significa que, en los actos incardinados en la dirección de la política, existen parámetros jurídicos, que podrán fiscalizarse por los Tribunales<sup>81</sup>.

Además, afirman estos autores que el juez no puede sustituir la decisión política, pero sí controlarla -y, llegado el caso, anularla-. Por nuestra parte, creemos que cabría eventualmente una sustitución cuando de modo incontestable sólo una solución fuera conforme a Derecho, ya que entonces la misma se produciría con arreglo a parámetros jurídicos y no políticos. Pero estos supuestos se pueden considerar de laboratorio. En todo caso, las Salas deberán aquí hacer gala de un tacto exquisito, evitando sustituir la apreciación política y cuidando mucho, antes de anular una decisión de esta índole, de respetar ese legítimo ámbito de opción.

Siguiendo con la sentencia anteriormente comentada de 24-7-91 (A.7753), nos parece obvio que estamos ante un acto que entra dentro de la función de dirección de la política económica<sup>82</sup>. Pero estas

---

<sup>81</sup>López Guerra, "La posición...", op.cit., p.26, pone como ejemplos de existencia de parámetros jurídicos de la actividad política los derechos fundamentales y la distribución constitucional de competencias.

La STS de 28-6-94(A.5050), sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, afirma que en las actuaciones políticas, cuando la ley haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos precisos a que deben sujetarse, los Tribunales deben examinar eventuales extralimitaciones o el incumplimiento de los requisitos previos; y añade que un caso típico era el de autos, en la medida en que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal establece un requisito objetivo como es el de los quince años de ejercicio como jurista de reconocida competencia. El TS acaba concluyendo que dentro de esos años no se puede computar el tiempo en servicios especiales por desempeñar el cargo de Delegado del Gobierno, para el que no se requiere licenciatura en Derecho alguna.

A esta sentencia se formuló no obstante un voto particular por Morenilla Rodríguez, en el que se entiende que por tratarse de un acto de gobierno, la Sala adolecía de falta de jurisdicción, con base en el art.97 CE. El autor añade que en ciertos casos la tutela judicial efectiva se satisface mediante un pronunciamiento de inadmisión; es más, considera que declarar en estos casos la separabilidad de ciertos elementos supondría colocar una ley por encima de la Constitución.

<sup>82</sup>No siempre se identificará la libertad de elección política con la ausencia de regulación normativa: habrá casos en que exista una regulación normativa más o menos detallada y en que, sin embargo, el núcleo no reglado de la decisión

actuaciones, aunque no sea de modo total, están también sometidas a parámetros jurídicos. De hecho, los recurrentes se referían al art. 27 del Estatuto de los trabajadores, donde se establecen ciertos parámetros -muy genéricos, es cierto- para la determinación del salario mínimo interprofesional.

Hay que convenir, con esta sentencia, en que los parámetros de dicho precepto son tan genéricos que suponen un ineludible reconocimiento del carácter de la fijación del salario mínimo interprofesional como acto incardinado en la dirección de la política económica, lo que en este caso es lógico si se tiene en cuenta las repercusiones del mismo sobre la economía general<sup>83</sup>. Pero semejante interpretación de los parámetros legales sólo cabe en supuestos excepcionales como éste; de lo contrario, cualquier utilización de conceptos jurídicos indeterminados nos llevaría a calificar cualquier acto como incardinado en las funciones de dirección de la política<sup>84</sup>. Además, la inclusión de un acto dentro de

---

pertenezca al mundo de la gestión política; y viceversa, habrá actos en que no exista apenas regulación y que, sin embargo, no consistan sino en simples resoluciones administrativas. Pero, además, hasta las decisiones de política son fiscalizables, aunque ese control será limitado.

<sup>83</sup>Es decir, la flexibilidad del art. 27 ET no constituye un supuesto más de indeterminación normativa o de dificultad de control, sino que esa indeterminación normativa se configura así, precisamente, para permitir la existencia de un ámbito de discrecionalidad, que viene justificada en la naturaleza de la actuación ante la que estamos.

<sup>84</sup>Embido, en "La actividad...", cit., p. 276, cita la STS de 20-11-92, donde se anuló un acuerdo de la Universidad de Valencia donde se hablaba de <<lengua catalana>>. La sentencia, como resalta el autor citado, se apoyó en un precepto claro y tajante del Estatuto de autonomía, donde se habla de <<lengua valenciana>>. El autor, op. cit., p. 275, al comentar la STC 130/91 de 6-6, afirma que "naturalmente, siempre queda abierto tras éste y tras cualquier otro fallo la cuestión del discernimiento de cuándo nos encontramos en el ámbito de la oportunidad política y cuándo, por el contrario, en la aplicación de pautas legales regladas. Pero la solución en éste como en cualquier otro caso no puede darse de forma general sino, solamente, remitirse al tratamiento del ordenamiento sectorial de cada supuesto. Allí, otra vez, donde no existe respuesta en el ordenamiento a un problema, o donde los parámetros utilizados por el ordenamiento equivalen, en realidad, a una falta de respuesta, nos encontramos en el ámbito de la discrecionalidad, de la oportunidad política en donde los Tribunales deben abstenerse de entrar".

Pero, para llegar a semejantes conclusiones, es preciso efectuar precisamente un análisis exhaustivo, de fondo; de este modo, el ámbito de la discrecionalidad se configura como el último reducto que no resulta fiscalizable por no llegar al

dicha función no excluye su control jurisdiccional.

Así, desde nuestro punto de vista, es posible articular un control jurídico de estos supuestos, cuyo marco -en este caso- venía determinado, además de por la interdicción de la arbitrariedad, por los parámetros del art.27 ET<sup>85</sup>.

---

mismo el Derecho. Para determinar su amplitud en cada caso, habría que apurar las posibilidades interpretativas de aquél. Pero resulta evidente que el Derecho determina que debe buscarse siempre la mejor solución cuando se trata de resoluciones administrativas.

Comenta González Salinas, P., "Dos nuevas resoluciones sobre los actos políticos del Gobierno", cit., pp.493 ss., la STS de 22-1-93(A.457), que entiende como de naturaleza política el acto por el que el Gobierno deniega la convocatoria de un referéndum a efectos de la incorporación o no de un municipio cántabro a la Comunidad autónoma vasca.

En esta ocasión, de acuerdo con el autor citado, op.cit., p.500, el TS dice entrar en el fondo del asunto, al considerar posible la existencia de elementos reglados en ese acto, que entiende incardinado en la función política; no obstante, después concluye que no existía base suficiente para ejercer el control judicial, al no existir elementos reglados.

Esta resolución ha sido criticada por González Salinas, op.cit., pp.502 ss., al entender que ese referéndum constituye en realidad un acto de trámite y que, por tanto, el Gobierno debía otorgar la autorización -perteneciendo la verdadera decisión política a las Cortes-.

A nuestro modo de ver, no obstante, esta sentencia puede verse desde una perspectiva distinta. En efecto, el TS, aun habiendo declarado que se trataba del ejercicio de la función política, fiscaliza el fondo del asunto, y llega en realidad a la conclusión -aunque no lo diga- de que el acto enjuiciado era conforme a Derecho por no bastar el procedimiento previsto en el Estatuto vasco sino requerirse también una modificación del Estatuto de Cantabria. Así, en el FJ 4º, se afirma que "...no es una denegación sin más de la celebración del referéndum municipal, sino una denegación en el momento concreto en que fue solicitada, por entender que no se trata del momento procedimental adecuado".

No vemos por ninguna parte la pertenencia de este supuesto a la función política: ni en el acto en sí, ni en la sentencia, por mucho que la misma diga otra cosa; más bien consideramos, con el autor antes citado, que se trata de un acto de trámite. Lo que es más que discutible es que se reduzca la vinculación del Gobierno a los preceptos escritos: el principio de interdicción de la arbitrariedad obliga a todos los poderes públicos, si bien es cierto que su aplicación tampoco venía al caso.

Para Sáiz Arnaiz, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", cit., p.248, la sentencia es un tanto contradictoria porque, aun cuando afirma que el Gobierno era libre de convocar o no el referéndum, analiza cuidadosamente la motivación expuesta. El autor citado nos da además noticia de la inadmisión por la Sección IV del TC del recurso de amparo presentado contra esta sentencia. La Sección afirma que no hacía falta recurrir a la doctrina del acto político.

<sup>85</sup>Embid Irujo, en "La actividad de gobierno...", cit., p.257, afirma que "ese marco jurídico es tan evanescente que funda, en realidad, una completa discrecionalidad política por parte del Gobierno que el Tribunal se siente incapaz siquiera de examinar tangencialmente. Podríamos decir, entonces, y como conclusión, que el acto de gobierno puede existir no sólo en ausencia de regulación jurídica de una determinada actividad -en ausencia del parámetro de la legalidad- sino también coexistir con una regulación jurídica que, en el fondo y materialmente, no constituya un camino único de actuación gubernamental que pueda, por tanto, ser controlado por los Tribunales".

Desde nuestro punto de vista, estas conclusiones son, quizás, un tanto excesivas. Una cosa es que esos parámetros sean flexibles precisamente en reconocimiento de un ámbito de libertad política, y otra cosa es que sean en

Sin embargo, dada la sujeción de estos actos a parámetros jurídicos y la ausencia de otras vías de control judicial, no podemos compartir la declaración de inadmisibilidad que hace la sentencia, ni tan siquiera a la vista del art.1 LJCA<sup>86</sup>.

Otro ejemplo que podemos citar aquí es el de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21-2-93, que anuló cierta campaña publicitaria contra el SIDA iniciada por el Ministerio de Asuntos sociales<sup>87</sup>, al entender que el mensaje se había difundido de manera inveraz e incompleta, de acuerdo con la legislación aplicable, lo que era especialmente grave al hallarse en juego el derecho a la protección de la salud<sup>88</sup>.

---

absoluto inoperantes. Se trata de distinguir entre facultades de anulación y sustitución simplemente.

De cualquier modo, no obstante la imposibilidad de sustitución que con carácter general se produce en estos casos, creemos que las Salas podrían, según las circunstancias, fijar con una precisión algo mayor que la establecida en las normas las pautas a seguir por el Gobierno. Esto es, podrían reducir la indeterminación normativa.

En todo caso, de poco serviría que las Salas, cuatro años después, fijaran el salario mínimo interprofesional de un determinado período. Probablemente, esta sustitución no estaría justificada, ya que en cuatro años pueden haber pasado muchas cosas.

<sup>86</sup>Alonso García, E. en "El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exenta de control judicial", cit., pp.55 ss., se refiere a la jurisprudencia española y norteamericana recaída en relación con casos en que normativamente no existe remedio procesal para efectuar el restablecimiento del Derecho. Al respecto, aduce que la inadmisibilidad en ocasiones declarada por el TS americano por esta razón no es correcta -op.cit., p.59-; pero también señala que, en algunos de los supuestos que se le sometieron, se solicitaba del mismo la adopción de medidas que materialmente no eran judiciales; o la injerencia del Tribunal en actividades de defensa nacional; o el control preventivo de la actividad de Tribunales inferiores, lo que constituye una actividad administrativa; o la fiscalización general de la actividad de un gobierno local y no la resolución de un caso concreto.

Vid. la STS de 6-7-87 (A.5206).

<sup>87</sup>La misma ha sido comentada por Embid Irujo, "La actividad...", cit., pp.258 ss.

<sup>88</sup>También confrontó la campaña con una recomendación de la OMS, donde se establecen unas condiciones mucho más restrictivas para la publicidad de profilácticos.

La sentencia añade que la Ley 34/88 prevé que el incumplimiento de las normas reguladoras de la publicidad de productos sanitarios que no recoja los riesgos de los mismos tiene la consideración de infracción en materia de defensa de consumidores y usuarios, por lo que dicha campaña era ilícita.

Se resalta además el incumplimiento de algunos de los criterios de <<lealtad sanitaria>> y de <<correcto uso>> previsto en la Orden de 10-12-85, aplicable en estos casos, además de que no se había recomendado al usuario la lectura de las etiquetas o prospectos, mandato asimismo contenido en la Orden citada.

La Audiencia Nacional entendió que la información sólo resultaba exacta de modo parcial. Pero esa parcialidad, en un tema como el de la salud pública, supone su inexactitud<sup>89</sup>.

En todo momento, la Audiencia Nacional empleó parámetros jurídicos. Las leyes y reglamentos aplicables en materia sanitaria y de publicidad, de una parte, y los preceptos constitucionales relativos a la veracidad de la información y el derecho a la protección de la salud y correlativo deber de tutela del mismo por los poderes públicos, de otra<sup>90</sup>. El hecho de que la campaña tuviera como finalidad tutelar la salud pública no excluye su posible inadecuación a la prosecución de tal fin, o la infracción de ciertos valores constitucionales.

El centro de gravedad se desplaza así a esto último; de hecho, el voto particular formulado a la sentencia acaba concluyendo que los mismos no se habían vulnerado. Esta debería haber sido, a nuestro modo de ver, la verdadera *ratio decidendi* del mismo si se entendiera aceptable. De este modo, estamos ante la aplicación del principio de proporcionalidad o, si se quiere, del balance coste-beneficio<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup>De este modo, se resaltó que nos sólo estaba en juego el derecho fundamental a recibir libremente *información veraz* como pilar básico en toda sociedad democrática, sino también el derecho a la protección de la salud y el correlativo deber de los poderes públicos de velar por la misma.

Aquí estaba en realidad en juego la concreción de la veracidad de las informaciones como concepto jurídico indeterminado. El Tribunal entendió que, cuando está en juego la salud pública -sobre todo si se trata de enfermedades que a plazo medio pueden ser mortales- esta veracidad requiere inexcusablemente que la información sea completa y no parcial.

<sup>90</sup>Es cierto que estos últimos preceptos pueden considerarse poco concretos en sí mismos. Pero, de una parte, las leyes y reglamentos citados eran suficientemente claros; por otra, la veracidad de una información de carácter médico debe contrastarse con lo que las ciencias médicas digan en cada momento, y, en este punto, resultaba claro que la información dada por la campaña resultaba parcial y que, por tanto, daba una noción deformada de la realidad.

<sup>91</sup>Esto es, no se trata ya sólo de si la campaña en cuestión era adecuada o no para alcanzar su fin -evidentemente, lo era- sino de si, con la misma, se afectaban o no de modo excesivo -en comparación con las ventajas conseguidas con ella- otros bienes o valores constitucionalmente protegidos.

Esto siempre está al alcance del control judicial; de modo que la cuestión será si éste puede determinar si la campaña era la *más idónea o adecuada* -sopesando todos los valores constitucionales en juego- o si, por el contrario, sólo

El control de estas decisiones se podrá llevar pues a cabo por tres motivos: infracción de los principios generales del Derecho, infracción de derechos fundamentales o infracción directa de la norma -control de los elementos reglados-. El órgano jurisdiccional fiscalizador dependerá del tipo de acto y de la clase de infracción del Ordenamiento. Cuando se trate de lesiones de derechos fundamentales, el TC ha entendido viable el amparo directo e improcedente la vía contencioso-administrativa, aun cuando los actos provengan del Ejecutivo<sup>92</sup>. Para la fiscalización de los elementos reglados son competentes los Tribunales ordinarios, al no ser viable el amparo, a menos que fuera aplicable la vía prevista en los arts. 73 ss. LOTC, o la de los conflictos de competencia, o la impugnatoria establecida en el art. 161.2 CE<sup>93</sup>. Lo mismo puede decirse de los

---

puede determinar si la misma tenía fundamento suficiente. Todo dependerá de cómo se entienda la naturaleza de la campaña en cuestión. Desde luego, no es un acto ordinamental; pero tampoco da la impresión de que se trate de un acto de dirección de la política sanitaria. Otro entendimiento conduciría a una interpretación desmesurada de lo que sea dirección de la política, en claro detrimento del control jurisdiccional. El término político debe ser siempre utilizado con cautela, ya que encierra -al igual que la noción de oportunidad- una gran expansividad.

De otra parte, cabe resaltar que los juicios de pronóstico, como el que la sentencia efectúa, son perfectamente asequibles al control judicial, salvo los casos en que la dificultad de control sea tal que el Tribunal tema sustituir la apreciación de la Administración por la suya subjetiva. Cuestión distinta, y más problemática, es la de la ponderación entre el mayor peligro a que la campaña exponía a los preadolescentes y adolescentes frente a la disminución cuantitativa de los riesgos en la población en general, lo que supone efectuar un balance de la decisión en sí misma considerada. Pues bien, creemos que la determinación del punto óptimo de ponderación es una cuestión jurídica. Al hallarse en juego derechos como el de la protección de la salud, o el de que los menores reciban información veraz, los matices políticos deben ser excluidos. En suma, ya hemos visto que incluso autores como Embid consideran que, frente a los derechos fundamentales, no existen actos políticos. Y el derecho a la protección de la salud puede entenderse fundamental, aun cuando no goce de protección reforzada -vid. voto particular a la STC de 26-3-87-. Por esta razón, es plenamente aplicable la proporcionalidad más estricta, si bien hay que tener en cuenta el juego del margen cognoscitivo de apreciación.

<sup>92</sup>Para los actos sin valor de ley de las Cámaras, vid. art. 42 LOTC. En todo caso, y como hemos puesto de relieve más arriba, como los Tribunales no suelen reconocer la posibilidad de que los actos locales se incardinan en la función política, admiten recursos por infracción del art. 23 CE contra actos municipales que objetivamente se incardinan en esa función, al ser de relación institucional.

<sup>93</sup>En todo caso, parece claro que la LOTC ha querido excluir de fiscalización jurisdiccional la actividad política sin valor de ley de las Cámaras que no vulnera derechos fundamentales.

A la vía de los arts. 73 ss. LOTC para enjuiciar los límites jurídicos del

actos directivos que infrinjan los principios generales del Derecho; por el contrario, cuando se trata de actos de relación entre órganos constitucionales, los supuestos de arbitrariedad se hallan tasados en la CE y además se identifican con lesiones al art.23 CE<sup>94</sup>, por lo que procederá el amparo constitucional, al igual que cuando infringen el principio de igualdad<sup>95</sup>.

A continuación, examinaremos algunos supuestos de control judicial de actos incardinados en la función política. Distinguiremos según la fiscalización competa a los órganos del orden contencioso-administrativo o bien al Tribunal Constitucional<sup>96</sup>.

Podríamos haber buscado otro criterio de sistematización, como la distinción entre actos directivos y actos de relación institucional. Pero, de una parte, habríamos dejado en una tierra de

---

espacio propio del Gobierno se ha referido Barcelona Llop, op.cit., p.2368; Embid, "La justiciabilidad....", op.cit., p.32.

Otra opción sería reformar la LOTC y atribuir todos los supuestos a la competencia de éste. Pero ello supondría, en primer lugar, aumentar la sobrecarga de trabajo del TC; además, se plantearían problemas de difícil solución a la hora de delimitar la competencia de éste y la de las Salas de lo contencioso-administrativo, dado lo resbaladizo de la noción *dirección de la política*.

Habrán otros actos de este carácter que no son fiscalizables por los Tribunales ordinarios pero sí ante otras jurisdicciones. Piénsese en los enjuiciables por las jurisdicciones internacionales. En todo caso, no debe pensarse que cualquier acto que afecte a las relaciones internacionales se halla sometido a los Tribunales internacionales y, por ello, exento de fiscalización interna, entre otras cosas porque hay ocasiones en que los particulares no están legitimados activamente ante los Tribunales internacionales, de modo que impedir su acceso a los internos podría en algún caso menoscabar su derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>94</sup>Por ejemplo, la disolución de una Cámara sólo será arbitraria cuando se halle en trámite una moción de censura o en el supuesto previsto en el art.116.5 CE -caso de que la disuelta sea el Congreso-.

La STS de 24-9-84(A.4574) consideró que el recurso contra el decreto de disolución de las Cortes era inadmisibile porque la CE establece que es una decisión de la exclusiva responsabilidad del Presidente del Gobierno.

<sup>95</sup>Con la salvedad que hemos hecho respecto de lo que sucede en la práctica con los actos locales.

Este límite a la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo nos permite afirmar que el peligro de invasión de otros poderes no es tan grave como a veces se denuncia.

<sup>96</sup>A la fiscalización por los Tribunales internacionales nos hemos referido someramente; además, la misma va más allá de los límites de este trabajo.



nadie algunos actos expresamente previstos en la CE -como ciertos nombramientos no encuadrables en ninguna de esas categorías-, y, de otra, en ambos casos existe un ámbito reservado a los Gobiernos.

## 2. Actos enjuiciables por el Tribunal Constitucional

Como las competencias del TC son de atribución, podrá enjuiciar los actos de dirección de la política que entren en alguna de las vías previstas en la LOTC: así, cuando esos actos tengan valor de ley; cuando afecten a derechos fundamentales o libertades públicas<sup>97</sup>; cuando impliquen un conflicto entre órganos constitucionales del Estado o un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas; y los actos de dirección

---

<sup>97</sup>La STC 45/90 se pregunta, al resolver el amparo presentado contra la sentencia del TS de 2-10-87, si el acto en cuestión era o no susceptible de recurso de amparo. Si bien es cierto que el TC sólo apunta la cuestión, y desestima el recurso por otros motivos -concretamente, entendió que no se había aducido lesión concreta alguna, sino sólo se había alegado genéricamente la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de los ciudadanos vascos; que el Consejo de Ministros carecía de legitimación pasiva; y que no existía lesión alguna del art. 14 CE-, a nosotros nos parece que, siempre que haya lesión de un derecho fundamental por una actuación de los poderes públicos procederá el amparo. De hecho, la sentencia se plantea si, en el caso, se habían producido o no las lesiones alegadas. Pero no entra en la cuestión de si aquél debe o no ser directo.

La STS de 2-10-87 había afirmado que "el art. 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que, mientras las dos últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.1 del mismo texto constitucional, de su gestión política, como señala el art. 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados, control y exigencia de responsabilidad al Gobierno por su gestión política...., a cuyas normas constitucionales se ajustan el art. 1º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27-12-56... y el art. 6º de la Ley 62/78... al establecer que dicha jurisdicción conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones con categoría inferior a la ley, quedando por tanto excluidos los actos de gestión política del Gobierno".

El TS no se refiere aquí, pues, más que al control político, y no entra por tanto en la necesaria apertura de vías jurisdiccionales para lo que de jurídico puedan tener estos actos, como ocurre cuando lesionan derechos fundamentales.

Si realmente se hubiera producido esa lesión, podría haberse cuestionado la inadmisibilidad, desde el momento en que la LOTC no contempla el amparo directo frente a los actos del Ejecutivo. Si dicha inadmisibilidad se hubiera declarado, el amparo constitucional debería haberse admitido pese a su extemporaneidad, como de hecho hizo la STC 45/90. Vid. la STC 29/83 de 26-4, que entiende admisible el amparo extemporáneo cuando el razonamiento referente a la vía judicial previa es alambicado.

política de estas últimas, ex art.161.2 LOTC<sup>98</sup>. Nos centraremos en los enjuiciables en vía de amparo y procedentes del Ejecutivo. Ir más allá excedería con mucho los límites de este trabajo.

Cuando estén en juego derechos fundamentales, la potestad jurisdiccional deberá alcanzar todo lo necesario para lograr su pleno reconocimiento y restablecimiento, aun cuando se trate de actuaciones incardinadas en la esfera política<sup>99</sup>. Por esta razón, el razonamiento del Tribunal Constitucional para desestimar el amparo en la sentencia 220/91 de 25-11 -referente a la denegación de información a un parlamentario sobre unos fondos reservados- no nos

---

<sup>98</sup>Esta vía podría haberse utilizado en los casos, que más adelante comentaremos, de la sede de las instituciones de Castilla-León. No obstante, como el Gobierno es el único legitimado activo en el proceso regulado en el Título V LOTC, cerrar en estos casos la vía contencioso-administrativa a los parlamentarios o al Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma habría supuesto una infracción de la tutela judicial efectiva. Aun cuando propiamente no se trata de los intereses legítimos de personas físicas, es indudable que existen intereses legítimos de las instituciones como tales.

<sup>99</sup>Al respecto, Alonso García, "El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional", cit., p.55, entiende que el TC podría sobre esta base incluso emitir actos sustitutivos de otros emanados de la función política. El autor, op.cit., p.60 matiza esta opinión; sin embargo, op.cit., pp.60-61, vuelve a insistir en que el art.55 LOTC lo impondrá en ocasiones -vid.STC de 22-11-83-; en otros casos, el amparo implicará que el TC ordene al Gobierno a realizar una actuación política, como tramitar un anteproyecto de ley de suplemento de crédito -STC 61/84-; mientras que, en otros, no podrá entrometerse por el principio de división de poderes, lo que considera prácticamente imposible si se halla en juego un derecho fundamental.

La 63/83 de 20-7 -comentada por Alonso García, E., op.cit., pp.52 ss- se refería a la solicitud de que extensión de la ley de amnistía a los funcionarios militares. El TC entendió que lo que se solicitaba era un acto de iniciativa legislativa, por lo que la cuestión caía fuera de su jurisdicción por tratarse de un acto legislativo, a pesar de la afectación al principio de igualdad.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión radica en si el TC podría extender por sí esa amnistía o si, por el contrario, su función debe limitarse a anular la ley en cuestión. Nos remitimos a la sentencia referente al art.160 LGSS y los votos particulares a ella formulados. Por su parte, la STC 81/82 de 21-12 extendió el régimen de las ATS mujeres a los ATS varones -para Carrasco Perera, op.cit., p.100, en este caso se comprueba lo tenue de la distinción entre la utilización del art.55 LOTC y el control de la optimización-. Y la 61/84 de 16-5 estimó correcto que un Magistrado obligara al Gobierno a tramitar un anteproyecto de ley de suplemento de crédito.

El autor también comenta -op.cit., pp.53 ss.- la STC 12/82 de 31-3. Esta desestimó un recurso de amparo en relación con la denegación de una autorización para gestionar y explotar un canal de televisión a nivel nacional. La sentencia acabó diciendo que la opción por la gestión indirecta del servicio público de la televisión constituye una opción del Legislador, no sustituible por el TC. No obstante, Rubio Llorente formuló un voto particular en el que afirmó la inconstitucionalidad del monopolio público de ese servicio, que a su juicio el TC debería haber declarado al amparo del art.55 LOTC.

parece acertado<sup>100</sup>. En efecto, debe partirse de la existencia o no de lesión objetiva de un derecho fundamental, y no arrancar de consideraciones generales acerca de cuándo suelen darse estas vulneraciones para concluir que, en el caso concreto, no existen<sup>101</sup>. Creemos que el Tribunal Constitucional debería haberse planteado si esa negativa del Gobierno materialmente lesionaba el derecho de los parlamentarios como punto de arranque de su razonamiento. Y, para ello, debería haberse planteado si la calificación de los fondos como reservados era o no abusiva.

Ahora bien, interesan esencialmente dos cuestiones: en primer

---

<sup>100</sup>Acerca de la misma, puede verse Sáiz Arnaiz, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", cit., pp.225 ss.

La sentencia afirma que "mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, ejercicio de las funciones parlamentarias propias, susceptibles de control político y parlamentario -y en última instancia, electoral- pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución, y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras legislativas y del Gobierno".

"Los parlamentarios demandantes no sufrieron limitación de clase alguna, ni por parte de la Cámara de la que son miembros, ni del Gobierno, en el ejercicio de su derecho a recabar información de éste sobre el destino de determinados fondos reservados, y en tal sentido, realizaron plenamente su derecho, sin constricción ilegítima a su función parlamentaria de control de la acción de gobierno, aunque la respuesta obtenida de éste consistiera en negar la información -por considerar que lo contrario sería incumplir la ley, dictada por la propia Cámara a que pertenecen los demandantes, que calificó de <<reservados>> los fondos a los que se refirió el requerimiento de información-".

Así: "No corresponde a este TC decidir si esa negativa a informar es políticamente oportuna, sino tan sólo reiterar que la denegación o incompleta satisfacción de una pregunta o petición de información formuladas por parlamentarios no supone, por sí misma, la vulneración del derecho fundamental al ejercicio del cargo garantizado por el art.23 CE, que no comprende el derecho a una respuesta con un concreto contenido supuesto que el alcance del control de tal actuación gubernamental es el de la acción política de dichos parlamentarios; y ya se deja dicho que lo contrario sería suplantar dicha acción política por la de este Tribunal, con manifiesto exceso en el ejercicio de su función y competencias e indebida desnaturalización del ámbito del art.23, extendiéndolo más allá de los límites que le son propios". Obviamente, la ley aplicada podía infringir el derecho del art.23.

<sup>101</sup>Si bien es cierto que existe mayor potencial lesivo para el derecho reconocido a los parlamentarios por el art.23 CE por actos de las Cámaras que por actos de los Gobiernos, no parece haber una diferencia esencial entre la denegación de la información por el Gobierno y casos como el resuelto por la STC 118/88. Todo dependerá, como se advierte en esta última, de la configuración reglamentaria del acceso por los Diputados a la información procedente del Gobierno.

lugar, en relación con el alcance de su fiscalización, el TC no exige en estos casos la máxima adecuación de la medida adoptada a la situación de hecho; basta que la decisión sea aceptable, aun cuando no sea la óptima<sup>102</sup>.

En segundo lugar, hemos de preguntarnos si, cuando los actos son del Ejecutivo, es viable el amparo directo o por el contrario debe agotarse la vía contencioso-administrativa. Podría distinguirse según se tratara de actos de dirección o bien de relación institucional entre los poderes constitucionales. Pero en ambos casos se llega a la misma conclusión: la incompetencia del orden contencioso-administrativo y la procedencia del amparo directo<sup>103</sup>.

Es interesante en este punto la STC 196/90, desestimatoria del

---

<sup>102</sup>Así, la STC 32/85 de 6-3, referente a la composición de las Comisiones informativas de un Ayuntamiento, si bien estimó el amparo por entender que la desproporción existente era manifiestamente irrazonable, no determinó el número exacto de Concejales de cada partido político en cada una de ellas, a pesar de que matemáticamente era posible. Ni siquiera ordenó que se efectuara de nuevo la determinación de los miembros de las mismas, ya que la concreción del número de Comisiones y sus atribuciones es competencia municipal. Eso supone que el TC entiende que existe un espacio propio del Ayuntamiento que no puede invadir.

De este modo, afirma que "la vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución (art.9.1 CE) obliga en consecuencia a los Ayuntamientos al respeto de esta proporcionalidad, que, naturalmente, no implica la necesidad de que cada una de las Comisiones sea reproducción exacta, a escala menor, del Pleno municipal, sino sólo la de que, en cuanto la diferencia cuantitativa y otras consideraciones objetivas lo hagan posible, al fijar la composición de las Comisiones se procure dotar de presencia en ellas a las fuerzas políticas presentes en el Pleno. Esta necesidad ha sido manifiestamente desconocida por el Acuerdo municipal impugnado, que ni en términos cuantitativos (respecto al número de puestos asignados a cada grupo político) ni en términos cualitativos (en cuanto al confinamiento de todos los concejales de la minoría a una sola Comisión) se aproxima, aunque sea legalmente, a una distribución proporcional de los Concejales".

Vemos pues que, en aras de la autonomía política municipal, la decisión del Tribunal Constitucional es sumamente respetuosa. No se trata de un pronunciamiento limitado por razones cognoscitivas, sino por la necesidad de respetar el ámbito concreto de actuación de cada poder. No se trataba de un acto administrativo, sino de uno emanado del ejercicio de la función política, en su vertiente de autoorganización.

