

3.6. EL INTERÉS PÚBLICO/INTERÉS GENERAL COMO RENOVADA TÉCNICA DE CONTROL DE LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS*

Luis Carlos Fernández-Espinar López**

* Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Politécnica de Madrid

** Contribución para el Libro homenaje al profesor Sáinz Moreno, quien me dirigió la Tesis Doctoral en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, y me acompañó con plena dedicación y entusiasmo, como maestro y amigo, en mis primeros pasos en este apasionante mundo del Derecho administrativo. Con enorme agradecimiento por su cercanía personal, su rigor científico para abordar cualquier materia, su permanente motivación, su disponibilidad, su ejemplo y su generosidad.

I. PLANTEAMIENTO

II. EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA DIFERENCIACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DE LO QUE NO LO ES

1. Elementos reglados y discrecionales de la potestad administrativa
2. La imprescindible previa diferenciación de la discrecionalidad frente a lo que no lo es

III. LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA DECIDIDA EVOLUCIÓN DE SU CONTROL JUDICIAL

1. Su fundamentación teórica en la función de servicio a los intereses generales. El problema de su ejercicio y la defensa de los derechos de los ciudadanos
2. La evolución desde su inmunidad judicial hasta su pleno control judicial que alcanza a las razones sobre el propio “interés público” / “interés general” de la actuación administrativa

IV. EL INTERÉS PÚBLICO/INTERÉS GENERAL EN EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES: EL FIN Y LA JUSTIFICACIÓN DE TODAS LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1. La adecuación de la decisión al fin legalmente atribuido: la desviación de poder
2. El decisivo avance mediante la constitucionalización del fin general del “interés público” / “interés general” en cada una de las actuaciones administrativas. La relevancia de la motivación.
3. Contenido material: se trata de un concepto legal (o jurídico) indeterminado cuya determinación debe realizarse desde la interpretación del ordenamiento jurídico

- A) *Es un concepto legal (o jurídico) indeterminado*
- B) *La determinación de su contenido desde la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico: no debe responder a posiciones ideológicas sino a pautas jurídicas (a la ley y al Derecho)*
4. El concepto indeterminado de “interés público” / “interés general”, y las consecuencias de su determinación en el caso concreto
 5. Su diferenciación con el “interés público superior”
 6. El renovado y decisivo control del interés público en las recientes sentencias

V.- CONCLUSIÓN

I. PLANTEAMIENTO

Una de las grandes tareas del Derecho administrativo, por su propio objeto diferenciador de estudio y análisis de otras ramas del Derecho, debiera ser velar para que las decisiones en la regulación y en las actuaciones administrativas del Poder Ejecutivo, —del que forma parte la Administración—, y que inciden directamente en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se mantengan dentro de los límites de lo efectivamente necesario, de conformidad a la realidad de los hechos determinantes y a los principios generales del derecho, de forma proporcional y en términos razonables, y siempre de acuerdo con el interés público o interés general. Para todo ello debe exigirse la plena motivación-justificación que sea necesario desarrollar y exteriorizar en cada caso.

El profesor Sáinz Moreno con la publicación de su obra en 1976 titulada “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*” ha sido precursor en los estudios en nuestra doctrina académica sobre esta cuestión que, muy acertadamente, se considera la *cuestión central del Derecho público* en la que confluyen la indeterminación de los conceptos jurídicos en las normas, el juicio técnico, el ejercicio de los elementos discrecionales de las potestades administrativas, y el pleno control judicial de la Administración.

De los dos párrafos de su breve Introducción, bien merece destacarse el siguiente como referente y punto de encuentro del contenido de los análisis y estudios doctrinales que debieran estar alejados de debates y de cualquier interés extraacadémico, que no sea el rigor científico, la búsqueda de la justicia, y la defensa de la garantía de la dignidad y de los derechos de los ciudadanos:

“La tesis expuesta se funda en la creencia de que el Derecho Administrativo tiene por objeto configurar y ordenar la actuación de la Administración en términos de justicia. No es un derecho “contra” ni un derecho “de” la Administración. Es, simplemente, derecho y como tal expresión de una idea de justicia, no mero instrumento de eficacia; de la justicia, pues, entendida como aquello que la razón dice sobre el orden y garantía de la mayor libertad y dignidad para cada hombre”¹

El objeto y la atención preferente del Derecho Administrativo no puede ser única ni principalmente “interna”: organización administrativa, la función pública, la contratación, los servicios públicos, etc... criticando una parte de la doctrina académica la atención, que viene siendo ciertamente escasa, a la plena fiscalización del ejercicio del poder y a su decisiva repercusión en la efectividad de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, como si no existiese el Título I de la Constitución. En todo caso, no debería existir debate ni polémica sobre ello, ya que el punto de referencia en el estudio doctrinal y académico de todas sus materias y su fin debería ser siempre la función subordinada y vicarial de la Administración *al servicio de los ciudadanos y de sus derechos e intereses*.

Sin duda, un control judicial exigente y pleno de las actuaciones administrativas contribuye a la permanente mejora en la actuación interna de la Administración. Su relajamiento conduce a la arbitrariedad por la propia condición humana en el ejercicio del poder.

¹ Sáinz Moreno, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas.

La adecuada llamada de atención de algunos autores sobre la necesidad de prestar mayor dedicación al “olvidado” procedimiento administrativo con la exigencia de garantías reales para el ciudadano en su tramitación, y el extenso alcance del principio de buena administración, que ha iniciado su aplicación desde hace algunos años, exige el posterior control pleno por parte de los órganos judiciales como eficaz referencia de si realmente la Administración “ha girado 360 grados en su mentalidad” en el ejercicio del poder.²

La Constitución de 1978 ha supuesto la consolidación definitiva de la plena exigencia de justificación de *todas* las actuaciones administrativas con su “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), siguiendo a los principales ordenamientos de nuestro entorno donde la doctrina jurídico-pública sobre el control jurisdiccional del ejercicio del poder estaba ya anteriormente plenamente consolidada.

Aplicación directa necesaria de este precepto constitucional junto con el artículo 106.1 CE relativo al control de los Tribunales, así como en relación a otros de primer orden que resuelven definitivamente la controversia sobre el lugar y el espacio que ocupa la Administración en nuestro ordenamiento y Estado de Derecho, así como la extensión y alcance de los poderes del juez.

Como señaló ya Bachof en su célebre discurso rectoral en 1959, con enorme claridad, al explicar el papel preponderante del juez como guardián de la Constitución, establecido en la Ley Fundamental de Bonn y directo antecedente de nuestro artículo 103, el control de legalidad de la Administración es, al mismo tiempo, un control de constitucionalidad sobre su sistema de valores y principios, y que no le permite ya atenerse sin más al margen que le permita cada ley concreta:

² Así, uno de los pioneros en esta dirección Ponce Sole, J. (2001): *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*. Universitat de Barcelona. (2016) “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *REDA* núm. 175, pp. 57-84. (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración*. Editorial Universidad de Alcalá.

“El control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución. Y no sólo porque la Ley aplicada por la Administración únicamente puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supone por su parte un control de constitucionalidad: hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es aún control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la Ley ordinaria en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones —bajo las rúbricas de arbitrio y de margen de discrecionalidad—. De nada sirve a la Administración aludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por la Ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la Ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio”³.

La verdadera referencia, en consecuencia, en la actuación de la Administración tiene que ser *el Derecho en el ejercicio de su función “servicial”*, que se establece igualmente en el propio artículo 103.1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”.

Ésta es la función que le asigna la Constitución, como verdadero *canon delimitador de los límites de su actuación*, sin que el concepto jurídico indeterminado⁴ “interés general” o su equivalente de “interés público” o de “utilidad pública” permita, ni mucho menos, como han pretendido algunos autores, darle la vuelta a dicho principio general claramente expresado, y pretender que ello suponga una cláusula de apoderamiento a la Administración de una potestad discrecional, que le situaría en una posición autónoma y de supremacía en la que sus gestores pueden hacer lo que se les ocurra.

³ Bachof, O. (1985): *Jueces y Constitución, Civitas, 1985, p. 43*

⁴ Sáinz Moreno, F. (1976): *Conceptos jurídicos... op.cit, señala que “Un término es indeterminado cuando no tiene límite preciso, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara” (p.70).*

Si hay algo claro en la interpretación de dicho precepto constitucional es que precisamente pretende excluir dicha posibilidad, convirtiendo *la motivación-justificación* de todas las actuaciones administrativas *en el elemento esencial* para controlar y enjuiciar su constitucionalidad-legalidad o, por el contrario, su inconstitucionalidad-ilegalidad en la nueva dimensión del control mencionada.

Pero a ningún jurista, operador jurídico (jueces, abogados, funcionarios, etc...) estudioso del Derecho administrativo se le escapa las dificultades en la lucha cotidiana por el Derecho de la efectividad de dicha exigencia constitucional, ante una historia de exención del control judicial de la mayoría de las actuaciones de la Administración denominadas “discrecionales” en función precisamente del indeterminado concepto de “interés general” o “interés público”. Es únicamente a partir de Ley de la Jurisdicción de 1956 cuando ello empieza tímidamente a cambiar.

Dificultades que, a pesar de la entrada en vigor de nuestro ordenamiento constitucional a partir de 1978 con sus claros principios mencionados de pleno control judicial (en los relativo a la triada: alcance, intensidad y extensión de las facultades de decisión judicial) sobre todas las actuaciones en las que el Poder ejerce potestades administrativas, se vuelven a reproducir con motivo de la inclusión en la actual Ley 29/1998 del nuevo artículo 71.2, que no existía en la Ley de 1956, en contra de la existencia de un consolidado acuerdo doctrinal, y que sólo ha servido para seguir creando confusión sobre la extensión de los poderes judiciales en el pleno control de la actuación administrativa.

Y con ello, un intento de nuevo de vuelta atrás sobre lo que debería ser el centro del Derecho administrativo, sus notorias consecuencias prácticas para los ciudadanos demandantes y la efectividad de sus derechos, a diferencia del resto de las jurisdicciones, teniendo que ser adecuadamente interpretado por la propia Jurisprudencia como por la mejor Doctrina académica⁵.

