MUESTRA GRATUITA

Derecho administrativo mínimo. Volumen II

Sometimiento a la ley y al Derecho. Aplicación e interpretación

José Ramón Chaves García

Estas son las primeras páginas del libro. La obra completa está a la venta en Amazon, en las 17 tiendas del mundo.

eBook Kindle · Comprar en Amazon **6,99 €**

Tapa blanda · Comprar en Amazon **9,99 €**

Ficha del libro, precios y otras tiendas:
amicuscertus.es/es/catalogo/derecho-administrativo-minimo-2/

AMICUS CERTUS

DERECHO ADMINISTRATIVO MÍNIMO

Derecho administrativo mínimo

Volumen II. Sometimiento a la ley y al Derecho
Aplicación e interpretación

José Ramón Chaves García

AMICUS CERTUS

Derecho administrativo mínimo. Volumen II. Sometimiento a la ley y al Derecho. Aplicación e interpretación

© José Ramón Chaves García, 2026

Editorial: Amicus Certus
Primera edición: 2026

Editor: José Francisco Adserias Vistué

Todos los derechos reservados. Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización del titular de los derechos.

Índice

Tema 4. SOMETIMIENTO A LA LEY Y AL DERECHO **1**

I. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD 2
1. El principio de juridicidad 2
2. El Estado de Derecho 5
3. La tutela judicial efectiva 7
A) Formulación 7
B) Garantía 8
II. EL LARGO CAMINO HACIA LA PLENITUD DEL CONTROL POR EL DERECHO 9
4. Del poder administrativo bruto al poder administrativo legítimo 9
5. Los actos políticos 10
6. Los actos discrecionales: significación y modalidades 12
7. Técnicas de control de los actos discrecionales. 15
8. Los poderes reglamentarios. 16
A) Función y expansión 16
B) Control 18
III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD 19
9. Orígenes 19
10. Recepción constitucional 20
11. La cuestión de la vinculación del Ejecutivo a la Ley 21
A) Vinculación positiva versus vinculación negativa 21
B) Posición reforzada del Ejecutivo 24
C) Especialidad en el ámbito local 25
12. Dinámica del principio 26
A) Funcionalidad 26
B) Falsos amigos 26

C) Aliados (controles) 27
D) Enemigos (perversiones) 29
IV. AVANCES Y RETROCESOS PROCESALES 30
13. Garantías de la supervisión judicial efectiva 30
A) Medidas cautelares y medidas ejecutorias de sentencias . . . 30
B) Prerrogativas procesales con buena salud. 32
14. Las fronteras de la justicia administrativa 33
A) La prohibición de interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas 33
B) La mediación que gotea 35
C) Territorios de ilegalidad inexplorados 36
V. CONTROLES DE LEGALIDAD NO JURISDICCIONALES 37
15. Controles jurídicos internos 37
16. Controles por Administraciones de tutela 38
17. Controles por órganos de auxilio parlamentario. 38
A) Defensores del Pueblo y homólogos 38
B) Tribunal de Cuentas y órganos similares autonómicos 39

Tema 5. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS 41

I. APLICACIÓN 42
1. Aplicación espacial 42
2. Aplicación temporal: vigencia 44
A) Inicio 44
B) Situaciones transitorias. 46
C) Suspensión 48
D) Derogación 48
E) Anulación 49
3. Principio de confianza legítima 50
4. La analogía 50
5. La equidad. 52
A) Recepción legal y funcionalidad. 52
B) Manifestaciones en el Derecho administrativo 53
II. INTERPRETACIÓN 56
6. La misión de interpretar: dimensiones y herramientas 56
7. Principios interpretativos estructurales 59
A) El principio de interpretación conforme al contexto constitucional 59

B) El principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales 59
C) El principio de interpretación restrictiva de normas sancionadoras o gravosas 60
D) El principio de interpretación más favorable o conforme con el derecho comunitario de la normativa interna 60
E) El principio de conservación de la norma 61
8. El art. 3.1 del Código Civil 61
A) Criterio lingüístico 61
B) Criterios lógicos 62
C) Criterios estructurales 62
D) Criterios normativos 63
E) Criterios extranormativos 63
9. Jerarquía y armonía de criterios 64
10. La interpretación en tiempos de inteligencia artificial 65
A) Ventajas y limitaciones del servicio interpretativo de la IA . 65
B) La salvaguarda de la unidad y/o uniformidad de interpretación 66