<sup>103</sup>O bien, cuando se trate de actos autonómicos, de la vía del art.161.2 CE. Vid. STC 16/84 de 6-2, referente a la impugnación por el Gobierno de una resolución del Presidente del Parlamento de Navarra por la que se nombraba a determinada persona Presidente de la Comunidad. Para Aja Fernández, E., *El sistema jurídico de las Comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, p.467, la vía de la jurisdicción ordinaria no resultaba adecuada, dada la trascendencia constitucional del problema.

amparo presentado contra la del TS de 9-6-87<sup>104</sup>, referente a la solicitud de información de un parlamentario vasco al Consejo Ejecutivo acerca de los fondos públicos empleados en el pago de las cesantías de los ex-consejeros y ex-altos cargos<sup>105</sup>.

El TS se declaró incompetente con base en que, de acuerdo con la concepción estatutaria del Derecho Administrativo y de la Administración Pública, hay que entender que ciertos sectores de la actividad de los Gobiernos no están sujetos a aquél ni merecen por

---

<sup>104</sup>También comentada por Embid Irujo, A., "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras", cit., pp.69 ss. y 73 ss; Sáinz Moreno, F., "Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", en RAP, nº115, 1988, pp.245 ss. esp. pp.249 ss., y Quintana López, T., "El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, pp.2103 ss. Para el primero de ellos, "La justiciabilidad...", op.cit., p.2117, el hecho de que las Comunidades Autónomas haya adoptado un sistema parlamentario de gobierno hace de las relaciones Gobierno-Parlamento autonómico un campo abonado para los <<actos políticos>>, partiendo de la premisa de la autonomía política de la Comunidades Autónomas.

Un comentario a esta sentencia, así como a la 45/90, puede verse en Cobreros Mendazona, E., "Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta", en RVAP, nº31, 1991, pp.161 ss.

<sup>105</sup>El Gobierno vasco aportó al Diputado una información que éste calificó de insuficiente, por lo que interpuso recurso contencioso-administrativo, estimado por la sentencia de la Sala de Bilbao de 24-11-86. Sin embargo, el TS lo declaró inadmisibile. La sentencia de 24-11-86 se basó, además de en la consideración de que el acto impugnado era administrativo, en el más plausible argumento de la afectación de un derecho fundamental. Ahora bien, quizá *jurídicamente*, lo correcto habría sido, bien declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por entender procedente el amparo directo, bien entender derogado el requisito de la sujeción al Derecho Administrativo.

Señala Embid, "Actos...", op.cit., p.70, que "no había derecho fundamental del Diputado violado porque la relación con el Gobierno se establece por medio del Parlamento, que hace suya la petición del Diputado y no es, en modo alguno, directa Diputado-Gobierno".

La STS de 15-11-88 se refiere a un supuesto muy semejante. Se había interpuesto recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/78 contra la desestimación presunta de una petición de información al Gobierno cántabro por parte de algunos parlamentarios acerca del nombramiento de ciertos asesores. En principio, el Ejecutivo contestó, pero de manera juzgada insuficiente por los peticionarios. Estos volvieron a elevar la petición, que fue desestimada por silencio.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fue estimado por la sentencia de la Sala de Burgos el 19-4-88, pero el TS la revocó y declaró su inadmisibilidat, al entender que no se trataba de un verdadero acto administrativo. La razón es que "se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma... se trata más bien de un acto político, o si se quiere político-parlamentario, pero nunca administrativo y por tanto nunca residenciable ante los Tribunales de este orden jurisdiccional".

tanto la consideración de actos administrativos<sup>106</sup>. En suma, se basa en el carácter de acto de relación institucional entre Gobierno y Parlamento y, por tanto, en su incardinación en el ámbito de lo político<sup>107</sup>.

Según Sáinz Moreno<sup>108</sup>, la sentencia de 9-6-87, al cerrar la vía contencioso-administrativa, "parece apuntar hacia una vía constitucional". En efecto, contra la misma se interpuso recurso de amparo, que fue desestimado por la STC 196/90 de 29-11. El TC entendió razonable la inadmisibilidad, al tratarse de un acto no sujeto al Derecho Administrativo, pese a lesionar presuntamente derechos fundamentales<sup>109</sup>.

*El TC parece inclinarse por que, al no existir ninguna vía*

<sup>106</sup>La Sala consideró que el caso enjuiciado se incluía en estos supuestos, ya que no se trata de una actuación encaminada a perseguir los intereses generales. Este argumento es el que emplea Escribano Collado, P., "¿Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo?", en REDA, nº 37, 1983, p.175, para defender la tesis estatutaria del Derecho Administrativo y la Administración Pública.

Se basa también la sentencia en la diferente ubicación sistemática del Gobierno y la Administración en la CE.

La STS de 15-11-88 resuelve en el mismo sentido un supuesto semejante sin hacer referencia alguna a la concepción estatutaria. Lo mismo ocurre en la STC 196/90.

<sup>107</sup>Así, señala que, si bien el acto de contestación del Gobierno a la Cámara a través del Presidente de ésta no es parlamentario "participa sin embargo de naturaleza política por ser de relación institucional, y está igualmente sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si por motivo de este último acto surgiera conflicto entre ambas instituciones -Gobierno y Parlamento-, no sería de aplicación el Derecho Administrativo, sino el Derecho Constitucional y parlamentario. Nos movemos, por tanto, en el campo de los actos de gobierno o políticos sujetos a control parlamentario, por lo que, al no estimarse la existencia de un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, no corresponde a esta jurisdicción contencioso-administrativa conocer de las pretensiones deducidas...".

Según Embid, "Actos...", op. cit., p.74, "no podría sintetizarse de modo mejor el campo de las relaciones jurídicas establecidas entre Gobierno y Parlamento con motivo del ejercicio de un derecho de información por parte de un parlamentario". Este autor, op. cit., pp.74-75, resalta que la sentencia en cuestión no alude para nada al art.2,b) LJCA.

<sup>108</sup>"Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", cit., p.251, donde se refiere al art.6.1 de la Ley 62/78. La STS de 15-11-88 alude explícitamente a la posible competencia del TC en un supuesto análogo.

<sup>109</sup>Para Cobreros Mendazona, op. cit., pp.163 ss., los recurrentes plantearon defectuosamente el amparo, que debería haberse dirigido contra la negativa del Gobierno vasco y no contra la sentencia de 9-6-87.

judicial procedente en estos casos, la aplicación del art.43 LOTC debe interpretarse en el sentido de otorgar carácter directo al amparo<sup>110</sup>.

En efecto, la STC de 220/91 de 25-11, en un caso muy similar, ha establecido claramente el carácter directo del recurso de amparo en aquellos casos en que no existe vía judicial previa procedente, como ocurre cuando se trata de los actos incardinados en la función política procedentes del Gobierno<sup>111</sup>. Creemos que la doctrina de esta sentencia es aplicable a los actos materialmente directivos, lo que se desprende implícitamente de la STC 45/90 en relación con la ahora comentada<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup>"A este Tribunal...sí le compete ciertamente el conocimiento, y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo".

Para Cobreros, op.cit., pp.170 ss., el TC efectúa una interpretación de la LJCA que no es la única posible, y que además contrasta con la LOTC, i bien añade que la posición de la sentencia no carece de lógica. El autor propugna la aplicación de la Disposición Transitoria 2ª LOTC.

<sup>111</sup>Los recurrentes presentaron directamente el recurso de amparo. Señalaban que no existía vía judicial previa procedente, y citaban en este sentido la STS de 9-6-87.

El TC, tras afirmar que se trataba de un recurso de amparo de los regulados por el art.43 y no por el art.42 LOTC, afirmó que el mismo era admisible por cuanto no existía esa vía judicial previa <<procedente>> a que se refiere el primero de estos preceptos: "El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto -negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos- ante el cual la ley no concede medio alguno de impugnación ante los jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido de control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por tanto improcedente imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por tanto, innecesaria por inútil. Así lo tiene declarado el TS y también así lo ha establecido este TC en las SSTC 45/90 y 196/90, cuya doctrina damos aquí por producida en orden a declarar que no existe vía judicial que agotar y, por ello, la interposición directa del recurso de amparo no incurre, desde esta perspectiva, en causa de inadmisibilidad por tal razón".

<sup>112</sup>Uriarte, con anterioridad a la STC 220/91, afirmaba -op.cit., p.222- que la doctrina constitucional existente hasta ese momento adolecía de una laguna en relación a la fiscalización de actos del ejecutivo no sujetos al Derecho administrativo y lesivos de derechos fundamentales, dada la doctrina de la sentencia 45/90.

### 3. Control por los Tribunales del orden contencioso-administrativo

La fiscalización de los actos incardinados en la dirección de la política por los Tribunales ordinarios se llevará a cabo cuando no quepa acudir a otras jurisdicciones y sin embargo los mismos sean contrarios al Ordenamiento. Por supuesto, requisito necesario será que exista legitimación para recurrir.

Debe distinguirse según se trate del control de la competencia y el procedimiento o del efectuado a través de los principios generales. Al enjuiciamiento mediante parámetros normativos de fondo de carácter poco preciso hemos tratado en las consideraciones generales, y ahí nos remitimos<sup>113</sup>. También trataremos de la fiscalización por los Tribunales ordinarios de actos incardinados en la dirección política lesivos de derechos fundamentales, aun cuando hoy está clara en este punto la competencia del TC.

---

<sup>113</sup>El art.3 c) del Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 30-9-95 excluía del control de esta jurisdicción los actos de los Gobiernos estatal y autonómicos -nada decía de los locales- referidos a las relaciones institucionales con otros órganos constitucionales o estatutarios y los dictados en el ejercicio de la dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes. El precepto era criticable, no sólo por la indefinición del concepto de dirección de la política sino también porque no distinguía entre aspectos formales y de fondo ni entre actos lesivos principios generales del Derecho y actos que lesionaran derechos fundamentales. Véase García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp.152-53

Por otra parte, el art.104.3 del mismo Proyecto establecía como causas de expropiación de los derechos reconocidos en una sentencia firme el peligro de trastorno grave a la convivencia ciudadana, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. Sin perjuicio de los problemas que la calificación del supuesto como expropiación puede plantear en relación con la reserva de jurisdicción, podía pensarse que la utilización de este precepto podría haber solventado problemas más graves que plantea la fiscalización de esos actos de dirección de la política por los Tribunales ordinarios.

En todo caso, el precepto se ubicaba dentro de la ejecución de sentencias, y una sentencia anulatoria es meramente declarativa y por tanto no necesita ejecución. Por otra parte, se habla de expropiación de derechos, y resulta forzado hablar de expropiación del derecho a la anulación del acto.

Creemos que las indemnizaciones no siempre serán suficientes para satisfacer la tutela judicial efectiva de los recurrentes en fase de declaración. Pero este derecho se extiende también a la ejecución de sentencias -STC de 7-7-82; en todo caso, la STC de 22-9-89 entiende permisible en ciertos casos la ejecución por equivalencia-.



En todo caso, si se reconoce que ciertos actos se incardinan en la función política, ello no puede excluir el control jurídico (art.9.3 CE), aunque sí se excluye la existencia de un mandato jurídico de optimización; por tanto, ese control estará limitado por razones estructurales<sup>114</sup>. Ello deriva de que la función la administrativa y la de dirección política son distintas.

#### A)Fiscalización de los elementos formales

El control de la competencia y el procedimiento normalmente no plantearán problemas. Ya sabemos que, durante la vigencia de la Ley de 1894 los Tribunales, pese a su incompetencia para conocer de la discrecionalidad, fiscalizaban siempre estos elementos. *Mutatis mutandis* puede decirse lo mismo en estos casos. La reserva al Ejecutivo no peligrará por este control<sup>115</sup>.

Existen sin embargo supuestos problemáticos, en que se da una estrecha relación entre estas cuestiones formales y el fondo del asunto. Tal fue el caso del establecimiento de la sede de las instituciones de la Comunidad de Castilla-León<sup>116</sup>. El Estatuto de autonomía exige mayoría de dos tercios del Parlamento autonómico para proceder a su fijación; al no conseguirse tras varios intentos, se estableció provisionalmente la sede del Consejo de Gobierno y de

---

<sup>114</sup>Por otra parte, en la medida en que no exista una atribución de competencias al TC para efectuar dicha fiscalización, por eliminación la misma deberá efectuarse por el orden contencioso-administrativo no obstante lo dispuesto en el art.1 LJ, dado lo dispuesto en el art.24 CE y ante el absurdo de atribuir esa competencia al orden jurisdiccional civil -pese a lo que ordena el art.9 LOPJ-.

<sup>115</sup>Gallego, *Prólogo...*, op.cit., p.27, con referencia a lo que denomina <<función ejecutiva>>, entiende posible la fiscalización judicial de "los aspectos externos (fundamentalmente el procedimiento)". Vid. asimismo Sáiz Arnaiz, "Los actos políticos....", cit., p.241.

<sup>116</sup>Un comentario a las mismas puede verse en Embid, "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras", cit., pp.13 ss., así como Sáinz Moreno, "Actos parlamentarios....", cit., pp., pp.233 ss.

las Cortes por procedimientos y órganos diferentes

El ATS de 18-2-87 calificó el acto de la Mesa de las Cortes como de administración, enjuiciable por el orden contencioso-administrativo. Esta calificación parece criticable, ya que el propio Estatuto, al establecer la fijación por ley aprobada por los dos tercios de la Cámara, resaltaba la significación política del acto<sup>117</sup>, lo que se corrobora si se tiene en cuenta que estamos ante una relación de aquélla consigo misma. La posterior STS de 30-7-87 calificó de no administrativo el mismo acto emanado del Consejo de Gobierno respecto de su propia sede<sup>118</sup>.

En todo caso, es evidente que se trata de actos de relación institucional entre órganos políticos que, sin embargo, se sujetan a límites jurídicos para los que no existe vía de fiscalización en nuestras leyes procesales, ya que difícilmente puede admitirse en estos casos la existencia de una lesión de derechos fundamentales<sup>119</sup>. Por esa razón, posiblemente sería más lógico atribuir la fiscalización al TC ex art.161.1,d) CE, y evitar así forzar la vía contencioso-administrativa. En suma, hay que evitar que en casos como el del ATS de 18-2-87 nuestros Tribunales se vean de nuevo obligados a afirmar una inexistente naturaleza administrativa del acto impugnado a fin de poder enjuiciarlo, ante la falta de otras

---

<sup>117</sup>En este sentido, Embid, "Actos políticos....", cit., p.77; Sáinz Moreno, "Actos parlamentarios...", cit., p.244.

<sup>118</sup>Para Sáiz Arnaiz, op.cit., p.245, en este caso el TS verificó la concurrencia de los supuestos de hecho excepcionales que habían legitimado esa actuación política.

<sup>119</sup>Para Sáiz Arnaiz, op.cit., pp.249 ss., en el caso de las relaciones institucionales entre órganos estatales el recurso contencioso-administrativo es improcedente incluso en relación con los elementos formales. Se basa el autor en la STS de 15-11-88, así como en la de 20-4-93.

vías jurisdiccionales<sup>120</sup>.

**B)Fiscalización de actuaciones incardinadas en la dirección de la política supuestamente lesivas de derechos fundamentales**

En ocasiones, la sola presencia de la afectación de derechos fundamentales se entiende enervante del carácter político del acto. Desde nuestro punto de vista, esa consideración juega sobre todo papel en aquellas construcciones en que se entiende que la actuación política sólo es fiscalizable judicialmente en sus elementos

---

<sup>120</sup>Como ha puesto de relieve F.Sáinz Moreno, en "Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", cit., pp.233 ss. También se refiere a dicha jurisprudencia, en sentido parcialmente distinto, Embid Irujo, A., "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias", cit., pp.54 ss.

Por nuestra parte, esta razón de ser de las supuestas extralimitaciones judiciales nos parece más acertada que la expresada por Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, op.cit., p.86, para quien la misma radica en "la confusión entre el Gobierno y la Administración y la consecuente tendencia a la <<administrati-vización>> del primero en aras al mayor y más intenso control del Poder ejecutivo, considerado como un todo monolítico, que lleva al planteamiento actual de la categoría de los actos políticos como expresiva de un ámbito a conquistar por el Derecho o, por lo menos, a reducir en sus límites". A nuestro modo de ver, más bien se trata de que no existen medios de control jurídico de ciertos actos que, si bien incardinados en la función de dirección política, poseen parámetros jurídicos de fiscalización.

En relación con toda esta temática, Embid Irujo, en "La actividad de gobierno ...." cit., pp.283 ss., se ha referido, en sentido crítico, a la STS de 14-4-90. En la misma, se anuló un acuerdo municipal por el que se había adoptado una moción de censura con base en que uno de los concejales que lo habían suscrito estaba incurrido en causa de recusación, al tener interés personal en el asunto. Embid hace notar -op.cit., p.285, en nota- que la DA 1ª de la LPC excluye el funcionamiento de los órganos de gobierno de la aplicación de la Ley 30/92. Habría que entender, según el autor -incluso con la LPA en la mano-, que las causas de abstención y recusación no son aplicables en estos casos. El problema hoy parece resuelto a nivel legislativo, pero, no obstante, es importante seguir planteándolo a nivel de principios.

En todo caso, y partiendo por hipótesis de la exclusión de la normativa de la abstención y recusación de las actuaciones políticas, ¿tiene o no fundamento racional permitir que un concejal intervenga en una actuación política en la que tiene un interés personal? Queda el control electoral y de la opinión pública. Pero esto, que es relativamente aceptable en el caso de los concejales -dada su elección directa- no lo es tanto en el caso, por ejemplo, de los Ministros, no sujetos a un control directo del electorado. En este sentido, nos preguntamos si la abstención y la recusación podrían entenderse como supraconceptos, cuyo ámbito de aplicación cae más allá del ámbito del Derecho Administrativo para extenderse a todo el campo jurídico-público, al menos potencialmente.

Ha criticado el ATS de 18-2-87 Martín-Retortillo Baquer, L., "Justicia administrativa y Comunidades autónomas", en RAP, nº121, 1990, pp.74-75.

Nótese que el caso de los actos directivos es un tanto diferente, ya que normalmente en estos casos se hallarán en juego intereses y derechos de los ciudadanos en cuanto tales.

reglados. Desde la perspectiva aquí sostenida, no parece necesario recurrir a esa tesis. Sin embargo, en la medida en que el acto afecte a derechos fundamentales, la discrecionalidad inherente a la función política quedará reducida a cero; desde tal punto de vista, esa postura es pues acertada. Pero el acto no dejará de sujetarse a un control limitado en la medida en que no afecte a esos derechos.

En todo caso, este epígrafe tiene su razón de ser en el hecho de que nuestros Tribunales, incluido el Constitucional, consideran que, aun cuando se produzca afectación de derechos fundamentales, ello no obsta a la existencia de límites estructurales al control judicial de los actos que consideran incardinados en la función política.

Ya hemos visto que el TC en estos casos considera viable el amparo directo. Pero lo ha hecho recientemente; por otra parte, la evanescencia de la noción de función política hará que, en la práctica, los Tribunales de lo contencioso-administrativo fiscalicen de hecho algunos de estos supuestos. Es más, estas Salas fiscalizan sin problemas actos de relación institucional de los entes locales que afectan al derecho del art. 23 CE.

Puede ser aquí interesante la STS de 4-11-86 (A.6155). Se trataba de un recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/78, en relación con una moción de censura contra un alcalde<sup>121</sup>. Pues bien, el TS, en este caso, ni se planteó la posible incardinación del acto en la función política, y se limitó a desestimar el recurso por no haberse cumplido los requisitos que para la moción de censura

---

<sup>121</sup> Se trataba de un grupo de concejales que, constituyendo mayoría en el Ayuntamiento, habían tratado de incluir en un Pleno, con carácter urgente, esa moción de censura. Al producirse ciertas incidencias, proclamaron que, de no debatirse la moción de urgencia, entenderían proclamado al candidato que figuraba en la propuesta alternativa. Sin embargo, el alcalde a quien pretendían destituir continuó ejerciendo sus funciones.

exige la Ley 7/85<sup>122</sup>.

También puede citarse la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 18-5-87<sup>123</sup>. Varios Diputados de la Asamblea autonómica habían solicitado de su Gobierno información acerca de ciertos fondos de que era titular la Comunidad Autónoma. En el ínterin, la Asamblea aprobó por unanimidad una resolución por la que se autorizaba al Consejo de Gobierno a calificar como reservadas ciertas informaciones. Con base en ello, el Ejecutivo autonómico calificó como reservada la solicitada por aquéllos.

Los parlamentarios afectados interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Audiencia Territorial, al entender que se trataba de una materia cuyo conocimiento era de interés público<sup>124</sup> y que se trataba de una actuación administrativa.

Ahora bien, lo que realmente nos interesa de esta sentencia es que se trata de un acto de relación entre dos órganos estatutarios

---

<sup>122</sup>La sentencia, en cualquier caso, tiene interés, porque demuestra que también en los entes locales existen actuaciones no sujetas al Derecho Administrativo, sino más bien al Derecho Constitucional: démonos cuenta de la analogía del supuesto con los actos de relación constitucional entre el Gobierno y las Cámaras.

Con anterioridad a la Ley 7/85, nuestra legislación de régimen local no establecía la posibilidad de moción de censura contra los Alcaldes. Sin embargo, ante el hecho de que se habían de hecho producido varios casos, se presentaron diversos recursos. Pues bien, la sentencia de 14-7-83 resuelve uno de ellos en el sentido de que tal moción era posible por cuanto quienes tienen la facultad de nombrar al Alcalde también pueden destituirlo, ya que la relación de aquél con los Concejales es de estricta confianza. En todo caso, pese al reconocimiento de este último dato -que lleva implícita la discrecionalidad política de los concejales a la hora de elegir y destituir al Alcalde-, el Tribunal Supremo, de hecho, entra en el fondo del asunto; no se arredra ante la índole política de la cuestión. No obstante, es cierto que, de una parte, existían derechos fundamentales en juego; y, de otra, que la cuestión de fondo era en realidad un aspecto externo: si el Pleno podía destituir al Alcalde aunque ninguna norma lo previera expresamente.

Similar doctrina se halla en la STS de 10-10-84.

<sup>123</sup>Comentada por Embid Irujo, A., "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras", cit., pp. 70 ss. y 84 ss.

<sup>124</sup>Señala así -FJ 4º- que "los fondos de la Comunidad han de gozar de especial transparencia y publicidad, y su declaración de materia reservada ha de ser fundada en Derecho...". Pues bien, según Embid, "Actos...", op. cit., p. 84, la Audiencia "claramente administrativiza la cuestión, ya que hace hincapié básicamente, en la falta de base legal y en la insuficiencia de motivación".

políticos<sup>125</sup>, presuntamente lesivo de derechos fundamentales, y que, no obstante, un Tribunal ordinario fiscaliza. Pues bien, para Embid<sup>126</sup>, el acto no lesionaba ningún derecho fundamental. Esto dependerá, a nuestro juicio, de cómo configure el Reglamento de la Asamblea madrileña las solicitudes de información al Gobierno por los parlamentarios<sup>127</sup>.

<sup>125</sup>Embíd, "Actos...", op.cit., p.80, lo considera como un «acto político».

La STC 118/88 de 20-6 conoció de un recurso de amparo presentado contra una Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados relativa al acceso a materias clasificadas. Si el TC lo desestimó fue porque consideró que se trataba de un acto con valor de ley, pero evidentemente no entendió que estuviéramos ante un acto de administración parlamentaria. El principio de autonomía parlamentaria implica que el concepto de «acto político de las Cámaras» abarque más supuestos que los «actos políticos de los Gobiernos». No obstante, la similitud entre ambos supuestos es demasiado evidente en este caso. De cualquier modo, en la STC 118/88 no se trataba de la clasificación de ciertas materias como reservadas, sino del acceso a las mismas por los Diputados.

<sup>126</sup>"Actos...", op.cit., p.81 ss. Prueba de ello, según el autor citado, es la inexistencia de previsión reglamentaria alguna de recurso en estos casos, de lo que resulta "la falta de creencia de los autores de los Reglamentos en la imposibilidad de judicialización del tema".

No obstante, parece que, en este caso, la resolución del Consejo de Gobierno podría haber lesionado el derecho reconocido en el art.23.2 CE, ya que sólo se había comunicado la información requerida ante la Comisión de Economía y Hacienda, y en sesión secreta -si bien todo dependerá de cómo configure la posición de los parlamentarios en relación con esas informaciones el Reglamento de la Asamblea madrileña-. Así lo entendió al menos la Audiencia, a pesar de que el recurso contencioso-administrativo se había interpuesto contra el acto de calificación, y no contra la denegación efectiva de información. Recuérdese que, de acuerdo con el ATC de 2-5-84, el amparo no tiene carácter cautelar.

La STC 118/88 de 20-6 entiende que, cuando de estos casos se trate, no cabe hablar de lesión del derecho reconocido en el art.20.1,d), sino que el derecho a la información de los parlamentarios se subsume en el art.23.2 CE.

Puede verse asimismo la STS de 24-9-84, que estima el recurso contencioso-administrativo presentado, antes de la vigencia de la LORAFNA, por el Presidente de la Diputación foral de Navarra, elegido por sufragio directo, contra un acto del Parlamento foral -que era entonces un órgano no legislativo- por el que se exigía su dimisión, aun cuando no se hallaba regulada la moción de censura. El TS estimó que el acto había lesionado los derechos al honor y a la propia imagen del recurrente. Un comentario crítico a la misma puede consultarse en Soriano García, J.E., "El enjuiciamiento contencioso de la actividad parlamentaria no legislativa", en RAP, nº106, 1985, pp.213-225.

<sup>127</sup>En efecto, recordemos que -según reiterada jurisprudencia constitucional- el derecho a participar en los asuntos públicos constituye un derecho de configuración legal. Pues bien, en el caso resuelto por la STC 118/88 de 20-6, el Abogado del Estado distinguió perfectamente entre aquellos supuestos en que los Diputados ejercitan su derecho individual a recabar información del Gobierno de aquellos otros en que se limitan a elevar una petición a la Cámara para que la misma la solicite. El primer supuesto se encuadra perfectamente en el derecho reconocido en el art.23 CE, siempre y cuando se configure como tal en los Reglamentos respectivos.

Embíd, loc.cit., p.82, entiende que el derecho a recabar información tiene carácter accesorio respecto de las funciones parlamentarias. Si bien puede entenderse que esto es cierto, su reconocimiento como parte integrante del estatuto jurídico del Diputado lo hace protegible en vía de amparo. La STC 196/90 de 29-11

**C)Fiscalización de actuaciones de índole política supuestamente lesivas de principios generales del Derecho**

Ya hemos visto que los actos de relación institucional lesivos de principios generales del Derecho vulneran también el principio de igualdad o el derecho de participación política, por lo que la competencia será del Tribunal Constitucional, con la salvedad que en la práctica se produce en relación con los actos locales. En cambio, cuando se trate de actos materialmente directivos, creemos que las Salas deben poder controlar si se ha producido dicha infracción de los principios generales del Derecho, si bien con la salvedad de que deberán reconocer un amplio margen de discrecionalidad<sup>128</sup>. El Ordenamiento actuará aquí como límite negativo, sin que salvo en casos de laboratorio pueda ejercer una función positiva.

El problema radica en lo sutil del límite entre este control jurídico y el control puramente político, que no debe corresponder a los órganos judiciales. Por ello, éstos deberán actuar con extremo

---

señala que su finalidad es el control en sentido amplio. Por su parte, Sáinz Moreno, "Actos parlamentarios...", op.cit., p.246, afirma que las peticiones de información carecen del alcance político de las preguntas, si bien unas y otras sirven al ejercicio de la función de control, aunque añade que las primeras "sirven no tanto a la función de control político como a la de mejor preparación de las peticiones parlamentarias en general".

<sup>128</sup>García de Enterría, "La lucha....", cit., pp.179-180, admite que el Ordenamiento constituye un límite a los actos incardinados en la esfera de dirección de la política; de modo que no sólo deberá tenerse en esos casos en cuenta la concurrencia de elementos reglados, sino también el papel de los principios generales del Derecho. Como además niega la existencia del <<acto político>>, la consecuencia ineluctable de su posición es la posibilidad de que los Tribunales de lo contencioso-administrativo fiscalicen la sujeción de los actos que nos ocupan al Ordenamiento jurídico en su conjunto.

Sáinz Moreno, op.cit., pp.312-313, entiende que la remisión a un criterio político -donde incluye por ejemplo la devaluación de la moneda: op.cit., pp.307-308- implica que los Tribunales controlen únicamente los elementos reglados, pero no el fondo de la cuestión. Esto no parece compatible con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -el autor escribe antes de la Constitución-. Pero todo depende de lo que se entienda por <<reglado>>; como el autor considera que el fin de interés público reduce la discrecionalidad, sus palabras no parecen desacertadas.

tacto<sup>129</sup>.

No obstante, el principio de interdicción de la arbitrariedad supone, de acuerdo con cierta moderna corriente jurisprudencial, y como hemos visto, la necesidad de que la justificación del acto impugnado sea *suficiente*. Y esto implica, al menos, que el balance de los costes y las ventajas del mismo haya de ser positivo.

Así, existe el riesgo de que los Tribunales invadan funciones constitucionalmente reservadas a los Gobiernos<sup>130</sup>. Y ello, por dos razones: primero, porque son ellos quienes, en última instancia, determinarán si un acto entra dentro de la esfera administrativa o en la de dirección de la política<sup>131</sup>; y, segundo, porque, una vez lo hayan incluido en este último ámbito, podrían ir más allá del rechazo de decisiones carentes de fundamento. Debe tenerse en cuenta lo resbaladizo de los límites entre la decisión cuyo fundamento es insuficiente y la decisión menos plausible que otras.

Pues bien, es un riesgo que hay que sufrir, ya que el art. 24 CE establece sin excepciones el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Esta tutela se podría haber

---

<sup>129</sup>Fernández Rodríguez, T.R., *Arbitrariedad...*, cit., p. 118, afirma que "sólo la actuación específica y exclusivamente política en el sentido que también explicó hace veinticinco años García de Enterría, está más allá del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y puede en este sentido considerarse enteramente libre, en el marco, claro está de la Constitución"; y cita la STS de 29-11-85, para la que la discrecionalidad absoluta no existe, salvo en los actos políticos del Gobierno. Pero, precisamente, la discrecionalidad debe ejercerse dentro de ese marco, que excluye el ejercicio arbitrario y caprichoso del poder. No hay, pues, actos discrecionales de modo absoluto, ni siquiera en esos campos.

<sup>130</sup>Hernández Martín, V., op. cit., p. 89, nota (1127), señala que en USA el TS, desde la sentencia *Madbury contra Madison* rehúsa enjuiciar cuestiones políticas. Considera el autor que estos supuestos deben someterse a un sistema de enjuiciamiento distinto del de los actos administrativos. Esta afirmación es congruente con la que, op. cit., p. 90, efectúa de que en el acto político debe excluirse <<su configuración o carácter jurídico>>. Pero no se trata de esto, sino de asegurar el sometimiento del acto a sus parámetros jurídicos, sin eliminar su naturaleza política.

<sup>131</sup>Lo que, según Baena, "Los actos políticos....", II, cit., p. 29, supone un gran poder político en manos de los Tribunales.

En todo caso, entender que la calificación de un acto como <<político>> cae fuera de la competencia de los Tribunales sería tanto como volver a la teoría del *móvil* -vid. Carro, "La doctrina...", op. cit., p. 86-.



atribuido al TC, en virtud del art. 161.1, d) CE., cuando la misma se diera frente a actuaciones incardinadas en la dirección de la política. Pero ya hemos visto que esto también tiene sus inconvenientes<sup>132</sup>.

Lo que ocurre es que difícilmente pueden hallarse en estos supuestos parámetros jurídicos distintos de los constituidos por los elementos reglados o por la lesión de derechos fundamentales; por otra parte, debe tenerse en cuenta que la STC 130/91 parece entender lo arbitrario en un sentido muy estricto, precisamente en un supuesto en que lo enjuiciado era una cuestión, a su juicio, en la que iba involucrada la <<oportunidad política>>.