⁵ El proyecto de ley tenía en relación al contenido de este artículo una redacción bien distinta que establecía el relevante matiz siguiente sobre la que ya existía un consolidado acuerdo doctrinal “...salvo que, como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única

II. EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA DIFERENCIACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DE LO QUE NO LO ES

1. ELEMENTOS REGLADOS Y DISCRECIONALES DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

Entre las diversas clasificaciones de las potestades administrativas se encuentra la tradicional distinción entre las potestades, en cuyo ejercicio, pueden existir algunos elementos que se consideran discrecionales —*discrecionalidad de actuación* en un primer momento, o bien a continuación *discrecionalidad de elección* entre las medidas posibles— conforme al ordenamiento jurídico —tanto la Ley como el Derecho—, o bien las potestades en las que todos los elementos de la misma son *reglados*, no existiendo la posibilidad de adoptar varias decisiones, sino solamente una.

solución y exista base para ello en los autos”. La Exposición de motivos sobre el contenido del nuevo artículo 71.2 recoge finalmente los manifiestos errores y la confusión existente en la redacción de las enmiendas y toma de posición, como hemos analizado ya en algunas publicaciones anteriores, por los diversos grupos parlamentarios sobre los conceptos jurídicos más elementales de derecho administrativo que llevó a suprimir dicho párrafo en la redacción definitiva del 71.2. Así, afirma de modo confuso e incompleto en su explicación sobre el enjuiciamiento de las actuaciones “discrecionales” a la vez que forma incierta, regresando al posicionamiento en la historia previo a las exigencias de los principios constitucionales de 1978: “Añade, no obstante, algunas prescripciones sobre el contenido y efectos de algunos fallos estimatorios: los que condenen a la Administración a hacer algo, los que estimen pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, los que anulen disposiciones generales y los que versen sobre actuaciones discrecionales. En relación con estos últimos, la Ley recuerda la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que precise que no pueden los Jueces y Tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad”.

Se vienen contraponiendo dialécticamente, la actuación reglada frente a la discrecional y, más aún, frente a la actuación arbitraria de la Administración (así, inicialmente después de la Constitución, SSTS de 21 de febrero de 1981, Ar. 1147; 23 de junio de 1981, Ar. 2777; 29 de febrero de 1984, Ar. 1115; y 6 de noviembre de 1984, Ar. 5385).

La tradicional exposición y enfoque académico entre las denominadas potestades regladas y discrecionales ha estado profundamente marcada por el incorrecto planteamiento tradicional de abordar su diferenciación como si se tratara de dos potestades radicalmente distintas (potestades regladas de una parte y potestades discrecionales de otra) en lugar de su enfoque correcto, que es meridianamente claro además desde 1956 en la Ley de la jurisdicción, consistente en considerar la discrecionalidad únicamente en relación a algunos *elementos o condiciones* del ejercicio de la potestad.

Para el adecuado enfoque de la discrecionalidad, consideramos que existen de forma inicial en torno a la aprobación de la Constitución, tres obras imprescindibles en la doctrina administrativista española, que bien merece ser releídas con frecuencia, escritas por tres prestigiosos profesores de nuestro Derecho administrativo.

La pionera obra ya citada de Sáinz Moreno en 1976 *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, que aborda, desde un conocimiento profundo de la materia y de la doctrina alemana, su naturaleza y distinción con otras figuras. El análisis y particular atención que a la discrecionalidad y a su control le dedica Fernández Farreres en 1983 *La subvención: concepto y régimen jurídico*, en su capítulo VI. Y la monografía posterior de T.R. Fernández (1ª ed. de 1994 y posteriores ediciones) *De la arbitrariedad de la Administración*, en la que se analiza la evolución de la jurisprudencia en la materia, confrontando con claridad los argumentos que plantean un retroceso en el pleno control judicial de los elementos discrecionales.

Las normas jurídicas *típicas*, dejando ahora al margen las normas propias del denominado Derecho de la planificación, son proposiciones de carácter condicional, de tal forma que si una conducta realiza el supuesto

de hecho establecido en la norma se aplica su consecuencia jurídica. Las normas jurídicas se estructuran por tanto sobre dos elementos esenciales, un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

La proposición jurídica completa reviste la forma de juicio hipotético ya que, por una parte, describe un hecho o situación a cuya concurrencia se condiciona la puesta en actividad de la norma. Y, por otra, a este elemento fáctico, la norma jurídica vincula una consecuencia jurídica.

El proceso de aplicación de la norma jurídica se desarrolla así en cuatro fases, fases que están recíprocamente relacionadas, y destacando ya aquí que para la adecuada interpretación y aplicación de la norma es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, como destaca Maurer⁶:

- (i) Averiguación y comprobación del hecho o conducta: ¿qué ha sucedido efectivamente?, ¿qué existe realmente?
- (ii) Concreción, interpretación y comprobación del contenido del supuesto de hecho previsto legalmente: ¿qué expresa el supuesto de hecho legal?
- (iii) Subsunción: ¿se corresponde el hecho o conducta con los elementos del supuesto de hecho establecido en la ley?
- (iv) Constatación de las consecuencias jurídicas: ¿qué rige pues?

2. LA IMPRESCINDIBLE PREVIA DIFERENCIACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD FRENTE A LO QUE NO LO ES

En la construcción tradicional sobre la discrecionalidad, la norma *típica* para los derechos e intereses de los ciudadanos no anuda al supuesto de hecho una única consecuencia jurídica, sino que es posible la elección por parte de la Administración entre varias, —todas ellas deberían contar así con cobertura legal—, y por lo tanto ser válidas para el Derecho.

Sin embargo, para ello, la decisión adoptada debe ser *conforme a Derecho*, al conjunto de todo el ordenamiento jurídico. No hay así, en la mejor ex-

⁶ Maurer, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte general* (traducción coordinada por Doménech, G.). Marcial Pons, p. 166.

presión sobre esta cuestión, *ninguna alternativa elegida indiferente para el Derecho*, y de ahí su necesario control judicial conforme a dicho canon para no incurrir en la prohibida arbitrariedad.

Ya hemos reiterado que no cabe hablar de discrecionalidad en bloque o de todos los elementos de la potestad, sino que lo correcto es que corresponda dicha calificación a alguno de sus elementos. Así, *puede referirse a la decisión de actuar o no, o bien al momento de hacerlo, o bien al contenido mismo de la decisión, o a determinadas circunstancias, o bien a la elección del instrumento, etc.*

Todas estas cuestiones, son esenciales para distinguir con claridad entre discrecionalidad y otras categorías jurídicas en numerosas y decisivas actuaciones administrativas, así los conceptos jurídicos indeterminados, y el juicio técnico, el cual ya es calificado por la actual Jurisprudencia como “impropia” discrecionalidad.

Categorías que erróneamente se pretenden asimilar a la primera por la Administración pública, interesada en su pretensión de libre actuación tanto frente al ciudadano en vía administrativa, como en la limitación y relajación de su control ante los jueces y tribunales. En primer lugar, la necesidad de proceder a la concreción del *concepto indeterminado* en la adecuada interpretación de los datos, hechos y pruebas en cada caso, en numerosas ocasiones ha permitido a la Administración intentar, y conseguir, que se confundiera con una facultad discrecional.

Sáinz Moreno en su citada pionera monografía sobre la materia utilizó la reveladora expresión, tantas veces seguida posteriormente, que todo el concepto, en todas sus zonas, están iluminadas o inspiradas por la idea que constituye su núcleo: “el criterio para conocer hasta donde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque *el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo*”. El núcleo sería así el dominio de las afirmaciones o bien evidentes o bien expresadas con carácter general, mientras que el “*halo del concepto*” es el dominio de los supuestos concretos, ya que su aplicación *requiere el análisis de las características de cada caso*:

“El concepto, al estar formado por dos zonas o ámbitos conceptuales tiene también dos límites. Por un lado, el límite entre el ámbito de certeza positiva (lo que es seguro) y el ámbito de duda; y por otro, el límite entre el ámbito de duda y el ámbito de certeza negativa (lo que es seguro que el concepto no es). Así, si se analiza a qué supuestos puede aplicarse un concepto resulta que algunos casos, con absoluta certeza, no están incluidos en su ámbito conceptual (certeza negativa); otros, en cambio, es evidente que sí lo están (certeza positiva), existiendo entre ellos una zona intermedia de supuestos dudosos (“halo del concepto”)”⁷.

Santamaría Pastor, entre una gran mayoría de la Doctrina, destaca con rotundidad que la discrecionalidad “*no puede ser confundida*, bajo ningún concepto, *con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos*”. Hay que partir de la consideración que todos los conceptos utilizados en las normas tienen un mayor o menor *grado de imprecisión*, pero en ocasiones las normas (legislativo y ejecutivo respectivamente) utilizan de forma deliberada conceptos vagos, señala este autor, “bien sean de experiencia social (p. ej. buena conducta, tranquilidad, temeridad, legítima defensa, intimididad) o éticos (p. ej. buena fe, causa ilícita, justo precio)”⁸.

Y, en segundo lugar, en relación a la denominada erróneamente “discrecionalidad técnica”, con la que se ha pretendido otorgar a la Administración un ámbito propio de actuación y decisión en materias “técnicas” justificándolo en la necesidad de su atribución a órganos especializados de la misma que formulan el juicio técnico por su especial capacidad y especialización, Giannini afirma que se trata de un “error histórico” de la doctrina ya que nada tiene que ver con la discrecionalidad⁹.

La denominada discrecionalidad técnica es un “oxímoron”, una evidente contradicción en sus dos términos, al proclamar en el inicial sustantivo

⁷ Sáinz Moreno, F. (1976): “*Conceptos jurídicos...*”, pp.197-198.

⁸ Santamaría Pastor, A. (2009): *Principios de Derecho Administrativo General...op. cit. p.338*

⁹ Giannini, M.S. *Diritto Amministrativo*, vol I, Milan, 1970, p.488.

una libertad de decisión que el adjetivo “técnico” que lo acompaña niega, como ha puesto de manifiesto T.R. Fernández en numerosas ocasiones¹⁰.

Su construcción teórica surge en Alemania en un manifiesto intento de incluirla en la proximidad de la categoría de la discrecionalidad y alejarse de los conceptos jurídicos indeterminados y de su “única solución justa”, con la única finalidad de evitar o bien reducir enormemente el efectivo control judicial apelando de modo incoherente a “cuestiones de valoración técnica” en las que, pese a la manifiesta realidad de lo contrario desde hace décadas en la sociedad y en los expertos, a la Administración se le pretende otorgar *una supuesta autoridad y preeminencia de conocimiento sobre todo el universo técnico y científico* “extramuros” de la Administración.

Su incorporación en España se produce a partir de la interpretación parcial que se realiza de la STC 39/1983, y lo que sorprende es que haya tenido tanta aceptación durante décadas en la jurisprudencia, con una crítica minoritaria en la doctrina académica, hasta que en los últimos años la propia Doctrina judicial ha empezado a rectificar este disparate histórico ausente de rigor intelectual alguno en su propio planteamiento.