Bibliografía mínima **69**

TEMA 4

SOMETIMIENTO A LA LEY Y AL DERECHO

«…aceptar algo tan obvio como que todos los juicios no pueden ganarse por la potísima razón de que frente a nuestras razones hay siempre otras razones de un peso aproximado al de aquéllas, que al otro le parecen también mejores. (…) Los juristas de la Administración deben aprenderlo y asumirlo también y deben aceptar que la posición que representan tiene ya una prima legal importante en la presunción iuris tantum de que lo que hacen las autoridades y agentes que obran por la Administración es legítimo en cuanto que se supone orientado a la satisfacción de los intereses de todos. Exigir más de eso, elevando la presunción a la categoría de axioma, sabiendo como se sabe por la experiencia de siglos que la realidad no es ni ha sido nunca, precisamente, angélica, es una suerte de fundamentalismo, que está en las antípodas de lo que la democracia significa en nuestros días y que impide, además, aprovechar en beneficio de la comunidad la energía social que la justicia administrativa es susceptible de generar y generan. Porque juzgar a la Administración contribuye decisivamente a administrar mejor».

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 76, 1992.

SUMARIO

I. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD. 1. El principio de juridicidad. 2. El Estado de Derecho. 3. La tutela judicial efectiva: A) Formulación. B) Garantía.—II. EL LARGO CAMINO HACIA LA PLENITUD DEL CONTROL POR EL

DERECHO. 4. Del poder administrativo bruto al poder administrativo legítimo. 5. Los actos políticos. 6. Los actos discrecionales: significación y modalidades. 7. Técnicas de control de los actos discrecionales. 8. Los poderes reglamentarios: A) Función y expansión. B) Control.—III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 9. Orígenes. 10. Recepción constitucional. 11. La cuestión de la vinculación del Ejecutivo a la Ley: A) Vinculación positiva versus vinculación negativa. B) Posición reforzada del Ejecutivo. C) Especialidad en el ámbito local. 12. Dinámica del principio: A) Funcionalidad. B) Falsos amigos. C) Aliados (controles). D) Enemigos (perversiones).—IV. AVANCES Y RETROCESOS PROCESALES. 13. Garantías de la supervisión judicial efectiva: A) Medidas cautelares y medidas ejecutorias de sentencias. B) Prerrogativas procesales con buena salud. 14. Las fronteras de la justicia administrativa: A) La prohibición de interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas. B) La mediación que gotea. C) Territorios de ilegalidad inexplorados.—V. CONTROLES DE LEGALIDAD NO JURISDICCIONALES. 15. Controles jurídicos internos. 16. Controles por Administraciones de tutela. 17. Controles por órganos de auxilio parlamentario: A) Defensores del Pueblo y homólogos. B) Tribunal de Cuentas y órganos similares autonómicos.

I. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

1. El principio de juridicidad

Donde hay sociedad hay organización, y su funcionamiento se sustenta sobre reglas, cuya fuerza radica en su aceptación. En una primera fase remota, eran normas de origen consuetudinario; luego serían dictadas por un tirano o aprobadas por la oligarquía imperante según el contexto histórico del grupo organizado; posteriormente se abrirá paso el sello democrático como fuente de legitimidad de las normas que todos dictan para servicio de todos.

La fuerza y densidad del ordenamiento jurídico se incrementa conforme la sociedad se desarrolla y aumenta la complejidad de las relaciones entre personas y grupos de toda índole (sociales, económicas, laborales, etcétera). Nuevas necesidades, nuevas normas, más conflictos y más normas procesales. El poder público aumenta sus

potestades e intervencionismo. La eclosión de normas, la pluralidad de fuentes jurídicas, envuelve la vida cotidiana.

El ciudadano interioriza el sentido de lo justo y deposita su plasmación en el ordenamiento jurídico. En su mente cristaliza el principio de juridicidad y se exterioriza en solemnes declaraciones constitucionales. Sabe que las normas están para organizar, quiere conocerlas y aplicarlas.