La STS de 27-1-87 (A.2001) constituye, a nuestro modo de ver, un ejemplo de control judicial limitado de las decisiones incardinadas en la esfera política cuando las mismas infringen algún principio general del Derecho<sup>133</sup>. La sentencia apelada señala que no corresponde al orden contencioso-administrativo fijar la concreta composición proporcional que hayan de tener estas Comisiones. Y no lo hace porque no es misión suya; porque, en suma, no se puede

---

<sup>132</sup>En todo caso, sería difícil que prosperara un recurso de amparo presentado contra la sentencia que se extralimitara en estos casos.

<sup>133</sup>En este caso, se trataba de la designación de miembros de las Comisiones informativas de un Ayuntamiento. Todos los miembros de las mismas pertenecían al mismo partido político. La sentencia apelada, muy expresiva, anuló los actos impugnados, pero no dijo a qué partido debía pertenecer cada uno de los miembros de las Comisiones. Simplemente, anuló las decisiones recurridas por faltar la composición monocolor de las Comisiones a las más mínimas exigencias de la proporcionalidad. Se subraya que, en nuestro sistema democrático "una formación monocolor de las Comisiones informativas es menos democrática que otra pluripartidista, siendo como son instrumentos de gestión y asesoramiento de la Administración municipal". Se resalta también que en el Reglamento del Congreso se prescribe que las Comisiones se formarán en proporción a la importancia numérica de los grupos parlamentarios.

En todo caso, se hallaba un derecho fundamental en juego y además se trataba de un acto municipal, respecto de los cuales nunca el TS se ha declarado incompetente por entenderlos incardinados en la esfera de la dirección política.

desconocer el importante componente político de esta clase de actos<sup>134</sup>. Pero éste no queda desnaturalizado por tener límites jurídicos, ya que tales límites no predeterminan el contenido concreto del ejercicio del poder.

#### **4.La intensidad del control de los actos de dirección política frente a los actos administrativos y de dirección administrativa**

*En la práctica, normalmente no habrá grandes diferencias en la intensidad del control de muchas resoluciones administrativas y de los actos que constituyen manifestaciones de ejercicio de la función política. Ello debe a que la fiscalización de algunas de aquéllas plantea dificultades ingentes; en muchos casos, la fiscalización total no será materialmente posible, ya que el razonamiento jurídico es limitado<sup>135</sup>. Pero, en estos supuestos, las razones de los límites*

---

<sup>134</sup>Cuando se trata de cuestiones similares planteadas en el seno de una Cámara, el órgano judicial competente es el Tribunal Constitucional.

La STC 30/93 de 25-1, en relación con la composición de las Comisiones de un Ayuntamiento, afirmó que la proporcionalidad en estos casos no tiene un por qué ser matemática; si bien añade que aquéllas deben reproducir, en la medida de lo posible, la composición del Pleno. Se señala asimismo que en la medida en que la diferencia cuantitativa y otras consideraciones lo posibiliten, se debe procurar que todas las fuerzas políticas presentes en el Pleno formen parte de ellas. Es más, la sentencia reitera que la proporcionalidad matemática estricta es algo difícil de alcanzar y que, por tanto, "la representación proporcional sólo puede ser, por definición, imperfecta y resultar exigible dentro de un razonable margen de flexibilidad". Así, concluye que las desviaciones de la proporcionalidad vedadas por el art.23 CE sólo pueden venir dadas cuando exista una situación de notoria desventaja sin que exista un criterio razonable que lo justifique.

En estos casos, se trata en sentido estricto de si hay desproporción o no la hay, sin que quepa hablar de balance costes-ventajas. Y ello, porque no se trata de la ponderación del derecho de participación política con otros valores, sino que el contenido mismo de aquél se define en este punto por relación a la proporcionalidad.

<sup>135</sup>Si bien debe recordarse que el margen cognoscitivo de apreciación sólo tiene sentido en la medida en que la carga de la prueba no corresponde a la Administración.

Uno de los campos donde la fiscalización judicial suele ser restringida, es el ámbito de la intervención administrativa en la economía. Así, afirma Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...., cit., pp.75 ss.*, que "el de las intervenciones y regulaciones de la economía es otro de los campos habituales en los que la jurisprudencia ha venido limitando habitualmente sus poderes de revisión a la simple verificación de la regularidad externa o formal de las decisiones administrativas, por entender que, de otro modo, invadiría competencias que privativamente corresponden a la Administración".

*del control son puramente cognoscitivas; sólo el juez, caso por caso, podrá determinar si esos límites existen y hasta dónde llegan. La razón es obvia: las fronteras del razonamiento jurídico no se pueden conocer a priori.*

*Por el contrario, en el caso de los actos emanados del ejercicio de funciones políticas, los límites del control judicial no tienen una razón de ser puramente cognoscitiva, sino estructural: se trata de la reserva constitucional a los Ejecutivos de funciones políticas.*

*En el caso de los actos incardinados en la función de dirección administrativa, por el contrario, las consecuencias tienen que ser diferentes. Si esta tarea debe perseguir objetivamente la consecución de los fines permanentes de la institución; si, además, el sistema de la confianza política no debe extenderse más allá de lo*

La cuestión es, obviamente, si está justificado ese control mínimo en toda la materia económica o si, por el contrario, sólo ciertas decisiones gozan de un ámbito de discrecionalidad, siempre limitado por el principio de interdicción de la arbitrariedad. Naturalmente, nuestra postura es la segunda.

En este sentido, debemos hacer la siguiente observación: el autor, op.cit., pp.75-76, cita las SSTs de 21-12-81 y la de 8-6-82 como ejemplo de ese control mínimo. La primera de ellas se refería a la regulación de procesos industriales en el sector del aceite de oliva; la segunda, a un Real Decreto por el que se establecían normas para la fijación de nuevos precios del pan. Pues bien: es lógico que el control en estos casos sea más limitado que en los restantes que cita T.R. Fernández Rodríguez, por la razón siguiente. La primera de las sentencias citadas había enjuiciado un reglamento. En éstos, el control judicial está limitado, como hemos visto, versen sobre materia económica o sobre cualquier otra. Esto no quiere decir, naturalmente, que el mismo deba circunscribirse a aspectos formales y a la contravención de normas superiores o invasión de la reserva de ley: los principios juegan aquí un papel importante. Por lo que respecta al segundo de los supuestos, debemos decir exactamente lo mismo.

El autor, op.cit., p.76, en sentido contrario, cita la STS de 13-7-84, referente al ámbito de la denominación de origen Jerez. Resalta que, frente a lo que se viene haciendo en Francia -donde estos supuestos no se controlan sino mínimamente por el Consejo de Estado, que los considera un caso de apreciación de los hechos-, esta sentencia ordena incluso una nueva delimitación de la zona, con arreglo a parámetros objetivos.

El TS no sustituye la decisión administrativa. Pero no creemos que esta limitación se deba a que considerara esta cuestión como un acto de dirección de la política económica -que en modo alguno podría dictarse por el Consejo Regulador-. El acto, evidentemente, carece de entidad sustantiva para merecer esa consideración. La razón parece ser más bien la ausencia de datos: se requieren cuidadosos estudios climatológicos, pluviométricos, agronómicos, etc., que difícilmente se pueden obtener en un proceso contencioso-administrativo. Los datos disponibles habían sido suficientes para anular la delimitación realizada, pero no para sustituirla por otra diferente.

que es propiamente la esfera de la dirección de la política, entonces nada se opone -más que las posibles dificultades de hecho que en su caso pudiera haber- a la plena fiscalización judicial de los mismos. Nada hay que legitime una restricción estructural al control judicial: ni la naturaleza de las funciones, ni la supuesta legitimidad democrática de quienes ejercen estas tareas, por el sencillo motivo de que la extensión a tales cargos del sistema de confianza carece de cobertura constitucional, ya que no ejercen funciones políticas sino simplemente administrativas<sup>136</sup>.

El control judicial no podrá de hecho tener la misma intensidad en todos los actos incardinados en la función política. En unos casos -como el de la moción de censura- bastará el cumplimiento de los requisitos formales; en otros, existirán límites materiales de carácter negativo. En otros, como la elección de quienes deben ocupar puestos integrados en el sistema de la confianza política, los límites son quizá aún más laxos, precisamente porque la causa legítima del acto de nombramiento o cese radica en la adquisición o pérdida de dicha confianza<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup>Por último, en relación con la posible extralimitación de las Salas en la fiscalización de los actos emanados de la gestión política, entendemos que la vía adecuada será la del recurso de casación por exceso de jurisdicción, como hemos visto; y, en último término, el amparo por lesión del art. 24 CE -al no hallarse la sentencia fundada en Derecho sino en consideraciones políticas-. Pero resultará muy difícil que prospere esta pretensión.

Por el contrario, en modo alguno será aplicable la LOCJ, ya que los conflictos de jurisdicción planteados por la Administración se dirigen a salvaguardar la autotutela administrativa.

<sup>137</sup>La STS de 26-9-89 (A.6370) afirmó, en relación con la destitución de una persona que ocupaba un cargo de confianza, que no cabía hablar de desviación de poder ni de error en la apreciación de los hechos determinantes por cuanto es la pérdida de esa confianza lo que legitima el cese; y de ahí la amplia discrecionalidad. Citamos aquí este supuesto debido a que los puestos de libre designación y los eventuales entran en el sistema de la confianza política, por lo que sus límites, mal que nos pese, son semejantes a cuando se trata de la elección para puestos exclusivamente políticos.

Pero aquí, si cabe, los límites al control judicial son más visibles que en otros sectores de la dirección política, por la razón siguiente: cuando estamos ante potestades directivas de la economía, o ante la designación de los miembros de los órganos de control de un ente local, se deben perseguir positivamente

En realidad, en el caso de las relaciones basadas en la confianza, el límite de fondo operativo será la prohibición de las decisiones basadas en el mero capricho. En el caso de las Comisiones informativas, la proporcionalidad juega como límite, pero entendida aquélla en un sentido tan amplio que sólo puedan rechazarse las decisiones que adolezcan de desproporción<sup>138</sup>.

#### IV. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA INDIRECTA DE LOS GOBIERNOS COMO CONDICIÓN DEL CONTROL JUDICIAL LIMITADO DE LOS ACTOS INCARDINADOS EN LA DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA

El fundamento de la actividad de dirección política radica en la existencia de una atribución constitucional, que se verifica en favor de órganos que poseen una legitimidad democrática indirecta o directa<sup>139</sup>. Pese a que esta atribución es sólo explícita en el caso

---

ciertas finalidades -que la economía funcione, o que el control sobre los órganos de gobierno pueda ser efectivamente ejercido por los miembros de la oposición, de modo que éstos puedan ejercer adecuadamente su derecho de participación política-. Pero, en casos como éste, si bien el fin remoto es que el aparato administrativo funcione, la causa de los actos de destitución y nombramiento es la confianza que el superior otorga al inferior, o la pérdida de la misma. Sólo existen límites negativos -la no discriminación (incluso podría pensarse que sólo las discriminaciones específicas del art. 14 CE); o la evitación de supuestos absurdos como confiar el puesto a personas con sus facultades psíquicas disminuidas-. En todo caso, si se trataba de un cargo de estricta dirección administrativa -como parece serlo- no es lógico que el mismo se incardine en el sistema de la confianza.

Morell Ocaña, op. cit., p. 62, señala -con referencia a los cargos de confianza- que se trata de nombramientos discrecionales. Pero afirma que en ocasiones el Ordenamiento establece límites concretos.

<sup>138</sup>Entre otras cosas, ello es posible porque, como hemos resaltado, no estamos ante el principio de proporcionalidad en sentido técnico.

<sup>139</sup>Esta habilitación constitucional lo es para ejercitar potestades que son, material y jurídico-formalmente, distintas de las potestades administrativas. Por esta razón, no creemos necesario, en tales supuestos, acudir a lo que la doctrina alemana ha denominado *prerrogativas de evaluación*. Creemos que esta figura es equívoca -en la medida en que engloba casos que no son equiparables por cuanto parece confundirse con el margen de apreciación, en el impropio sentido que a esta figura da la doctrina alemana- e innecesaria, ya que las limitaciones al control judicial en la mayoría de los casos que se incluyen en la prerrogativa de evaluación -en el resto, las limitaciones del control no basadas en los límites del razonamiento jurídico serán inconstitucionales- se justifican por no tratarse de resoluciones administrativas.

En relación con la prerrogativa de evaluación, puede verse Barnés Vázquez, *La*

del Gobierno de la Nación, la misma se halla implícita para los Gobiernos autonómicos y locales<sup>140</sup>. Y ello, con base en el principio de autonomía, como con todo acierto ha destacado Embid Irujo<sup>141</sup>. No basta, por tanto, que un determinado órgano posea una legitimidad democrática más o menos lejana; es preciso, además, que exista una atribución constitucional, aunque sea implícita, para que pueda dictar actos incardinados en la dirección política. Es lógico: ya hemos dicho que las limitaciones al control jurisdiccional deben

---

*justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., p.179, quien afirma que se trata de una figura próxima al margen de apreciación. El autor considera que la misma se puede dar tanto en cuestiones técnicas como en conceptos jurídicos de alto componente político: "La jurisprudencia, por ejemplo, ha reconocido la existencia de la prerrogativa en supuestos como los siguientes: para valorar la <<situación económica general>> en materia de defensa de la competencia; para resolver sobre las <<cuotas de importación>>; o determinar los <<intereses generales>> del tráfico en la concesión de nuevas licencias de taxis, etc".

Aquí se ve la conexión entre el margen de apreciación, tal y como lo entiende la doctrina alemana, y las prerrogativas de evaluación. En realidad, se trata de lo mismo: discrecionalidad en la interpretación de los conceptos que aparecen en las normas. Lo que ocurre es que el margen de apreciación posee una potencialidad expansiva que no posee la prerrogativa de evaluación, en la medida en que la misma viene justificada por tratarse de valoraciones con cierto matiz político o altamente técnico.

Deben distinguirse estas prerrogativas de evaluación de las valoraciones vinculantes, de que habla Ossenbühl -citado por Embid, "La relación...", cit., p.421-. Este último, al referirse a éstas -loc.cit-, afirma que "a este tipo pueden pertenecer la valoraciones de filmes por un organismo especial o la catalogación de un edificio como monumental. Todas estas valoraciones pueden ser <<repetidas>> ante el juez. La limitación del control judicial no radica aquí en la falta de control, sino en la falta de competencia. En estos casos, hay que atender y respetar la especialización de quienes, dentro de la Administración, componen los órganos que deciden". Aquí no se trata de decisiones que puedan encuadrarse dentro de la dirección de la política. Pero ya hemos visto que la especialidad del órgano competente no justifica en modo alguno las restricciones al control judicial.

<sup>140</sup>La atribución constitucional se efectúa en favor del ente; la atribución en favor de un concreto órgano se lleva a efecto por la ley ordinaria o por los Estatutos de autonomía, con la condición de que dicho órgano posea legitimidad democrática.

Embid, en "La actividad de gobierno...", cit., pp.285-286, se pregunta qué órganos locales pueden llevar a cabo una actividad de gobierno, y concluye que sólo aquellos que tengan encomendado el gobierno y administración del ente y las potestades de autoorganización del mismo.

<sup>141</sup>"La actividad de gobierno...", cit., pp.270 ss. En "La justiciabilidad...", cit., p.2735, el autor afirma que "...la predicación constitucional de la autonomía para los entes locales y la consiguiente construcción de un ámbito de <<gobierno local>> hace posible que también los entes locales puedan producir actos políticos, y, por tanto, insusceptibles de control jurisdiccional" -subrayados originales-. Con la <<exención>> ya no estamos tan de acuerdo.

El autor, op.cit., pp.271-272, cita la STS de 11-11-91, para la que la autonomía municipal implica "un cierto componente político, que le viene atribuido a la Corporación por el origen democrático de sus componentes...".

estar justificadas a nivel constitucional<sup>142</sup>.

En todo caso, la legitimidad democrática de un órgano es condición necesaria para que el mismo pueda dictar actos incardinados en la dirección de la política. Pero, a este respecto, en nuestro Derecho se plantean importantes problemas: el primero, en relación con la cadena concatenada de derivaciones de la confianza primariamente otorgada por el electorado; el segundo, en relación con las Administraciones independientes.

### 1. La extensión del sistema de la confianza política

Morell Ocaña<sup>143</sup> afirma que las tareas de gobierno deben desempeñarse por aquellos que posean una legitimación basada en la confianza mediata o inmediata del cuerpo electoral.

Sin embargo, el autor<sup>144</sup> asimismo resalta que "se genera... una cadena de autoridades que comparten y participan de una misma confianza: la otorgada originariamente por el electorado".

Esta cadena no se prevé en la Constitución, pero las leyes atribuyen esta posibilidad de derivación sucesiva de la confianza<sup>145</sup>. La cuestión es la siguiente: ¿puede considerarse que

---

<sup>142</sup>En este sentido, García Llovet, E., en "Autoridades administrativas independientes...", cit., p.78.

<sup>143</sup>El sistema de la confianza política en la Administración Pública, cit., p.20.

<sup>144</sup>Op.cit., p.21. En efecto, si la Constitución -como ocurre en todos los regímenes parlamentarios- prevé, para el caso del Estado y de las Comunidades autónomas, un sistema según el que el Parlamento deriva la confianza prestada por el electorado al Presidente del Gobierno, y éste a su vez presta su confianza a los Ministros -siendo el Gobierno responsable solidario de su gestión ante el Parlamento-, necesidades prácticas hacen que, a su vez, esa confianza descienda en ulteriores grados hacia otra serie de cargos, muchos de ellos con atribuciones decisorias de importancia. En este sentido, Morell Ocaña, op.cit., pp.22 ss.

<sup>145</sup>Jiménez Asensio, R., "Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas", en RVAP, nº32, 1992, p.79, considera que dichos niveles no son inconstitucionales porque la Constitución no los prohíbe.

los actos emanados de quienes son depositarios derivados de esa confianza política pueden, en ciertos casos, tener como característica ese control judicial limitado?<sup>146</sup>. Más aún, ¿es constitucionalmente legítimo que el Gobierno, a quien la Constitución reserva la tarea de dirección de la política y la administración, comparta las tareas políticas con órganos inferiores, aunque sean de su confianza?

Lo cierto es que, en la práctica, estos problemas podrían solventarse con la ratificación de esos actos por el Gobierno respectivo<sup>147</sup>. Pero queda en pie la cuestión de si es legítimo que exista un grupo de personas con cargos de confianza más allá de la esfera de lo propiamente político, y si el control judicial sobre la

---

<sup>146</sup>Podría entenderse *prima facie* que no tienen poder político ni los Ministros aisladamente considerados ni los Consejeros de las Comunidades Autónomas -quizá con la excepción de los Consejeros vascos, contra los que cabe la moción de censura individual-. Sin embargo, dado que del art.108 CE y concordantes de los Estatutos de autonomía se desprende la responsabilidad colegiada del Gobierno y de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, esta opinión debe corregirse. En todo caso, Morell, op.cit., pp.174 ss., también recuerda que el uso parlamentario ha consagrado la reprobación individual de los Ministros, que sí ejercen una función política y cuyos actos, en algún caso, pueden ser objeto de un control judicial limitado -precisamente cuando emanan del ejercicio de tal función-.

El tema se complica por cuanto el sistema de la confianza política ha penetrado también en el ámbito funcional. Vid.asimismo Morell, op.cit., p.47. Ortega Alvarez, en "El reto dogmático del principio de eficacia", cit., p.12, señala que "la relación estatutaria de que goza el funcionario hace que la imputación de responsabilidades desfavorables esté sometida a una regulación jurídica precisa, ya que dicha relación estatutaria le otorga especiales garantías respecto a su carrera profesional. Por ello, la imputación de malos resultados de gestión no es tarea sencilla, más aún, si la consecuencia lógica de la mala gestión fuese la remoción de su puesto de trabajo". En todo caso, esta posibilidad está prevista, y parece comportar una destrucción de la presunción de mérito; y, respecto de la libre designación, las garantías a que se refiere Ortega Alvarez desaparecen en buena medida. Morell Ocaña, op.cit., p.167, afirma, en relación con este último supuesto, que debería ser posible exigir una responsabilidad específicamente funcional, ajena a la política, ya que, en la actualidad, "la élite directiva endosa su propia responsabilidad al Gobierno, a los políticamente responsables, sin que se haya depurado una responsabilidad profesional en lo directivo".

En todo caso, Schmidt-Assmann, op.cit., p.197, afirma que la menor longitud de la cadena no necesariamente proporciona más legitimidad democrática, si bien es preciso que aquélla sea continuada. Vid.asimismo López Guerra, "Modelos....", cit., pp.86 ss., quien asimismo considera que lo importante es la existencia de mecanismos efectivos de conexión con el electorado.

Morell, loc.cit., p.26, afirma que el problema radica en hasta dónde cabe legítimamente derivar esa confianza.

<sup>147</sup>Por otra parte, según nos relata Morell Ocaña, op.cit., p.25, quedó claro en la Ponencia Constitucional que el mérito y la capacidad sólo se aplicarían al acceso a las funciones públicas, de modo que el acceso a ciertos <<cargos de designación o confianza en el aparato burocrático del Estado>>tendrían cabida en la Constitución.



actuación de quienes ostentan puestos de confianza debe o no estar estructuralmente limitado. Creemos que este personal sólo debe llegar hasta donde, por necesidades prácticas, se extienda lo político, y que los límites estructurales al control judicial sólo deben abarcar aquellas de sus decisiones que participen de aquella índole<sup>148</sup>.

En este sentido, acertadamente Morell<sup>149</sup> afirma que el sistema

---

<sup>148</sup>El control político es insuficiente porque, en ciertas ocasiones algunos altos cargos se perpetúan en el poder -aunque sea en otro cargo algo distinto- aunque cesen y cambien los Gobiernos. Por otra parte, el designante puede en cualquier momento cesar al designado, una vez ha perdido su confianza, pero todos sabemos que, por calamitosa que haya sido su gestión, siempre cuesta destituir a un alto cargo en que se ha depositado la confianza, entre otras cosas porque supone el reconocimiento implícito de una cierta culpa *in eligendo*.

El resultado es que no se exigen de hecho responsabilidades a quien las tiene. Si el responsable directo es el Gobierno, y el electorado renueva su confianza en él, podremos obstar inconvenientes prácticos, pero no jurídicos; el pueblo es soberano y puede elegir a los representantes que quiera, sabiendo que de modo casi automático el voto a un representante constituye en muchas ocasiones el voto a una determinada opción de gobierno. Pero en el caso de los cargos de confianza que van más allá del Gobierno, el electorado pierde realmente el control. El Parlamento, por su parte, podrá ejercerlo a través de medios como las preguntas e interpelaciones o, de modo más directo, mediante la moción de censura. Pero ésta se dirige contra el Gobierno, no contra el alto cargo. Aunque éste en principio cese con el Ministro que había depositado en él su confianza, lo cierto es que, en ocasiones, volverá a ser depositario de la confianza del nuevo Ministro. El funcionamiento de la Administración no es, de cara a las Cámaras, suficientemente transparente en este aspecto.

Se trata quizá, *mutatis mutandis*, de un fenómeno similar al que ocurre en el caso de las relaciones administrativas de cooperación: en ocasiones, éstas pueden conducir a una verdadera disolución de las responsabilidades, al ser las decisiones compartidas entre varios entes a través de órganos mixtos. Sobre esta interesante cuestión, puede verse Albertí i Rovira, E., "La evolución del federalismo hacia fórmulas cooperativas", en Aja Fernández, E., y otros, *El sistema jurídico de las Comunidades autónomas*, cit., pp. 41 ss. De este mismo autor, "Relaciones entre Administraciones Públicas", en *La nueva Ley...*, cit., pp. 68-69.

Por otra parte, la profesionalización *de facto* de esos altos cargos implica que, en muchas ocasiones, no es la confianza política, la fidelidad al partido gobernante, la determinante de la designación de un alto cargo, sino la aptitud y experiencia como alto cargo de determinada persona. Si es así, podemos preguntarnos si está justificado que la normativa siga pensando en la confianza política -o la lealtad personal- y no en la idoneidad específica. El problema se agrava, lógicamente, cuando se trata de cargos dentro de la función pública.

Sobre la lealtad personal al superior como factor determinante de la designación de muchos puestos directivos, Morell Ocaña, op. cit., p. 27.

<sup>149</sup>Op. cit., p. 173. El autor afirma que el Parlamento controla la gestión política, pero no dirige la Administración.

En este sentido, se podría criticar el art. 9 LEEA, que atribuye al Gobierno la facultad de nombrar y separar libremente al personal directivo de los organismos autónomos, ya que éstos no pueden desarrollar políticas propias sino que se hallan sujetos a las directrices dictadas por el Ministro competente.

Y, aun en los casos en que se trate de estricta dirección de la política, parece apuntar Morell, op. cit., p. 98, que no sólo debe requerirse una lealtad política, sino también una especial preparación, ya que, en suma, se trata de gestionar los diversos sectores de la actividad pública.

de la confianza no debe sobrepasar el ámbito del Ministro y su entorno de apoyo. En todo caso, el autor<sup>150</sup>, partiendo de que las necesidades reales hacen inexcusable que los Gobiernos se vean apoyados por un campo más o menos amplio de personal de su estricta confianza, señala que es preciso que las funciones de tales cargos no excedan precisamente del ámbito político, por cuanto las Cámaras han depositado su confianza en el Gobierno precisamente para que gestione su programa. De cualquier modo, entiende<sup>151</sup> que las atribuciones políticas no deberían ir más allá del Ministro y del Secretario de Estado, ya que la confianza de las Cámaras para el desarrollo de la gestión política se atribuye al Gobierno.

Pero esta conclusión nos hace volver directamente al punto de partida: hay cargos que, por participar directamente en la gestión política, pueden dictar actos cuyo control judicial estará muchas veces limitado, pero que carecen de legitimidad democrática indirecta en el grado que caracteriza a los Gobiernos. Y esto puede ser necesario, pero en todo caso nos parece grave si no se arbitran mecanismos para exigir responsabilidades políticas personales.

---

El autor, op.cit., pp.168 ss., afirma que si bien es imposible trazar una línea divisoria nítida entre Gobierno y Administración, o entre función política y administrativa, se ha llegado a una exageración de perniciosas consecuencias. "Haciendo ahora coincidir los planos estructural y funcional, la dirección de la Administración Pública se sitúa en un grado, el culminante, de la jerarquía administrativa: es el que ocupa el Ministro y, en su caso, el Secretario de Estado. Es ahí, y en sus aledaños, donde cabe instalar al personal de confianza, que le rodee y le apoye en el ejercicio de sus atribuciones sobre cada uno de los ramos de la Administración". En todo caso, nos parece que esa atribución de un poder de dirección al Ministro es contradictoria con las tesis fundamentales de este autor.

Para Beato, Espejo, M. "La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas", en REDA, nº56, 1987, p.593, si bien la libre designación se fundamenta en la confianza mutua, debería reservarse para aquellos puestos en que realmente se comparten responsabilidades políticas.

<sup>150</sup>Op.cit., pp.45 ss.

<sup>151</sup>Op.cit., p.169.

## 2.Las Administraciones independientes como sujetos de la actividad de gestión política

En España, si bien todavía no son excesivamente numerosas, sí existen cada vez más agencias de ese tipo, que, por otra parte, abarcan sectores materiales de la máxima importancia<sup>152</sup>.

Conviene estudiarlas en este punto por el déficit de legitimidad democrática que en las mismas se da. Si bien nos fijamos, aquéllas que poseen relevancia constitucional, como las Universidades, poseen una base corporativa que les confiere legitimidad democrática directa; y ello asimismo tiene reflejo en sus facultades. Más espinoso, por el contrario, resulta el caso de otras a las que, sin poseer autonomía constitucionalmente reconocida, se otorga por ley cierta independencia, como pueda ser el caso del Banco de España. En éstas, la legitimidad democrática de sus órganos directores es muy remota<sup>153</sup>. Es más, se puede negar su existencia,

---

<sup>152</sup>Sobre las mismas, vid. entre otros Sala Arquer, J.M., "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", en *REDA*, nº42, 1984, pp.401 ss.; Del Saz, op.cit., p.155, quien conecta esta cuestión con la invasión por el Legislativo de funciones administrativas.

Consúltese también Schmidt-Assmann, op.cit, pp.216 ss., quien se refiere a los entes públicos cuya independencia garantiza el ejercicio libre de ciertos derechos fundamentales.

Vid. asimismo García Llovet, op.cit., pp.148 ss. Este autor, op. cit., p.63, resalta que esta figura se ha extendido incluso a las Comunidades Autónomas.

<sup>153</sup>En este sentido, podemos afirmar, con Parejo, *Crisis y renovación el del Derecho Público*, cit., p.37, que tales Administraciones independientes no pueden incardinarse sin más en una instancia de gobierno directamente representativa o susceptible de control parlamentario.

En *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, op.cit., p.37, Parejo matiza que las mismas pueden o no estar "montadas... sobre el propio substrato social del correspondiente sector". Esto último podría ser un argumento a favor de la posibilidad de reconocimiento de una cierta discrecionalidad en las mismas, pero sólo quizás en la medida en que sus actos se proyectaran sobre los sujetos representados, esto es, pertenecientes al sector correspondiente, y siempre y cuando los mismos se incardinaran en la función de gestión política.

López Guerra señala, "Funciones del Gobierno...", op.cit., pp.33 ss., que la designación por el Gobierno del Director de RTVE es constitucionalmente necesaria, dada la dimensión política de dicho ente. Una crítica a la regulación legal de RTVE puede verse en Parada Vázquez, "Las Administraciones independientes", en *Homenaje a Clavero Arévalo*, cit., p.680, quien afirma que pluralismo y control parlamentario no equivalen a independencia.

ya que, aun cuando esos órganos de dirección se designan por el Gobierno, los mismos gozan de independencia funcional y de inamovilidad.

Sin embargo, las leyes les confieren en ocasiones la potestad de dictar actos que, a nuestro modo de ver, podrían considerarse incluidos en la función de dirección de la política, como pueda quizá ser la fijación de los tipos de descuento bancarios.

García Llovet<sup>154</sup> en relación con el caso español, parte de la función de dirección de la Administración Pública que el art.97 CE atribuye al Gobierno, y concluye que es dudosa su legitimidad constitucional, debido a su independencia funcional.

Desde nuestro punto de vista, la viabilidad constitucional de

---

<sup>154</sup>Op.cit., p.66 y p.68.

Defiende la constitucionalidad de las Administraciones independientes Pomed Sánchez, L.A., "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", cit., pp.117 ss. Parejo Alfonso, L., "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, Civitas, Madrid, 1994, pp.645 ss., afirma que si bien existen razones que avalan su existencia, las mismas no son concluyentes; pero añade que debe partirse de que no existe una prohibición constitucional expresa de las mismas, por lo que sólo la acumulación de supuestos de independización podría lesionar el estatuto constitucional del poder administrativo.

Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.74, nos recuerda que, en los Estados Unidos, se dudó en un principio de su legitimidad constitucional, aun cuando ello se ha superado hoy día. La razón de tales problemas radicaba en su <<independencia del Ejecutivo>>. Para Fernández Rodríguez, T.R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", op.cit., p.512, nota(3), la verdadera razón fue, en realidad, el que en las mismas se acumulaban materialmente las tres funciones básicas del Estado.