Por ello, su denominación de discrecionalidad técnica debiera rechazarse definitivamente y calificarse como “juicio técnico” como ya nos pronunciamos hace unos años¹¹. En España, tiene su origen bien definido en un ámbito interno muy propio de la Administración, de gran interés de ésta en preservarlo de su control judicial: la selección de empleados públicos mediante las diversas pruebas de aptitud en concursos y oposiciones, y el de la valoración de méritos en todo tipo de procedimientos.

¹⁰ Así, p. ej. en Fernández T.R. (2015) “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *RAP* núm. 196, pp. 211-227.

¹¹ Fernández-Espinar, L.C. (2012): “El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. La necesaria revisión del mito de la construcción dogmática de la discrecionalidad y su control” (Ejemplar dedicado al Control judicial de las Administraciones Públicas), *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, pp. 211-258.

III. LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA DECIDIDA EVOLUCIÓN DE SU CONTROL JUDICIAL

1. SU FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA EN LA FUNCIÓN DE SERVICIO A LOS INTERESES GENERALES. EL PROBLEMA DE SU EJERCICIO Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

La explicación teórica de fundamentación más común, —no aquellas que meramente se centran en el hecho de la existencia de normas genéricas o cuya regulación no es minuciosa y completa como en las potestades regladas—, sobre la necesidad de la existencia de elementos discrecionales como margen de elección en las actuaciones administrativas suele ser la siguiente. Las Administraciones Públicas no podrían desempeñar correctamente su función de servicio a los intereses generales si toda su actuación estuviese predeterminada de manera rígida por las normas jurídicas, ya que tienen que enfrentarse a problemas que surgen, o cuyas circunstancias cambian, y que por ello el legislador no puede prever o que, aun previéndolos, sólo puede regular de manera general.

Y se suele terminar con una conclusión, muy discutible por razones obvias que confunde ámbitos bien distintos de lo que son actuaciones administrativas que no políticas, y es defender que tales problemas requieren una *respuesta política* (término utilizado con una amplitud e indeterminación que debe acotarse por las consecuencias nada adecuadas que conllevan si a ello se anuda, como suele suceder y ello se pretende, la exclusión de criterios *de conformidad a Derecho*), o incluso se defiende que “técnica pero en función de consideraciones políticas”. En otras ocasiones se utiliza el término “oportunidad” asociado a de decisión política, contraponiéndolo al de legalidad.

La construcción en la primera parte de los términos expresados parece sencilla, pero no lo es en su aplicación práctica y mucho más en la segunda

parte “política” de los mismos, ya que nos adentramos en el complejo ejercicio del Poder y en su habitual afán por considerar que su amplitud de libertad decisional no debe estar sometida ni ser controlada por otro poder, sino con una pretendida *función propia e inmanente al mismo*.

En ese planteamiento, que trae causa de la herencia en el sistema europeo continental de una concepción rígida del principio de división de poderes cuando se transforma en el principio de separación de poderes y en una exención judicial del Poder ejecutivo, se considera que es la Administración quien es la más adecuada para *auto-controlarse a sí misma*.

Por ello, la cuestión principal de debate de la denominada discrecionalidad *no es tanto su teoría* (ámbito de libertad de la mejor decisión entre varias posibles para el mejor cumplimiento y servicio de los intereses generales) sino su *práctica cotidiana* por la propia Administración al repercutir su ejercicio en las garantías jurídicas del ciudadano indispensables en un Estado de Derecho ¹².

¹² Con carácter posterior a las dos iniciales obras ya citadas de la doctrina administrativista española de Sáinz Moreno, F. (1976) *Conceptos jurídicos...*, *op. cit.*, y Fernández Farreres, G. (1983) *La subvención...*, *op. cit.*, se han producido en la década de los 90 intensos debates doctrinales por determinados autores de la doctrina administrativista, con posiciones enfrentadas muy definidas en su concepción del Derecho y del Poder aunque, por desgracia, dicha materia y sus consecuencias decisivas para las garantías y derechos de los ciudadanos, no ha seguido ocupando la atención ni la preocupación, con algunas excepciones, de las investigaciones y publicaciones en nuestro Derecho administrativo. Así, entre otros, del intenso debate en aquellos años 90 por orden cronológico de publicación: T. R. Fernández (1991): *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas; Parejo Alfonso, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, y -(1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos; Sanchez Morón, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos; Atienza, M. (1995): “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa”, *REDA* núm. 85, pp. 5-26; Beltran de Felipe, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Tecnos; García de Enterría, E. (1996): “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, núm. 89, pp. 69-89; y del mismo autor (1998): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas; Desdentado

Pese a la superación constitucional definitiva del planteamiento de origen en los revolucionarios franceses de liberar al Poder de los condicionamientos judiciales, sin embargo, esa *pesada herencia* ha contribuido poderosamente a situar al poder ejecutivo en el centro de la vida social y extender una mentalidad que considera que juzgarlo es algo excepcional, poniendo en permanente tela de juicio las intenciones personales e ideológicas de quienes juzgan al mismo¹³. Hay que destacar que, entre nosotros, el control jurisdiccional de los reglamentos no fue posible hasta la Ley de la jurisdicción de 1956, y el de las leyes a partir de la creación del Tribunal Constitucional.

Por ello, en autores nada sospechosos de fomentar o defender las inmunidades del Poder, sino todo lo contrario, como García de Enterría, expresiones como “la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los ordenadores)”¹⁴, deben situarse en su adecuado contexto y explicaciones sobre su alcance y pleno control jurídico como las que se contienen en todas sus obras.

Daroca, E. (1997): *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Civitas; Bacigalupo Saggese M. (1997): *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Marcial Pons; Igartua Salaverría, J. (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas. Chinchilla Marín, C. (1999): *La desviación de poder*, Civitas, 2ª ed.

¹³ Sobre el origen de esa pesada herencia, y sus consecuencias en la cultura y en la vida social del Viejo Continente frente a la americana, es imprescindible leer, al menos, los siguientes libros: Tocqueville, A. D. (1856): *El antiguo régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, 2018; García de Enterría, E. (1981): *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Taurus, 2ª ed.; y Cohen-Tanugi, L. (1987): *Le Droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 3ª ed.

¹⁴ García de Enterría, E. y T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª ed. p. 449.

La construcción teórica sobre la elección entre varias decisiones-, otra cuestión es hasta dónde debe llegar ese ámbito de elección otorgado por la norma jurídica-, no ha sido nunca cuestionada, sino lo que realmente importa es una obviedad: el habitual ejercicio de las facultades discrecionales en las actuaciones administrativas, ha repercutido negativamente en las garantías de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, llegando de forma habitual a eludir el control judicial de su ejercicio.

Esta es la relevante cuestión que se quiere obviar, y se sigue olvidando en pleno siglo XXI, al tratar las cuestiones sobre discrecionalidad, por parte de una doctrina minoritaria que critica su diferenciación con otras figuras que no son discrecionalidad, así como su pleno control judicial.

Es una realidad notoria, sin discusión, que el ejercicio por la Administración de los elementos discrecionales “tiene mala prensa” de forma bien merecida ante los ciudadanos que, mayoritariamente, lo equiparan con la pura arbitrariedad *sin que haya realizado cambios reales y significativos* en el control interno previo del ejercicio de su potestad reglamentaria y de los actos administrativos.

Y ni siquiera hay un *cambio real en su mentalidad*, en la de las personas elegidas que detentan temporalmente dicho Poder ejecutivo y dirigen la Administración, lo que es más importante aún en todas las organizaciones, pero aún más en las que tienen como única legitimación, justificación y razón de ser *una función delegada y vicarial*. En este caso, el servicio al “interés público” y “general” de los ciudadanos que son los que ostentan la soberanía nacional y por ello todos los poderes del Estado.

El ejercicio de las facultades discrecionales sigue siendo de forma habitual la manifestación de una forma tradicional caduca de entender el ejercicio del Poder, que consiste en el arbitrio del gobernante guiado por su mera voluntad, al considerar que para ello “*detenta el poder*”¹⁵. Como

¹⁵ Arbitrio en dos de las acepciones del Diccionario de la RAE se define como, o bien “Voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho”, o bien “Autoridad, poder”.

contrapunto al párrafo anterior transcrito del citado autor, García de Enterría, a continuación, señala de forma meridiana el gran problema que tiene el ejercicio de la discrecionalidad: “*Refleja de forma bien perceptible el antiguo modo de gobernar, que parece prescindir de la Ley y consagra la voluntad de los gobernantes como criterio único y último de decisión*”¹⁶.

En nuestra opinión, uno de los graves errores en el enfoque doctrinal en esta cuestión en los manuales de derecho administrativo, que han provocado gran confusión tanto en la propia Administración como en su posterior control sobre su verdadero alcance y límites en su ejercicio, es el planteamiento de la existencia de *potestades discrecionales por su propia naturaleza*, en lugar de mencionar lo que es correcto y que es la existencia de algunos *elementos discrecionales* en las potestades.

Así, ha sido habitual en los manuales el siguiente párrafo como potestades discrecionales: “la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economía o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas”.

La invocación habitual de pretendidos ámbitos como “espacios de libertad” discrecional de la actuación administrativa (concursos y oposiciones, valoración de méritos, planificación, urbanismo, medio ambiente, economía, etc.) sin embargo, encuentran desde hace años Jurisprudencia favorable a su pleno control e incluso a la *consideración reglada* de su contenido y ejercicio, debiendo distinguirse definitivamente en las exposiciones doctrinales entre lo que son actuaciones administrativas en dichas materias (ámbito estrictamente jurídico) de lo que son políticas y estrategias (dirección política).

En la actualidad, la justificación mayoritaria de elementos discrecionales en las potestades, es la invocada apelación al *concepto del “interés público” o “interés general”* como veremos. Es así, ante la creciente pérdida de *densidad en las normas* en una “calculada” indeterminación por parte del legislador;

¹⁶ García de Enterría, E. y T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit. p. 449.

—con la introducción de conceptos con componentes valorativos de gran indeterminación de directrices con la fijación de objetivos a cumplir, o bien mediante una generalizada remisión al reglamento—, donde se pretende nuevamente situar ahora la discrecionalidad, dejando en manos del Gobierno y la Administración la determinación de cuáles son los intereses generales.

Ello procede, y se venía produciendo anteriormente desde los años 80, en el sistema público norteamericano, con notoria y creciente preocupación en la doctrina norteamericana de derecho público dadas sus consecuencias y la necesidad de su control desde hace años ante los elevados niveles de discrecionalidad gubernamental, en lo que se ha denominado una “vinculación estratégica” de la Administración con el establecimiento de un sistema al margen de las denominadas *normas típicas* con la estructura tradicional de mandato-deber entre el Estado y el ciudadano ¹⁷.

En la determinación, motivación y control en la actuación administrativa concreta de esos intereses generales, se encuentra en la actualidad la batalla “*contra las inmunidades del poder*” de los anteriores siglos XIX y XX.