En efecto, de un lado, se acrecienta la necesidad de seguridad jurídica para conocer de antemano las consecuencias de las actuaciones u omisiones en la vida social, o en las relaciones de los ciudadanos con un poder público cada vez más poderoso e intervencionista.

De otro lado, con naturalidad se defenderá el Derecho, desde las instituciones públicas jurisdiccionales, y desde las gargantas, papeles y foros, pues las voces y gritos ciudadanos alertarán del riesgo o menoscabo a las norma establecida. Abogados, fiscales y jueces abrirán paso para ayudar a resolver los conflictos de intereses a la luz de las normas.

En suma, el derecho se convierte en el marco de lo posible, tanto para ciudadanos como para el poder público.

Ese principio de juridicidad se impone al poder público, pues las Administraciones públicas son creación del derecho (como persona jurídica, y como instancia de poder), de manera que resultará legítima su actuación si persigue el bien común, el interés público y lo hace con arreglo a las normas que todos aceptan como su motor y freno.

El principio de juridicidad supone el sometimiento de todo el poder público, en todas sus manifestaciones al Derecho. En la Constitución española se plasma en el art. 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Así, las SSTC 133/1995, 37/2012 y 137/2025, han mantenido que «*el principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no solo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios*

generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico».

Se abre paso *la sutil distinción entre el principio de legalidad y el principio de juridicidad* en su respectiva proyección sobre el Ejecutivo y su brazo administrativo.

El principio de legalidad nació por la necesidad de poner bridas al poder ejecutivo en el marco de la división de poderes, y es bidimensional: prescriptivo (impone respeto de los poderes públicos a la norma) y garantista formal (leyes investidas de ese rango formal, para poder habilitar la actuación del ejecutivo). El principio de juridicidad es connatural al Estado de Derecho, y se presenta tridimensional, pues tiene una dimensión prescriptiva (manda, prohíbe u orienta), una dimensión garantista formal (alza el bloque de todas las normas, cualesquiera sea su rango) y añade una dimensión valorativa (impone el respeto a los principios y valores constitucionales).

Estamos ante una fórmula globalizadora que extiende el manto jurídico tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento (leyes, reglamentos, jurisprudencia, principios generales del derecho, etcétera); y no solo al ordenamiento jurídico administrativo sino a todas las disciplinas jurídicas de derecho público y derecho privado. Y se extiende para cubrir a todos los sujetos, privados y públicos, y dentro de estos a todos los poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y órganos constitucionales de control). Se trata de la vieja aspiración de formar un Estado donde «gobiernen las leyes, no los hombres» (en expresión de John Adams, quien fuere segundo presidente de EE. UU.).

La Constitución es la pieza del ordenamiento jurídico que asegura la cohesión del ordenamiento jurídico, actuando como matriz integradora, y en el caso español, se situaría el vórtice del torbellino de normas en su art. 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Este es el límite infranqueable que actúa como antídoto frente a los cuatro mayores atentados contra el principio de juridicidad por parte de las Administraciones públicas: (i) No se sabe lo que hace: falta de transparencia y desinformación; (ii) No hace lo que debe: *la vía de hecho*, o sea, la actuación fuera de todo procedimiento y competencia (al margen de la "vía del derecho"); (iii) Hace lo que no debe: la *actuación arbitraria*, esto es, lo caprichoso o absurdo (proscrita por el art. 9.3 CE); (iv) No responde de lo que hace: *impunidad sin responsabilidad* (ni de la persona jurídica pública, ni de sus autoridades).

2. El Estado de Derecho

El *Estado de Derecho* es el reino del principio de juridicidad, y en cambio, en los Estados autoritarios, los Estados sin justicia independiente o donde no se garantizan los derechos fundamentales, o donde los conflictos se zanjan por la fuerza en vez de la razón jurídica, son un *Estado sin Derecho*, donde impera el principio de arbitrariedad.