Pomed Sánchez, op.cit., pp.164 ss., trata de rebatir las críticas que Parada Vázquez, J.R., "Las Administraciones independientes", cit., pp.686 ss., ha dirigido a la figura que nos ocupa. En este sentido, subraya que la dirección de la Administración no implica necesariamente el libre nombramiento y separación de sus órganos directivos; que no puede afirmarse que las competencias de las Cortes sean tasadas -STC 108/86-; y que la objetividad de la Administración es una característica que siempre debe regir. Quizá este último argumento sea el de más peso; pero, en todo caso, la necesidad de arbitrar Administraciones independientes no hace sino demostrar que, las más de las veces, esa objetividad no se garantiza mediante el estatuto jurídico general de aquélla -véase en este sentido Parada Vázquez, op.cit., p.688-. Por último, Pomed también afirma que el art.97 CE se refiere al ejercicio de la función ejecutiva de acuerdo con la CE y las leyes; y que las reguladoras de las Administraciones independientes establecen instrumentos de dirección y control de las mismas. De todos modos, esos instrumentos no siempre están demasiado claros. Por ejemplo, ¿cómo va a controlar el Gobierno la línea de política monetaria del Banco de España? Por otra parte, este último argumento no parece demasiado relevante, ya que la función ejecutiva no equivale, al menos de modo claro a la función administrativa general.

las agencias independientes no plantea demasiados problemas si las mismas se circunscriben a la realización de funciones técnico-administrativas, ya que aquéllas se suelen dar en sectores especialmente delicados, como la energía nuclear, la radiodifusión, etc., donde se requiere la neutralización política<sup>155</sup>. Esto aconseja que dichos sectores se independicen de la dirección política del Gobierno, con el fin de preservar esa neutralidad<sup>156</sup>. Se trata, pues, de garantizar de modo especial la objetividad administrativa en ciertas áreas especialmente delicadas, preservándolas del influjo de la política del Gobierno<sup>157</sup>.

En suma, se trata de distinguir adecuadamente la dirección de la política de la dirección administrativa; si así se hace, los inconvenientes de este tipo de entes en buena medida se disipan. En efecto, si se trata de garantizar la objetividad de la Administración

---

<sup>155</sup>García Llovet, op.cit., pp.82-83. En todo caso, op.cit., pp.92 ss., el autor pone en tela de juicio que el modelo organizativo de las Administraciones independientes sirva mejor que otros a la eficacia administrativa. Vid. nota anterior. Pomed, op.cit., pp.129-120, nos recuerda que en USA los dos principales argumentos contra las Administraciones independientes son su independencia del Gobierno y el hecho de que cada vez más se les encomienden funciones políticas y no estrictamente técnicas.

Para Sánchez Morón, *Discrecionalidad...*, op.cit., p.146, estas Administraciones independientes constituyen "una fórmula de garantía de una mayor imparcialidad en áreas de decisión discrecional con sensibles componentes técnicos, pero de gran trascendencia social". El autor considera asimismo incardinado en esta corriente tendente a incrementar las garantías de imparcialidad de los órganos administrativos el art.107.2 LPC.

Parejo, *Crisis...*, op.cit., pp.97 ss., afirma no obstante, con acierto desde el punto de vista teórico, que las razones habitualmente esgrimidas para fundamentar las Administraciones independientes no son convincentes, ya que la despolitización de sus agentes no es sino una exigencia del principio de objetividad. Y añade que, por lo que respecta a la representación por sectores, no debe olvidarse el peligro de la "fragmentación" y dispersión de la responsabilidad. No obstante, el autor considera que no debe concluirse en todo caso con su ilegitimidad, aunque sí deben denunciarse los riesgos que comporta el fenómeno.

Ha resaltado Parada Vázquez, op.cit., p.681, que el Gobierno no responde ante el Parlamento de los actos del Consejo de seguridad nuclear. El autor, op.cit., p.686, resalta que el fenómeno de las Administraciones independientes puede llevar consigo la imposibilidad de exigir responsabilidades.

<sup>156</sup>García Llovet, op.cit., p.84, resalta que el conflicto que en Estados Unidos se ha producido entre el Ejecutivo y el Legislativo por su intento de controlar estas agencias resulta un tanto paradójico.

<sup>157</sup>Así, Pomed Sánchez, op.cit., p.155; vid. también García Llovet, op.cit., p.107.

en determinado sector, eliminar la libre remoción de sus cargos directivos no es sino una forma de establecer esa garantía<sup>158</sup>.

No obstante, hay que convenir, con García Llovet<sup>159</sup>, que el problema básico no radica en los poderes de nombramiento de los directivos de estas agencias, sino en la injerencia o no en su funcionamiento del el Poder ejecutivo<sup>160</sup>. Pero la función de dirección administrativa está sujeta al imperativo constitucional del art.103.1 CE. Si es así, no parece inconveniente que dicha dirección se encomiende al órgano directivo de la Administración en cuestión en vez de al propio Gobierno, ya que se trata de una función perfectamente controlable por los Tribunales -salvo, en su caso, el

---

<sup>158</sup>Jiménez Asensio, R., "Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas", cit., p.73, considera que la designación política de ciertos puestos constituye una manifestación de la dirección administrativa.

Esa garantía, por otra parte, nos parece insuficiente en la medida en que el personal directivo de tales Administraciones independientes es, con ciertos límites -como la exigencia de cierta competencia en el sector de que se trate- de libre designación. Así, el Ejecutivo designará a aquellos que, siendo competentes en la materia de que se trate, le guarden además lealtad política y personal. Y esta lealtad influirá, quíerose o no, durante todo el mandato de estos directivos: aun cuando se trate de cargos no renovables y con un rígido sistema de incompatibilidades -como resalta García Llovet, op.cit., p.105- si el directivo de una de estas agencias sigue guardando cierta fidelidad política siempre podrá aspirar a un nuevo cargo de libre designación en un futuro.

Pomed, op.cit., pp.124 ss, añade, además, que se trata de garantizar una continuidad en la línea a seguir en estos sectores, frente a los cambios de gobierno.

<sup>159</sup>Op.cit., p.84 y p.100.

<sup>160</sup>Parada Vázquez, J.R., "Las Administraciones independientes", cit., p.657, considera que la sustracción al Gobierno de la posibilidad de nombramiento y cese de sus órganos directivos supone que el mismo no es políticamente responsable de su funcionamiento.

En relación con lo expuesto en el texto, no consideramos excesivamente relevante la supresión de los recursos administrativos contra los actos de estas agencias. En efecto, aquéllos son mecanismos de control de legalidad. No parece que la dirección administrativa de estos entes se vea menoscabada por la supresión de ese sistema de recursos. Vid., por ejemplo, art.16 de la Ley 24/88. Sobre esta cuestión puede verse Pomed, op.cit., p.160, quien considera que no estamos ante un dato determinante.

Fernández Rodríguez, T.R., "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, cit., p.427, afirma que las agencias independientes ponen en cuestión la responsabilidad política del Gobierno y el reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo.

reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación<sup>161</sup>.

Pero esa independencia del Ejecutivo que las normas reguladoras de estas Administraciones independientes les confieren pone en entredicho la posibilidad de que las mismas realicen funciones de gestión política<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup>No obstante, García Llovet, op.cit., pp.112-113, sigue mirando con recelo este fenómeno, dado lo dispuesto en el art.97 CE -op.cit., p.117-.

Añade además que el Legislador no puede crear un cuarto poder; y que "cualquier intento de generalizar el modelo de las AAI chocará frontalmente con el sistema de heterodeterminación de los fines de la Administración Pública; sistema que actúa a partir del doble circuito Parlamento-ley y Gobierno-potestad de dirección; doble circuito que es garantía de legitimidad de la actividad de la Administración Pública, más allá de su legitimación por eficacia, hoy tan proclamada".

Pomed Sánchez, op.cit., p.167, recalca que sería inconstitucional "neutralizar políticamente todo un sector de la vida pública, pues ello supondría no ya modular el ejercicio de la potestad de dirección de la Administración por el Gobierno, sino privar a éste de la competencia de dirección de la *política interior y exterior*".

<sup>162</sup>García Llovet, op.cit., p.113, afirma que uno de los problemas concretos que afectan a la legitimidad constitucional de las Administraciones independientes es "la compatibilidad entre el sistema constitucional de fuentes y la atribución a estos entes de la potestad reglamentaria, así como a la exigencia institucional de un control jurisdiccional de los actos de estas AAI". El autor, op.cit., p.114, parece decantarse por la necesidad de atribuir cierta potestad reglamentaria como garantía de su independencia, aunque <<con las máximas cautelas>>. Quizá lo lógico sería atribuirles una potestad reglamentaria interna, al modo del Tribunal Constitucional. Sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes, vid. Parejo Alfonso, L., "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, cit., pp.635 ss., quien recuerda que el art.1.5 de la Ley 26/88 califica expresamente de normas las circulares del Banco de España sobre disciplina de las entidades de crédito. El autor añade, op.cit., p.651, que el poder normativo de las Universidades se justifica constitucionalmente en su autonomía.

Critica García Llovet asimismo, op.cit., pp.114-115, la STC 135/92 de 5-10, que reconoció la posibilidad de que el Banco de España posea potestad reglamentaria derivada pero sin una fundamentación firme. A nuestro modo de ver, el problema no radica tanto en la desconcentración de la potestad reglamentaria como en el hecho de que mediante la misma se instrumente la política monetaria que la Ley 13/94 ha atribuido al Banco de España. En todo caso, si se entiende que los reglamentos forman parte del Ordenamiento, no parece lógico que los dicte quien carece de legitimidad democrática.

Sobre la potestad reglamentaria de las agencias independientes en Estados Unidos, vid. Pomed, op.cit., p.128. Para el caso francés, op.cit., p.138, nos recuerda que la posición del Consejo Constitucional ha sido en este punto restrictiva.

En este punto, podríamos preguntarnos qué ocurre con las Universidades. Ya sabemos que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 160/91, ha entendido que las mismas ejercen funciones que podríamos denominar <<políticas>>. Sin embargo, en primer lugar, no se plantea problema alguno en relación con ellas, ya que, sean o no Administraciones independientes, se hallan constitucionalmente garantizadas. En segundo lugar, las mismas poseen un componente democrático y participativo que hace que no sean en este punto trasladables las objeciones que aquí se han efectuado a que las Administraciones independientes lleven a cabo funciones de carácter político. Ahora bien, dado el carácter fragmentario de su competencia, es difícilmente admisible que posean verdaderas facultades de dirección de la política educativa; muy al contrario, la que desarrollen se deberá insertar en la política educativa general formulada por el Estado y la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, Pomed, op.cit., pp.149-150, nota(109), considera que las

Debe tenerse en cuenta en este punto la reciente Ley 13/94 de 1-6, de autonomía del Banco de España. Nos centraremos su el análisis no sólo por tratarse de una norma reciente, sino también porque este Banco ejerce sus funciones en un ámbito especialmente cercano a lo político<sup>163</sup>. Podemos preguntarnos hasta qué punto la atribución de estas funciones puede entenderse o no compatible con el art.97 CE, así como con la exigencia de legitimidad democrática de los órganos que ejercen funciones de índole política<sup>164</sup>.

La Ley en cuestión confiere al Banco de España una función de concreción de objetivos que ella misma considera política; en este sentido, habla con toda claridad de que le corresponde la definición

---

Universidades no son propiamente Administraciones independientes, dada la consideración de derecho fundamental que a la autonomía universitaria reconoce el Tribunal Constitucional.

García Llovet, op.cit., pp.79 ss., se plantea "si es posible un tercer género de descentralización política de naturaleza no territorial, es decir, una descentralización funcional de naturaleza política o, al menos, no administrativa".

<sup>163</sup>Aunque en su art.1 no se le define expresamente como Administración independiente, el título de la ley es suficientemente expresivo; por otra parte, se dice en el mismo que <<actuará con autonomía respecto a la Administración del Estado>>.

<sup>164</sup>Fernández Rodríguez, T.R., "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", cit., 1994, p.434, afirma en todo caso que la visión de las Administraciones independientes desde la perspectiva del art.97 CE es insuficiente, ya que su legitimidad puede venir dada por otros preceptos constitucionales; en el caso del Banco de España, a su juicio la justificación constitucional de una cierta independencia vendría dada por el art.40 CE, que establece como un fin a perseguir por los poderes públicos mantener la estabilidad de la moneda -op.cit., p.433-. Esto es cierto, pero habría que ver hasta qué punto la nueva Ley 13/94 puede poner en peligro el mandato del art.97 CE -el trabajo de Fernández Rodríguez es anterior a la misma-. Vid.asimismo Sala Arquer, J.M., "El Estado neutral", cit., p.412, quien afirma que la salvaguarda del valor de la moneda podría en algún caso chocar contra los objetivos de la política gubernamental. No obstante, op.cit., pp.420 ss., afirma que se constitucionaliza la dirección gubernamental de la política, y no la autonomía del Banco de España; y concluye que ciertos preceptos constitucionales, como el art.40 CE, no exigen la existencia de las Administraciones independientes, pero sobre la base de los mismos éstas tampoco quedan constitucionalmente excluidas. En todo caso, el autor escribía antes de la Ley 13/94.

De cualquier modo, el Preámbulo de la ley afirma que la misma se dicta con la finalidad de integrar el Banco de España en el Sistema europeo de Bancos Centrales, aun cuando este sistema aún no ha sido creado. Es cierto que el Derecho Comunitario europeo prima sobre la CE, pero también lo es que en ese ámbito no existía normativa vinculante en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

Por lo menos, el interés legal del dinero se establecerá, de acuerdo con la Disposición Adicional Quinta -que ha dado una nueva redacción al art.1 de la Ley 24/84 de 29-6- por la Ley de Presupuestos: deja de depender, pues, del interés básico del Banco de España.



de la política monetaria, aunque deba apoyar la política general del Gobierno<sup>165</sup>.

Ello se corrobora si se tiene en cuenta que la Disposición Adicional Cuarta establece una nueva redacción para los arts.8 y 9 LGP, de manera que se ha sustraído al Gobierno la potestad de determinar las directrices de la política monetaria, y al Ministerio de Economía y Hacienda la posibilidad de dirigir la ejecución de esa política.

En todo caso, es de extraordinario interés para nuestro trabajo lo dispuesto en el art.2. El art.2.1 establece, en efecto, que los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de las funciones previstas en la Sección I y en el art.15 de la ley, así como las sanciones impuestas en aplicación de estas normas, ponen fin a la vía administrativa. Pues bien, la Sección I se refiere a la *política monetaria*. Y, dentro de la misma, se establece la

---

<sup>165</sup> Así, atribuye al Banco de España la función -art.7- de <<definir y ejecutar la política monetaria, con la finalidad principal de lograr la estabilidad de los precios>>; si bien añade que <<sin perjuicio de ese objetivo, la política monetaria apoyará la política económica general del Gobierno>>. Y el art.8 establece que <<el Banco de España formulará la política monetaria mediante el establecimiento, en su caso, de objetivos intermedios de crecimiento de las magnitudes monetarias o de tipos de interés, o por medio de la utilización de otros procedimientos que juzgue convenientes>>. El art.9.2 afirma que <<para alcanzar los objetivos de la política monetaria, el Banco de España podrá imponer a las entidades de crédito la inmovilización de fondos mediante el establecimiento de un coeficiente de caja...>>.

El art.7.3,d) le atribuye asimismo la función de <<determinar, en su caso, la cuantía total de la emisión de moneda metálica, así como efectuar su puesta en circulación y desempeñar, por cuenta del Estado, las demás funciones que se le encomienden respecto a ella>>.

Ya la ley 30/80 de 21-6, en su art.3, disponía que el Banco de España "...desarrollará en su vertiente interior y exterior la política monetaria de acuerdo con los objetivos generales fijados por el Gobierno, instrumentándola del modo que considere más adecuado para el cumplimiento de los fines a alcanzar".

Da la impresión de que la ley en cuestión asignaba la dirección de la política monetaria al Gobierno -García Llovet, op.cit., p.112, afirma, en relación con la ley de 1980, que "el Banco de España resulta de este modo copartícipe, al menos a nivel de ejecución, de la orientación de la política económica que fija el Gobierno..."-, pero la dirección administrativa de la ejecución de la misma correspondía al Banco de España. La nueva ley ha ido más allá.

La designación por el Gobierno de los órganos rectores del Banco -art.24- no coarta su autonomía funcional, sobre todo si se tiene en cuenta -art.25- su régimen de cese y renovación. Más aún, el art.2.1 establece que los actos dictados por el Banco en el ejercicio de sus funciones en materia de política monetaria ponen fin a la vía administrativa, lo que implica que no existe una relación de tutela por el Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Banco.

facultad del Banco de España de establecer el coeficiente de caja. Esto se podría quizá entender, dada su influencia sobre la política económica general, como un instrumento para el ejercicio de la función de dirección de la política monetaria, y de los más importantes. Difícilmente puede concebirse que los Tribunales pudieran sustituir el coeficiente de caja que establezca el Banco de España, a mayor abundamiento si se tiene en cuenta su dificultad. Por otra parte, en el art.15 se señala que el Banco determinará la cuantía total de billetes en circulación. Tampoco parece lógico que los Tribunales puedan sustituir esa cuantía. Lógicamente, podrían anular esas decisiones del Banco de España cuando, por hipótesis, tales determinaciones se revelaran carentes de fundamento bastante. Pero parece que el control judicial estará aquí limitado.

Nos da la impresión de que la Ley 13/94 ha querido calificar como administrativos esos actos, precisamente para posibilitar su enjuiciamiento por el orden contencioso-administrativo. El legislador parece partir de la base de que el orden judicial contencioso-administrativo no puede enjuiciar actos que no sean administrativos; por eso, califica como tales esta clase de actos. Otra interpretación sería la siguiente: no todos los actos a que se refiere el art.15 y la Sección I son meras resoluciones administrativas, sino sólo los del art.7.4 y los del art.7.5<sup>166</sup>. Pero, entonces, debería entenderse que los Tribunales contencioso-administrativos son competentes -a falta de otra vía más idónea- para enjuiciar actos jurídico-públicos de naturaleza no administrativa -es decir, los dictados en el ejercicio de las potestades que sobre la política monetaria tiene el

---

<sup>166</sup>Esta interpretación se corroboraría por el hecho de que el art.2.1 se refiere a los actos que ponen fin a la vía administrativa. Así, podría entenderse que su único sentido es excluir la tutela del Ministerio de Economía y Hacienda en relación con estas cuestiones.

Banco-<sup>167</sup>.

Hemos analizado someramente este reciente ejemplo precisamente porque pone de relieve los problemas que plantean estas agencias independientes cuando se les asignan funciones políticas. Si las mismas no son dirigidas por el Gobierno, y si sólo de un modo atenuado se controlan por el Legislativo, quedan huérfanas de la legitimidad democrática que pudiera haberlas habilitado para realizar funciones de índole política<sup>168</sup>. Esa falta de legitimidad se refuerza si se tiene en cuenta la falta de responsabilidad ante el electorado<sup>169</sup>.

Aun suponiendo que las normas reguladoras de esas Administraciones independientes establezcan formalmente la sumisión de su actuación a la dirección política del Gobierno, si en su régimen jurídico no existen cauces que la aseguren difícilmente podrá darse valor alguno a este tipo de declaraciones formales.

En suma, si realmente funcionan de modo independiente, no podrá admitirse que realicen funciones de dirección política. Se impone así en estos casos un control judicial lo más exhaustivo posible de estas Administraciones, para contrarrestar en la medida en que se

---

<sup>167</sup> Los Bancos pueden tener un interés en que se anule un determinado coeficiente de caja; ese interés legítimo no puede, de ningún modo, quedar desprotegido.

De hecho, el art. 2.3 de la Ley establece que «la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos contra actos no susceptibles de recurso administrativo dictados por el Banco de España y contra las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España». Estos actos son los de la Sección I y el art. 15 de la Ley.

Mestre Delgado, J.F., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, cit., p. 157, afirmaba, estando vigente la Ley de 1980, que las funciones del Banco de España vinculadas a la ordenación de la política económica general no son susceptibles de control pleno; y añade que podría sostenerse que la fijación de objetivos de política monetaria general quizá debería entenderse excluida del control judicial.

<sup>168</sup> García Llovet, op. cit., p. 64, contrapone así estas agencias a las Administraciones autónomas por decisión constitucional, dada su legitimidad democrática.

<sup>169</sup> Es evidente que el Gobierno no es jurídicamente responsable de sus actos, por otra parte.

pueda su importante déficit de legitimidad.

La legitimidad constitucional de las Administraciones independientes debe partir de la necesidad de neutralizar políticamente sectores especialmente sensibles, de modo que los mismos queden ajenos a la dirección política del Gobierno. Si de esto se trata, es evidente que estos entes no podrán desarrollar funciones de índole política, sobre todo si se tiene en cuenta su composición eminentemente burocrática. Si se trata en cierta medida de sustraer -aunque no de modo total- los órganos directivos de estas entidades del sistema de la confianza política, es evidente que quiebra una condición necesaria para que las mismas lleven consigo actividades de gestión política: la legitimidad democrática.

## CAPÍTULO IV. LA POTESTAD ORGANIZATORIA

No debe perderse de vista la importancia que tiene hoy la temática de la potestad organizatoria de la Administración, ya que la adopción de formas jurídico privadas constituye una vía de escape del Derecho Administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1</sup>. La razón por la que la estudiamos radica en que, si bien la potestad organizatoria recae primariamente sobre el sujeto que la ejercita, los actos dimanantes de su ejercicio pueden afectar a situaciones de otras personas que merecen defensa en vía jurisdiccional.

Este es uno de los campos en que suele reconocerse con mayor fuerza la existencia de límites al control judicial, paralelamente a una mayor libertad de la Administración<sup>2</sup>. Así, en muchas sentencias suele afirmarse que esta potestad consiste en la facultad que la Administración tiene para organizar sus servicios *del modo que*

---

<sup>1</sup>Véase lo que más arriba decíamos acerca de la denominada discrecionalidad de gestión. Puede consultarse asimismo Pomed, op.cit., pp.150 ss., donde se refiere a la progresiva huida del Derecho Administrativo que supusieron primero el art.5 de la LEEA, y, con posterioridad, el art.6 de la Ley General Presupuestaria, en especial su número 5, así como el art.4.1 -que distingue entre organismos autónomos administrativos de los de carácter comercial, industrial, financiero y análogos-. También resalta -op.cit., p.154- que el papel del art.6.5 LGP es semejante al art.5 LEEA.

García Llovet, op.cit., pp.95-96, se refiere al fenómeno de las Administraciones independientes desde el punto de vista de la huida al derecho privado de las Administraciones Públicas. Vid.asimismo Pomed, op.cit., p.118 y p.153. Piénsese en el ejemplo del Banco de España, o en el art.14.3 de la Ley del mercado de valores, que sujeta al Derecho privado la contratación y el régimen de adquisición de bienes de la Comisión Nacional, y al Derecho laboral el régimen de su personal.

Puede asimismo verse Ortega Alvarez, "El reto dogmático...", cit., pp.12 ss.

Parejo Alfonso, "La potestad normativa...", cit., p.650, afirma que la huida al Derecho privado no se puede justificar en la potestad organizatoria, al menos cuando aquélla es suficientemente significativa.

<sup>2</sup>Así, Pérez Olea, en "La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial", cit., pp.67-68.

De Vicente Domingo, R., en "Organización de las instituciones y de la Administración Pública de la Generalidad Valenciana. Control judicial de su potestad organizatoria", cit., p.12, afirma que esta potestad "pasa por ser la más discrecional de las que cuenta la Administración.... Discrecionalidad que, sin embargo, hay que ir desmitificando a la vista de la evolución del control judicial, cada vez más pleno e intenso".

*estime más conveniente para el interés público*<sup>3</sup>.

Desde nuestro punto de vista, en estas palabras se halla el germen de la destrucción de esa supuesta discrecionalidad: si debe organizar sus servicios del modo que le parezca más conveniente, resulta que todo se reduce a un juicio sobre esa conveniencia; juicio que será perfectamente fiscalizable por los Tribunales. Estos sólo podrán, en su caso, reconocer a la Administración un cierto margen cognoscitivo de apreciación -en la medida en que no le corresponda la carga de la prueba-, precisamente porque ella misma es quien mejor puede conocer, en principio, lo que sea más conveniente para esa mejor organización de sus servicios.

De Vicente Domingo<sup>4</sup> afirma que la jurisprudencia se ha decantado habitualmente por "un control mínimo basado en los vicios de desviación de poder, la vulneración de las reglas legales sustantivas, más concretamente, los elementos reglados del acto

---

<sup>3</sup>Así, SSTs de 25-10-65 o de 23-4-66.

Por su parte, Alvarez Rico, M., en "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria de la Administración", en DA, nº 174, 1977, p.71, nos recuerda que nuestra jurisprudencia "ha tenido hasta ahora, en términos generales, un temor reverencial hacia la potestad organizatoria, a la que califica de consustancial a la propia naturaleza de la Administración (sentencia de 10-9-86), <<soberana>> (sentencia de 12-11-58) e <<ilimitada>> (sentencia de 22-10-65)... Seguramente la jurisprudencia pretende en estos casos destacar enfáticamente el carácter discrecional de la potestad organizatoria, cuyos límites corresponde señalar a la propia jurisprudencia (sentencias de 13-10-59, 22-10-65 y 15-2-64)". En relación con esta última cuestión, hemos de decir que si bien son los jueces los que en último término reconocen si en un acto debe o no reconocerse discrecionalidad, ello es algo que debe depender de la naturaleza objetiva de aquél.

<sup>4</sup>"Organización de las instituciones y de la Administración Pública de la Generalidad Valenciana", cit., p.15. Al respecto, op.cit., p.16, señala que "hasta qué punto pueden penetrar sobre estos aspectos los principios generales del Derecho es el reto que tiene por delante el control jurídico de la potestad organizatoria". El autor hace hincapié en el carácter excesivamente subjetivo de la desviación de poder. Por su parte, Alvarez Rico, "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria", op.cit., p.84, se refiere a la escasa operatividad de la figura en este ámbito.

La STS de 23-6-93 (A.4650), que De Vicente comenta, op.cit., pp.17 ss., hace hincapié en la necesidad de que las competencias se ejerzan dentro de los límites la norma legal de atribución. Por esta razón, la sentencia anuló una sanción impuesta a un médico del Instituto social de la marina, impuesta por el Director provincial de dicho Instituto por no haber acatado la orden sobre cambio de horarios y del ente al que debía prestar servicios.

La STS de 30-6-93 (A.4439) afirma que la potestad de autoorganización debe ejercitarse dentro de los límites de la norma de atribución y que no puede contradecir la ley.

organizativo; la competencia, el procedimiento, etc". Es evidente que el uso de estos instrumentos de control es netamente insuficiente: ni siquiera se hace hincapié en el respeto a los principios de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad<sup>5</sup>.

El autor<sup>6</sup>, por otra parte, pone de relieve que la jurisprudencia es proclive a enjuiciar el ejercicio de la potestad organizatoria únicamente desde el punto de vista de los derechos adquiridos de los funcionarios. Pero, además, y con base en el carácter estatutario de la relación funcional, el TS limita en gran medida lo que deban considerarse como tales<sup>7</sup>. De este modo, se combinan el carácter

---

<sup>5</sup>El mismo De Vicente, "Organización...", op.cit., p.22, afirma la insuficiencia de los parámetros de control tradicionales, ya que no permiten apreciar la racionalidad o la eficacia de la gestión.

Por otra parte, debe convenirse, con Alvarez Rico, M., "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria de la Administración", op.cit., p.69 y p.72, en que el más importante de los controles externos de la potestad de autoorganización es el judicial -el autor escribía antes de la CE-. En todo caso, op.cit., p.94 el autor subraya la importancia de otros controles. A los mismos se refiere también en "El control judicial de la potestad organizatoria de la Administración", en DA, n.º161, 1976, pp.92 ss.

Tras la Constitución se puede afirmar esto con mayor razón todavía: debe tenerse en cuenta que la Administración, por su posición de servicio a los intereses generales, no adopta una posición imparcial.

<sup>6</sup>Op.cit., p.21 ss. En el mismo sentido, Alvarez Rico, en "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria", cit., p.82.

<sup>7</sup>Por otra parte, apunta con acierto Alvarez Rico, op.cit., p.78 y pp.91-92, que esta limitación del control al respeto de los derechos adquiridos encierra una trampa, ya que, al existir muchos puestos de libre designación, llegado un momento de la carrera del funcionario ya no puede hablarse de derechos adquiridos propiamente dichos. *Mutatis mutandis*, el tratamiento jurisprudencial es en estos supuestos semejante al de los derechos adquiridos en materia urbanística, inanes frente al carácter estatutario que a la propiedad del suelo confería el art.76 del TRLS de 1976.

Con acierto, resalta el autor citado, op.cit., pp.91 ss, que los derechos adquiridos sólo limitadamente pueden servir como elemento de control de la potestad organizatoria. Así, considera que los mismos deben ser simplemente un límite mínimo; y afirma que deben también tenerse en cuenta las cuestiones referentes a sus expectativas profesionales y a la existencia de derechos en curso de adquisición.

La STS de 30-7-86(A.6916) parece decir que el ejercicio de la potestad organizatoria posibilita la afectación de situaciones jurídicas de los particulares -lo que la sentencia llama <<derechos adquiridos>>- con el solo límite de la norma. La STC 293/93 de 18-10 afirma que, en virtud de la potestad organizatoria y reglamentaria, la Administración puede suprimir puestos de trabajo, crear otros nuevos y asignarlos provisionalmente a funcionarios distintos de los que ocupaban aquéllos, aunque con ello disminuya su complemento específico.

De Vicente, op.cit., p.21, afirma que la jurisprudencia solamente tiene presentes "los derechos adquiridos que se cifran en las retribuciones consolidadas y en la categoría profesional". No obstante, la STS de 28-11-88 (A.9217) parece entender dentro de ellos asimismo el derecho al cargo, ya que estima un recurso

reglamentario que la jurisprudencia suele atribuir a casi todas las manifestaciones del ejercicio de la potestad organizatoria con el carácter estatutario de la relación funcional<sup>8</sup>.

En relación con la utilización de los principios generales del Derecho, existen dos series de principios que aquí nos interesan. De una parte, los de aplicación general a todos los poderes públicos, tales como la interdicción de la arbitrariedad, la racionalidad, la

---

contencioso-administrativo presentado contra un acuerdo de reorganización de los servicios psiquiátricos por cuanto había lesionado el derecho del director del hospital hasta entonces existente a permanecer en su puesto como responsable de la dirección técnica. En todo caso, quizá sobre este avanzado pronunciamiento pesó la incompetencia de la Diputación.

Cita en este sentido la STS de 8-5-81(A.1880), donde se afirma que "...frente a este poder organizatorio de la Administración no puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero que no cabe alegar cuando entran de lleno en la potestas variandi de la Administración, reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcional es el resultado de un acto-condición, por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un status legal y reglamentario sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración que puede alterar así su situación anterior....".

<sup>8</sup>Cuando se trata de normas legales, este tratamiento jurisprudencial puede tener una cierta explicación -aunque, en todo caso, debería tenerse en cuenta la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado legislador; posibilidad no obstante coartada en gran medida por el art.139.3 LPC-. En cuanto a los reglamentos, Boquera Oliver, *Derecho administrativo*, cit., pp.299-300, afirma que "la Administración también puede alterar los reglamentos de organización cambiando la situación orgánica de los funcionarios públicos, pero no puede modificar sin indemnización aquellos reglamentos que establecen o configuran derechos personales de los funcionarios".

Alvarez Rico, op.cit., p.78, conecta acertadamente el tema de los derechos adquiridos de los funcionarios con la legitimación. Si erróneamente se entiende, como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo, que el único límite a la discrecionalidad de la potestad organizatoria son los derechos adquiridos, entonces nos podemos preguntar qué interés podría tener el particular con la anulación del acto organizatorio cuando todavía carece de tales derechos. Por su parte, García de Enterría, "La interdicción....", cit., p.143, afirma que la jurisdicción de agravios solía entender que las medidas organizatorias de servicios públicos no podían discutirse desde situaciones jurídicas individuales.