¹⁷ Parejo Alfonso, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, que señalaba hace años detalladamente al respecto: “La propia ‘programación’ de la actividad administrativa a través de la Ley está sufriendo profundas transformaciones. La Ley no responde hoy ya a la configuración dogmática establecida. No se trata tan sólo del surgimiento de nuevos tipos de leyes, como fundamentalmente en razón a la pérdida de las notas clásicas de la generalidad y la abstracción, sino también y muy especialmente de una radical diversificación de los contenidos propios del mandato legal. La Ley está dejando de responder ya, cada vez en mayor medida, al esquema mandato general-deber de obediencia directo del ciudadano; establece con progresiva normalidad simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada. Estos cambios en la Ley repercuten, como es natural, en el comportamiento de sus destinatarios y, especialmente, de la Administración. Surgen así para ésta mayores márgenes de acción (incluida, en su caso, la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la Ley), una cierta capacidad de opción entre alternativas para la realización de los fines legales y hasta determinadas posibilidades de disposición sobre y desviación de estos últimos” (p. 23).

2. LA EVOLUCIÓN DESDE SU INMUNIDAD JUDICIAL HASTA SU PLENO CONTROL JUDICIAL QUE ALCANZA A LAS RAZONES SOBRE EL PROPIO “INTERÉS PÚBLICO” / “INTERÉS GENERAL” DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre esta central cuestión del control de la discrecionalidad de la Administración, ha transcurrido la *tortuosa historia* de nuestra Justicia administrativa, desde la exclusión de ámbitos enteros de actuaciones administrativas calificadas como discrecionales, hasta llegar al momento actual. La tradicional explicación de las técnicas de control judicial las agrupa en cuatro: el control de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y su calificación jurídica, el control de los conceptos jurídicos indeterminados y el control a través de los principios generales del Derecho.

Consideramos que este planteamiento es más eficaz y ofrece pautas de entendimiento más realistas y didácticas sobre el control judicial en contraposición con la postura de algunos autores que cataloga con carácter previo la discrecionalidad en distintas categorías (política, administrativa y jurídica) y en grados (fuerte, menos fuerte, débil) en una pretendida escala de discrecionalidad a modo de la escala de demanialidad de los bienes públicos.

Esta distinción, como ha puesto de relieve la propia jurisprudencia, es meramente teórica, intentando construir categorías previas que, de una parte, ni figuran en las normas, y, de otra, no siguen ni los propios tribunales, lo que debería ser más relevante aún para la adecuada estrategia en la defensa de los ciudadanos ante los órganos judiciales.

En cualquier caso, a los efectos que nos deben interesar y que son las que interesan a los ciudadanos, deberíamos coincidir en que cualquier tipo de discrecionalidad está sometida a unas claras *exigencias jurídicas que delimitan su ejercicio*, en lugar de la denominación habitual de límites jurídicos que parte de una premisa de “libertad” errónea. Estas exigencias jurídicas son, de una parte, los elementos reglados, entre ellos los hechos determinantes, los conceptos indeterminados y el juicio técnico, y, de otra, los principios generales del Derecho y el interés público o interés general.

El control de los elementos discrecionales de la actuación administrativa debería llevarse a cabo de una forma no muy distinta al de todas las actuaciones administrativas, mediante dos fases de enjuiciamiento, como ya viene siendo habitual en la mejor jurisprudencia de nuestros tribunales. Así, como en todas las actuaciones administrativas, el control judicial en una primera fase tiene por objeto, todos los elementos reglados (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y trámites del procedimiento, fin, etc.) a los que debe sumarse el control esencial y relevante de los hechos determinantes y su calificación jurídica, en conexión con los conceptos indeterminados si los hubiera- técnicos o no-. Podríamos decir, en definitiva, que se trata así de un control estricto de legalidad (“...*con sometimiento pleno a la ley*”, art.103.1 CE).

Y, a continuación, en una segunda fase, de haber superado el control de la primera, es cuando de forma específica se abordaría el control de los elementos que pudieran considerarse discrecionales en su caso. Es a partir de ahí cuando se debe proceder a su *pleno y adecuado control judicial conforme al Derecho*, y en donde tiene que desempeñar un papel relevante el concepto de interés público, a determinar en el caso concreto según todas las circunstancias de aplicación.

Dicho control de la actuación administrativa se llevará a cabo, sobre la necesaria base de todos los datos, hechos, informes, etc... analizados en la primera fase, mediante su conformidad o no con el canon relativo al interés público, —especialmente a través de la motivación expresada en la actuación administrativa— y su adecuación a los principios generales del Derecho de aplicación en cada caso a la actuación reglamentaria o aplicativa, en virtud del reiterado mandato (“...*con sometimiento pleno al Derecho*”, art.103.1 CE). Entre ellos, destacan en la reciente Jurisprudencia:

- los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y equidad
- los principios de transparencia y buena administración
- el principio de proporcionalidad

- los principios de intervención mínima y competencia efectiva
- los principios de eficacia, eficiencia y economía
- los principios de racionalidad y razonabilidad
- el principio de interdicción de la arbitrariedad

Como ya mencionaba en 1976, en su pionera monografía, Sáinz Moreno el control de la discrecionalidad consiste en su enjuiciamiento en el que tiene una especial relevancia su adecuación a la *noción de “interés público”*. Y ya destacaba, —lo que viene consolidándose en la jurisprudencia como un elemento decisivo de su adecuada justificación—, la significativa conexión entre la facultad discrecional y la *noción de interés público* como concepto jurídico indeterminado: “El ejercicio de una potestad discrecional exige realizar una *“ponderada estimación de la noción de interés público* como concepto jurídico indeterminado. Por ello, por ser un concepto jurídico, la noción de interés público debe ser interpretada y aplicada previo un examen, *según las reglas de la sana crítica* de los datos, informes y demás elementos que preceden a la decisión”¹⁸.

Por último, nos encontramos con el término empleado originariamente por la Doctrina alemana relativo a la “reducción *de la discrecionalidad a cero*”, es decir la desaparición de la discrecionalidad, que se emplea para los supuestos en que, a la vista de todos los datos, hechos y pruebas del caso concreto, la posibilidad de elección se reduce a *una única decisión* estando obligada entonces la Administración a ella, dado que sólo una de ellas es “conforme a Derecho”. Sucede *cuando desaparecen las opciones* entre las cuales podía elegir la Administración.

Ello, que no deja de ser una construcción teórica sin plasmarse en una regulación legal, ha tenido su reflejo práctico en la Jurisprudencia, —aunque con luces y sombras todavía y dudas injustificadas en determinados jueces por la pesada herencia en la materia—, para amparar una facultad

¹⁸ Sáinz Moreno, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas, pp. 347-349.

esencial de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como es la *extensión* de los pronunciamientos en el reconocimiento de las pretensiones de los ciudadanos y condenas a la Administración demandada.

Esta reducción a cero de la discrecionalidad tiene especial relevancia y trascendencia en numerosos casos, y de forma muy destacada cuando se ven afectados los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y se acredita mediante las correspondientes pruebas el cumplimiento por el recurrente de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la pretensión jurídica solicitada.

En esos casos, las facultades de decisión del órgano judicial son totales sin cortapisa alguna, estando obligado, en virtud del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, no sólo a anular y retrotraer, sino a condenar en su fallo a la Administración a que proceda al reconocimiento de la pretensión¹⁹. Desde la nueva Ley de la jurisdicción de 1998, nuestra jurisdicción es como todas las demás una jurisdicción de pretensiones y no sólo de anulación de la actuación impugnada.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO/INTERÉS GENERAL EN EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES: EL FIN Y LA JUSTIFICACIÓN DE TODAS LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1. LA ADECUACIÓN DE LA DECISIÓN AL FIN LEGALMENTE ATRIBUIDO: LA DESVIACIÓN DE PODER

La relevante importancia del *elemento teleológico* de la actuación administrativa, en definitiva, de su fin, ya fue destacada por DE LA VALLINA en su pionera monografía sobre la motivación, afirmando que dicho fin condicio-

¹⁹ Sobre esta cuestión, ya se pronunció de forma clara y muy acertada Baño León. J.M^a, en (2011): “La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?”, *REDA*, núm. 152, pp. 839-858.

na de tal forma su legalidad que debe ser elemento decisivo para su posterior control y enjuiciamiento por los tribunales a través de la “motivación”²⁰.

El control del fin es una de las técnicas de control de los elementos reglados del acto administrativo más complejas en su aplicación práctica por la prueba que se ha venido exigiendo de la intencionalidad de la Administración, siendo objeto de atención por parte de la doctrina. Su origen se sitúa en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (*détournement de pouvoir*) a partir del arret Lesbats de 1864, en una *relación directa precisamente con los actos discrecionales* ya que dicha jurisprudencia intentó extender a dichos actos un control de legalidad que anteriormente no se producía.

Se fundamenta en que toda actuación administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, que es determinado siempre expresa o tácitamente por la norma de atribución de la potestad que le permite actuar. Por ello, al ser un poder funcional, si la Administración se separa de dicho fin específico pierde su fuente de legitimidad infringiendo el “ordenamiento jurídico” y la actuación debe ser anulada.

Como es bien conocido, la Ley de 1956 incorporó a nuestro ordenamiento la institución de la *desviación de poder* en su artículo 83.3 al establecer que la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o disposición incurriere en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Para, a continuación, definirla diciendo que constituye desviación de poder “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. La actual Ley de 1998, mantiene la misma definición en su artículo 70.2.

Ello se complementa con su incorporación en las leyes de procedimiento administrativo. Así, en la actual Ley 39/2015, artículo 34.2, la adecuación al fin es un requisito del acto administrativo y condición de su legitimidad: “*El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos*”. Y en su artículo 48.1,

²⁰ De la Vallina Valverde, J.L. (1967), *op. cit.*, pp.41 y 76.

se establece que “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso *la desviación de poder*”, idénticos texto en su antecesora Ley 30/1992 (arts. 53.2 y 63.1). Sin embargo, en la Ley de procedimiento de 1958 únicamente se situaba en los recursos de alzada y reposición. entre las posibles infracciones del ordenamiento (art. 115.1).

Por otra parte, también la relevancia de los fines específicos como el fin de “interés general” se encuentra de forma destacada entre los principios de buena regulación de la potestad reglamentaria y de la iniciativa legislativa de la Administración, como establece en el art.129.2 de la Ley 39/2015, que dispone que deberá “estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”.

2. EL DECISIVO AVANCE MEDIANTE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL FIN GENERAL DEL “INTERÉS PÚBLICO” / “INTERÉS GENERAL” EN CADA UNA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. LA RELEVANCIA DE LA MOTIVACIÓN.