La calificación constitucional del Estado español como «Estado de Derecho» (art. 1.1 CE) va más allá de la retórica o belleza literaria para indicar unas características precisas del ordenamiento jurídico, e incluso una fortaleza moral expansiva pues estamos ante un «*Estado de derecho y democrático, basado en los principios constitucionales que enuncia el artículo 1.1 CE y que son a su vez valores comunes a los Estados miembros de la Unión Europea y en los que ella misma se fundamenta* (*art. 2 del Tratado de la Unión Europea*)» (STC 114/2017).

La construcción del concepto de Estado de Derecho, en expresión acuñada por Robert Von Mohl en 1832 («Rechtsstaat»), tuvo lugar en el contexto de las monarquías germánicas con poder limitado. Pronto sería aceptada por científicos del derecho y constitucionalistas, plasmándose normativamente como referencia de legitimidad por las Constituciones de los Estados democráticos: Alemania (art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn: «El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho»); Portugal (art. 2 de la Constitución: "La República Portuguesa es un Estado democrático de Derecho, basado en la soberanía popular…"); Polo-

nia (art. 2 de la Constitución: "La República de Polonia es un Estado democrático de Derecho que implementa los principios de la justicia social"); o Grecia (art. 25.1: "Los derechos del ser humano, como individuo y como miembro de la comunidad social, y el principio del Estado de Derecho democrático y social están garantizados por el Estado"). Incluso el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) explicita como valores de la Union "el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho".

Este marchamo va más allá de lo políticamente correcto hacia lo jurídicamente justo, pues posee sólidas y claras implicaciones:

- *El imperio de la Ley*: las normas no son consejos ni usos sociales o modas: son la garantía que nos damos todos para beneficio de todos, y como tales, vinculantes para sus destinatarios.
- *La Ley como expresión de la voluntad general*: las leyes legítimas son las que tienen fuente democrática.
- *El respeto a los Derechos fundamentales y libertades públicas*: las leyes no santifican cualquier contenido sino el que es respetuoso con el núcleo de derechos fundamentales y libertades públicas.
- *La existencia de tribunales independientes*: la garantía de que las leyes se aplican debidamente debe quedar en órganos jurisdiccionales sustraídos a la influencia del poder y de cualquier presión distinta de la fuerza de la vigencia de la norma que deben aplicar.

El concepto se ha enriquecido hoy día con dos señas de identidad adicional; por un lado, *la seguridad jurídica*, vinculada a la idea de Estado de Derecho (STC 222/2003); y por otro lado, *la transparencia*, o sea, un Estado donde su organización, funcionamiento y evaluación se ofrece para general conocimiento y los ciudadanos pueden obrar en consecuencia (arts. 23 y 105 b, CE).

En todo caso, el modelo constitucional forma una malla sólida y cerrada de garantías, bellamente expresada por la STC 27/1981, pues los principios constitucionales «*no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en*

tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho».

3. La tutela judicial efectiva

A) Formulación

De nada sirven leyes democráticas que desarrollen derechos si no se cumplen. De poco sirven tribunales independientes si su misión se queda atascada en formas, plazos y condiciones procesales.

Es crucial que se otorgue amparo judicial cuando peligra la aplicación de las leyes o los derechos del ciudadano; que la protección jurisdiccional vaya más allá del derecho de acceder a la justicia, y que se concrete en alcanzar una justicia real: la tutela judicial efectiva.

Eso explica que al tiempo de la aprobación de la Carta Magna (1215), el rey Juan «sin tierra» de Inglaterra asumiese el compromiso de no privar de bienes ni de la libertad a los hombres libres «sino por el juicio legal de sus pares» y que en salto histórico derivaría en la conocida V enmienda de la Constitución de los EE. UU. (1789) que dispone que a nadie «... se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal»; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 sienta el derecho de toda persona «a un recurso efectivo», y las vigentes Constituciones europeas incluyen referencias al derecho a acudir a los tribunales para la defensa de los derechos.

De ahí que el art. 24.1 de la Constitución plasme de forma tan bella como contundente: «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*». Este precepto alza un derecho fundamental que garantiza los restantes derechos fundamentales, y está inspirado en la Constitución italiana de 1947 (art. 24), en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 19) y en la Constitución portuguesa de 1976 (art. 20) pero con el original añadido de que esa tutela judicial sea «efectiva», meta clara y realista que conjura la indefensión material.