La relación entre el carácter reglamentario de ciertas manifestaciones del ejercicio de la potestad organizatoria y los derechos adquiridos como límite de la misma se manifiesta asimismo en la STS de 22-10-65, donde se afirmó que el decreto de reorganización de una Dirección General, por el que se suprimía la Inspección general de farmacia y se sustituía por la Subdirección general "constituye una típica disposición de carácter general, mediante la cual la Administración central ejerce la facultad que siempre tuvo, sin otro límite que el respeto a los derechos adquiridos....".



proporcionalidad o la razonabilidad<sup>9</sup>. De otra parte, existen otros, como la eficacia o la eficiencia, de carácter institucional, propios de la Administración en cuanto tal. Ambos tipos de principios se aplican a la actividad organizatoria de la Administración Pública.

Es más, existen principios institucionales que son inherentes precisamente a esta actividad organizatoria, que son los de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Creemos que son principios generales institucionales porque constituyen pautas generales a que debe responder la estructura administrativa<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Ha resaltado Alvarez Rico, "Control jurisdiccional...", op.cit., p.89, que, si bien la utilización de estos principios había sido escasa hasta este momento, "cabe destacar como técnica de control de la potestad organizatoria de la Administración por parte de los Tribunales contencioso-administrativos los principios de interdicción de la arbitrariedad, de racionalidad, de proporcionalidad de medios a fines, naturaleza de las instituciones, así como los principios de buena administración y de recta interpretación del interés general". Asimismo, el autor cita el principio de igualdad.

Vid. también Sáinz Moreno, op.cit., p.350.

<sup>10</sup>Alvarez Rico, en "Control jurisdiccional...", cit., pp.85 ss., resaltaba la imposibilidad de formar una lista de principios autónomos de la organización, y consideraba que los mismos deben conectarse con los principios generales del Derecho. Desde nuestro punto de vista, se les puede considerar como principios institucionales.

La consagración constitucional de los mismos hace ineludible su alusión a ellos, si bien es cierto que es difícil su articulación práctica en un supuesto concreto como instrumento de la fiscalización jurisdiccional. En todo caso, algunos se han manifestado operativos: por ejemplo, el principio de descentralización, en tanto que manifestación del principio de autonomía constitucional de ciertos entes. Sin embargo, debe hacerse notar que este mismo principio, cuando no constituye manifestación del último citado -es decir, cuando responde simplemente a supuestas exigencias de la eficacia administrativa- tiene una eficacia mucho menor, o prácticamente nula, como instrumento de control. De hecho, no conocemos ninguna sentencia donde se haya estimado un recurso como consecuencia de esta manifestación del principio que nos ocupa.

Por lo que respecta a la eficiencia y a la eficacia, desde nuestro punto de vista se trata de principios que exceden del ámbito organizativo, pese a que la Constitución enumera el segundo de ellos junto a los principios de la organización administrativa. De cualquier modo, si la eficacia administrativa se ha proyectado tradicionalmente sobre todo en el ámbito interno, ya es hora de que la misma sirva también como argumento a favor de los recurrentes y no sólo para confirmar actos administrativos bajo su manto. Otra cosa es que la Administración posea una visión de conjunto sobre sus servicios que la coloque en mejor posición que el recurrente para saber qué es lo más conveniente. Pero esto no puede obstar a un enjuiciamiento de esa conveniencia, sino, a lo sumo, podría justificar el reconocimiento de un margen cognoscitivo de apreciación.

Y, en cuanto a la jerarquía, plantea problemas en relación con las Administraciones independientes; no obstante, el principio de descentralización juega en sentido opuesto. No parece viable, en efecto, que la constitucionalidad de las Administraciones independientes se cuestione desde perspectivas organizativas, sino más bien desde la de las facultades que la Constitución atribuye al Gobierno

Resulta significativa la STS de 30-9-93 (A.6563)<sup>11</sup>. Se trataba de la impugnación del decreto regulador de la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia de Cantabria. Aunque se desestimó el recurso, la argumentación utilizada nos parece significativa del progreso que nuestras Salas van haciendo en el control de estas cuestiones -y ello, en un caso en que afloraba el carácter reglamentario que la jurisprudencia suele reconocer a este tipo de actos-.

En este caso, el funcionario había ocupado una Jefatura de servicio que resultó suprimida por el citado Decreto de reestructuración.

La sentencia parte de la base de que el ejercicio de la potestad organizatoria tiene matices discrecionales, que no son totalmente fiscalizables por los Tribunales en cuanto que vienen referidos a la conveniencia y oportunidad, aunque no da ninguna explicación para ello<sup>12</sup>. No obstante, mantiene un criterio

---

y, sobre todo, en relación con el déficit democrático de aquéllas, que pone seriamente en cuestión que puedan marcar líneas directrices de ciertos sectores de la política.

Una panorámica de esos principios puede verse en García Llovet, op.cit., pp.75 ss.

En todo caso, podría dudarse de la naturaleza de algunos de ellos como principios generales del Derecho, desde el momento en que difícilmente tendrían vigencia de no estar consagrados de modo expreso en la Constitución. Considera la eficacia como un «principio general administrativo» Parejo Alfonso, "La eficacia, principio...", cit., p.105.

<sup>11</sup>Vid. también la STS de 6-7-59, referente a algo tan «interno» como es el número de plazas de veterinarios titulares en un partido veterinario.

<sup>12</sup>"SÉPTIMO: Valga para contrarrestar las objeciones vertidas sobre la conveniencia de emprender la nueva estructura orgánica de la Consejería, y de hacerlo de la forma empleada y no de otra, la doctrina conocida acerca de la potestad autoorganizativa de la Administración. *Ello no equivale a arbitrariedad, ni a exención del control a que jurisdiccionalmente están sometidos los actos en que se manifiesta esta potestad, no sólo por virtud de la cláusula general de sumisión de los actos administrativos a la ley y al Derecho, sino por la posibilidad de distinguir elementos reglados en todo acto de decisión. Ahora bien, el porqué último del designio administrativo escapa al control de los Tribunales, una vez presupuesta la legalidad de los actos..., pues consiste en la elección entre diversas opciones que se representan, basada en criterios de oportunidad, que se hacen particularmente ostensibles en materia de organización de las instituciones públicas y de entramado funcional del que se dotan*".

La sentencia también resalta que el recurrente había aducido desviación de poder oculta bajo la reorganización, que a su juicio resultaba inoportuna.

progresista -al menos,relativamente-, en la medida en que se refiere,aunque de modo incidental,al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>13</sup>.

## I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN

Para indagar si esa postura restrictiva en la fiscalización judicial de la potestad organizatoria es o no correcta,es preciso preguntarnos acerca de su naturaleza jurídica<sup>14</sup>.

Fernández Rodríguez<sup>15</sup> recuerda que suele afirmarse la

---

<sup>13</sup>Sin embargo,inmediatamente después se manifiesta tímida,ya que hace más hincapié en el control por los elementos reglados que en la fiscalización a través de los principios generales,pese a que los menciona.

También la STS de 10-10-87(A.8334) apela a los principios generales del Derecho, y concretamente a la racionalidad y la interdicción de la arbitrariedad. No obstante la importancia de principio que tiene esta declaración,debe tenerse en cuenta que en este caso lo impugnado era una concreta orden dada a un jefe de servicio de un hospital.No se trataba,pues,de una de esas manifestaciones del ejercicio de la potestad organizatoria a las que la jurisprudencia suele atribuir carácter reglamentario.

Por su parte,la sentencia de 9-11-78(A.4040)realizó un examen de la existencia de los hechos determinantes,al decir que"ejercido el control de los hechos que configuran el supuesto de autos,nada se aprecia que delate la existencia de una de las posibles causas que,excepcionalmente,pudieran determinar la no clausura del Juzgado anteriormente(al no estar vacante el puesto de juez,o haber aspirantes que lo hayan solicitado),ni en el proceso se demuestra el cambio de situación en este partido de tal envergadura que haga pensar en la necesidad imperiosa de mantener en él al Juzgado,ni mucho menos que la medida de clausura,empezando por el propio Decreto de 1965,pueda obedecer a un acto arbitrario manifiesto, o de desviación de poder...".

La sentencia es loable en tanto en cuanto sí se refiere a la posible concurrencia de<<arbitrariedad manifiesta>>. Seguramente se trate de algo insuficiente,pero significativo teniendo en cuenta la fecha de la sentencia y la materia de que versaba.

Alvarez Rico, "Control jurisdiccional...",op.cit., pp.92 ss., alude al control de los hechos determinantes.En este punto,ocupa un lugar destacado,tanto por su temprana fecha como por lo avanzado de su doctrina,la conocida sentencia de 6-7-59,sobre el número de plazas de veterinarios titulares de una localidad. Asimismo, hace referencia el autor citado a la aplicación en este ámbito de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso,debe resaltarse que,en esta materia,hay uno de gran importancia,cual es el de las necesidades o conveniencias del servicio.La cuestión conecta con la de la contraposición entre la legalidad y la oportunidad,por lo que nos remitimos a lo dicho en ese epígrafe.

De Vicente, op.cit.,pp.25 ss., se ha referido también a la necesidad de motivar las decisiones organizativas como instrumento de control de las mismas.

<sup>14</sup>Su importancia se ha resaltado por Alvarez Rico,en "El control jurisdiccional de la potestad organizatoria...",cit.,pp.71-72.

<sup>15</sup>Arbitrariedad...,cit.,pp.82 ss.Cita en este sentido la STS de 10-10-87 (A.8334), donde se afirma que la potestad organizatoria tiene como único límite las normas de superior rango;y que el orden contencioso-administrativo no puede

discrecionalidad en la potestad organizatoria. Sin embargo, esta nota no constituye algo definitorio de su naturaleza, ya que la discrecionalidad no es un tipo de potestad, sino una característica que acompaña al ejercicio de ciertos tipos de potestades debido a la especial configuración de éstas.

Boquera Oliver<sup>16</sup> distingue entre el poder administrativo y el poder de autoorganización, según los efectos jurídicos recaigan sobre terceras personas -aun cuando estén integradas en la organización administrativa, y en su condición precisamente de integrantes de aquélla- o bien sobre el propio sujeto que ejercita la potestad. En cualquier caso, en otro lugar, el autor<sup>17</sup> afirma que "los efectos del

---

sino confrontar el acto con el Ordenamiento, sin que le sea dado revisar la apreciación y valoración de los criterios de oportunidad y conveniencia en que se basa la decisión. En todo caso, la sentencia apela a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Surge de nuevo en esta sentencia esa evanescente distinción entre legalidad y oportunidad, entre -supuestamente- lo que es jurídico y lo que no lo es por responder a criterios de simple conveniencia. Por supuesto, antes de efectuar estas especiosas afirmaciones, conviene delimitar en cada caso el ámbito de lo jurídico, precisamente.

Vid. también Alvarez Rico, op.cit., p.82.

<sup>16</sup>*Derecho Administrativo*, cit., p.261. Vid. asimismo Barra, R.C., "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial", cit., p.2242, quien afirma que los actos interorgánicos e interadministrativos en ciertos casos no son judicialmente fiscalizables por no afectar a terceras personas.

De este modo, para Boquera, el ejercicio de la potestad de autoorganización, entendida en sentido estricto, no constituiría una modalidad del poder administrativo, sino de un poder diferente.

<sup>17</sup>"Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", cit., p.10, donde añade que las llamadas relaciones especiales de sujeción no se rigen por reglamentos organizativos sino por verdaderos reglamentos, manifestaciones del poder administrativo y no del poder de organización. Este autor cita la STC 18/82 de 4-5, para la que los reglamentos organizativos no pueden crear derechos y obligaciones básicos con carácter general sino todo lo más regular las relaciones entre Administración y administrados a efectos de integrar a éstos en aquélla.

Ortega Alvarez, L., "Los órganos administrativos", en *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, cit., p.81, diferencia la potestad reglamentaria de la organizatoria precisamente por el dato de que esta última no puede ampliar el catálogo de derechos y deberes de los funcionarios. Esta opinión, por otra parte, corrobora la de que las potestades ordinamentales siempre añaden algo.

De acuerdo con González-Varas, op.cit., p.178, en el Derecho alemán una medida de traslado de un funcionario a otro lugar constituiría un acto administrativo, mientras que el desplazamiento dentro de la misma autoridad se consideraría simplemente una medida organizatoria. El autor, op.cit., p.181, cita a Maunz y Herzog, para quienes lo relevante es la existencia o no de lesión jurídica.

poder de organización recaen sobre quien lo ejercita. Afecta a la estructura, aunque también la organización puede repercutir sobre los terceros".

No obstante, el Tribunal Supremo parece sostener un concepto más amplio de potestad organizatoria. Así, la STS de 24-6-86 (A.3777), parece entender que el traslado de un funcionario de la Policía de una comisaría a otra dentro de la misma ciudad entra en la misma<sup>18</sup>.

Démos cuenta, por otra parte, de que la mayoría de las sentencias que hemos citado sobre la potestad organizatoria en que la Administración modifica la situación jurídica de los funcionarios versan sobre supuestos de ejercicio de la potestad reglamentaria. Además, como veremos, la jurisprudencia es proclive a identificar casi todos los supuestos de ejercicio de la potestad organizatoria con manifestaciones de aquélla<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup>La sentencia afirmó que el acto administrativo había incurrido en desviación de poder por cuanto su objeto no fue reforzar los efectivos de la Comisaría donde el recurrente había sido trasladado. En cualquier caso, esto no es demasiado significativo en relación con lo que aquí nos ocupa; por otro lado, el TS no tuvo ningún reparo en fiscalizar de modo completo la apreciación de los hechos determinantes, sin atisbo alguno de menciones referentes a la discrecionalidad.

<sup>19</sup>En efecto, ha resaltado de Vicente Domingo "Organización....", cit., pp.18-19, que pese al carácter singular de muchos actos organizativos, el TS suele considerar que los mismos tienen carácter reglamentario, probablemente dada su vocación de permanencia, por lo que se les aplican las técnicas del control de los reglamentos. El autor cita las STS de 9-11-78 (A.4040) y la de 14-5-91 (A.6692).

En la primera de ellas, se planteó la legalidad de la supresión de determinado Juzgado de primera instancia, efectuada por Orden Ministerial, dictada en aplicación de un Decreto de 11-11-65. Respecto de éste, la sentencia afirmó que "la condición de disposición de carácter general del mencionado Decreto de 11-11-65 no debe ponerse en duda, a pesar de que en aquél se contengan preceptos tan específicos y concretos como la supresión o creación de determinados juzgados, pues ya existe una reiterada jurisprudencia que considera como tales disposiciones aquellas que tienen por objeto la organización de un servicio del Estado, o de un servicio público, como se proclama en las de 29-1-34 (R.1171) (servicio de correos), 7-2-36 (A.425) (creación del monopolio de petróleos), 8-6, 27-4 y 6-11-56 (modificación de partidos veterinarios), 22-10-65 (reorganización de la Dirección General de sanidad), etc".

El Decreto en cuestión mencionaba los juzgados que sucesivamente deberían extinguirse si se producían una serie de circunstancias. Es dudoso su carácter reglamentario si el reglamento se define por su generalidad, ya que se refería a juzgados concretos.

Por su parte, la de 14-5-91 (A.6692) se refería a una resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública en la que integraba en los Cuerpos generales administrativo, auxiliar y subalterno de la Administración del

Desde nuestro punto de vista, pueden añadirse algunas explicaciones a esta identificación entre las manifestaciones del ejercicio de la potestad organizatoria y la reglamentaria. En primer lugar, los límites entre el reglamento y el acto administrativo son difusos, ya que es difícil establecer la diferencia entre lo general y lo particular, y aun entre lo permanente y lo consuntivo, según el criterio que se adopte. Esto ocurre también en otros campos, pero quizá en el que ahora nos ocupa sea más visible<sup>20</sup>. En segundo lugar, es posible que estemos ante un lastre histórico, arrastrado desde el sistema de Santamaría de Paredes, donde se consideraban

---

Estado a funcionarios pertenecientes a plazas no escalafonadas. La sentencia afirmó que el Real Decreto donde se establecía qué plazas podrían integrarse constituía una disposición de carácter general, por lo que cabía el recurso indirecto contra la misma. Se basó el Tribunal Supremo en que "a pesar de que en el Real Decreto se contiene la relación concreta de las plazas cuyos titulares debían ser integrados, también lo componen otras normas sobre las actuaciones a realizar por la Administración, que le dan un contenido normativo que excede de aquella relación y además porque en todo caso fue aquella la que le dio un tratamiento reglamentario, puesto que a diferencia de los actos administrativos con destinatario múltiple no se indicaron los recursos que procederían contra el mismo....".

La sentencia así usa argumento distinto del basado en el carácter organizativo del decreto en cuestión.

En este supuesto, la sentencia tuvo la loable finalidad de no vedar el recurso indirecto contra reglamentos. Sin embargo, no creemos que tal Real Decreto tuviera carácter general, ya que se refería nominalmente a las plazas integrables. Lo que ocurre es que el mismo no agotaba sus efectos en sí mismo, en la medida en que hacía falta una resolución que lo hiciera efectivo según los funcionarios que las ocupaban reunieran o no los requisitos suficientes. En todo caso, decir que esto otorgaba al Decreto en cuestión carácter permanente y no consuntivo quizá sea exagerado. Más bien habría que tender a interpretar analógicamente el art. 39 LJ cuando trata del recurso indirecto contra reglamentos, para extenderlo a todos los actos que no agoten sus efectos en sí mismos, si se considera que el rasgo que identifica al reglamento es la generalidad.

De Vicente, loc. cit., cita también una sentencia del TSJ de la Comunidad valenciana de 15-10-93, donde se anuló una convocatoria para la provisión de puestos de trabajo por haber incumplido los requisitos de publicidad revistos en el art. 132 LPA. Pero vid. el art. 59.5 LPC.

También cita la STS de 21-7-93, del mismo TSJ, donde se anuló una orden de reorganización de los servicios psicopedagógicos escolares y la convocatoria de un concurso de méritos porque no se había cumplido lo dispuesto en el art. 130.4 LPA. Desde nuestro punto de vista, en el primer supuesto estamos ante un caso límite. En efecto, no parece haber problemas para considerar esa orden de reorganización como una norma reglamentaria, ya que, aunque afectara a órganos administrativos concretos, tenía efectos hacia el futuro. Sin embargo, todo depende, en primer lugar, del criterio que se siga para la distinción entre reglamentos y actos administrativos, y en segundo lugar, aun aceptando el criterio de la consunción, habría que preguntarse si la extinción de un órgano es susceptible de múltiples actos aplicativos. Creemos que no, pero sí lo es la creación de otro.

<sup>20</sup>Piénsese en la discutida naturaleza de las convocatorias de oposiciones.

discrecionales por naturaleza las disposiciones referentes a la organización de los servicios.

Por otra parte, señala Alvarez Rico<sup>21</sup> que debe deslindarse "el campo de la acción política que ha de atribuirse al Gobierno en esta materia y la zona acotada para el libre desenvolvimiento de la potestad organizatoria, entendida como <<conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar estructuras>>"; si bien afirma asimismo<sup>22</sup> que la distinción es difícil y que "nuestra jurisprudencia intuye, más que define, estos diferentes planos"<sup>23</sup>.

Desde nuestro punto de vista, debe distinguirse en primer lugar entre lo que son normas reglamentarias y lo que no lo son. En segundo lugar debe diferenciarse entre lo que es el nivel de elección política de un modelo organizativo -si es que este ámbito puede extenderse a un nivel de concreción inferior al legislativo- de lo que es concreción y desarrollo de ese modelo a efectos de lograr la mayor eficacia y eficiencia.

Pero es difícil decir que la actividad organizatoria sea de índole <<política>>. En efecto, debe recordarse que el matiz diferencial de lo político radica en la prosecución de los fines temporales de las instituciones. Parece difícil entender que, mediante

---

<sup>21</sup>El autor, op.cit., p.74, resalta que "a la Administración le queda, en todo caso, un gran espacio libre para su actuación en materia organizativa, unas veces en base a una delegación legal y otras como expresión de una facultad existente dentro de la propia Administración, autónoma e independiente". Con esto último, parece referirse a los poderes implícitos. Queda en todo caso claro que la creación, regulación y coordinación de órganos debe hacerse previa habilitación legal, de acuerdo con el art.103.2 CE.

Afirma, op.cit., p.73, que "la naturaleza de las normas organizatorias no es homogénea". Así, señala que debe distinguirse según estemos en el nivel constitucional, legal y reglamentario.

<sup>22</sup>Op.cit., p.74.

<sup>23</sup>Para Sáinz Moreno, F., "El control judicial de la fijación de coeficientes multiplicadores en el sistema retributivo de la función pública", cit., p.206, el poder organizatorio y el estatutario constituyen una derivación del poder político.

el ejercicio de la potestad organizatoria, se persigan tales fines<sup>24</sup>. Es cierto que el Tribunal Constitucional parece haberlo admitido implícitamente en la sentencia 60/86 de 20-5, en la que entendió que el hecho de que un Gobierno hubiera ganado, por primera vez, unas elecciones generales y además por mayoría absoluta, le legitimaba para modificar por decreto-ley ciertos aspectos de la estructura administrativa a fin de adecuar ésta a su programa de gobierno<sup>25</sup>. Sólo en casos muy concretos -como la creación y supresión de Ministerios, claramente política y que no se halla reservada a la ley por razones de eficacia<sup>26</sup>- sería plausible hablar de decisión organizativa política. Pero la creación de un Ministerio en cierto sentido podría entenderse como un acto reglamentario.

No obstante, más importancia tiene el ámbito de organización de los entes dotados de autonomía constitucionalmente reconocida y carentes de potestad legislativa: en ellos, la autoorganización,

---

<sup>24</sup>El mismo Alvarez Rico, op.cit., p.74, afirma que "la estructura orgánica no es un fin en sí misma, sino que habrá de estar en función de los fines que constitucionalmente se encomiendan a la Administración". Asimismo, op.cit., p.89, el autor comentaba la incidencia del art.40 de la LOE sobre estas cuestiones.

En la sentencia de 20-6-67(A.2856) se afirma que la potestad organizatoria, en relación con la organización y retribuciones de los Cuerpos de funcionarios, tiene un importante matiz político en la medida en que no sólo cuenta la preparación técnica de aquéllos sino también la situación y conveniencias de la Hacienda Pública; pero sin que deba olvidarse la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de la potestad organizatoria, no vulnere lo dispuesto en la ley. Alvarez Rico, loc.cit., al comentar esta sentencia, afirma que, en la misma, "la línea divisoria entre lo político y lo administrativo se traza asignando a las leyes la fijación de las líneas maestras en materia organizativa y a normas emanadas de la Administración el desarrollo y concreción de esas directrices en el marco fijado por las leyes". El autor critica que el único límite al que el TS se refiera sea éste. La sentencia, referente a la fijación del coeficiente multiplicador de un Cuerpo de funcionarios al amparo de la Ley de bases de 20-7-63, parece establecer una conexión entre la discrecionalidad en la potestad organizatoria y la de carácter político, al menos en lo que respecta a las líneas más generales de aquélla.

Creemos que, en la medida en que las leyes trazan el modelo organizativo básico, agotan lo que constituye en síntesis la decisión política en materia organizativa. Todo lo demás entrará dentro de lo administrativo. Sin embargo, esta idea debe matizarse en el caso de los entes dotados de autonomía constitucionalmente reconocida y carentes de potestad legislativa.

<sup>25</sup>El TC identifica en esta sentencia la ordenación de las instituciones básicas del Estado con el ámbito de la reserva de ley.

<sup>26</sup>Desde nuestro punto de vista; a juicio del TC por no hallarse incluido en el ámbito del ordenamiento de las instituciones básicas del Estado.



manifestación primaria de esa autonomía, no puede ejercerse mediante leyes, pero se trata en buena medida de un ámbito propio respecto del cual la fiscalización jurisdiccional se halla estructuralmente limitada.

En conclusión, cuando la potestad organizatoria se manifieste a través de reglamentos, cabría justificar la existencia de límites estructurales al control judicial. En los demás supuestos, difícilmente esos límites serán justificables, salvo en casos muy concretos como la creación de Ministerios o el de los entes dotados de autonomía constitucional y carentes de potestad legislativa. Pero, aun en éstos, habrá que discernir lo que es propiamente decisión política organizativa de lo que no lo es, si bien deberá siempre tenerse en cuenta el carácter reglamentario de buen número de las manifestaciones de la potestad organizatoria.

## II. OTRAS EXPLICACIONES DE LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA

Se han aducido otras posibles explicaciones de los límites del control judicial de la potestad organizatoria<sup>27</sup>. En este sentido, De

---

<sup>27</sup>Uno de los problemas que se plantean es el de la legitimación -sobre esta cuestión, vid. Alvarez Rico, "Control jurisdiccional...", cit., pp. 72-73-. Así, se ha puesto de relieve la conveniencia de establecer en este punto una acción popular, dado el interés de todo ciudadano en que la estructura administrativa funcione correctamente, para lo que se precisa una organización correcta -vid. De Vicente Domingo, "Organización de las instituciones...", cit., p. 22-.

Por otra parte, no debe olvidarse el enfoque sustantivo que a veces se da a la legitimación, y que reduce ostensiblemente el enfoque de los problemas. Alvarez Rico, "Control judicial...", op. cit., p. 71, lo resalta con agudeza, como factor que puede haber influido en las limitaciones al control judicial de la potestad organizatoria, ya que, en la mayor parte de los casos, se trata de litigios referentes directa o indirectamente a la situación de un funcionario.

García-Trevijano Fos, J.A., en "Acotamiento cualitativo...", cit., p. 15, afirmaba que "si la infracción de la norma se limita a los aspectos organizatorios, de competencia o de procedimiento, el *petitum* -subrayado original- se limitará a solicitar la anulación del acto. Si, por el contrario, incide en la esfera particular (hay que acudir a cada caso concreto), podrá solicitarse, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (es decir, de un derecho

Vicente Domingo<sup>28</sup> se ha referido a argumentos tradicionales, como la división de poderes. Así, resalta que durante mucho tiempo se entendió que la ley no podía invadir el ámbito de organización del Ejecutivo, lo que originaba la exención jurisdiccional por carecer la materia de carácter reglado. También se ha referido<sup>29</sup> a la tesis de

---

subjetivo)".

Nos podríamos preguntar si un funcionario o autoridad puede considerarse titular de un interés legítimo en que la dependencia donde se halla adscrito sea eficaz. Si así se entendiera, muchos de los problemas quedarían solucionados. Pero el art. 28.4 LJ constituye obstáculo.

En todo caso, pueden jugar un papel importante los arts. 7.3 LOPJ y 63 de la Ley 7/85. Nos recuerda De Vicente, op.cit., p.22, que "la legitimación para combatir las disposiciones organizativas ha de entenderse en sentido amplio en la medida en que están en juego intereses individuales y colectivos (art. 7.3 LOPJ)". Por su parte, Alvarez Rico, "Control judicial de la potestad organizatoria...", cit., p.70, afirma que "el eje del derecho de organización debe trasladarse a los intereses colectivos a los que la organización afecta de manera primordial...". Así, se refería -op.cit., pp.76 ss.- a la importancia de la legitimación corporativa en estos supuestos.

Y, de cualquier modo, hay que interpretar la legitimación en el sentido más amplio que nuestras normas lo permitan -así, De Vicente, op.cit., p.22-. Sobre la noción de interés legítimo, vid. entre otras las SSTs de 4-2-91 (A.1241), 27-9-84 (A.4485), y 27-1-65 (A.217). Vid. asimismo Martín-Retortillo, "El genio expansivo...", cit., p.186; García De Enterría, "Los ciudadanos...", cit., p.68. Alvarez Rico, op.cit., p.79, se planteaba la necesidad de entender la legitimación en un sentido amplio, de forma que no englobara sólo los derechos adquiridos sino también las expectativas de carrera. Desde la sentencia 60/82, es claro que esta interpretación es la correcta; es, por otra parte, la que adoptó la sentencia de 6-7-59. De hecho, el mismo autor, op.cit., p.92, afirma que "la sentencia de 30-11-66... utiliza un concepto sumamente amplio de interés directo, teniendo en cuenta la existencia de un beneficio futuro, consistente en la posibilidad de que el funcionario participe en un concurso futuro".

En el caso resuelto por la STS de 31-12-86 (A.1693), sobre la creación de la figura del Delegado de Servicios en el Ayuntamiento de Barcelona, cuyos titulares no tendrían que ser necesariamente funcionarios, se hallaban a nuestro juicio legitimados aquellos cuyas expectativas de carrera pudieron verse afectadas.

<sup>28</sup>"Organización de las instituciones y de la Administración Pública de la Generalidad Valenciana", cit., p.12. Alvarez Rico, "El control de la potestad organizatoria de la Administración", cit., p.93, se refiere a las siguientes causas que dificultan el control judicial en este ámbito: "el carácter político o discrecional de la actividad administrativa en este sector; el carácter tecnificado de la actividad; la posibilidad de la Administración de desconocer sus propias intenciones reales tras el ejercicio de esa potestad, el angosto cauce de la legitimación; la presunción de legalidad; una normativa deficiente; una corriente jurisprudencial excesivamente formalista, etc.".

El carácter tecnificado de la actividad no supone justificación para la existencia de discrecionalidad, como sabemos. En cuanto a la posibilidad de esconder las intenciones reales, se trata de una cuestión fáctica y no de principio; ahora bien, resulta preocupante que nuestras Salas reduzcan los medios posibles de control de fondo a la desviación de poder. La presunción de legalidad sólo afecta a la carga de la impugnación y no a la carga de la prueba.

<sup>29</sup>El autor, op.cit., pp.15-16, añade: "la poca calidad que a veces tiene las normas organizativas tampoco ayuda a un correcto enjuiciamiento de los conflictos". A esta cuestión también se ha referido Dreier, op.cit., p.277.

La STS de 31-12-85 (A.881), referente a la calificación como público o privado de un matadero frigorífico, señala que, por tratarse de una materia organizativa, debe reconocerse a la Administración una cierta discrecionalidad

la no juridicidad de la materia organizativa; a la discrecionalidad habitualmente predicada en este ámbito y a la mejor posición en que se encuentra la Administración para conocer sus problemas, lo que por hipótesis la facultaría para ejercer unos poderes mayores en las llamadas relaciones de sujeción especial.

Pues bien, estos argumentos no tienen un peso excesivo. En efecto, por lo que respecta al principio de división de poderes, hay que recordar que el art.103.2 CE establece la necesidad de habilitación legal en estos casos; y que la misma CE establece ciertas pautas que deben seguirse en el ejercicio de la potestad organizatoria<sup>30</sup>. Tampoco debe olvidarse que la LPC, así como las leyes autonómicas en la materia, regulan ciertos principios organizativos<sup>31</sup>. Pero es que, además, la deficiente regulación legal no significa ausencia de control judicial; en todo caso, éste se tornará más difícil, por existir menos pautas normativas de

---

técnica. La alusión al carácter técnico de la discrecionalidad parece apoyarse en el carácter asimismo técnico de la materia alimentaria. Es cierto que la sentencia menciona ese carácter técnico y organizatorio para justificar el ínfimo rango de las normas reguladoras de estos mataderos. Pero también lo es que utiliza de un modo excesivamente amplio la noción de discrecionalidad técnica.

Por otra parte, esa pretendida discrecionalidad parece referirse en la sentencia al momento de la elaboración de la norma, y no al de su aplicación.

<sup>30</sup>De Vicente, op.cit., p.26.

El autor, op.cit., pp.13-14, siguiendo a Baño León, critica la tesis de García de Enterría acerca del carácter independiente de los reglamentos de organización. En todo caso, en numerosas sentencias, como la de 8-5-81(A.1880) se afirma que la potestad organizatoria no precisa de habilitación legal. Se trataría, según esto, de un poder implícito. Pero vid.art.103.2 CE.