Merece destacarse que, la superación del planteamiento meramente positivista y la aplicación de los principios constitucionales y del conjunto del ordenamiento jurídico, va a ser premonitorio de lo que va a suceder años después con la decidida *incorporación de los conceptos de “interés público” e “interés general”*, como parámetros y preponderante canon de adecuación al “Derecho”, en la actuación de los tribunales de lo contencioso. Ello, hubiera sido impensable hace pocos años, como habían manifestado incluso autores partidarios del pleno control judicial de la actuación administrativa.

Adecuación de la actuación administrativa al *fin general* además del *fin específico* como elemento de la norma de atribución, que constituye uno de los elementos objetivos reglados que ha figurado siempre entre los límites generales impuestos tradicionalmente a la actividad discrecional de la

Administración. Ello se produce de una forma imparable después de su constitucionalización, nada menos en el artículo 106.1: “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”.

Son numerosas las sentencias que así lo destacan, tanto antes como después de la Constitución. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1978*, Ar. 2423, señala que su ejercicio requiere, *junto al fin del interés general, el fundamental de una norma habilitante* que le confiera a la Administración dicha facultad. Y, posteriormente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, reitera unos límites en su control que coincidían con los que tradicionalmente se entendían que eran propios de la discrecionalidad, tales como los elementos reglados (competencia del órgano, procedimiento y adecuado al fin perseguido), los hechos determinantes y los principios generales del derecho.

Así, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989*, rec. apelación 910/1988 (ponente Cáncer Lalanne), que se expresa así:

“... pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE ”

Adecuación al fin perseguido, como reflejan sentencias más recientes que ya añaden otros elementos técnicos relativos a las *exigencias de una serie de requisitos en la motivación*. Así p. ej. en la *STS de 10 de junio de 2015*, rec. casación 2781/2013 (ponente Fernández Valverde), en la que se afirma “que, si bien técnicos, *nos son perfectamente asequibles* desde la perspectiva del control jurisdiccional de su legalidad”. El control judicial, señala, se va a extender así a:

“(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” (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”.

Igualmente, en la *STS de 2 de febrero de 2016*, rec. casación 3152/2014 (ponente Suay Rincón), que afirma que, sin el requisito vulnerado, la actuación *carecerá de un requisito indispensable para cumplir con la finalidad legalmente encomendada*: “Por consiguiente, ante la naturaleza y relevancia del trámite, cuya invalidez se ha apreciado—estudio de impacto ambiental—, en el procedimiento de aprobación del Anteproyecto de obras que nos ocupa, procede su anulación, en aplicación del artículo 63.2 de la LRJPA, pues sin aquel el acto de aprobación del proyecto necesariamente carecerá de un requisito indispensable para cumplir con la finalidad que legalmente tiene encomendada”.

Diversos autores, con la influencia de la aplicación de los principios constitucionales destacan la conexión indudable entre *motivación, desviación de poder e interdicción de la arbitrariedad*. Así, entre otros, uno de los primeros especialistas en ocuparse de los elementos de los actos administrativos, Garrido Falla, quien experimenta una coherente y significativa evolución sobre su consideración y relevancia de la motivación ya que, no sólo llega a considerar que la misma da entrada al recurso por desviación de poder,

sino que su falta o insuficiencia es *per se* un vicio de forma del acto y, como tal, sería también un vicio de *interdicción de arbitrariedad* (art. 9.3 CE).

Y ello porque considera que la motivación no sólo permite conocer la causa y fin del acto administrativo, “sino también el Derecho con el que se pretende legitimar la decisión, y el procedimiento para su adopción (...) y así se explica que estemos ante *una importante conquista jurídica, relativamente tardía*, del Derecho público frente a la contraria regla del absolutismo que impedía la motivación de las decisiones del Monarca e incluso judiciales”²¹.

Ponce Sole señala que la motivación conecta con la *causa* de la decisión administrativa, entendida como adecuación entre la decisión y *la finalidad del interés general* que debe perseguir: “siendo por ello *un medio técnico de control de la causa del acto: Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a las formas exteriores del acto mismo)*”²².

En la discrecionalidad, su razón de ser se encuentra directamente asociada al fin general que, junto con el fin específico establecido en la norma de atribución de la potestad, se ha considerado tradicionalmente como la apreciación y determinación del indeterminado concepto del *interés público* o *interés general* en un supuesto concreto. Ello va a tener una importancia decisiva en su control judicial de conformidad al “Derecho”, al conjunto del ordenamiento jurídico.

El *contenido material de dichos conceptos* no se encuentra detallado en la Constitución, que no ha precisado cuáles son esas actuaciones de “interés público” que irán variando en función de los cometidos que, en cada momento, quieran establecer las leyes en la determinación del concreto fin que se persiga para la satisfacción y el “*servicio de los intereses generales*” (art. 103.1 CE).

²¹ Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J.M. (2000): *Régimen Jurídico y Procedimiento... op. cit.* p. 187.

²² Ponce Sole, J. (2001): *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo ... op. cit.*, p. 517.

Chinchilla Marín conecta esta cuestión con la preceptiva adecuación al fin de cualquier actuación administrativa, según el artículo 106.1 CE, y de manera muy clarificadora explica que el fin será el establecido en la norma, pero también el fin genérico constitucionalmente definido en “servir con objetividad los intereses generales” (art. 103.1), por lo que, siguiendo la tesis de Fernández Farreres sobre el interés público como concepto indeterminado que mencionaremos más adelante, señala que “indudablemente, ninguna decisión es igual a otra; entre varias, *siempre habrá alguna que sirva mejor al interés público* específico de que se trate”²³.

La “*motivación*” desempeña un papel esencial en la justificación de la adecuación al interés público o interés general en un supuesto concreto en relación al fin general y al fin específico de la potestad atribuida.

Parejo Alfonso la destaca especialmente en relación con los actos discrecionales y su debido control. Así, señala entre las técnicas de control la relativa al fin de la potestad, y ante la dificultad que conlleva su prueba, señala la necesidad e importancia de la motivación para comprobar la no incursión *en arbitrariedad o en desviación de poder*²⁴. Y destaca que las actuaciones administrativas “*no pueden producirse de cualquier forma, a la libre voluntad del órgano competente*” asociándola con el procedimiento, como garantía del acierto de la Administración y la defensa de los ciudadanos, así como con la necesaria forma externa para producir sus efectos jurídicos.

Ello, va a tener una decisiva repercusión en el control judicial de los elementos discrecionales como nos lo vienen recordando numerosas sentencias. Así, entre ellas, la tantas veces citada sobre la verdadera naturaleza de los elementos discrecionales y su pleno control judicial, *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 febrero de 2007*, rec. casación 38/2005 (ponente Díaz Delgado) que señala:

²³ Chinchilla Marín, C. (1999): *La desviación...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

²⁴ Parejo Alfonso, L. (2021): *Lecciones de Derecho administrativo*, *op. cit.* p. 541.

“...tiene su cobertura constitucional en el artículo 106.1 de nuestra norma fundamental, cuando dispone que: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Este precepto permite residenciar todos los actos administrativos y los reglamentos ante los jueces y tribunales, sin excepción alguna. Claro que ese control solo puede hacerse con el parámetro del ordenamiento jurídico, al que los jueces y tribunales están sometidos (art. 9.1 y 117.1 de nuestra Constitución), pero la discrecionalidad será la consecuencia de que no existe vulneración del ordenamiento jurídico y no un “prius” que excluya el control jurisdiccional de un acto administrativo, so pretexto de una calificación de un acto o una potestad administrativa como discrecional.

Y, recientemente, en la debatida materia de nombramientos de altos cargos jurisdiccionales y fiscales, que ha constituido siempre paradigma de la discrecionalidad, la clarificadora *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2022*, rec. casación 133/2021 (ponente Requero Ibáñez), que ha fijado la actual situación de la doctrina en esta materia. Estableciendo que desempeña un papel central “la motivación” en relación a los fines de la potestad atribuida, papel central que, en el margen de apreciación que corresponde al órgano constitucional decisor, *exige dar razón de cómo el candidato se ajusta a los fines u objetivos* que la Administración asigna al cargo o puesto. Así, afirma:

“*Superada la vieja doctrina que no exigía motivación expresa*, esta Sala viene considerando que es preciso motivar y así exteriorizar el cumplimiento de esos límites a los que está sujeto el acto de elección, para no incurrir en un voluntarismo que degenera en arbitrariedad.... Una motivación *es adecuada si permite conocer* las razones, los criterios esenciales o fundamentales por los que ha sido preferido un candidato frente a otro u otros, razones reconducibles a *estándares de mérito y capacidad* que deben estar identificados en cuanto que son determinantes de la preferencia por el nombrado. Aparte de ese aspecto subjetivo, la motivación *exige dar razón de cómo el candidato se ajusta a los fines u objetivos* que la Administración asigna al cargo o puesto para el que se le nombra y a cómo quiere que se satisfagan”.

3. CONTENIDO MATERIAL: SE TRATA DE UN CONCEPTO LEGAL (O JURÍDICO) INDETERMINADO CUYA DETERMINACIÓN DEBE REALIZARSE DESDE LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) Es un concepto legal (o jurídico) indeterminado

El concepto de “interés general” o “interés público” es un elemento esencial del ordenamiento jurídico, ya que no sólo constituye el fin último de la actividad administrativa, sino que se configura como el presupuesto de su legalidad en numerosas decisiones y actos administrativos.

Y precisamente, enlazando con lo comentado como referente que ha sido habitual tantos años de la justificación de la discrecionalidad, hay que destacar que constituye un “*concepto indeterminado*” utilizado por las Leyes, y, en segundo lugar, justamente por ello corresponde controlar al juez su aplicación por la Administración según las técnicas habituales sobre este tipo de conceptos.

El concepto de “interés general”, o sus equivalentes de “interés público” o “interés social”, lo encontramos en las Leyes, y en primer lugar en la propia *Constitución española*. Sin perjuicio del ya reiterado contenido del trascendental artículo 103.1: “servir con objetividad los intereses generales”, lo encontramos en sus artículos 30.3: se podrá establecer un servicio civil para el cumplimiento de “fines de interés general”; 33.3: expropiación por causa justificada de “utilidad pública o interés social conforme a lo dispuesto por las leyes” 34.1: el derecho de fundación “se reconoce para fines de interés general, con arreglo a la ley”; 44.2: la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica se hará “en beneficio del interés general”; 47: la regulación de la utilización del suelo se hará “de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Igualmente, en los artículos 76.1: las Cámaras legislativas pueden nombrar Comisiones de investigación “sobre cualquier asunto de interés público”; 124.1: el Ministerio Fiscal promueve la acción de la justicia “en defensa del interés público tutelado por la ley”, y procura “la satisfacción

del interés social”; 128.1: la riqueza del país “está subordinada al interés general”; 128.2: mediante ley se podrá acordar la intervención de empresas “cuando así lo exigiere el interés general”; 149.1.20^a y 24^a: utiliza el “interés general” para la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA en puertos, aeropuertos y obras públicas; 150.3: el Estado podrá dictar leyes de armonización “cuando así lo exija el interés general”; y 155.1: adopción de medidas para la “protección del interés general”.