B) Garantía

La indeseable situación patológica de «indefensión» se ha definido por el Tribunal Constitucional como «*una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes que impide y dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho,* [...] *que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional*» (STC 40/2002).

Asimismo, la aplicación de la legalidad que fuese «*arbitraria, manifiestamente irrazonada o "irrazonable" no podría considerarse fundada en Derecho y sería lesiva del art. 24.1 CE* (*STC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3 y 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4*), *aunque con ello no se garantiza el acierto de la argumentación judicial ni tampoco el triunfo de una pretensión concreta*» (STC 102/2000).

En síntesis, la Constitución quiere garantizar que todos, sin exclusión, puedan tener derecho a una respuesta judicial de fondo y motivada, aunque con realismo, no impone el derecho a la infalibilidad (pero supone contemplar incidentes y recursos para favorecer la tendencia hacia el acierto).

En suma, la garantía del cumplimiento del derecho descansa en una triple responsabilidad sobre cada protagonista del teatro jurídico.

La *responsabilidad del legislador* para aprobar leyes procesales que incorporen técnicas, medios y condiciones que faciliten la defensa de los derechos hacia la luz de la justicia. O lo que es lo mismo, para remover los obstáculos económicos, técnicos o jurídicos que dificultan o impidan el acceso a la justicia.

La *responsabilidad de los jueces* para que no pierdan de vista que solo sirven a la ley, y tengan grabado con letras de neón, que las formas son un instrumento pues su misión no es arbitrar el enredo de trámites y procedimientos sino dar respuestas de fondo, o sea, «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117 CE).

Y la *responsabilidad de la Administración de Justicia* de dotar a los jueces de recursos humanos y materiales que permitan su labor, así como de instalaciones y dotaciones que aseguren el cumplimiento de un estándar de servicio judicial en tiempos razonables, y en no imponer cargas fiscales que dificulten el acceso de los particulares a los tribunales.

No está de más apelar a un último pilar de responsabilidad que suele olvidarse. La *responsabilidad de la ciudadanía* para contribuir a la lucha por el Derecho: participando activamente en las elecciones a cuerpos legislativos; ejerciendo la acción pública, la acción popular u otro tipo de medidas judiciales frente a la injusticia; o interviniendo en los procedimientos de aprobación de reglamentos con alegaciones y reclamaciones; o bien promoviendo crítica pública al ejecutivo para reorientarle hacia lo justo y eficaz, y como no, llegado el caso, conjurando con la voz y la palabra los intentos de desestabilizar el modelo constitucional.

En particular, en el ámbito contencioso-administrativo impera *«el control a toda actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo, ya sea ésta convencional* (*en forma de acuerdo*) *o unilateral* (*en forma de acto o, si se quiere, disposición general*). *Donde hay sumisión a la Ley hay sumisión a la jurisdicción* (…) *El sometimiento de todos los poderes públicos a la Ley* (*artículos 9.1 y 9.3 CE*) *comprende a la propia Administración Pública* (*artículo 103.1 CE*), *como principio connatural al Estado de Derecho»* (STS de 12 de julio de 2019, rec. 2079/2016).

II. EL LARGO CAMINO HACIA LA PLENITUD DEL CONTROL POR EL DERECHO

4. Del poder administrativo bruto al poder administrativo legítimo

El Estado es soberano y ningún poder interior, político ni social o económico puede usurparlo o manipularlo. La soberanía es única, pero tiene tres cabezas, los tres poderes en que se divide, pero que se completan. Las funciones de cada poder (Legislativo, Ejecutivo y

Judicial) están limitadas en su ejercicio por el campo de actuación de los otros. Pesos y contrapesos de cada poder en mágico equilibrio.

Como ha señalado García de Enterría en su ya legendaria obra «La lucha contra las inmunidades del poder» (1962): «La historia del Derecho Administrativo es la de la reducción de la resistencia de la Administración a un control judicial plenario mediante la constitución de círculos de actuación inmunes al control judicial».

En efecto, el poder administrativo se convierte en poder jurídico cuando el origen de su fuerza radica en normas que le facultan para decidir e imponer lo decidido, pero para poder hablar de un poder jurídico legítimo, esto es, sometido al Derecho, es preciso que existan límites frente a ese poderío.