<sup>31</sup>De Vicente, op.cit., p.13, afirma asimismo que, en este punto, debe tenerse en cuenta el Derecho Comunitario europeo, ya que si bien el art.5 TCEE establece el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, "muchas regulaciones comunitarias imponen soluciones organizativas a las Administraciones internas, en línea de colegialidad, dada la implicación de diversos sectores organizativos".

De hecho, el autor, op.cit., pp.16-17, comenta la STS de 22-5-90(A.4007), que anuló un Decreto del Presidente de la Generalidad valenciana por el que se atribuía al Conseller de Administración Pública la declaración de urgente ocupación porque esta cuestión estaba formalmente reservada a la ley por el art.52 LEF; de modo que sólo mediante una ley de la Generalidad se podría haber atribuido esta potestad a un órgano distinto del Consell.

control<sup>32</sup>.

Por lo que respecta a las relaciones especiales de sujeción, debe tenerse en cuenta la versatilidad de este concepto, difícilmente aprehensible y negado en muchas ocasiones.

El carácter intrasubjetivo de la materia organizativa no constituye un argumento decisivo, ya que los terceros pueden resultar afectados y además la buena o mala organización produce indudablemente efectos sobre los ciudadanos<sup>33</sup>.

A la vista de lo anterior, entendemos que los límites que a veces se reconocen a la fiscalización judicial del ejercicio de la potestad organizatoria, entendida en sentido amplio, carecen en buena medida de razón de ser: quizá sea el lastre histórico derivado de la inclusión de ese tipo de materias entre <<lo discrecional por naturaleza>> en el Texto refundido de 1894; sin olvidar que, en muchas ocasiones, estamos ante manifestaciones del ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>34</sup>, a lo que debe añadirse en ciertos casos los límites de las legítimas pretensiones de las partes.

Todas estas consideraciones nos conducen a pensar que no existen razones serias que impidan un control pleno y total -con el solo límite del razonamiento jurídico- de las potestades

<sup>32</sup>En todo caso, la ausencia de normas legales podría propiciar, a lo sumo, que la materia organizativa se regulara por normas reglamentarias, en cuyo caso sería aplicable todo lo que hemos dicho acerca de éstas. Sin embargo, resulta complicado asimilar todo tipo de acto referente a materia organizativa a un reglamento, como resulta habitual en la jurisprudencia.

<sup>33</sup>De Vicente, loc.cit., añade que, si bien durante mucho tiempo se entendió que lo jurídico tiene como nota esencial la alteridad -lo que excluye del mismo las relaciones intrasubjetivas-, desde Santi Romano se entiende que lo organizativo entra también dentro de lo jurídico. Sobre esta cuestión, vid. asimismo Álvarez Rico, "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria de la Administración", op.cit., pp.69 ss.

<sup>34</sup>García de Enterría, en "Recurso contencioso directo contra disposiciones...", cit., p.171, nos recuerda que desde Santi Romano suele entenderse que la estructura administrativa tiene carácter ordinamental.

Fernández Rodríguez, en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp.82 ss., cita diversas sentencias dictadas en materia de organización de servicios públicos y donde se efectúa un control plenario. Pero algunas de las que cita se refieren a materia de personal básicamente, y de modo secundario a la organización.

organizatorias, salvo que su ejercicio se plasme en reglamentos. Estamos aquí ante un tópico, un residuo histórico cuyo origen quizá se encuentre en la regulación de la Ley de lo contencioso de 1894 y su reglamento<sup>35</sup>.

En todo caso, podríamos preguntarnos si puede existir una justificación adicional para la discrecionalidad de la potestad organizatoria. En efecto, al recaer sobre la propia Administración, puede suponerse que ésta conoce mejor que nadie las deficiencias y necesidades de su funcionamiento interno; es decir, se halla en mejor posición que los jueces para decidir lo que más conviene en cada caso en estas materias<sup>36</sup>. Sin embargo, ya hemos visto que sus especiales conocimientos sólo pueden justificar -en su caso- un margen cognoscitivo de apreciación, pero en ningún caso verdadera discrecionalidad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>En este sentido, De Vicente, "Organización de las instituciones...", cit., p.22, afirma que "no hay a mi modo de ver argumentos de peso para sostener una discrecionalidad a ultranza en la potestad organizatoria, inmune a un control pleno de esta potestad, tal como la Constitución exige para todas las manifestaciones de la actividad administrativa (arts. 103 y 106)". Y continúa diciendo: "Cómo no considerar de interés público que una Administración esté <<inflada>> en algunos de sus órganos o, por el contrario, inactiva en otros, como la desatención correspondiente a los intereses públicos".

<sup>36</sup>Vid. en este sentido STS de 26-5-89 (A.3908), sobre el cese del administrador de una residencia.

<sup>37</sup>En este sentido creemos que hay que entender la STS de 10-10-87 (A.8334). Se trataba de la orden dada al Jefe de servicio de endocrinología de un hospital para que remitiera las muestras de insulina de ciertos pacientes al laboratorio de Medicina interna. La sentencia afirmó lo siguiente: "En el supuesto litigioso, fue la Comisión de laboratorios la que para evitar la <<duplicación de técnicas>>- folio 25 del expediente- recabó del jefe del servicio la concreción del laboratorio en que habrían de realizarse <<las determinaciones de insulina de uso clínico y diagnóstico>>. Así la cosas, aun reconociendo documentalmente acreditada la competencia científica del recurrente, es de ver que su pretensión, sin duda alguna formulada buscando la mejor eficacia de su sección, contemplaba sólo las exigencias de ésta pero no las globales que en materia de laboratorios valoraba la Comisión. Los medios disponibles han de ser distribuidos en función del conjunto del establecimiento y por tanto no puede apreciarse una irracionalidad de la medida impugnada".

Creemos que no se trata realmente de un caso de discrecionalidad, sino simplemente de que quien dictó la Orden poseía una visión de conjunto del funcionamiento del hospital de la que carecería el recurrente, lo que aportaba a su posición una apariencia de solidez que no pudo ser destruida en vía jurisdiccional. En relación con este posible fundamento, podemos citar la STS de 13-11-86 (A.6424).

Surge el problema de si la autonomía constitucional de un ente supone la existencia de límites estructurales al control judicial en la materia organizativa o si, por el contrario, aquél ha de ser pleno -en la medida en que lo permita el razonamiento jurídico-<sup>38</sup>. Pues bien, la autonomía sólo garantiza capacidad de autoorganización en el aspecto político. En el Estado y las Comunidades autónomas, ese espacio se hallará casi en su totalidad cubierto por la reserva de ley. Los entes locales tienen escasa autonomía organizativa -a la vista de la STC 214/89 de 21-12-<sup>39</sup>. Pero, en ocasiones, la misma abarcará aspectos <<políticos>>: recordemos el caso de la composición de las Comisiones informativas municipales.

---

<sup>38</sup>La STS de 16-9-88 (A.6717) consideró jurídicamente válido que un Ayuntamiento creara un órgano especial para la ejecución directa de obras municipales, con base en la autonomía local y en el art.149.1.18 CE. Pero también afirmó que con dicho acuerdo se perseguía una mayor eficacia.

<sup>39</sup>Embido Irujo, en "La actividad de gobierno de los entes locales y su control jurisdiccional", cit., p.183, afirma que "la potestad de autoorganización está, igual que la reglamentaria, íntimamente vinculada a la autonomía de los entes locales proclamada constitucionalmente (cfr. art.4, a) LRBRL)". Por ello, considera que sin perjuicio del estrecho margen dejado por la STC 214/89 al tratar del art.20.2 de la Ley 7/85, "deberíamos llevar al ámbito de la decisión política, y por tanto, de la infiscabilidad jurisdiccional, todo lo relativo a la creación de órganos, a su configuración, y a la atribución a los mismos de las competencias que legítimamente quepan dentro del Ordenamiento jurídico. El reglamento orgánico, a esos efectos, sería la plasmación de esta actuación política (y obsérvese que en el reglamento orgánico confluyen en la específica potestad de autoorganización con la genérica potestad reglamentaria), pero no sólo ello sino que también en el mismo plano habría que situar las decisiones sobre las formas posibles de prestación de los servicios públicos (gestión directa, indirecta, por empresa, arrendamiento, concesión, etc.) según el marco dispuesto también por la misma legislación de régimen local".

De este modo, el autor entronca la potestad organizatoria con la autonomía institucional de ciertos entes. Esta autonomía, entendida como garantía constitucional, constituye un espacio reservado tanto frente al Legislador como frente a los Tribunales y frente a otros entes públicos.

Por otra parte, considera que el ejercicio legítimo de esa autonomía en la potestad organizatoria es de naturaleza política. Pero no siempre es así. Habrá que ir caso por caso, distinguiendo lo que son órganos políticos de aquellos cuya creación, supresión o modificación obedece a exigencias de la eficacia administrativa. En todo caso, en favor de un entendimiento restrictivo de lo político en este ámbito siempre podría aducirse la posición preferente que en nuestro Derecho tiene los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la tutela judicial efectiva. Además, el Poder judicial no pertenece al Estado-persona, sino al Estado-comunidad, como parece desprenderse de la STC 38/82 de 22-6.

Sobre la potestad de organización de los entes locales, véase De la Vallina Velarde, J.L., "Potestad organizatoria y autonomía local", en *REALA*, nº255-56, 1992, pp.517 ss., quien entiende que la sentencia 214/89 es un tanto restrictiva con la autonomía local en este punto. Fernández Farreres, G., "La potestad local de autoorganización: contenido y límites", en *Tratado de Derecho municipal, I*, dir. Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 1988, pp.737 ss., alababa la posición inicialmente adoptada en relación con esta cuestión por la Ley 7/85.

## **CONCLUSIONES**

## I. DE LA PARTE GENERAL

### SECCIÓN PRIMERA

1. Cabe establecer una distinción, aunque muy sutil, entre la racionalidad práctica y la razonabilidad. Esta operará cuando sea imposible llegar a soluciones plausibles de acuerdo con los criterios de aquélla, o bien se mueve en el terreno de la elección de la solución más aceptable dentro de las racionales.

La doctrina suele identificar la racionalidad con la utilización de criterios reglados y previstos en el Ordenamiento jurídico, y la razonabilidad como la apelación a valores de carácter abierto.

Se ha defendido en ocasiones la aplicación subsidiaria de la razonabilidad respecto de la racionalidad, cuando esta última sea inaplicable o no garantice la corrección material de la decisión. Sin embargo, ese juicio sobre la corrección sustantiva de la decisión presupondrá las más de las veces la utilización de argumentos no formales.

2. La racionalidad práctica, como conjunto de reglas formales, es insuficiente. Cuando los autores partidarios de recurrir a ella tratan de buscar apoyo en criterios materiales para colmar esas insuficiencias, acaban recurriendo a criterios de razonabilidad.

3. No sólo cabe dar razones en el ámbito de la racionalidad práctica, sino también en el de lo estrictamente razonable.

4. No cabe afirmar, ni tampoco negar, que se pueda averiguar cuál es la solución correcta en cada caso difícil, que deba ser solucionado de acuerdo con las reglas de la razonabilidad. No obstante, ello no es producto de los límites del Derecho, sino más bien



del razonamiento jurídico. Como además el Derecho tiene entre otras funciones tratar de resolver los conflictos sociales, los operadores jurídicos deben funcionar como si esa respuesta realmente existiera.

5. Lo anterior significa que los jueces, regidos por el principio de prohibición de *non liquet*, deben resolver todos los casos que se les planteen, solucionando las dudas que se presenten de acuerdo con las reglas de la carga objetiva de la prueba.

6. Por otro lado, es el juez, último de los operadores jurídicos, quien debe determinar hasta dónde llegan los límites de su razonamiento. Si esa determinación fuera arbitraria, debe haber la posibilidad de recurso de casación e incluso, en su caso, de amparo, aunque en la práctica será difícil que los mismos prosperen.

Cuando lo impugnado sea un acto de los poderes públicos, una extralimitación grave en los límites del razonamiento supondría una arbitraria anulación o sustitución de los criterios adoptados.

Y, cuando el juez haya restringido en exceso aquellos límites, infringirá la tutela judicial efectiva.

## SECCIÓN SEGUNDA

1. Existen razones a favor de una concepción subjetiva de la causa del acto administrativo. En primer lugar, su consideración como elemento del mismo, ya que los hechos son algo externo y previo. En segundo lugar, las limitaciones del razonamiento jurídico provocarán que en muchos casos la visión del autor del acto se interponga entre el mismo y la realidad de modo ineludible.

2. Resulta a veces complicada la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho, dado que los seres humanos percibimos

y expresamos la realidad a través del lenguaje y de los conceptos. Por ello, a veces es difícil deslindar la existencia de los hechos de su calificación, aunque intelectualmente son cosas distintas.

3. La carga de la prueba de la existencia de los hechos tiene en el procedimiento administrativo un sentido más objetivo que subjetivo. Se reparte además de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1214 CC, si bien lógicamente incidirá sobre esta cuestión quién ha iniciado el procedimiento y si éste es triangular o no.

La falta de motivación de las decisiones con elementos discrecionales provoca que la carga de la prueba de su plausibilidad corresponda a su autor. De lo contrario, recaería sobre el interesado una verdadera *probatio diabolica*.

En el ámbito sancionador, la carga objetiva de toda la prueba corresponde a la Administración, dada la presunción de inocencia.

4. La prueba del interés público compete a la Administración, dado lo dispuesto en el art. 1214 CC. Sin embargo, aquél es un concepto muy amplio, por lo que si la norma aplicable no lo precisa se podría *de hecho* producir una inversión de la carga de la prueba. Para evitarlo, en estos casos las Salas deben exigir a la Administración una motivación plausible.

5. La calificación jurídica debe distinguirse de la apreciación y valoración de los hechos, ya que se halla en un plano diferente. Estas, en ocasiones, serán posteriores a aquélla; pero, en otras, la calificación comportará en sí misma una apreciación y una valoración. También es posible que en la determinación del presupuesto de hecho de una norma se requiera apreciar o valorar para después calificar, y posteriormente efectuar otra operación de apreciación o valoración para determinar la consecuencia jurídica.

6. La apreciación y la valoración de los hechos constituyen nociones que suelen entenderse distintas, pero sin que exista un criterio claro. En todo caso, no resulta correcto entender la apreciación como algo extrajurídico, por cuanto todo lo que tiene consecuencias jurídicas es jurídico.

7. La noción de error manifiesto de apreciación es equívoca, ya que mediante esta técnica se enjuician supuestos muy heterogéneos. Se trata simplemente de casos en que el *Conseil d'Etat* francés decide efectuar un control restringido, sin que exista un criterio claro.

En todo caso, la propia noción de *manifiesto* tiene connotaciones subjetivas.

8. La estructura del presupuesto de hecho de las normas es diferente, según los casos. En ocasiones, se halla compuesto únicamente por los elementos que explícitamente aparecen en ellas; pero, en otros casos se compone también de otros elementos implícitos que han de estimarse conjuntamente con aquéllos o bien se permite prescindir de algunos de los elementos explícitos a la hora de aplicarla.

La existencia de elementos implícitos en el presupuesto de hecho, si bien puede aumentar las dificultades de control, no tiene una relación unívoca con la existencia de límites estructurales al control judicial. La sola existencia de elementos explícitos tampoco cierra el paso a la posibilidad de que existan estos últimos.

9. La valoración de los hechos se identifica con aquellos casos en que el interés público que constituye el fin de la norma no se determina de modo total o parcial. Tales casos se dan cuando la misma se remite genéricamente al interés público, cuando obliga a la Administración a realizar una ponderación de valores diversos o cuando, no obstante fijar uno de sus fines, permite que la

Administración introduzca otros en su aplicación.

Estos casos aparentemente están reñidos con el hecho de que sólo la Constitución o el Legislador pueden fijar los intereses públicos. Sin embargo, la antinomia es sólo aparente, ya que sólo serán fines lícitos los previamente calificados de públicos por aquéllos.

10. La apreciación de los hechos se dará cuando deban ponderarse diversos hechos, pertenezcan al elemento explícito todos ellos o no, pero sin que se requiera para ello una operación de valoración de los mismos. Existen en todo caso otras acepciones plausibles de las nociones de apreciación y valoración de los hechos.

11. La calificación jurídica de los hechos constituye una operación de interpretación normativa, plenamente asequible por tanto a los Tribunales. Estos no tendrán más límites en su control que los propios del razonamiento jurídico.

Ello es aplicable incluso cuando la norma parezca remitirse al juicio de la Administración a la hora de calificar unos hechos. Estas remisiones o no significan nada, o bien denotan el reconocimiento por el Legislador de una extraordinaria dificultad.

12. Habitualmente, se admite que la discrecionalidad se ubica en la consecuencia jurídica del acto, y que consiste en una volición. Esta opinión se basa en el rechazo mayoritario de la llamada discrecionalidad de juicio, es decir, de la existencia de límites estructurales al control judicial en la calificación jurídica.

Esta opinión confunde discrecionalidad de juicio y discrecionalidad en los presupuestos de hecho.

13. La discrecionalidad se da en la relación entre los hechos y las consecuencias jurídicas, en algunos de los casos en que dicha

relación consista en una valoración.

Así, la discrecionalidad constituye el producto de un juicio, y no de un acto de voluntad. Pero esto, a su vez, supone que no deben existir límites a su fiscalización jurisdiccional distintos de los propios del razonamiento jurídico, lo que conduce a la desaparición de la noción de discrecionalidad. Empero, esta afirmación sólo es válida respecto de las resoluciones administrativas.

14. La necesidad de concreción legal o constitucional del interés público sólo en apariencia es contradictoria con su consideración como concepto jurídico indeterminado. La razón radica precisamente en su alto grado de inconcreción.

### SECCIÓN TERCERA

1. En España, históricamente la penetración jurisprudencial en el mundo de lo discrecional se realiza, en primer lugar, al distinguir dentro de todo acto ciertos elementos reglados. Una corriente jurisprudencial los identificará exclusivamente con la competencia y el procedimiento; otra, más progresiva, considerará que también el fin se halla reglado, e incluso en ocasiones los motivos. Ello se dará particularmente en materia de arbitrios no fiscales y en relación con declaraciones de ruina.

2. La expresión discrecionalidad se utiliza con frecuencia en un sentido un tanto anfibológico. Pero la misma consiste en la libertad de elección entre una pluralidad de soluciones jurídicamente equivalentes fundamentada en la estructura constitucional de poderes.

Son límites estructurales a la fiscalización jurisdiccional de los actos jurídico-públicos los basados en esa estructura constitucional de poderes, y no en los límites del razonamiento

jurídico. Estos darán lugar a un margen cognoscitivo de apreciación. Sin embargo, esta figura en muchas ocasiones se malinterpreta, dando origen a lo que podrían denominarse límites estructurales a la fiscalización judicial en sentido impropio.

3. La pluralidad de soluciones justas parece suponer la identificación de la discrecionalidad con una volición, lo que no parece muy correcto en el caso de las meras resoluciones administrativas. En éstas sólo la solución más ajustada al interés general es conforme a Derecho; nunca pues puede en ellas hablarse de una pluralidad de indiferentes jurídicos. Por tanto, en las mismas cabrá a lo sumo reconocer, en ciertos casos, un margen cognoscitivo de apreciación, un ámbito de libertad de hecho que no significa la existencia de una pluralidad de soluciones justas, y cuyo fundamento radica en los límites del razonamiento jurídico.

De este modo, el margen cognoscitivo de apreciación se convierte en una noción de aplicación general, no circunscrita a los conceptos jurídicos indeterminados, donde nació.

4. La indeterminación o imprecisión normativas no suponen necesariamente la existencia de límites estructurales al control judicial. La norma no puede atribuir discrecionalidad, ya que la misma no es una potestad.

En este trabajo se da a la indeterminación y la imprecisión normativa un tratamiento unitario precisamente porque partimos que no existe la discrecionalidad en las resoluciones administrativas. Además, pluralidad de soluciones legales no equivale necesariamente a pluralidad de indiferentes jurídicos.

5. Decir que discrecionalidad y arbitrariedad no se identifican es cierto, pero insuficiente. En todo caso, la falta de motivación no

comporta necesariamente arbitrariedad, aunque casi siempre determinará una presunción de la misma en el actuar administrativo.

6. La prohibición de arbitrariedad limita la discrecionalidad, aunque por supuesto no vincula sólo cuando existe ésta.

En algunas sentencias, se entiende la arbitrariedad como equivalente a falta de fundamento o a la concurrencia de un fundamento tan endeble que al más mínimo análisis se revela como tal. Según esto, no sería arbitrario lo apoyado en razones plausibles, aunque sean discutibles.

Sin embargo, en otras sentencias se utiliza una noción más amplia de arbitrariedad, equivalente a carencia de fundamento o de fundamento suficiente. Asimismo, en otros casos no se emplea esta noción amplia de modo expreso, pero la calificación de la conducta como arbitraria viene precedida de un análisis profundo del supuesto.

En todo caso, las decisiones carentes de fundamento suficiente, esto es, cuyo balance sea negativo, no serán siempre arbitrarias cuando se trate de casos trágicos.

7. En relación con las resoluciones administrativas, la interdicción de la arbitrariedad tiene teóricamente un papel residual, dada la especial vinculación de aquéllas a los intereses generales. Pero, en la práctica, tendrá un papel acusado, en la medida en que un control pleno será en muchos casos imposible debido a las limitaciones del razonamiento jurídico.

8. Tradicionalmente, los conceptos indeterminados, portadores de un sola solución justa, se han contrapuesto a la discrecionalidad, entendida como pluralidad de soluciones justas. Así lo hace reiteradamente la jurisprudencia española. Pero la consideración de que no existen límites estructurales al control judicial de las

resoluciones administrativas difumina los límites entre la llamada discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en orden a su fiscalización jurisdiccional.

Por otra parte, la amplitud del halo de determinados conceptos indeterminados aproxima la intensidad de su fiscalización a los casos de discrecionalidad, si bien en puridad esto debería ocurrir sólo cuando la carga de la prueba corresponda al impugnante. En todo caso, una cosa son límites cognoscitivos y otra límites estructurales.

9. La unidad de solución justa de los conceptos jurídicos indeterminados contradice las modernas tesis sobre los límites del razonamiento jurídico sólo en apariencia, ya que aquélla se predica en el plano ontológico y no en el gnoseológico, donde jugará el margen cognoscitivo de apreciación -aun en el primero, la unidad de solución justa bien puede entenderse como simple idea reguladora del razonamiento jurídico-. Además, los conceptos indeterminados juegan un limitado papel, ya que sólo se refieren a la relación hechos-concepto, y no al hallazgo de la respuesta global al problema planteado.

Los problemas parecen agudizarse ante la consideración de que el interés público constituye un concepto jurídico indeterminado, en la medida en que podría suponer que sólo la solución más adecuada al interés público es jurídicamente correcta. Pero la cuestión se resuelve en atención a las dos consideraciones anteriores.

10. Si la discrecionalidad no es una potestad atribuida por la norma, no cabrá hablar de técnicas de control, sino de reducción. Así, los principios generales del Derecho no sirven para fiscalizarla, sino para negar su existencia o para reducir su ámbito. Además, como en las resoluciones administrativas no existe discrecionalidad, tampoco debe en puridad hablarse de su reducción en ellas.



11. La distinción entre los <<grados de control de la discrecionalidad>> suele atender a las técnicas utilizadas y no a los resultados; lo que no parece muy lógico, ya que aquéllas son intercambiables.

Por otra parte, se suele aludir al control máximo para hacer referencia a algo que no es más que un control medio.

12. El control medio tiene unos límites muy difíciles de definir, sobre todo a la vista del amplio concepto de arbitrariedad con que opera nuestra jurisprudencia. No obstante, su admisión evitaría bastantes problemas dogmáticos, sobre todo en relación con los reglamentos y planes urbanísticos.

Si no se admite el control medio como categoría dogmáticamente perfilada, cabría no obstante hacer referencia al mismo para aludir a aquellos supuestos en que, siendo teóricamente posible un control máximo, éste es de hecho inviable a consecuencia de los límites del razonamiento jurídico, por lo que se reconoce un margen cognoscitivo de apreciación en la determinación de la consecuencia jurídica.

13. Teniendo en cuenta los arts. 24 y 106.1 CE, es preciso indagar si existe un fundamento constitucional a los límites estructurales al control judicial de las resoluciones administrativas. No es lícito que la ley configure estos límites cuando se trate de aquéllas, lo que se corrobora porque la discrecionalidad no es una potestad.

14. La contraposición entre legalidad y oportunidad no constituye argumento suficiente para fundamentar la existencia de límites estructurales al control judicial.

La expresión *oportunidad* tiene una significación un tanto anfibológica, ya que puede entenderse tanto en un sentido prejurídico como en un sentido jurídico. En un sentido prejurídico, *oportunidad*

equivale a conveniencia para el interés público. Así entendida, constituye para las resoluciones administrativas un elemento de su legalidad, dado lo dispuesto en el art.103.1 CE. En un sentido jurídico, oportunidad sería el ámbito al que el Derecho no llega. La confusión entre ambos sentidos ha conducido a la afirmación de que la conveniencia o inconveniencia es una cuestión no jurídica, salvo en casos extremos.

Las divergencias doctrinales referentes al alcance de la fiscalización jurisdiccional de las resoluciones administrativas radican precisamente en un entendimiento diferente de los límites del Derecho y del razonamiento jurídico.

**15.** Los principios generales del Derecho operan con distinta fuerza según se trate del ámbito privado o público; y dentro de éste en el de las resoluciones administrativas o en otros distintos.

Concretamente, en las resoluciones administrativas la vinculación a ciertos principios institucionales puede ser mayor, en la medida en que la Administración se halla constitucionalmente obligada a elegir la mejor solución. Sin embargo, en la práctica habrá que tener en cuenta las limitaciones del razonamiento jurídico.

Aunque los principios generales carecen de presupuesto de hecho, el deber jurídico que el art.103.1 impone a la Administración es exigible en todos los casos, y en función de ello habrá que interpretar los principios.

**16.** La posición institucional de la Administración le obliga a cambiar de criterio cuando con ello se consigan mejores resultados globales, ya que la igualdad sólo es viable dentro de la legalidad.

Cuando se trate de actos de dirección de la política, cabrá un apartamiento del precedente siempre que ello no resulte arbitrario. Pero, dada la amplia noción que de la arbitrariedad nos ofrece la

jurisprudencia, podría entenderse que el balance del cambio deberá ser siempre positivo. Si así se entendiera, la única diferencia del juego de la igualdad en estos casos respecto de su papel en las meras resoluciones administrativas radicaría en que en éstas es obligado el cambio de criterio cuando con ello se consigan mejores resultados.

En todo caso, desde el punto de vista teórico la igualdad juega aquí un papel mayor que en las meras resoluciones administrativas, ya que en este ámbito la legalidad se halla más limitada.

17. En las resoluciones administrativas, la igualdad juega no obstante un papel práctico mucho mayor, ya que en todos los casos en que en principio debiera reconocerse un margen cognoscitivo de apreciación habrá de seguirse la solución anterior si no aparece otra mejor, al ser aquélla un valor superior y un derecho fundamental.

Normalmente, la igualdad no tendrá otra virtualidad que la anulatoria, pero en ocasiones podrá jugar mayor papel.

18. La razonabilidad supone que todo lo dotado de cierto fundamento se presume razonable, pero esa presunción se destruye si aparece otra decisión que de modo inequívoco es más plausible.

En todo caso, la razonabilidad en ocasiones actúa como medio de autorrestricción de los poderes del juez, ya que la jurisprudencia la equipara a interdicción de la arbitrariedad y considera ésta un límite a sus poderes de control sobre las decisiones administrativas.

19. La proporcionalidad posee base constitucional.

Si bien es de aplicación general a todos los actos jurídico-públicos, tiene especial relevancia cuando existe indeterminación normativa o bien discrecionalidad.

La jurisprudencia sólo entiende que la proporcionalidad supone la inexistencia de discrecionalidad en materia sancionadora, cuando

se trata del ejercicio de la potestad de policía o en casos excepcionales en que aquélla queda reducida a cero. Pero en todas las resoluciones administrativas su aplicación debe conducir a la ausencia de discrecionalidad, sin perjuicio de que pueda reconocerse en ciertos casos un margen cognoscitivo de apreciación.

20.El balance costes-ventajas únicamente suele concebirse como medio de fiscalización de una medida en sí misma considerada. Pero en el ámbito de las resoluciones administrativas debería utilizarse también para comparar entre sí varias de ellas.

La jurisprudencia española no utiliza el balance para propiciar un control máximo. El ámbito del urbanismo es donde dicha técnica ha dado unos frutos más espectaculares.

21.La división constitucional de poderes no es en nuestro Derecho apoyo suficiente para la existencia de discrecionalidad en las resoluciones administrativas, ya que, dada la posición institucional de la Administración, los límites entre la función jurisdiccional y la administrativa son formales, y no materiales.

22.La función institucional de la Administración, servidora de los intereses generales, constituye más un argumento en contra que a favor de la existencia de límites estructurales al control judicial de las resoluciones administrativas. Quien ejercita una función debe hacerlo del mejor modo posible, lo que, para la Administración, es un deber constitucional cuyo cumplimiento debe controlarse judicialmente.

Se ha alegado contra ello el pluralismo de nuestras sociedades, que rompe el concepto unívoco del interés general. Sin embargo, la ponderación de intereses debe ser el resultado de un juicio, fiscalizable en la medida en que el razonamiento jurídico lo permita.

23. La consideración de que la Administración se halla obligada a elegir la mejor solución porque el interés público es un concepto jurídico indeterminado incurre en cierta contradicción, dadas las limitaciones de la doctrina de los conceptos indeterminados, salvo que se sustente que el interés público correspondiente a cada acto administrativo es la suma algebraica de los intereses en juego, optimizados de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

24. Las garantías procedimentales no justifican la existencia de límites estructurales al control judicial. Son un complemento necesario, pero en modo alguno suficiente. Lo mismo puede decirse de los mecanismos complementarios de control.

Además, las opiniones vertidas en el procedimiento no vinculan a la Administración. Por otra parte, la participación en el mismo en ocasiones puede contribuir más al corporativismo que a la verdadera democratización de la decisión.

En todo caso, las garantías procedimentales y la participación ciudadana son si cabe más necesarias cuando el control judicial se halle limitado.

25. La Administración carece de legitimidad democrática.

Los Gobiernos que la dirigen sí la poseen, normalmente indirecta. Sin embargo, la misma no justifica por sí sola la existencia de límites estructurales al control judicial de sus resoluciones administrativas. Las posiciones que fundamentan la posibilidad de que exista discrecionalidad en la supuesta legitimidad democrática del poder son claramente voluntaristas.

Tampoco se transmite esa legitimidad sin más a la Administración, salvo en el limitado ámbito de la cadena de la confianza política. Pero la extensión de ésta sólo es legítima en la medida en que sea preciso compartir las tareas de gobierno.

Por otra parte, la legitimidad democrática podría predicarse asimismo de los jueces.

26. Por el contrario, esa legitimidad democrática sí justifica que los Gobiernos puedan poseer potestad reglamentaria y facultades de gestión política. En la medida en que actúen en el ejercicio de estas potestades, el control judicial estará limitado por la estructura de poderes. Pero esos límites no vendrán dados por su legitimidad democrática, sino por el tipo de potestad ejercitada.

27. La autonomía constitucional de ciertos entes carentes de potestad legislativa justifica la existencia de límites estructurales al control judicial únicamente en el ámbito de sus facultades de desenvolvimiento político, no en sus resoluciones administrativas.

28. Los argumentos relacionados con la dificultad técnico-valorativa deberían en puridad justificar a lo sumo un margen cognoscitivo de apreciación. Sin embargo, las consecuencias que se extraen en ocasiones similares a las que se darían en caso de tratarse de verdaderos límites estructurales al control judicial.