En dos interesantes y recientes Sentencias, se pone de manifiesto el concepto de interés público como *concepto legal*, tanto de la Ley de Costas en la STS 272/2023, de 6 de marzo (rec. casación 7680/2021, ponente Olea Godoy) como de la Ley del Patrimonio Natural y Biodiversidad en la STS 1427/2022, de 3 de noviembre (rec. casación 3805/2021, ponente Arozamena Laso).

En la primera, que tiene por objeto la prórroga de la concesión a la empresa ENCE en el municipio de Pontevedra, el artículo 2 de la Ley de Costas establece que la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre debe perseguir, entre otros fines, “garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de *razones de interés público debidamente justificadas*”.

Y en la que se aborda la cuestión casacional relativa a si “en la prórroga de las concesiones para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre existentes a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988 resulta necesario acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32.1 de esta última, es decir, que se trata de instalaciones o actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, así como el alcance de este precepto cuando el demanio no se encuentra en su estado natural y ha sido transformado como consecuencia de la intervención de la Administración del Estado”.

En la segunda, cuyo objeto es la aprobación del proyecto de construcción declarado de interés general de la presa de Mularroya, azud de derivación y conducción de trasvase, el artículo 46.5 de Ley de Patrimonio Natural y

Biodiversidad que permite, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, realizar “un plan, programa o proyecto por *razones imperiosas de interés público de primer orden*, incluidas razones de índole social o económica”. La Sentencia del Supremo considera que se ha justificado su “interés público superior” y anula la sentencia previa de la Audiencia Nacional que impedía su construcción.

B) La determinación de su contenido desde la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico: no debe responder a posiciones ideológicas sino a pautas jurídicas (a la ley y al Derecho)

Sobre su carácter de concepto legal indeterminado y canon decisivo en el control judicial de los elementos discrecionales de las actuaciones de la Administración en el enjuiciamiento del caso concreto, García de Enterría manifiesta con su habitual precisión ante el debate y la polémica sobre el mismo, que “Lo público, lo general, lo común es un *concepto ampliamente indeterminado*, por supuesto, de muy amplio espectro, sobre cuya extensión concreta caben incluso polémicas políticas o interpretativas, pero que puede funcionar y funciona (y ésa es toda la intención de su utilización) para excluir ciertas actuaciones y para incluir otras, como un canon delimitador, pero que se hace bastante preciso en cuanto es cuestionado en un caso concreto”²⁵.

El interés general se sustenta, como ya señaló Sáinz Moreno hace más de cuatro décadas, en los intereses privados de cada persona, pero no en todos, sino en aquellos que ésta *comparte con los demás*. Siendo el interés general *aquello que tienen en común los intereses particulares* no se opone a éstos, sino que los asume²⁶. Afirmación mucho más clara, precisa y delimitadora de la que posteriormente incluyó el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias 62/1983, de 11 de julio, al afirmar que “los intereses

²⁵ García de Enterría, E. (1996): “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA* núm. 89, p. 73.

²⁶ Sáinz Moreno, F. (1976): “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, *REDA* núm. 8, pp. 63 y ss.

comunes son aquéllos cuya satisfacción es la forma de satisfacer el interés de todos y cada uno de los que componen la sociedad”.

El contenido del interés general, en su pleno y debido control por parte de los jueces y tribunales, no constituye una construcción abstracta e intelectual como en ocasiones se ha querido defender en pro de la ocurrencia o intereses del administrador o del partido que gobierna. *No depende así de la ideología del operador, sino que su delimitación es jurídica*, su aplicación y ejercicio está de nuevo sometido a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Sus rasgos esenciales vienen determinados por las normas jurídicas, siendo una cuestión jurídica de primer nivel *determinar “qué” sea el interés general y “a quien” corresponde valorarlo* si se ajusta o no al mismo en un supuesto concreto. Dificultad en la determinación de la *solución acertada en cada caso*, que no implica imposibilidad y, en consecuencia, retrotraer y dejar de nuevo la decisión en manos de la Administración, a diferencia de lo que en las demás jurisdicciones los jueces y tribunales resuelven todos los días en los fallos de sus sentencias, después de la *práctica de cuantas pruebas sean necesarias*.

Si bien es cierto que los jueces y tribunales no están acostumbrados en la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo excepciones, a la normalidad y habitualidad de una fase probatoria extensa y detallada con el tiempo necesario que exige, a diferencia de las restantes jurisdicciones, debido a esa inercia “cómoda”, en la historia de nuestro contencioso, a meramente revisar y anular la actuación impugnada sin entrar en la acreditación y prueba de las pretensiones de los demandantes.

Parece evidente que donde hay que incidir es en la mejora en la formación de los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo para que desarrollen cada día mejor su trabajo de enjuiciamiento, como defendía recientemente un reconocido magistrado del Tribunal Supremo sobre el tema del todavía escaso “*carácter incisivo*” de los pronunciamientos de las sentencias de la jurisdicción contenciosa²⁷. Y no en la permanente crítica sobre un pretendido

²⁷ Calvo Rojas, E., en su intervención en el Congreso “*La necesaria reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los 25 años de su aprobación*”, en el centenario del Maestro García de Enterría. Universidad San Pablo CEU, mayo 2023 (director Piñar Mañas, JL).

activismo judicial que, a base de insistir sobre ello, desenfoca y desdibuja la cuestión central que es conseguir que cumpla con su función de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos con la Administración.

El que el concepto de interés público o interés general sea un “*concepto legal*”, sin que pueda suponer una construcción intelectual y abstracta como señala García de Enterría “es la evidencia misma desde el momento en que lo emplean las leyes y su alcance es indeterminado”. Y quien, ante la crítica minoritaria del planteamiento mayoritario en España, iniciado por este autor, sobre la aplicación de la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados a la noción de interés general, llega a decir muy acertadamente que dicha postura no encaja en el modelo constitucional.

Y, concluye de una forma rotunda y pocas veces empleada por el mismo en sus trabajos, manifestando que: “Y *aquí termina toda la investigación sobre la naturaleza del concepto legal de interés público, con la conclusión ineludible y obvia de que se trata de un concepto legal (o jurídico) indeterminado. No hay necesidad de más especulaciones*”²⁸

Así, lo expresa igualmente Sáinz Moreno, al afirmar que “la legislación es la vía natural de expresión de la idea que la sociedad tiene del bien común. A través de la *interpretación sistemática de las normas* se obtiene la noción de interés público vigente en cada momento”.

Y, más recientemente, Vaquer Caballería considera que son intereses generales *los declarados como tales en el ordenamiento jurídico*, lo que permite abordar su noción con mucha más precisión y seguridad señalando que la Ciencia del Derecho ante las preguntas sobre qué son y ¿quién y cómo puede definir los mismos?: “*No responde directamente a la primera pregunta, pero sí a la segunda y con ella, indirectamente también a la primera: Son intereses generales los declarados tales en cada ordenamiento jurídico, ya sea por las normas o, de conformidad con ellas, por los actos jurídicos*”²⁹.

²⁸ García de Enterría, E. (1996): “Una nota sobre el interés general ...”, p. 71.

²⁹ Vaquer Caballería, M. (2017): “Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones públicas”, en Gamero Casado, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento*

4. EL CONCEPTO INDETERMINADO DE “INTERÉS PÚBLICO” / “INTERÉS GENERAL”, Y LAS CONSECUENCIAS DE SU DETERMINACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Y aquí surge una interesante cuestión que consiste en si dicho concepto jurídico indeterminado de “interés público”, como referente que se ha venido utilizando en relación a la justificación del núcleo esencial de la discrecionalidad, —no sólo a nivel doctrinal sino en la propia Exposición de Motivos de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956³⁰—, en un ejercicio intelectual coherente cabría concluir en su determinación y aplicación al caso concreto la existencia de una única solución. Y ello, en aplicación de la teoría de los conceptos indeterminados.

Ello ya lo explicaba y defendía en 1983, con brillantez y meridiana claridad, Fernández Farreres, en su imprescindible monografía a la que antes hemos hecho referencia, y en la que llevando hasta las últimas consecuencias los planteamientos de la pionera obra de Sáinz Moreno sobre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, y en concreto en relación al concepto de interés público, manifiesta que: “...con arreglo a estas premisas, digo, en rigurosos términos parece que habría de concluirse reconociendo *la inexistencia de discrecionalidad alguna*, propiamente dicha, en el actuar de la Administración Pública. Inexistencia de discrecionalidad como resultado de la radical *incompatibilidad entre el interés público concebido y configurado como concepto jurídico indeterminado y el propio concepto de discrecionalidad basado*, como ya se ha repetido, en la posibilidad de elección libre entre

Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público, Tirant lo Blanch, pp. 284-285. Igualmente, Acosta. P. (2016): “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, Iustel, p.4.

³⁰ Así, recordamos que lo expresaba de forma muy clarificadora su Exposición de Motivos al referirse a la discrecionalidad: “...y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia *para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público*”.

una pluralidad de alternativas decisorias cualquiera de ellas justas y, por ende, conformes y adecuadas a derecho. Semejante conclusión, en mi criterio claramente sustentable al menos dialécticamente...³¹.

Para este autor, que además parte en su análisis de una categoría de actos —la subvención— consideraba hasta ese momento el paradigma de la discrecionalidad de la actuación administrativa, la Administración debe apreciar y valorar en cada caso concreto la solución más adecuada al interés público entre las diversas soluciones justas existentes, es decir *la solución mejor en cada situación concreta*.

De esta forma, su “*margen de actuación*”, y a ello le habilita la norma jurídica de atribución, consistirá en elegir la solución que mejor sirva al interés público. El frecuentemente reiterado “margen de apreciación” no tiene nada que ver con un margen de libertad sin parámetros y principios de actuación que, por el contrario, se encuentran bien definidos en el ordenamiento jurídico.