Esa función de control del poder ejecutivo la ofrece el Derecho administrativo, cuya historia ha sido la conquista de territorios de poder inmunes, creciendo su fuerza y mejorando sus técnicas para poner bridas al poder administrativo.

Según el celebrado estudio del profesor García de Enterría, tres son los reductos del poder arbitrario que han sido cercados por el Derecho, a golpe de jurisprudencia y con el cincel de la doctrina, tras el pistoletazo de salida que supuso la Revolución francesa.

Se trata de los actos políticos, los actos discrecionales y los poderes reglamentarios, tres baluartes clásicos del poder ejecutivo en los que ha entrado a saco el Derecho administrativo.

5. Los actos políticos

Los gobiernos quieren cumplir sus programas y servir a su electorado, pero también afrontan decisiones que objetivamente deben adoptarse con criterios de oportunidad y sopesando los intereses y sacrificios, beneficios y costes, sin que puedan someterse al control de unos tribunales que sabrán de técnica jurídica, pero son legos en el difícil juego de la política.

Se trata de las inevitables decisiones del poder político en estado puro, que se expresan en actos de gobierno. La calificación política de la decisión enmascara la justificación aduciendo altas razones de

Estado, lo que sin mayores explicaciones permite eludir el control judicial.

Esa elevada razón de fondo es la que aflora en el acto político, como manifestación del poder ejecutivo en pie de guerra y sin concesiones. Por eso, los actos políticos tradicionalmente han estado inmunes a todo control (p. ej. declaración de guerra, decisiones sobre extradiciones o indultos, nombramiento de embajador, congelación del salario mínimo interprofesional, etcétera).

Pero los actos políticos son buques insignia del poder ejecutivo, que no deben transportar cualquier mercancía ni deben ser impunes en un Estado de Derecho, pues nuestra Constitución prohíbe la arbitrariedad a todos los poderes públicos y sienta la responsabilidad de todos ellos (art. 9.3 CE), incluido el Gobierno.

En efecto, los aledaños y consecuencias de estos actos políticos pasarán a ser controlados si afectan a derechos fundamentales y además generando derecho a indemnización a favor de los perjudicados. Se une el criterio jurisprudencial que *interpreta restrictivamente su campo de actuación,* tanto desde el punto de vista formal como material. Desde el punto de vista formal, en cuanto solo podrá dictar actos políticos el Gobierno, no como órgano administrativo sino como órgano constitucional al que corresponde la dirección política del Estado (art. 97 CE). Y desde el punto de vista material, en cuanto solo serán actos políticos aquellos cuyo contenido y funcionalidad sea estrictamente de alto gobierno. Por tanto, en términos gráficos, los denominados "actos políticos" están en una suerte de "libertad vigilada" por los tribunales, aunque poseen un ámbito irreductible de decisión libre a todo control.

La STC 83/2016 tuvo ocasión de recordar la doctrina anterior de la STC 196/1990, de que "*no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno*

cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución" (*STC 45/1990, FJ 2*). *En tales casos, "el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como 'administrativa' cuyo control corresponda ex art. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia".*

El reducto de control de la jurisdicción contenciosa se focaliza en la perspectiva de las consecuencias, que plasma el art. 2 a) LJCA/1998 que confiere al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

6. Los actos discrecionales: significación y modalidades

El legislador no puede contemplar todas y cada una de las situaciones posibles de la materia que regula hasta agotar el detalle minimalista, ni es capaz de vaticinar todos los supuestos o formas en que se puede presentar el interés general en la vida cotidiana ni según las determinaciones políticas en el futuro. El legislador establece reglas generales mediante la formulación de enunciados generales, pero no puede convertir la Ley en un catálogo de mandatos, prohibiciones, infracciones y sanciones que tiendan al infinito y que por su densidad y extensión convertirían el texto legislativo en una herramienta confusa e inútil.