29. Que los jueces sean técnicamente incompetentes no obsta al control de las cuestiones técnicas, ya que aquéllos pueden utilizar la prueba pericial. Los dictámenes emitidos por la Administración y las opiniones de sus órganos técnicos deben apreciarse de acuerdo con lo dispuesto en la LEC. Sin embargo, la jurisprudencia suele ser renuente a admitir esto último cuando se trata de comisiones especializadas cuyas opiniones vinculan a la Administración.

El juez puede utilizar en el proceso sus conocimientos técnicos siempre que los someta a las reglas procesales sobre la prueba, particularmente la contradicción de las partes. Esto es sobre todo

importante cuando se trata de evaluar conocimientos jurídicos.

Por otra parte, anular un juicio técnico no es lo mismo que sustituirlo, aunque esto en ocasiones también será posible.

30. La propuesta de atribuir el enjuiciamiento de las cuestiones técnicas a comisiones independientes y especializadas ignora la inevitable superposición entre cuestiones técnicas y jurídicas.

31. La especialización técnica de ciertos órganos administrativos no es total; incluso en ocasiones no existe. Aun en estos casos, la jurisprudencia suele hablar de discrecionalidad técnica, lo que es un contrasentido.

La competencia exclusiva que las normas reconocen en ocasiones a favor de los órganos administrativos especializados existirá, en su caso, frente a otros órganos de la Administración. Lo contrario supondría un inconstitucional recorte a la función de juzgar.

32. Los juicios de valor deben entenderse objetivables a fin de no destruir el sistema jurídico. No obstante, esa posibilidad de falsación puede no ser total en ciertos casos límite.

La función del juez es objetivar en la medida de lo posible las valoraciones. Aun cuando ello sea imposible, aquél en todo caso será quien delimite los confines de su propio razonamiento.

En ocasiones, la norma remite la estimación del presupuesto de hecho al juicio de la Administración precisamente para poner de relieve la imposibilidad de objetivar esas valoraciones.

33. En relación con los pronósticos, se suele aducir tanto las dificultades técnicas como la especial responsabilidad de la Administración, frente a la irresponsabilidad política de los jueces.

En cuanto a lo primero, las dificultades cognoscitivas no

justifican la existencia de límites estructurales al control judicial. En cuanto a lo segundo, los funcionarios carecen de responsabilidad política, salvo, discutiblemente, en el controvertido supuesto de los de libre designación. Además, si la responsabilidad de la Administración es en estos casos la del técnico, no hay razón para la existencia de límites estructurales al control judicial.

Existen no obstante pronósticos conectados a funciones de gestión política. En esta medida, sí podría reconocerse respecto de los mismos la existencia de límites estructurales al control judicial.

34. El margen cognoscitivo de apreciación debe distinguirse de la discrecionalidad de juicio, entendida como existencia de límites estructurales al control judicial en relación con la concurrencia de conceptos normativos. Esta última es de todo punto ilógica, ya que la interpretación de las normas jurídicas es tarea jurisdiccional.

En todo caso, la distinción es borrosa, dada la relatividad de nociones como lo manifiesto, lo razonable o incluso lo arbitrario.

Tampoco debe confundirse el halo de los conceptos jurídicos indeterminados con el margen de apreciación. En primer lugar, ésta es una noción de aplicación general, más allá de los conceptos indeterminados; en segundo lugar, la función del juez es reducir el halo del concepto, y el margen de apreciación sería la zona que de hecho quedaría sin posibilidad de fiscalización tras esa operación, debido a las limitaciones del razonamiento jurídico, en la medida en que la carga de la prueba no corresponda a la Administración.

35. No es coherente atribuir al margen de apreciación un fundamento cognoscitivo y afirmar también que en ese ámbito existe una pluralidad de soluciones justas.

Arrinconar la noción de margen cognoscitivo de apreciación y sustituirla por la atribución normativa de discrecionalidad o por las



consecuencias de la división de poderes tampoco es muy lógico en las resoluciones administrativas, donde la decisión debe ser el resultado de un previo juicio y debe además resultar la óptima para ser la jurídicamente correcta.

36.El fundamento del margen cognoscitivo de apreciación es el principio de interdicción de la arbitrariedad judicial. Sin embargo, dicho margen sólo deberá reconocerse en la medida en que la carga objetiva de la prueba no corresponda a la Administración autora del acto, lo que significa que no cabe sobre el presupuesto de hecho. Por el contrario, sí es posible el reconocimiento de ese margen en la determinación de la consecuencia jurídica, ya que de otro modo se haría recaer sobre la Administración la carga imposible de demostrar que la solución elegida es la mejor.

37.Las decisiones que entran en el margen cognoscitivo de apreciación se pueden fiscalizar a través de la desviación de poder y del principio de igualdad. Lo primero exige entender la desviación de poder como una infracción del principio de objetividad, lo que hace más lógico su entendimiento como persecución de fines privados, de modo único o juntamente con los que son propios del acto.

38.Las consecuencias de la existencia de límites estructurales al control judicial de la actuación pública son, básicamente, la imposibilidad de sustituir la decisión y la imposibilidad de confirmar el acto mediante una sustitución de sus motivos.

39.Las relaciones entre sustitución de la decisión y ausencia de límites estructurales al control judicial no son biunívocas.

En primer lugar, aun sin existir esos límites la sustitución puede no ser procedente por exceder del ámbito de las legítimas

pretensiones del recurrente, o bien por el reconocimiento a la Administración en estos casos de un margen cognoscitivo de apreciación. Esto último será más normal cuanto más elevado sea el número de opciones. Además, la sustitución puede no ser posible por haberse dado un radical cambio en las circunstancias.

En segundo lugar, es posible que pese a existir límites estructurales al control judicial la facultad electiva quede reducida a cero y sea posible la sustitución.

40. La sustitución de los motivos sólo es posible, cuando existan límites estructurales al control judicial, si la libertad electiva queda en el caso concreto reducida a cero.

Por esta razón, la motivación es especialmente trascendente cuando existan límites estructurales al control judicial. En tales supuestos, su falta tendrá como regla general virtualidad anulatoria, salvo que los motivos se pongan de manifiesto a lo largo del proceso o se desprendan del expediente, o bien se llegue inequívocamente a la conclusión de que sólo la solución adoptada es plausible, ya que esa ausencia invierte la carga de la prueba.

Cuando no existen límites estructurales al control judicial, la sustitución de los motivos es viable, con matices si la resolución tiene carácter sancionador. En estos casos normalmente la falta de motivación no anulará el acto, salvo en el caso de las sanciones.

41. Quizá resulte conveniente relativizar la concepción subjetiva del proceso contencioso-administrativo en relación con el aspecto sustantivo de la legitimación, debido a que existen ámbitos donde los intereses protegibles son difusos.

Además, en aquellos casos en que se ejercite la acción popular, el recurrente podrá pretender sin límites el restablecimiento de esa legalidad. Y, por otra parte, la jurisprudencia en ocasiones se

desvincula un tanto del tenor literal del art.42 LJCA, si bien es verdad que una cosa es una situación jurídica individualizada y otra una situación jurídica colectiva.

## II.DE LA PARTE ESPECIAL

### SECCIÓN PRIMERA

1.En el acceso a la función pública, los únicos límites que cabe reconocer al enjuiciamiento por los Tribunales de lo contencioso-administrativo son de carácter cognoscitivo. Ello, en primer lugar porque se trata de meras resoluciones administrativas; pero en segundo lugar, más específicamente, porque los arts.23.2 y 103.3 exigen que se elija al mejor, si se puede saber quién es éste. Existe pues aquí un mandato específico de buena administración.

2.La actual aplicación práctica del sistema de libre designación lesiona el art.23.2 CE. La libre designación debería responder más bien a requisitos específicos de capacidad. Por otra parte, tal y como funciona, pone en peligro la objetividad de la actuación administrativa.

En algunas sentencias se empieza a dar un tratamiento correcto a este sistema, si bien a algunas parece subyacer la inadecuación del mismo para puestos correspondientes a grupos y niveles medios.

3.Sorprendentemente, la jurisprudencia es en este campo sumamente renuente a fiscalizar la corrección de fondo de la actuación administrativa. Utiliza para ello de modo tópico argumentos de gran debilidad, bajo los que en realidad subyace el temor de sustituir indebidamente pareceres técnicos aparentemente razonables. La finalidad es plausible, pero los tópicos deben desecharse, y las

Salas deben esforzarse por hallar dónde están en cada caso los límites de su razonamiento.

Estos tópicos conducen a la jurisprudencia española a negarse a fiscalizar los conocimientos y los méritos de valoración discrecional, a declarar el mejor derecho del recurrente a la plaza de que se trate y a efectuar un análisis comparativo de los méritos y conocimientos de unos y otros.

El abandono de estos tópicos posibilitaría que la jurisprudencia fiscalizara sin problemas los casos sencillos y aquéllos en que lo discutido son conocimientos jurídicos. Esto resulta tanto más perentorio en la medida en que se hallan en juego la tutela judicial efectiva y la igualdad de acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

4. La discrecionalidad técnica es uno de los tópicos más usados por la jurisprudencia en esta materia, en combinación normalmente con otros argumentos. El TS suele decir que las apreciaciones que entran en su ámbito sólo pueden rechazarse en casos de arbitrariedad o desviación de poder.

Pero se trata de una noción cuya significación doctrinal no es unívoca; por otra parte, el ámbito de aplicación y significado que le confiere la jurisprudencia española no se corresponden con los perfiles originales del concepto ni con el único sentido del mismo hoy admisible -la necesidad de reconocer un margen cognoscitivo de apreciación donde las valoraciones efectuadas no sean objetivables-.

5. No obstante, el TC ha admitido la noción de discrecionalidad técnica. Si bien en principio pareció entenderla como un *príus* al enjuiciamiento jurisdiccional, hoy parece considerar que no excluye el control, pero lo limita por considerar que no corresponde a los Tribunales emitir juicios técnicos. Así, rechaza el amparo aun en

casos en que reconoce el error de la Administración.

Esta jurisprudencia parece más preocupada por no desbordar los límites del amparo que por definir las facultades judiciales en relación con la llamada discrecionalidad técnica.

Por último, la denominación discrecionalidad técnica induce a error y confusión y su uso debería desterrarse.

6. Por otra parte, de la consideración del acceso a la función pública como derecho de configuración legal deduce también el TC que es un mero derecho reaccional. Esto no es una consecuencia obligada de lo primero; además, el derecho reaccional no obsta a la posibilidad de obtener un pronunciamiento al amparo del art.42 LJCA.

7. Otro argumento usado a veces por la jurisprudencia es el carácter revisor del orden contencioso-administrativo, que fundamentaría la limitación del fallo a la mera anulación, en su caso. Pero que en alguna sentencia se haya reconocido el derecho del único recurrente a obtener la plaza declarada desierta demuestra que ese tópico encubre el miedo a la sustitución del criterio de la Administración por meras opiniones.

8. Decir que las cuestiones referentes a conocimientos son no jurídicas supone ignorar que todo lo que tiene consecuencias jurídicas se tiñe de lo jurídico.

9. La especialización técnica del órgano calificador constituye una garantía importante, pero la fundamental es la jurisdiccional. Sin embargo, el TC, en alguna sentencia, parece entender inconstitucional la atribución de facultades revisoras a órganos administrativos no especializados en la medida en que aquéllas sobrepasen el rechazo de decisiones arbitrarias y claramente lesivas

del art.23.2 CE, lo que es absurdo porque el amparo no sólo protege el contenido esencial de los derechos fundamentales.

10.La tesis del apoderamiento rigurosamente personal en favor de las Comisiones especializadas convierte en voliciones lo que en puridad deberían ser juicios; no tiene en cuenta la posibilidad de errores flagrantes y deja la duda acerca de si ese apoderamiento también se da en otros casos extraordinariamente difíciles pero distintos de la evaluación de capacidades.

Además, de los arts.23.2 y 103.3 CE se desprende implícitamente la inconstitucionalidad de ese tipo de apoderamientos. Por último, como la discrecionalidad no es una potestad, la norma no puede conferirla.

11.La apreciación conjunta de los méritos a valorar exige una ponderación individualizada del valor de cada uno de ellos en sí mismo y dentro del conjunto, y no equivale a discrecionalidad. La jurisprudencia en este punto es contradictoria.

En este punto, la motivación deberá jugar un papel crucial.

12.La insustituibilidad de la decisión administrativa es la resultante de todos los tópicos anteriores, aunque veces se usa de modo independiente. Esta insustituibilidad de principio contradice el art.42 LJCA. Es Sala quien debe determinar si en cada caso existen elementos para sustituir o no, motivándolo adecuadamente y sin recurrir a tópicos.

El propio TC en alguna ocasión ha reconocido el derecho del recurrente a ser nombrado funcionario, si bien se trataba de un caso perfectamente claro, al existir un baremo reglado.

Por otra parte, la extinta Audiencia Territorial de Valencia abandonó el tópico de la insustituibilidad en el caso de las pruebas de idoneidad para el acceso a cuerpos docentes universitarios. Pero

el TS cortó esta avanzada jurisprudencia, al entender que las Salas de justicia carecen de competencia para efectuar pronunciamientos semejantes, si bien también aludió a la falta de datos.

13. La imposibilidad de efectuar un análisis comparativo de méritos y capacidades choca frontalmente con el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública. Ese tipo de análisis suscita en la actualidad problemas procesales que sólo podrían resolverse adecuadamente mediante la regulación de la reconvención y de la figura del coadyuvante del demandante en la LJCA, al menos para determinados casos.

14. Cuando se trata de aplicar los denominados méritos de estimación reglada contenidos en los baremos, la jurisprudencia no tiene problemas en fiscalizar su aplicación. Por el contrario, es renuente a fiscalizar los méritos de apreciación discrecional, aunque en alguna ocasión lo ha hecho.

En todo caso, del análisis jurisprudencial no queda claro qué méritos son de estimación discrecional, ya que a veces parece aludirse con ello a los no matematizables y en otras ocasiones a los incluidos en el apartado <<otros méritos>>.

15. La jurisprudencia se niega a fiscalizar la evaluación de conocimientos. La razón de fondo es la extraordinaria dificultad existente en estos casos, sobre todo en las pruebas orales. Pero la utilización de tópicos ha extendido esa imposibilidad de fiscalización a pruebas jurídicas tipo test perfectamente asequibles a los conocimientos de la Sala, si bien en ocasiones no ha dudado en enjuiciar pruebas sencillas, como dictados u operaciones aritméticas.

En todo caso, sería conveniente la implantación general de sistemas objetivos de evaluación que facilitarían la fiscalización, y

cuando ello no sea posible, de mayores garantías, sobre todo en las pruebas orales.

16. Cuando se aduce desviación de poder, la jurisprudencia levanta el velo y no duda en fiscalizar méritos de índole discrecional e incluso pruebas de conocimientos consistentes en preguntas escritas de desarrollo.

La consideración de la desviación de poder como apartamiento del fin del acto, sea o no intencionado, podría tener efectos beneficiosos sobre la fiscalización de la llamada discrecionalidad técnica. Pero entonces cualquier vicio de fondo sería constitutivo de la misma.

17. La fiscalización judicial de los juicios pedagógicos plantea semejantes problemas a la del acceso y ascensos en la función pública, si bien aquí no juega el art. 23.2 CE.

La jurisprudencia suele negarse a fiscalizar los juicios pedagógicos con base en argumentos similares a los expuestos al hablar del acceso a la función pública. En ocasiones, afirma además que el acto calificador no es administrativo, pero esta aserción a veces se ha sacado de contexto.

En todo caso, en otras sentencias nuestras Salas han realizado un pleno enjuiciamiento de la calificación efectuada.

## SECCIÓN SEGUNDA

1. En casos distintos de las meras resoluciones administrativas, sí será en ocasiones posible reconocer la existencia de límites estructurales al control judicial.

2. La razón por la que existen límites estructurales al control judicial de la potestad reglamentaria radica en que, según la opinión



mayoritaria, los reglamentos forman parte del Ordenamiento, y no es misión de los órganos judiciales crear Derecho.

Así, los jueces no pueden, en principio, sustituir el contenido de los preceptos reglamentarios. Resultaría muy difícil que en estos casos la discrecionalidad quedara reducida a cero. No obstante, es relativamente más fácil sustituir determinaciones urbanísticas o, en ocasiones, coeficientes numéricos contenidos en un reglamento.

Otra posible razón para la no sustitución de preceptos reglamentarios puede radicar en los límites de las legítimas pretensiones de las partes, o en el hecho de que ciertos reglamentos pueden constituir manifestaciones de la dirección de la política.

3. La gradación de las posibilidades fácticas de control judicial de la potestad reglamentaria depende en buena medida del grado de sujeción del reglamento a la ley.

Los reglamentos pueden enjuiciarse a través de los principios generales del Derecho. Sin embargo, en la medida en que el juego de estos últimos se halla en relación con las concretas circunstancias de hecho, su papel será menos penetrante que en el enjuiciamiento resoluciones administrativas, al menos en el recurso directo. Por otra parte, dados los caracteres de la potestad reglamentaria, parece que debe defenderse un juego más limitado de los principios generales que en el caso de las resoluciones administrativas.

Así, en este ámbito, el alcance de la proporcionalidad se hallará limitado. Pero esa limitación es dudosa cuando se trata de reglamentos sancionadores, si bien en esta materia el art.127 LPC ha eliminado el problema de cara a reglamentos futuros, salvo cuando se trate de la potestad disciplinaria.

4. La inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria suele considerarse por nuestras Salas una cuestión política. Pero

derivar de esto sin más la desestimación del recurso no es correcto, sobre todo cuando la ley no puede llevarse a la práctica sin desarrollo reglamentario y da pautas acerca del momento y la forma de llevarlo a cabo. En todo caso, en estos supuestos existirán límites estructurales al control judicial derivados de las características propias de la potestad reglamentaria.

En otras ocasiones, no obstante, la jurisprudencia considera viable la condena a dictar reglamentos, e incluso, cuando el Ordenamiento proporciona pautas, da orientaciones acerca del contenido que habrá de tener el nuevo reglamento.

5. La planificación urbanística es campo abonado para la discrecionalidad.

Ello se debe, en primer lugar, a la gran cantidad de opciones en principio posibles, así como a la complejidad de las valoraciones a efectuar. Pero todo esto por sí solo no justificaría la discrecionalidad, sino a lo sumo un margen de apreciación.

El fundamento de la discrecionalidad del planificador habría de buscarse más bien en la predicada ordinamentalidad del plan, si bien la misma va íntimamente ligada a esas complejas valoraciones.

6. Sin embargo, dentro del plan no todos los elementos tiene el mismo grado de discrecionalidad. Existen aspectos reglados, como la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Todo esto, junto con el hecho de que una línea jurisprudencial, aun de modo contradictorio y vacilante, parece insinuar que las calificaciones concretas deben ser las óptimas, hace pensar si no será más bien el componente político del plan lo que justifica su discrecionalidad. Pero esto plantea el problema de determinar hasta dónde llega en cada caso este componente político.

7. Ciertas cuestiones estéticas, normalmente declaradas discrecionales por la jurisprudencia, son en realidad temas opinables donde no hay más remedio normalmente que reconocer a la Administración un margen cognoscitivo de apreciación.

8. En relación con el control judicial del planeamiento urbanístico, existen dos líneas jurisprudenciales.

La primera, que suele aludir a la discrecionalidad técnica del planificador, logra unos pobres resultados fiscalizadores, al entender rígidamente las reglas sobre la carga de la prueba y un elevado grado de abstracción respecto de los hechos determinantes.

La segunda suele apelar a los principios generales del Derecho, y es más activa en cuanto al encuadramiento de la decisión en los hechos concretos y más progresiva en relación con la carga de la prueba. Además, afirma reiteradamente la reducción de la discrecionalidad a medida que se ejercita la potestad de planeamiento.

Esta jurisprudencia resulta en ocasiones algo contradictoria, ya que, si bien suele afirmar la discrecionalidad del planificador, considera viable la sustitución judicial de la calificación que resulte errónea por la que sea óptima.

9. El ámbito de la planificación urbanística es donde la jurisprudencia ha realizado la interpretación más progresiva del principio de interdicción de la arbitrariedad; incluso a veces ha dicho que cuando se aprecie que una calificación es arbitraria debe ser sustituida por la más plausible. Esto parece suponer que en el ámbito de las calificaciones urbanísticas no existe libertad electiva, de una parte, y de otra supone también conectar la interdicción de la arbitrariedad con las reglas rectoras de la actuación de cada poder público. En todo caso, esta jurisprudencia

no parece muy coherente ni tan siquiera con la consideración de la arbitrariedad como falta de justificación suficiente.

10. Los medios concretos de fiscalización de la potestad de planeamiento son los habituales, si bien suele usarse más el recurso a los principios generales que el control de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Es especialmente interesante el balance costes-beneficios, si bien la jurisprudencia no pretende con ello el hallazgo de la solución óptima sino sólo anular los balances negativos.

11. La jurisprudencia más progresiva sustituye en ocasiones la calificación del plan por otra diferente.

Esta sustitución obedece en ciertos casos a la utilización de criterios reglados contenidos en la normativa urbanística del plan. Los restantes supuestos de sustitución son aparentemente más problemáticos, pero en general la jurisprudencia se muestra prudente, con muy raras excepciones.

12. Normalmente, esos criterios no reglados son la coherencia con la realidad de los hechos, con las líneas generales del planeamiento o con otras determinaciones de éste menos generales.

Sin embargo, en ocasiones inciden otros factores, como la autonomía municipal, la reserva de jurisdicción o la necesidad de evitar lagunas en caso de anulación. Pero en este punto las cautelas deben ser máximas.

13. La actividad de dirección política está sujeta a una fiscalización judicial limitada. Pero se plantean dos problemas básicos: la determinación de qué abarca y si es posible que ese limitado control se ejercite por los Tribunales ordinarios.

14. Habitualmente, los autores que consideran que lo político tiene una sustancia jurídica propia niegan esa posibilidad, si bien tras la CE han matizado su postura y entienden viable el control por los Tribunales sobre los elementos reglados o en la medida en que esas actuaciones afecten a derechos fundamentales.

Por el contrario, quienes niegan esa sustancia lo hacen precisamente para impedir que ningún acto quede exento de control judicial en sus aspectos jurídicos.

Desde nuestro punto de vista, cabe afirmar que la actuación política tiene sustancia propia pero sin perjuicio de su control judicial en sus aspectos jurídicos, incluida la lesión de los principios generales del Derecho. En todo caso, resulta innecesaria y perturbadora la categoría del acto político.

15. No obstante, la definición de la actuación política desde el punto de vista jurídico es muy difícil. Empero, tanto la CE como la Ley 30/92 parten de su existencia, como algo contrapuesto a la actuación propiamente administrativa.

Los casos más claros son los de relación institucional entre los poderes o aquellos que la CE configura implícitamente dentro de la dirección política.

En todo caso, el criterio que debe seguirse para la identificación de la actuación política es siempre restrictivo, teniendo siempre en cuenta que debe tratarse de una actividad de valoración de intereses efectuada por órganos legitimados democráticamente y políticamente responsables. Cuanto más relevantes sean los derechos en juego, más cautelas habrá que tomar a la hora de entender subsumida o no una actuación en la esfera de lo político.

16. En principio debe exigirse una atribución constitucional explícita o implícita de esas facultades de índole política,

correlativas a la responsabilidad política del órgano.

Sin embargo, en la práctica la gestión política se extiende a varios eslabones a los que de hecho esa responsabilidad no se hace efectiva personalmente. Esa extensión a los escalones más inmediatos es seguramente inevitable, pero en todo caso grave si no se arbitran mecanismos efectivos de exigencia personal de tal responsabilidad.

Por otra parte, lo dicho supone la ilegitimidad constitucional de la atribución de facultades de índole política a las llamadas Administraciones independientes.

17. La dirección de la política se contrapone a la dirección administrativa. Se trata de una distinción complicada, pero cuya clave de bóveda debe buscarse en todo caso en el principio de objetividad de la Administración.

18. Las actuaciones de dirección política se sujetan a la interdicción de la arbitrariedad y demás principios constitucionales. En la medida en que en esas actuaciones existen aspectos jurídicos, deben someterse a fiscalización por un órgano judicial. Sin embargo, como la actuación política no se sujeta al art. 103.1, existen límites estructurales a su control judicial, dada la división de poderes.

Sería quizá deseable que este control se atribuyera en todo caso al TC, en virtud de lo dispuesto en el art. 161.1, d) CE. Pero, en tanto en cuanto no sea así, el mismo debe entenderse atribuido al orden contencioso-administrativo, aunque esto no sea lo más adecuado.

En todo caso, en general nuestras Salas de lo contencioso se declaran incompetentes para fiscalizar las actuaciones que estiman políticas.

19. Los casos atribuidos a los Tribunales ordinarios serán los referentes al control de los elementos reglados y del respeto a los

principios generales de las actuaciones políticas no fiscalizables por el TC, ya que las lesivas de derechos fundamentales son susceptibles de amparo directo. Cuando se trata de actos de relación institucional, es difícil que el control se ejerza por los Tribunales ordinarios, ya que los supuestos de arbitrariedad están en estos casos tasados en la CE y se identifican con la lesión de derechos fundamentales.

20. Los Tribunales ordinarios no suelen tener muy claro cuándo estamos ante un parámetro jurídico que enmarca una actuación revestida de tintes políticos. Sin embargo, normalmente cuando el TS fiscaliza esos parámetros entiende que se trata de un acto sujeto al Derecho Administrativo para fiscalizar su control; por el contrario, cuando considera que estamos ante una actuación política afirma también que las normas aplicables no establecen en realidad verdaderos parámetros jurídicos vinculantes, precisamente para justificar su negativa a controlar esa actuación.

A veces hasta el mismo control de los elementos formales resulta problemático.

21. En todo caso, las Salas de lo contencioso-administrativo suelen caracterizarse por su prudencia. Pero el problema radica en los difusos límites de la interdicción de la arbitrariedad, sobre todo tal y como lo concibe la nueva tendencia jurisprudencial.

22. Quizá no pueda predicarse en todos los casos el mismo grado de control sobre las actuaciones políticas por los Tribunales ordinarios. Cuando se trate de la designación de cargos políticos, los límites serán simplemente la prohibición de discriminaciones específicas y la elección de personas psíquicamente incapaces. En otros supuestos, serán sólo formales, como la moción de censura



municipal. En otros, el control puede ser algo más intenso, aunque siempre limitado, como ocurre con la proporcionalidad de las Comisiones municipales.

En todo caso, si bien en la práctica no habrá grandes diferencias entre la intensidad del control judicial de actuaciones políticas y de ciertas resoluciones administrativas, teóricamente las mismas son incontestables.

23. En el ámbito de la potestad organizatoria, la jurisprudencia sigue ejerciendo un control limitado. Las razones que suelen esgrimirse no pasan por lo general de ser meros tópicos sin mucho sentido. Quizá estemos ante un lastre derivado del ámbito de <<lo discrecional por la materia>> del sistema de 1894. También se alude a las especificidades de las controvertidas relaciones de sujeción especial.

En ocasiones, no obstante, las limitaciones al control estarán justificadas en la medida en que se trate de disposiciones generales. También las restricciones a la legitimación juegan en ocasiones cierto papel, por lo que a veces se ha propugnado el establecimiento de la acción popular en este ámbito.

Resulta difícil decir que las potestades organizatorias de la Administración entren dentro de lo político, dada la existencia de una reserva de ley en la materia; si bien alguna sentencia del TC parece implícitamente reconocer lo contrario. Puede exceptuarse determinados ámbitos organizativos en los entes constitucionalmente dotados de autonomía y carentes de potestad legislativa.

Por otra parte, que la Administración esté en las mejores condiciones para determinar qué es lo que más le conviene en cuanto a su modo de organizarse puede justificar, a lo sumo, un margen cognoscitivo de apreciación.



## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa*, nº8, 1990.

AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991.

AGUADO I ÇUDOLÀ, V., *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.

AJA FERNÁNDEZ, E., y otros, *El sistema jurídico de las Comunidades autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.

ALEGRE AVILA, J.M., "La viabilidad constitucional del decreto-ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad", en *RAP*, nº 105, 1984.

ALEGRE AVILA, J.M., "La función pública y los interinos y contratados (La STC 67/89 de 18-4). Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad", en *REALA*, nº243, 1989.

ALEGRE AVILA, J.M., "Objetividad e imparcialidad de la Administración: el principio de especialidad en la composición de los órganos de selección", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, Homenaje a González Pérez, I, Civitas, Madrid, 1993.

ALEGRE AVILA, J.M., "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública", en *RVAP*, nº42, 1995.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989.

ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del art.14 de la Constitución española", en *RAP*, nº 100-102, vol.I, 1983.

ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.

ALONSO GARCÍA, E. "El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional", en *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985.

ALVAREZ RICO, M., "El control de la potestad organizatoria de la Administración", en *DA*, nº 161, 1976.

ALVAREZ RICO, M., "Control jurisdiccional de la potestad organizatoria de la Administración", en *DA*, nº 174, 1977.

ALVAREZ RICO, M., y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., "La desviación de poder en materia de personal", en *DA*, nº157, 1974.

APARICIO PÉREZ, M.A., "¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?", en *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985.

APRELL LASAGABASTER, Ma C., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad", en *REDA*, nº57, 1988.

ARCENEGUI, I.de, "Consideraciones en torno a la carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, Homenaje a González Pérez, Civitas, Madrid, 1993.

ARIÑO ORTIZ, G., *Las tarifas de los servicios públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*. Universidad de Sevilla, 1976.

ATIAS, C., *Contra arbitrariedad, teoría*, EDERSA, Madrid, 1988.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Sobre lo razonable en el Derecho", en *REDC*, nº 27, 1989.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, nº8, 1990.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1993.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *REDA*, nº 85, 1995.

AUBY, J.M., y DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif, II*, Librairie Général de Droit et jurisprudence, París, 1975.

BACHOF, O., "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en *Juristenzeitung*, nº4, 1955.

BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Los actos políticos del Gobierno en

el Derecho español", en *DA*, nº177 y 178, 1978.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)", en *Homenaje a Villar Palasí*. Civitas, Madrid, 1989.

BAENA DEL ALCAZAR, M., "Competencias, funciones y potestades en el Ordenamiento jurídico español", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

BALLESTEROS LLOMPART, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986.

BARCELONA LLOP, J., "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley y reserva de ley)", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, C.A., "Control jurisdiccional de los actos administrativos", en *RAP*, nº110, 1986.

BAÑO LEÓN, J.Mª, *La prueba de los hechos determinantes del acto administrativo*, Tesina de Licenciatura, inédita, Universidad de Valencia, 1980.

BAÑO LEÓN, J.Mª, "El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública", en *REDA*, nº54, 1987.

BAÑO LEÓN, J.Mª, "La <<fuerza normativa de lo fáctico>> en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *REDA*, nº59, 1988.

BAÑO LEÓN, J.Mª, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

BARNES VÁZQUEZ, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", en *RAP*, nº135, 1994.

BARNES VÁZQUEZ, J. (coord.) y otros, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1994.

BARRA, R.C, "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*. Homenaje a González Pérez, tomo III, Civitas, Madrid, 1993.

BARRAGÁN, J., "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", en *Doxa*, nº8, 1990.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990.

BAYÓN MARINÉ, I., "Control jurisdiccional de la actividad

de los Jurados tributarios", en *RAP*, nº 48, 1965.

BEATO ESPEJO, M., "La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas", en *REDA*, nº 56, 1987.

BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

BELTRÁN DE FELIPE, M., "Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.IV, Civitas, Madrid, 1991.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Temas Clave, Tecnos, Madrid, 1995.