Chinchilla Marín, siguiendo la tesis de Fernández Farreres, y situando como referencia los principios del artículo 103.1 CE y en el entonces artículo 3.2 de la Ley 30/1992 LRJPAC como los de objetividad, eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y servicio efectivo a los ciudadanos (actual artículo 3.1 de la Ley 40/2015 que añade a los anteriores otros principios de gran interés en relación al *margen decisional* como la buena fe, confianza legítima, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, o la responsabilidad), considera que *ninguna decisión es igual a otra, siempre habrá alguna que sirva mejor al interés público* específico de que se trate: “Habría que preguntarse si la Administración tiene el deber de servir al interés general de cualquier manera *o de la mejor manera posible*.... Si eso es así, cabe pensar que entre varias soluciones posibles *siempre habrá una* más eficaz, más objetiva, más económica o, en último término, menos gravosa para los intereses de los particulares”.

³¹ Fernández Farreres, G., *La subvención...*, *op. cit.*, p. 635.

Se produce así, con base en el concepto de “interés público” e “interés general”, la necesidad de una reformulación del concepto tradicional de discrecionalidad, con el cambio radical de lo que venía considerándose como su aspecto capital y con ello una barrera al pleno control judicial tanto en la *intensidad* de sus facultades como en la *extensión* de sus reconocimientos de pretensiones.

5. SU DIFERENCIACIÓN CON EL “INTERÉS PÚBLICO SUPERIOR”

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, *STS 424/2020, de 18 de mayo*, rec. casación 5668/2017 (ponente Borrego Borrego) en materia de derecho ambiental y de aguas sobre un proyecto de obra hidráulica, analiza si existe o no diferencias entre *interés general, interés público e interés público superior*.

Y como cuestión de interés casacional objetivo, si la declaración legal de “interés general” de un proyecto de obra hidráulicas equivale al concepto de “interés público superior” que el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre (DMA), exige a los proyectos que afecten al estado de aguas superficiales para entender justificada la alteración de dichas aguas superficiales. En caso contrario, el alcance, grado de detalle y especificidad que ese “interés público superior” implica.

La Sentencia considera que la diferencia entre interés general e interés público es *meramente semántica*, centrando su análisis en la *diferenciación con el de interés público superior*, incorporado en la Directiva Marco de aguas, para justificar la excepción a la modificación o alteración de las aguas superficiales (concepto “majeur” en el texto en francés, “overriding” (dominante) en el inglés, o “prioritario”, en italiano).

En primer lugar, considera que no son equivalentes o puedan equipararse requiriendo “inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del interés general”. La relevancia de la distinción pone de nuevo el énfasis en la motivación.

Ello *va a exigir una motivación* detallada, separada, propia e independiente “enfrentando cuál es el interés público superior, que ha de dominar sobre los intereses afectados, y su consideración de inferiores frente al interés superior. *Razonando por qué* “los beneficios obtenidos por dichas alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyen una opción medioambiental significativamente mejor” (artículo 4.7.c y d DMA).

Y sobre la segunda cuestión casacional relativa a “*cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad de ese interés público superior*”, el Tribunal da una respuesta reconociendo, de una parte, el carácter de dicho concepto como concepto jurídico indeterminado y, de otra, de forma muy acertada alejada de esquemas previos cartesianos, la imposibilidad de la determinación solicitada: “*La respuesta a esta subcuestión no es fácil, pues estamos en presencia de un «concepto jurídico indeterminado», y como tal, su determinación, con el detalle que pregunta la Sala de Admisión, iría contra la esencia de la indeterminación del concepto jurídico indeterminado*”.

Aunque, a continuación, complementa dicha declaración desde la adecuada impartición de justicia, recordando que “el examen jurídico casacional debe tener en cuenta la realidad fáctica a que se aplican las normas, para evitar un salto en el vacío”, con *dos precisiones esenciales de indudable orientación práctica* en orden a las obligaciones de la Administración:

– “El concepto de *interés público superior* se refiere a situaciones en las que la modificación o alteración del estado de las masas de agua causada por el proyecto se considere *necesaria para proteger valores fundamentales para la vida de los ciudadanos* (salud, seguridad, medio ambiente), para garantizar políticas fundamentales para el Estado y la sociedad; *o para cumplir obligaciones específicas de servicio público*, es algo lógico, y propio del concepto jurídico indeterminado”.

– “En suma, *«non quo sed quomodo»*. Es decir, las resoluciones anuladas deberían haber tratado separadamente el «interés público superior». Y, deberían haber, no solamente afirmado que dicho «interés público superior» existía en la ejecución del embalse de Biscarrués, (es decir, el qué (quo)), *sino razonar por qué, de qué modo, (quomodo), ese interés público es superior a los otros intereses afectados*”.

6. EL RENOVADO Y DECISIVO CONTROL DEL INTERÉS PÚBLICO EN LAS RECIENTES SENTENCIAS

Como ya hemos mencionado, los elementos discrecionales de la potestad están directamente relacionados con *el interés público*. Desde esta perspectiva, la actuación administrativa (disposición general o decisión administrativa) *debe necesariamente "justificar"*, siendo la Administración quien tiene la carga de la prueba, que *la elección adoptada es la adecuada en cada caso al interés público deducido del ordenamiento jurídico*, reconduciéndose en la práctica a una cuestión de prueba y valoración objetiva del juez, a quien corresponde dicha función en nuestra Constitución. En definitiva, la facultad discrecional es al fin y al cabo una *decisión jurídica, y por lo tanto su control es jurídico*.

Resulta muy relevante que, de forma generalizada recientemente en los cuatro últimos años especialmente, con algunas excepciones en sentencias puntuales incluso dictadas con anterioridad a la Constitución en los inicios de 1970, los tribunales han consolidado el camino, que hasta hace muy pocos años resultaba insólito, de un control particular y concreto, —no de forma genérica o abstracta como anteriormente—, de la actuación administrativa *a través del "interés público" o "interés general"*. Es decir, si la actuación responde al interés público o por el contrario a intereses privados.

De esta forma, la Jurisprudencia da un paso más en la intensidad del control judicial dado que anteriormente han sido muy frecuentes las voces que han considerado que constituía un reducto inabordable de inmunidad al constituir su determinación el ámbito exclusivo de la Administración. De esta forma, se ha derribado un obstáculo más, quizás ya definitivamente el último, en la explicada fase segunda del control relativa a la *intensidad o alcance efectivo del examen en el control judicial*.

Va adquiriendo así cada vez mayor importancia, sin perjuicio de las técnicas de control habituales de todas las actuaciones sobre ese ámbito de elección en la norma jurídica, el *control del interés público o del interés general de*

la actuación administrativa, como destacan muy recientes sentencias que, por motivos de extensión de este trabajo, vamos a comentar de forma escueta.

En primer lugar, la interesantísima *Sentencia 566/2021, de 30 de diciembre*, del TSJ de Extremadura, por su indudable alcance y relevancia, que ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su *Sentencia 381/2023 de 22 de marzo*, y que rechaza tres recursos de casación tramitados con el nº 1451/2022 (ponente Huerta Garicano), interpuestos por las tres partes implicadas, en dos ámbitos que tradicionalmente se han considerado precisamente de una clara discrecionalidad, como son el urbanístico y el ambiental.

Su objeto es la modificación puntual en 2020 del Plan General de Urbanismo de Cáceres de 2010 que afectaba a 17.119,96 has del SNUP de la zona de Llanos, aprobado para la instalación de plantas de generación de energía solar fotovoltaica en el suelo no urbanizable de protección de dicha zona de la capital cacereña, y que permitió la instalación de una gran planta solar con una potencia de 150 megavatios del Grupo Iberdrola. La inversión fue de 95 millones euros.

En este caso, se trata de valorar y contraponer (ponderar como término técnico utilizado) varios intereses en juego *en el caso concreto*: la protección ambiental de los terrenos (no incluidos en un espacio Red Natura 2000 aunque próximo a ella) derivado de la ordenación urbanística en suelo no urbanizable de protección, con el interés general -también vinculado al medio ambiente- para promover sistemas limpios de producción de energía eléctrica (energías renovables) junto con el interés general del abastecimiento de energía eléctrica.

El Tribunal Supremo confirma la anulación de la modificación puntual por parte de la Sentencia de instancia, en una amplia y detalladísima argumentación, con base precisamente en la *inexistencia de justificación del interés público* de la misma: “No se justifica en la tramitación de la modificación puntual del PGM de Cáceres que la modificación responda verdaderamente al *interés general* y a las *necesidades del municipio de Cáceres*. No se hace referencia al *interés general a lo largo de la tramitación* del procedimiento”.

Tampoco se ha justificado la necesidad de su desarrollo en dicha zona en relación a efectuarlo en otras zonas alternativas del municipio: “*En cuanto a las alternativas, nada se dice* durante la tramitación del procedimiento sobre la existencia de suelo urbanizable o suelo no urbanizable sin protección donde estas instalaciones puedan desarrollarse sin obstáculo. No se ofrece comparativa, alternativa o situación de los suelos del municipio y las posibilidades de desarrollo”.

En definitiva, señala, la modificación puntual no está motivada en un interés general para aprobar la modificación puntual, “*salvo el interés privativo* de la empresa promotora de la modificación y de otras similares para poder instalar plantas solares fotovoltaicas que actualmente no tienen cabida en el planeamiento”.

Además, todo ello afecta a un principio ambiental de gran aplicación en los últimos años, el principio de no regresión ambiental o *cláusula stand still*, que exige además en estos casos una *motivación-justificación reforzada* del interés público prevalente que ampare la actuación impugnada.

Esta relevante Sentencia del TSJ Extremadura de 30 de diciembre 2021 ya reiteraba la doctrina plasmada en otra *Sentencia 1158/2021 de 20 de septiembre* del mismo TSJ (recurrida en casación, AutoTS 14265/2022 de 19 de octubre) que igualmente anulaba una modificación puntual del mismo PGM en Suelo no urbanizable protegido de Llanos para autorizar y legalizar en suelo de protección sin justificación del interés general para ello, unas instalaciones de “depósitos de desechos o chatarras”, así como usos de “gestión de residuos, tratamiento y reciclaje de desechos recuperables”, lo que suponía la autorización de esos concretos usos y actividades en Suelo No Urbanizable Protegido.

Dicha Sentencia y Doctrina acaba de ser confirmada en la *Sentencia 882/2023, de 30 de junio, del Tribunal Supremo* (rec. casación 7738/2021, ponente Huet de Sande), que ejerce nuevamente un detallado control sobre el “interés público” estableciendo con toda claridad después de “todo un conjunto de circunstancias” analizadas y que tienen su reflejo en la documentación del plan enjuiciado que: “la finalidad de la modificación puntual

no obedece al interés general, sino al interés particular de legalizar una actividad preexistente contraria al planeamiento y la legislación sectorial vigentes en el momento de su instalación”.