En efecto, no es fácil pronosticar los casos de utilidad pública que justificarán una expropiación concreta, ni qué carretera u obra pública la exigirá, ni qué edificaciones en el futuro tendrán consideración de ruinosas o qué urgencias se presentarán para poder ordenar cometidos excepcionales a los funcionarios. Lo cierto es que habrá necesidades y habrá que tomar medidas, pero como estas son imprevisibles

(y según se presenten las circunstancias del caso), el legislador se limita a fijar las premisas o conceptos generales que darán la respuesta para que el Ejecutivo pueda actuar en el caso concreto.

Tampoco sería práctico que las leyes maniatasen a la administración con regulaciones que, en escenarios complejos o sometidos a cambios imprevisibles, comprometiesen su capacidad de decidir como Ejecutivo o poder autónomo, qué tipo de funcionarios y que atribuciones deben tener.

Para solventar estos problemas objetivos de limitaciones de la técnica legislativa, es por lo que el legislador utiliza conceptos jurídicos abiertos, como interés público, interés del servicio, eficacia, etcétera. De esta manera la Ley deposita la confianza en el gobierno o la administración para que en el caso concreto aplique la norma identificando ese interés general.

En este punto, conviene distinguir varios tipos de discrecionalidad vinculados a tres grados: discrecionalidad propia (máxima), discrecionalidad mixta (media) y discrecionalidad impropia (mínima).

a) La llamada *discrecionalidad propia* está vinculada al principio de oportunidad, frecuentemente etiquetada de «discrecionalidad política». Opera cuando se trata de decidir sobre opciones ligadas a la celebración de un tratado internacional o actuaciones diplomáticas, la aprobación del planeamiento urbanístico, los presupuestos locales, decidir el itinerario de una carretera o ubicación de otra instalación de interés general, o el otorgamiento de la declaración de utilidad pública de una asociación, por ejemplo. Y como no, el ejercicio de la potestad reglamentaria que goza de un amplísimo margen de decisión gubernativa, si bien viene recortado en su límite por lo que marcan las leyes, y condicionado en su base por la justificación, informes y participación que aflore en su procedimiento de aprobación.

En suma, estamos ante decisiones gubernativas y administrativas que persiguen la identificación del interés general y se sustraen al control jurisdiccional, que obviamente carece de elementos para sustituir el criterio.

b) La llamada *discrecionalidad mixta*, o «discrecionalidad estratégica» que supone tomar decisiones con amplio margen de criterio bajo una justificación objetiva y exteriorizada. Presenta una vertiente interna y otra externa. (i) Interna. Son decisiones adoptadas por la Administración para estructurar y dotar de medios al propio poder administrativo, que se amparan en la denominada potestad de organización, con amplio margen de libertad en su diseño, condiciones o dotaciones; es el caso de la aprobación de Relaciones de Puestos de Trabajo, estructuras orgánicas u Ofertas de Empleo Público; (ii) Externa. Son decisiones adoptadas sobre bases objetivas y trabajo de campo científico o técnico, como la aprobación de Planes de cuenca hidrográfica, Planes de utilización de espacios portuarios, la fijación de Programas de subvenciones para sectores en crisis, o la aprobación de la Oferta de Empleo Público, por ejemplo. En estos casos, el criterio técnico o propuesta especializada no vincula a la autoridad que podrá razonar la oportunidad de acogerla, matizarla o apartarse de ella. Ahora bien, una vez tomada esa decisión, podrá controlarse en sus aledaños, formas y trámites, así como desde la perspectiva de los hechos determinantes o intereses en presencia, debidamente acreditados. Incluso es posible mediante pruebas periciales en sede jurisdiccional evidenciar el carácter manifiestamente errado de la decisión tomada con la consiguiente invalidez.

c) La llamada *discrecionalidad impropia*, o sea la llamada «discrecionalidad técnica» supone fijar un criterio objetivo en materia valorativa propia de saber técnico o especializado, que debe presumirse acertado. Es el caso de la valoración de la capacitación por Comisiones de Evaluación de proyectos o por Tribunales calificadores de la capacitación de los aspirantes a la función pública.