BERGHOLTZ, G., "Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en *Doxa*, nº8, 1990.

BERMEJO VERA, J., "Protección de derechos fundamentales: discrecionalidad administrativa y discrecionalidad judicial. Contenido esencial de la libertad sindical en la función pública", en *La Ley*, 1991, vol.3.

BERMEJO VERA, J., y otros, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994.

BLASCO ESTEVE, A., "Las dispensas y reservas de dispensación contenidas en los planes de urbanismo", en *RDU*, nº126, 1992.

BLUMANN, C., "Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme", en *RDPSP*, 1975.

BOCKEL, A., "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'Administration", en *AJDA*, julio-agosto, 1978.

BONNARD, R., "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir", en *Révue du Droit Public*, 1923.

BOQUERA OLIVER, J.M., "Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa", en *RAP*, nº40, 1963.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", en *REDA*, nº40-41, 1984.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, "La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución", en *RDU*, nº118, 1990.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, *Derecho Administrativo*, 9ªed., Civitas, Madrid, 1993.

BOQUERA OLIVER, J.M., *Estudios sobre el acto administrativo*. 7ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, "La revisión de oficio de las concesiones y licencias urbanísticas", en *REALA*, nº258, 1993.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, "Fundamento y regulación de los recursos administrativos", en *RGAP*, nº 6, 1994.

BOQUERA OLIVER, J.Mª, "Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo", en *RAP*, nº135, 1994.

BORRAJO INIESTA, I., "Prueba y jurisdicción revisora", en *REDA*, nº61, 1989.

BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

BRAIBANT, G., "Le principe de la proportionnalité", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1974.

BRAIBANT, G., LONG, M., WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8ªed., Sirey, París, 1984.

BROHM, W., "Administración y jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismos de regulación de un sistema policéntrico de producción del Derecho", en *DA*, nº 234, 1993.

BULLINGER, M.S., "La discrecionalidad de la Administración Pública: evolución, funciones, control judicial", en *La Ley*, 30-10-1987.

CALVO CHARRO, Mª, "Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa", en *RAP*, nº137, 1995.

CANO MATA, A., "Declaración de inadmisibilidad en vía administrativa y revisión jurisdiccional de la cuestión de fondo", en *RAP*, nº88, 1979.

CANO MATA, A., "Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno", en *REDA*, nº72, 1991.

CARRASCO PERERA, A., "El <<juicio de razonabilidad>>en la justicia constitucional", en *REDC*, nº 11, 1984.

CARRETERO PÉREZ, A., "Causa, motivo y fin del acto administrativo", en *RAP*, nº58, 1969.

CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., "La doctrina del acto político", en *RAP*, nº53, 1967.

CASCAJO CASTRO, J.L., "La forma parlamentaria de gobierno en el sistema constitucional español", en *RVAP*, nº 34, 1992.

CASSAGNE, J.C., "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", en *REDA*, nº67, 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, I, vol. II, 14ª ed., Reus, Madrid, 1984.

CASTELLS ARTECHE, J.M., "La nueva problemática de la alteración de los términos municipales", en *RAP*, nº 100-102, vol.III, 1983.

CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo", en *RAP*, nº7, 1952.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo", en *RAP*, nº10, 1953.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *RAP*, nº30, 1959.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa", en *RAP*, nº39, 1962.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto", en *RAP*, nº42, 1963.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "Prensa y jurisdicción contencioso-administrativa", en *RAP*, nº 50, 1966.

CLIMENT BARBERÁ, J., "Proyectos de delimitación del suelo urbano y programas de actuación urbanística", en *Derecho urbanístico local*, coord. Boquera Oliver, J.Mª, Civitas, Madrid, 1992.

COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, parte general*, 2ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

COBREROS MENDAZONA, E., "Sobre el control de los actos del Gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta", en *RVAP*, nº31, 1991.

COCA VITA, E., "Legalidad constitucional, exclusión del

control judicial y discrecionalidad técnica", en *RAP*, nº100-102, vol.II, 1983.

COCA VITA, E., "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales", en *RAP*, nº108, 1985.

COSCULLUELA MONTANER, L., "Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional", en *REDA*, nº1, 1974.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990.

COSTA, J.P., "Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", en *AJDA*, julio-agosto, 1988.

CRUZ FERRER, J.de la, "Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance coste-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa", en *REDA*, nº45, 1985.

CRUZ FERRER, J.de la, "La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés", en *RAP*, nº 111, 1986.

CRUZ FERRER, J.de la, "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", en *RAP*, nº116, 1987.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.de la, *Las potestades administrativas*, Temas Clave, Tecnos, Madrid, 1986.

CHINCHILLA MARÍN, C., "La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: *il giudizio di ottemperanza*", en *REDA*, nº59, 1988.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.

CHINCHILLA MARÍN, C., LOZANO CUTANDA, B., SAZ CORDERO, S. del, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo: tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992.

DELVOLVÉ, P., y VEDEL, G., *Droit Administratif, I*, 10ªed., Themis, París, 1990.

DELGADO BARRIO, F.J., "Reflexiones sobre el art.106.1: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

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

DELGADO BARRIO, F.J., "El principio de efectividad de la

tutela judicial", en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, Homenaje a González Pérez, Civitas, Madrid, 1993.

DELGADO BARRIO, F.J.(director), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, nº32, CGPJ, Madrid, 1994.

DESDENTADO DAROCA, E., "Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa (el caso Wheeler versus Leicester City Council)", en *REDA*, nº 82, 1994.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, I*, 7ªed., Tecnos, Madrid, 1990.

DÍAZ DE LEMA, J.M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, IEF-ICO, Madrid, 1985.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., "Un órgano atípico y conflictivo: la Comisión de reclamaciones del artículo 43 de la LRU", en *REDA*, nº68, 1990.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., "La discrecionalidad técnica y la Comisión de reclamaciones de las universidades", *REDA*, nº79, 1993.

DIOS VIEITEZ, Mª V.de, "El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos: ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?", en *REDA*, nº60, 1988.

DREIER, H., "En torno a la <<independencia>>de la Administración", en *DA*, nº 234, 1993.

DREYFUS, F., "Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité: A propos de trois jugements du Tribunal Administratif de L'OIT(14 mai 1973)", en *RDPSP*, 1974.

DUPEYROUX, O., "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux", en *RDPSP*, 1983.

DWORKIN, R., *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 1985.

EHEVARRÍA HERNÁNDEZ, J.M., "La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas", en *RAP*, nº43, 1964.

EDLEY, C., *Derecho Administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, MAP, Madrid, 1994.



EMBID IRUJO, A., "La relación entre los poderes del Estado en la dogmática alemana reciente", en *RAP*, nº115, 1988.

EMBID IRUJO, A., "Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras", en *RCG*, nº13, 1988.

EMBID IRUJO, A., "El coloquio de Heidelberg sobre el control judicial de las decisiones administrativas", en *RAP*, nº124, 1991.

EMBID IRUJO, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

EMBID IRUJO, A., "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos", *REALA*, nº258, 1993.

EMBID IRUJO, A., "Recensión a *Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*", en *RAP*, nº133, 1994.

ENTRENA CUESTA, R., "Las licencias en la legislación local", en *REVL*, nº107, 1959.

ENTRENA CUESTA, R., "Límites de la actividad de policía municipal", en *REVL*, nº126, 1962.

ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9ªed., Tecnos, Madrid, 1990.

ENTRENA CUESTA, R., "Licencias urbanísticas y discrecionalidad administrativa", en *Derecho urbanístico local*, coord.Boquera Oliver, J.Mª, Civitas, Madrid, 1992.

ESCRIBANO COLLADO, P., "¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho Administrativo?", en *REDA*, nº 37, 1983.

ESCRIBANO COLLADO, P., "Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, *Homenaje a González Pérez, I*, Civitas, Madrid, 1993.

EYMAR ALONSO, C., "La justicia de la razón y las razones de los jueces", en *El Poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, CEC, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.

FERNANDEZ FARRERES, G., "La potestad local de autoorganización: contenido y límites", en *Tratado de Derecho Municipal*, dir.Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., "De nuevo sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de Universidad", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº1, 1987.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M<sup>a</sup>, "Sobre la <<libre>> remoción de los funcionarios interinos", en *AA*, nº XII, 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución", en *RAP*, nº55, 1968.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo", en *RAP*, nº58, 1969.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Orden público y nulidad de pleno derecho", en *RAP*, nº59, 1969.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El control jurisdiccional de la *causa expropriandi*", en *REDA*, nº1, 1974.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Discrecionalidad y jurisdicción revisora", en *REDA*, nº 2, 1974.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *REDA*, nº 11, 1976.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", en *REDA*, nº76, 1992.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "De nuevo sobre el poder discrecional de la Administración y su ejercicio arbitrario", en *REDA*, nº80, 1993.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho urbanístico*, 10<sup>a</sup> ed., Abella, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?", en *REDA*, nº 83, 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, Civitas, Madrid, 1994.

FERNANDO PABLO, M.M., "Discrecionalidad y prohibición de la arbitrariedad: la motivación de la concesión de licencia en suelo

urbanizable no programado", en *REALA*, nº 226, 1986.

FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FERRANDO BADÍA, J., *Estudios de ciencia política y de teoría constitucional*, 3ªed., Tecnos, Madrid, 1988.

FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989.

GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *RAP*, nº34, 1961.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, IEA, Madrid, 1971.

GARCÍA ALVAREZ, G., "El concepto de reglamento ejecutivo en la jurisprudencia de Tribunal Supremo", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, Homenaje a González Pérez, Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópic jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos", en *RAP*, nº27, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en *RAP*, nº29, 1959.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en *RAP*, nº30, 1959.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.

GARCIA DE ENTERRIA, E., "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos", en *RAP*, nº38, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", en *REDA*, nº5, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, 2ªed., Taurus, Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1ªed., Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Un paso importante para el desarrollo en nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", en *REDA*, nº 61, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Revolución francesa, Derecho Público y justicia administrativa", en *El Poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, CEC, Madrid, 1990.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?", en *RAP*, nº124, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y <<jurisdicción plenaria>> de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales", en *REDA*, nº79, 1993.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol.I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, vol.II, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA LLOVET, E., "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en *RAP*, nº 131, 1993.

GARCÍA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en *REDA*, nº 56, 1987.

GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.

GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., "Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente", en *RAP*, nº38, 1962.

GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A, *Tratado de Derecho Administrativo, I*, Revista de Derecho Privado ,Madrid, 1974.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública", en *RAP*, nº121, 1990.

GARRIDO FALLA, F., "La Administración y la ley", en *RAP*, nº6, 1951.

GARRIDO FALLA, F., "El recurso subjetivo de anulación", en *RAP*, nº8, 1952.

GARRIDO FALLA, F., "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa", en *RAP*, nº13, 1954.

GARRIDO FALLA, F., "Los motivos de impugnación del acto administrativo", en *RAP*, nº17, 1955.

GARRIDO FALLA, F., "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", en *RAP*, nº28, 1959.

GARRIDO FALLA, F., "La Administración y el método jurídico", en *RAP*, nº 35, 1961.

GARRIDO FALLA, F., "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", en *RAP*, nº55, 1968.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, I*, CEC, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, F. "Dictamen sobre posible inconstitucionalidad de la ley 1/91, del Parlamento de las islas baleares (la reserva del ejecutivo)", en *RAP*, nº 126, 1991.

GARRIDO FALLA, F., y FERNANDEZ PASTRANA, J.Mª, *Régimen jurídico y procedimiento común de las Administraciones Públicas (Un estudio sobre la Ley 30/92)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

GILLI, J.P., "Le contrôle juridictionnel du permis de construire: incertitudes et insuffisances", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, LGDJ, París, 1974.

GIMENO FELIÚ, J.Mª, "La necesidad de particularización en la valoración de méritos en aplicación de baremo", en *REDA*, nº63, 1989.

GIMENO FELIÚ, J.Mª, "Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico(ayudas y subvenciones)", en *RAP*, nº137, 1995.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", en *RAP*, nº 113, 1987.

GÓMEZ MONTORO, A., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", en *REDC*, nº30, 1990

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L., "Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad", en *RAP*, nº37, 1962.

GONZALEZ GARCIA, E., "El principio de legalidad tributaria en la CE de 1978", en *La CE y las fuentes del Derecho*, vol.II, IEF, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ GRIMALDO, M.C., "Potestad sancionadora y carga de la prueba", en *RAP*, nº53, 1967.

GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., "En torno a las oposiciones restringidas", en *REDA*, nº50, 1986.

GONZÁLEZ MARIÑAS, P., "Reflexiones sobre el Derecho disciplinario: delimitación de la llamada <<falta de probidad>>", en *DA*, nº150, 1972.

GONZÁLEZ MARIÑAS, P., "Derecho Penal y Derecho disciplinario", en *DA*, nº155, 1973.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1964.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, 2ªed., Civitas, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ SALINAS, P., "El ejercicio del derecho de petición y la fiscalización jurisdiccional de la resolución administrativa", en *REDA*, nº 54, 1987.

GONZÁLEZ SALINAS, P., "El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales", en *REDA*, nº 67, 1990.

GONZÁLEZ SALINAS, P., "Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno", en *REDA*, nº79, 1993.

GONZÁLEZ SALINAS, P., "La motivación arbitraria de las sentencias", en *REDA*, nº 82, 1994.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "El control de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea y otras enseñanzas

procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español (Informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)", en *RAP*, nº 135, 1994.

GUIBAL, M., "De la proportionnalité", *AJDA*, octubre-1978.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El sistema institucional de la Unión europea*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia el juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991.

HOFFMANN-RIEM, W., "La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental", en *DA*, nº 234, 1993.

HURTADO ORTS, F., *La iniciativa pública local en la actividad económica*, FVMP-Civitas, Valencia, 1995.

IGARTÚA SALAVERRÍA, J., "Conceptos indeterminados y hechos del Derecho", en *RVAP*, nº 36, 1993.

IZU BELLOSO, M.J., "Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", en *REDA*, nº58, 1988.

JESCH, D., "Recensión al libro de H.Ehmke *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, nº86, 1961.

JESCH, D., "Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad", *Instituto de estudios administrativos*, Madrid, 1978

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas", en *RVAP*, nº32, 1992.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "La dirección de la Administración Pública como función del Gobierno", en *RVAP*, nº 34, 1992.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "La función legislativa y la <<reserva de administración>>: notas sobre un nuevo concepto", en *Las Cortes Generales*, vol.II, IEF, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., ORTEGA ALVAREZ, L., PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 2ªed., Ariel, Barcelona, 1995.

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona 1995.

KANT, E., *La crítica de la razón pura*, I, Orbis, Barcelona, 1985.

KTISTAKI, S., *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, París, 1991.

LAFUENTE BENACHES, M., "La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución", en *REDA*, nº42, 1984.

LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en Droit Administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Bruylant, Bruselas, 1986.

LAUBADÈRE, A.de, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, LGDJ, París, 1974.

LEGUINA VILLA, J., "Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos", en *RAP*, nº49, 1966.

LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M. (directores), *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993.

LEIRA COBEÑA, E., "El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho", en *REVL*, nº52, 1950.

LEMASURIER, J., "Vers un nouveau principe général du Droit? Le principe <<Bilan-coût-avantages>>", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, LGDJ, París, 1974.

LETOURNEUR, M., "El control de los hechos por el Consejo de Estado francés", en *RAP*, nº7, 1952.

LINDE PANIAGUA, E., "El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento", en *RDU*, nº128, 1992.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., *El principio general de la proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, I.G.O., Sevilla, 1988.

LÓPEZ GUERRA, L., "La posición constitucional del Gobierno", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol.I, IEF, Madrid, 1988.

LÓPEZ GUERRA, L., "Funciones del Gobierno y dirección política", en *DA*, nº215, 1988.

LÓPEZ GUERRA, L., "Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución española", en *REDC*, nº 23, 1988.

LÓPEZ RODÓ, L., "La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera", en *REVL*, nº31, 1947.



LÓPEZ RODÓ, L., "La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español", en *REVL*, nº34, 1947.

LOQUET, P., y TOULEMONDE, B., "La délivrance du permis de construire aux abords des monuments historiques. Note sous T.A.Lille 24-10-78 et C.E., 7-11-80", en *AJDA*, 20-1-1982.

LOZANO CUTANDA, B., "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", en *RAP*, nº 118, 1989.

LUCES GIL, F., "La discrecionalidad de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *REVL*, nº53, 1950.

MACCORMICK, N., "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, coord. por Betegón, J., y De Páramo Argüelles, J.R., Ariel, Barcelona, 1990.

MACCORMICK, N., "La argumentación y la interpretación en el Derecho", en *RVAP*, nº 36, 1993.

MALARET I GARCÍA, E., "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en *Administración Pública y procedimiento administrativo, Comentarios a la Ley 30/92*, coord. Tornos Mas, J., Bosch, Barcelona, 1994.

MAROTTA, L., *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padua, 1988.

MARTÍN GONZÁLEZ, M., "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", en *RAP*, nº54, 1967.

MARTÍN REBOLLO, L., "La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo contencioso-administrativo de 1890-1894", en *RAP*, nº78, 1975.

MARTÍN MATEO, R., *Administración monetaria*, IEAL, Madrid, 1968.

MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental, I*, Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Actos administrativos generales y reglamentos", en *RAP*, nº40, 1963.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "El genio expansivo del Estado de Derecho", en *RAP*, nº47, 1965.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Unidad de jurisdicción para la Administración Pública", en *RAP*, nº49, 1966.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La fórmula <<cuestiones de hecho>> como delimitadora de la competencia de los jurados de

riego", en *RAP*, nº 65, 1971.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Evolución reciente del recurso contencioso-administrativo", en *RAP*, nº 95, 1981.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", en *RAP*, nº100-102, vol.II, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Notas sobre la historia de la noción de orden público", en *REDA*, nº 36, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Alkal, Madrid, 1984.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "De la separación y control de poderes en el sistema constitucional español", en *RCEC*, nº 4, 1989.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Justicia administrativa y Comunidades autónomas", en *RAP*, nº121, 1990.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La desviación de poder en el Derecho español", en *RAP*, nº22, 1957.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en *RAP*, nº23, 1957.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Naturaleza jurídica de las leyes<<ad hoc>>*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L., "El concepto de Administración Pública de la Ley de lo contencioso tras la Constitución de 1978", en *RAP*, nº 96, 1981.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "Subvenciones e igualdad", en *REDA*, nº65, 1989.

MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J.L., "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública", en *Homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ MORALES, J.L., "Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad administrativa", en *REDA*, nº47, 1985.

MEILÁN GIL, J.L., "Legalidad constitucional y legalidad administrativa en la actuación de las Comunidades Autónomas", en *RAP*, nº100-102, vol.III, 1983.

MENÉNDEZ GARCÍA, P., "Reflexiones constitucionales sobre la potestad de dirección en las relaciones administrativas

interorgánicas", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional, I, parte general*, Bosch, Barcelona, 1987.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional, II, Proceso Civil, 1º, 1ª ed.*, Bosch, Barcelona, 1989.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional, II, Proceso Civil, 2º, 1ª ed.*, Bosch, Barcelona, 1989.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional, III, Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1993.

MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.

MONTORO CHINER, MªJ., "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control judicial versus fracaso legislativo. (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de la inactividad administrativa por la <<muerte de los bosques>> en la RFA)", en *RAP*, nº 110, 1986.

MORANGE, G., "Le déclin du principe d'égalité dans les concours", en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, LGDJ, París, 1974.

MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994.

MORENA Y DE LA MORENA, L.de, "Los fines de interés público como <<causa>> y como <<límite>> de la competencia y como <<medio>> y <<medida>> de control jurídicos", en *RAP*, nº 85, 1978.

MORENA Y DE LA MORENA, L.de, "La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los trasposos de servicios en materia de espectáculos públicos", en *RAP*, nº109, 1086.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., "El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional", en *Homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985.

MUÑOZ MACHADO, S., "Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa", en *REDA*, nº6, 1975.

MUÑOZ MACHADO, S. "La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas", en *REDA*, nº11, 1976.

MUÑOZ MACHADO, S., "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *REDA*, nº26, 1980.

MUÑOZ MACHADO, S., "Control jurisdiccional y responsabilidad en las expropiaciones urgentes", en *REDA*, nº36, 1983.

MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.

MUÑOZ MACHADO, S., "La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

NIETO GARCÍA, A., "Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal alemana", en *RAP*, nº31, 1960.

NIETO GARCÍA, A., "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en *RAP*, nº37, 1962.

NIETO GARCÍA, A., "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", en *RAP*, nº44, 1964.

NIETO GARCÍA, A., "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", en *RAP*, nº50, 1966.

NIETO GARCÍA, A., "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes del contencioso-administrativo", en *RAP*, nº57, 1968.

NIETO GARCÍA, A., "Problemas capitales del Derecho disciplinario", en *RAP*, nº63, 1970.

NIETO GARCÍA, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986.

NIETO GARCÍA, A., "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

NIETO GARCÍA, A., "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales", en *Homenaje a González Pérez, I*, Civitas, Madrid, 1993.

NIETO GARCIA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.

NIETO GARCÍA, A., "Recensión a *La libre designación en la*

*función pública vasca*, de Jiménez Asensio, R., y Mesa del Olmo, A.", en *RAP*, nº133, 1994.

OEBBECKE, J., "La legitimación democrática de la autoadministración no municipal", en *DA*, nº 234, 1993.

ORTEGA ALVAREZ, L., "El reto dogmático del principio de eficacia", en *RAP*, nº 133, 1994.

OTTO Y PARDO, I.de, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

PAMBOU TCHIVOUNDA, G., "Recherche sur l'urgence en Droit Administratif français", en *Révue de Droit Public*, nº426, 1983.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", en *RAP*, nº55, 1968.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en *RAP*, nº59, 1969.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas", en *RAP*, nº 100-102, vol.II, 1983.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Estudio preliminar a La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, de Lozano Cutanda, B., Marcial Pons, Madrid, 1990.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo, I*, parte general, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Las Administraciones independientes", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, Civitas, Madrid, 1994.

PARAMO ARGÜELLES, J.R. de, "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", en *REDC*, nº 22, 1988.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

PAREJO ALFONSO, L., *Estudio preliminar a La Administración y los jueces*, de R.Parada Vázquez, Marcial Pons-ed.Jurídica venezolana, Madrid, 1988.

PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", en *DA*, nº218-219, 1989.

PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991.

PAREJO ALFONSO, L., "Constitución y valores del Ordenamiento", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.I, Civitas, Madrid, 1991.

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

PAREJO ALFONSO, L., "La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración instrumental: Homenaje a Clavero Arévalo*, vol.I, Civitas, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, L., y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (directores), *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid, 1989.

PAREJO GAMIR, R., "La actividad administrativa de transmisión de derechos mineros", en *REDA*, nº6, 1975.

PASBECQ, C., "De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès du pouvoir", en *RDPSP*, 1980.

PEISER, G., "Le juge administratif et les dérogations", en *Mélanges Waline*, Sirey, París, 1974.

PEÑARRUBIA IZA, J.Mª, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar", en *RAP*, nº133, 1994.

PEÑARRUBIA IZA, J.Mª, "La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica", en *RAP*, nº136, 1995.

PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.

PÉREZ LUQUE, A., "El ingreso del personal de la Administración Pública de cara al nuevo Reglamento de 10 de marzo de 1995 y su aplicación a la Administración local", en *El Consultor*, nº15-16, agosto de 1995

PÉREZ OLEA, M., *Estudio preliminar a Wade*, ed.IEP, Madrid, 1971.

PÉREZ OLEA, M., "La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial", en *REVL*, nº173, 1972.

PIÑAR MAÑAS, J.L., "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la

Administración", en *DA*, nº220, 1989.

POMED SÁNCHEZ, L.A., "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", en *RAP*, nº 132, 1993.

PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

PRIETO SANCHIS, L., y PECES BARBA, G., *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Ed.Fernando Torres, Valencia, 1981.

QUINTANA LÓPEZ, T., *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987.

QUINTANA LÓPEZ, T., "El Tribunal de cuentas y la teoría estatutaria del Derecho Administrativo", en *RAP*, nº116, 1988.

QUINTANA LÓPEZ, T., "El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias", en *Homenaje a García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.

REVIDATTI, G.A., "La técnica como limitativa de la discrecionalidad(La aplicación de la defensa de derechos, libertades y garantías como consecuencia de la influencia de normas no jurídicas)", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*. Homenaje a González Pérez, tomo III, Civitas, Madrid, 1993.

REYES MONTERREAL, J.Mª, "Reconocimiento de personalidad por la Administración y posterior impugnación por ésta en vía contenciosa", en *RAP*, nº100-102, vol.II, 1983.

RÍOS ÁLVAREZ, L., "Los poderes discrecionales", en *RAP*, nº99, 1982.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J., "Desviación de poder y discrecionalidad del legislador", en *RAP*, nº100-102, vol.II, 1983.

RIVERO, J., "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo", en *RAP*, nº6, 1951.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y SARMIENTO ACOSTA, M.J., "El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, Homenaje a González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, vol.II.

ROMANO, S., "Voz poderes, potestades", en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

ROSA MORENO, J., *Régimen jurídico de la evaluación de*

*impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993.

ROSA MORENO, J., "Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva", en *REDA*, nº 81, 1994.

RUBIO LLORENTE, F., "El procedimiento administrativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho", en *REDC*, nº 16, 1986.

RUBIO LLORENTE, F., "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en *El Poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, CEC, Madrid, 1990.

SÁINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

SAINZ MORENO, F., "El control judicial de la fijación de coeficientes multiplicadores en el sistema retributivo de la función pública", en *RAP*, nº81, 1976.

SAINZ MORENO, F., "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", en *REDA*, nº8, 1976.

SÁINZ MORENO, F., "Sobre el interés público y la legalidad administrativa", en *RAP*, nº 82, 1977.

SAINZ MORENO, F., "Recensión al libro de Pavlopoulos *La directive en Droit administratif*", en *RAP*, nº 87, 1978.

SAINZ MORENO, F., "La delimitación de los polígonos militares de experiencia de tiro: ¿acto político o acto administrativo? La relación de causalidad entre un acto anulado y el daño por éste causado", en *REDA*, nº20, 1979.

SAINZ MORENO, F., "Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", en *RAP*, nº115, 1988.

SÁIZ ARNAIZ, A., "El Gobierno y la dirección de la política", en *RVAP*, nº 34, 1992.

SÁIZ ARNAIZ, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia de Tribunal Supremo", en *RAP*, nº 134, 1994.

SALA ARQUER, J.M., "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", en *REDA*, nº82, 1984.

SALAS HERNÁNDEZ J., "La provincialización de servicios (iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)", en *La provincia en el sistema constitucional español*, dirigido por R.Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ AGESTA, L., "Concepto jurídico del acto político



(Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa)", en *Homenaje a N. Pérez Serrano*, vol.II, Reus, Madrid, 1959.

SÁNCHEZ BLANCO, A., "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en *REDA*, nº30, 1981.

SÁNCHEZ ISAC, J., *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, IEAL, Madrid, 1973.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho a la tutela judicial efectiva como límite a la ejecutividad de los actos administrativos", en *REDA*, nº 35, 1982.

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

SANDEVOIR, P.de, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, París, 1954.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control", en *REDA*, nº2, 1974.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*, CEURA, Madrid, 1988.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar", en *DA*, nº215, 1988.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Temas Clave, Tecnos, Madrid, 1988.

SAZ CORDERO, S.del, "Origen, desarrollo y plenitud e la justicia administrativa", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y control jurisdiccional)*, *Homenaje a González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993.

SCHMIDT-ASMANN, E. "La legitimación de la Administración como concepto jurídico", en *DA*, nº 234, 1993.

SEVILLA MERINO, I., *La responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de los planes urbanísticos municipales*, FVMP-Civitas, Valencia, 1994.

SORIANO GARCÍA, J.E., "Hacia el control de la desviación de poder por omisión", en *REDA*, nº40-41, 1984.

SORIANO GARCÍA, J.E., "La desviación de poder por omisión", en *La ley*, 1984-3.

SORIANO GARCÍA, J.E., "El enjuiciamiento contencioso de la actividad parlamentaria no legislativa", en *RAP*, nº106, 1985.

SORIANO GARCÍA, J.E., "Los poderes del Juez, la ley y la

reforma del contencioso", en *RAP*, nº124, 1991.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

SOSA WAGNER, F. y DE MIGUEL GARCÍA, P., "La alteración de los términos municipales en el nuevo Derecho local", en *REALA*, nº232, 1986.

SUAY RINCÓN, J., "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", en *RAP*, nº 123, 1990.

SUAY RINCÓN, J., "El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos", en *RAP*, nº124, 1991.

SUÑÉ LLINÁS, E., "Sobre el concepto de potestad", en *Homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.

TEJERIZO LÓPEZ, J.M., "Las fuentes del Derecho Financiero en la Constitución", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol.III, IEF, Madrid, 1979.

TOLEDO JÁUDENES, J., "Alteración del planeamiento urbanístico: derechos adquiridos y control judicial", en *RAP*, nº110, 1986.

TORNOS MAS, J., "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa", en *REDA*, nº 7, 1975.

TORNOS MAS, J., "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y reserva normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *RAP*, nº100-102, vol.I, 1983.

TORNOS MAS, J., "Reducción de la discrecionalidad en la potestad gubernativa de derribo de la legislación arrendaticia urbana", en *REDA*, nº37, 1983.

TORNOS MAS, J., "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", en *RAP*, nº122, 1990.

TORNOS MAS, J., "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", en *RAP*, nº136, 1995.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE, F., "Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa", en *REDA*, nº20, 1979.

TRUJILLO PEÑA, J., "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", en *RAP*, nº35, 1961.

UCIEDA SOMOZA, E., "Derecho Comunitario y Derecho español. La discrecionalidad a través del retiro de empleo de los funcionarios comunitarios. La justificación del poder de organización en el Derecho español", en *RAP*, nº118, 1989.

ULE, K., "La ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", en *DA*, nº73, 1964.

URIARTE TORREALDAY, R., "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente", en *RVAP*, nº 30, 1991.

VALLINA VELARDE, J.L.de la, *La motivación del acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967.

VALLINA VELARDE, J.L.de la, "Potestad organizatoria y autonomía local", en *REALA*, nº255-56, 1992.

VICENTE DOMINGO, R.de, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico: el control judicial de la ordenación del suelo*, ed.La Ley, Madrid, 1994.

VICENTE DOMINGO, R.de, "Organización de las institucionales y de la Administración pública de la Generalitat valenciana. Control judicial de su potestad organizatoria", en *II Curso de Derecho público autonómico*. Consejo General del Poder Judicial-Generalidad Valenciana, Valencia, 1994.

VICENTE DOMINGO, R.de, *Espacios forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, Civitas, Madrid, 1995.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A.J., "Doctrina general del Tribunal Supremo sobre la desviación de poder", en *RVAP*, nº 10, 1984.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A.J., "Control judicial de actos administrativos afectantes a situaciones de los extranjeros", en *REDA*, nº49, 1986.

VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, UNED, Madrid, 1974.

VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo*, II, 3ª ed., Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993.

WALINE, J., "Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation",

en *Mélanges offerts a Marcel Waline*, vol.II, LGDJ, 1974.

WALINE, M., "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel", en *RDPSP*, 1930.

WALINE, M., "Etendue et limits du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration", en *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1956.

WALINE, M., "Note a l'arrêt C.E. <<Sanglier>>", *RDPSP*, 1973.

WALINE, M., "Note a l'arrêt <<Ville Nouvelle de l'Est>>", *RDPSP*, 1973.

WALINE, M., "Note a l'arrêt <<Ville de Limoges>>", *RDPSP*, 1974.

XIFRA HERAS, J., "El Gobierno y la función política", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol.II, IEF, Madrid, 1988.