Tal criterio técnico viene sentado normalmente por órgano colegiado especializado e imparcial, que eleva su propuesta a la autoridad que no puede apartarse de su criterio de fondo. Asimismo, tal criterio goza de presunción de acierto que podrá ser controlado jurisdiccionalmente si se demuestra error grave y manifiesto, bien por

ser patente o bien por evidenciarlo pruebas periciales en contrario. En todo caso, el control jurisdiccional se detiene en la invalidez del juicio técnico, sin poder sustituirlo salvo casos de acreditada falta de espacio o margen decisorio («discrecionalidad cero»).

7. Técnicas de control de los actos discrecionales

Los poderes discrecionales brotan, en principio, huérfanos de criterios legales precisos de control, pero no son intocables. Los poderes discrecionales supusieron un campo de decisión libre de los gobiernos y administraciones, que propiciaron muchos abusos y además con decisiones resistentes al control judicial pues los jueces malamente se adentraban a censurar el criterio administrativo y menos a sustituir su decisión.

En todo caso, la discrecionalidad se apoya en un trípode reglado. En primer lugar, *el fin de la potestad* discrecional siempre será el interés general, y no un cheque en blanco que pueda ser rellenado por la autoridad hacia fines particulares, o contrarios manifiestamente al interés general. En segundo lugar, *la competencia del órgano* porque solo podrá ejercer la potestad quien la tenga conferida expresamente, ni más ni menos. Y en tercer lugar, *el procedimiento* a seguir porque toda decisión administrativa, tanto a iniciativa de parte como de oficio, tiene unas mínimas exigencias de procedimiento, cuya inobservancia puede traer consecuencias invalidantes.

Por eso, el derecho administrativo asumirá el reto de la reconquista del control y aplicará técnicas jurídicas para controlar la aplicación administrativa de los conceptos discrecionales con valiosas herramientas, como son:

- la fuerza de los principios generales del derecho, que cristalizan la esencia de valores universales;
- la necesidad de motivación o justificación que debe acompañar a la toma de decisión discrecional, pues lo carente de razón es lo arbitrario;
- la verificación de la finalidad real que inspira la decisión pues el poder que se aparta de la meta del interés general es poder

usurpado para fines particulares o abusivos (controlable por la técnica de desviación de poder);

- Y el control desde la existencia de los hechos determinantes, o sea la verificación de los supuestos de hecho en que se asienta la norma que confiere el poder discrecional.

En suma, existen una serie de técnicas de control jurisdiccional del uso por la administración del poder discrecional cuya sombra impone a la Administración un especial cuidado al ejercerlo.

Pues bien, el poder ejecutivo tiene la carga de fundamentar de forma idónea el juicio discrecional, tanto cuando se trata de discrecionalidad propia como impropia, o mixta, habiéndose afirmado de forma sintética que: «*desde la perspectiva del control jurisdiccional de su legalidad, y que se extiende a la posibilidad de controlar* (1) *la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración —como son los relativos a la competencia del órgano, al procedimiento seguido, a los hechos determinantes, a la adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho—; control* (2) *extensivo al mantenimiento del principio de igualdad de todos los intervinientes en los procedimientos de concurrencia competitiva, a la* (3) *necesidad de motivación, y, en relación con esta, como señala la jurisprudencia expuesta,* (*a*) *expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;* (*b*) *consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y* (*c*) *expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia*» (STS de 10 de junio de 2015, rec. 2781/2013).

8. Los poderes reglamentarios

A) Función y expansión

El Ejecutivo, por definición, está llamado a «ejecutar» la normativa predeterminada por el Legislativo. Sin embargo, el original monopolio del Monarca, con su corte o consejo, sobre las normas en la Alta Edad Media, donde solo le limitaban los derechos históricos de los vasallos o la moral cristiana, fue perdiendo fuerza en la Baja Edad

¿QUIERES SEGUIR LEYENDO?

Derecho administrativo mínimo. Volumen II

Sometimiento a la ley y al Derecho. Aplicación e interpretación

José Ramón Chaves García

Estas son las primeras páginas del libro. La obra completa está a la venta en Amazon, en las 17 tiendas del mundo.

eBook Kindle · Comprar en Amazon **6,99 €**

Tapa blanda · Comprar en Amazon **9,99 €**

Ficha del libro, precios y otras tiendas:
amicuscertus.es/es/catalogo/derecho-administrativo-minimo-2/