Resalta la evidente “falta de coherencia” de los argumentos de defensa de la Administración y, además, debe destacarse en orden al requisito clave de la motivación la expresión de “contundente” que emplea el Supremo por vez primera asociada a la existencia de “arbitrariedad”: “*en estos casos, sólo una justificación expresa y contundente basada en un interés público prevalente puede despejar la sospecha de arbitrariedad*”³².

Igualmente, es relevante la *Sentencia 1097/2023, de 25 de julio, del Tribunal Supremo* (rec. casación 2831/2021, ponente Córdoba Castroverde) que confirma la Sentencia recurrida del TSJ Illes Balears relativa a la anulación del rescate anticipado de la concesión del peaje del túnel de Soller (Mallor-

³² La Sentencia del Tribunal Supremo sobre los argumentos de defensa de la Administración en relación al interés público que esgrime, establece su total falta de coherencia: “Y frente a ello, el interés público que se esgrime para permitir esta implantación de usos industriales en suelo no urbanizable de protección (antes sólo permitidos en suelo no urbanizable común) con el argumentario de coordinar o compatibilizar la ordenación urbanística a la normativa ambiental *carece de suficiente justificación y motivación, suponiendo una evidente regresión en la protección de los valores ambientales* que fueron expresamente reconocidos y protegidos, con el carácter de directriz esencial, en el Plan General Municipal aprobado escasamente hace cuatro años, antes de la propuesta de modificación; destacando la Sala que *no se puede basar en exigencias novedosas derivadas de la normativa ambiental porque los PRUG a los que fundamentalmente se refieren tales novedades se aprobaron en 2009 y el PGM que ahora se modifica (revisión del PGM de 2010) ya los tuvo en cuenta al determinar el régimen de usos del SNUP, valorando para ello precisamente su valor ambiental en relación, “en coherencia”, con los objetivos de conservación de dichos espacios, hasta el punto de configurar estas determinaciones como directriz esencial del plan, y así se reflejaba en la Memoria de dicho PG de 2010. Y añade la sentencia recurrida: “Pasar en escasamente cuatro años desde una directriz básica de no afección a los espacios protegidos concernidos en la modificación puntual a permitir usos industriales y de residuos, incluso nocivos y peligrosos, en esos suelos, precisa de una motivación especial, basada en razones de interés general de primer orden que justifique el levantamiento de la protección, lo que en modo alguno existe”.*

ca) sin esperar al cumplimiento del plazo de finalización de la prórroga, ejerciendo el control sobre el interés público de la actuación administrativa.

En una detallada argumentación sobre el interés público, y partiendo de la exigencia en la normativa sobre Contratos que sólo el interés público o interés general que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato puede justificar el rescate de una concesión, analiza los tres requisitos relativos a: la *existencia* del *interés público* en el momento en que se adopta la resolución de rescate; si dicho interés público es *adecuado* para justificar la decisión; y si está *debidamente motivado*.

Confirma las razones de las dos sentencias previas que anularon los tres argumentos esgrimidos por la Administración para justificar el interés público en el rescate anticipado de la concesión³³, y establece como doctrina casacional, junto a la necesaria concurrencia de los tres requisitos expuestos para justificar el rescate de una concesión, que “*debe tratarse de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente*”.

³³ El interés público esgrimido por la Administración para efectuar el rescate se centraba en el intento de conseguir la gratuidad del uso de la carretera por sus usuarios, tratando así de evitar (i) la discriminación a favor de los que disfrutaban de bonificaciones en los peajes, (ii) la discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes por el uso de las carreteras, y (iii) las dificultades que presentaba la carretera alternativa a la autovía de peaje. Tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación valoraron las razones esgrimidas por la Administración para ejercer el rescate llegando a la conclusión de que estas ya concurrían y no habían sufrido modificación sustancial respecto de las existentes en el momento de formalizarse la concesión y posteriormente cuando se prorrogó la vigencia del mismo diez años antes de iniciarse el procedimiento de rescate.

Además, recuerda, que tras la modificación, mediante la Ley 9/2017, de la anterior Ley de Contratos para trasponer las dos Directivas comunitarias de 2014, en su artículo 279 c) se exige para el rescate de la concesión no solo la existencia de un interés público, sino la acreditación por parte de la Administración que *la gestión directa del servicio es más eficaz y eficiente que la concesional*.

Por último, la *Sentencia 1073/2023, de 20 de julio, del Tribunal Supremo* (rec. casación 1144/2022, ponente Teso Gamella), que confirma el pronunciamiento de las dos sentencias anteriores anulando la resolución del Ayuntamiento de Monforte de Lemos en relación a la aprobación del lugar de la reserva de una plaza de estacionamiento para personal con movilidad reducida. En dichas sentencias se trata *el tema de la proximidad en relación con el interés general* y su adecuado contenido.

Las dos cuestiones sobre las que se fija doctrina casacional son si dicha competencia municipal: (i) *se configura como una potestad discrecional, sin perjuicio del respeto a los límites consustanciales a su naturaleza, o (ii) se entiende como un concepto jurídico indeterminado a concretar por el ayuntamiento en el proceso aplicativo de la norma y que solo admite una solución legal (las que respeten unas notas de personalidad e individualidad determinantes respecto a la persona solicitante)*.

La respuesta a la cuestión de interés casacional, es que no se trata de “una decisión discrecional, por cuya virtud el Ayuntamiento pueda elegir entre diversas opciones igualmente válidas, sino que nos encontramos ante el examen del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma, con la consiguiente descripción de sus exclusiones, a cuya concurrencia se anuda la consecuencia jurídica de la concreta localización de la reserva de aparcamiento. Se emplean, por tanto, *conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados, junto al interés general que resulta consustancial en cualquier decisión administrativa*, en el caso concreto, atendidas las circunstancias que hemos señalado en esta sentencia”.

En la determinación de los conceptos indeterminados de la norma, es consustancial el contenido en este caso del interés general que se establece con las siguientes notas por parte de la Sentencia:

1º En el caso analizado el interés general se encuentra constituido por la suma de intereses particulares. No hay un interés general de las personas con movilidad reducida y un interés general de los demás. No se oponen, sino que se complementan

2º. La cercanía al domicilio es esencial en el presente caso. El interés es general porque es el interés de todos los vecinos, en el que se incluye el de aquellos que son vulnerables debido a sus graves limitaciones motoras, y precisan, además del reconocimiento de sus derechos, de esa decidida acción de los poderes públicos para hacerlos efectivos, evitando desigualdades que conduzcan a crear o mantener zonas de exclusión³⁴.

3º El interés general del municipio en esta materia radica en propiciar en cuanto sea posible la creación de plazas de estacionamiento para personas con movilidad reducida y su ubicación cumpliendo las exigencias legales, lo que hace que no pueda descartarse la satisfacción del interés general por la circunstancia que resulte más beneficiada la actora por la ubicación primeramente decidida por el Ayuntamiento, que después fue modificada por el escrito de otra vecina.

4º Cuando se esgrime la titularidad de un derecho, su limitación ha de venir de la mano de algo más que una mera conveniencia o de una simple protesta, ha de estarse ante la presencia de un potente interés general, que suponga una relevante perturbación para la vida los vecinos en la localidad.

5º La decisión administrativa, por tanto, ha de tener en cuenta la proximidad y la facilidad de acceso de la reserva de plaza respecto del domicilio,

³⁴ Establece la Sentencia que “La cercanía al domicilio es esencial para que la reserva de la plaza cumpla con su función al servicio de la integración social y de la igualdad de las personas con movilidad reducida como consecuencia de su discapacidad. De modo que sus derechos se resienten cuando se cambia tal ubicación, se lleva a un lugar que está 50 metros más lejos, tratándose de una persona próxima a cumplir 90 años, que al dictarse el acto administrativo estaría sobre los 85 años, y con una minusvalía del sesenta y cinco por ciento, que, además, según señala la sentencia del Juzgado, el nuevo emplazamiento de la plaza se hace a un lugar más peligroso, por encontrarse en la salida de un estacionamiento privado”.

de manera que su denegación únicamente podría hacerse ante la concurrencia de poderosas razones de interés general debidamente justificadas. Pero nunca primando la mera conveniencia de algún vecino que alega esgrimir el beneficio de todos sin especificar en qué consistía ese beneficio de todos. No puede abordarse el tratamiento de la ubicación cercana al domicilio como si se tratara de una mera comodidad de la persona con movilidad reducida por discapacidad. Se trata de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de estas personas sean reales y efectivas, favoreciendo su integración social.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, no podemos dejar de reiterar al hilo de lo ya manifestado que en el derecho administrativo asistimos, en cuestiones muy relevantes como ésta de la discrecionalidad, a una *disociación entre la teoría doctrinal “perfecta” y la realidad de lo que sucede*.

Aunque las notas y características teóricas expresadas sobre la naturaleza y presupuestos legales de la discrecionalidad son claras, y más aún desde la entrada en vigor de la Constitución, la realidad desde hace décadas en numerosas ocasiones, —ante la quiebra del principio clásico de legalidad y los requisitos de atribución por la norma del *contenido del elemento discrecional*—, no responde a dicha construcción teórica.

Y ello, por el decisivo híper influjo del poder ejecutivo que “domina” a los demás poderes, sin respetar el principio de separación de poderes, justo curiosamente lo que “denuncia” cuando el poder judicial contencioso-administrativo realiza su trabajo y establece el reconocimiento de pretensiones del demandante y la condena y mandatos a la Administración demandada. ¡El mundo justo al revés!

Hay que recordar la doctrina jurisprudencial relativa a que la discrecionalidad “*No tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un prius respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto*”. Si ello no fuera así, si no existiera una norma de atribución, preferentemente

legal por razones obvias como hemos comentado, quebrarían totalmente los principios esenciales de nuestro Estado de Derecho, con la vuelta a un absolutismo en este caso del Poder ejecutivo auto atribuyéndose la facultad discrecional, y además *su propio control* en sustitución del judicial, ante la calculada ausencia y vacío de la densidad normativa regulatoria.

Un planteamiento inaceptable y frontalmente inconstitucional que, sin embargo, viene defendiendo en la práctica una doctrina minoritaria, con afirmaciones extremas como la de que ante una hipotética discrecionalidad judicial es preferible la discrecionalidad administrativa. El control interno, sin duda, debería ser una exigencia interna mínima de la Administración, del principio básico de buena administración, controlar el correcto cumplimiento de su trabajo.

Por el contrario, la notoria realidad es que dicha exigencia no se cumple ni siquiera ante los recursos administrativos, que no responden desde hace décadas a su finalidad de control en vía administrativa, de evitar al ciudadano la carga de acudir al contencioso-administrativo, siendo o bien no respondidos o bien rechazados sistemáticamente, sin exigencia de responsabilidad administrativa alguna ni a sus responsables directos ni a los cargos supervisores.

Es evidente que ese deseable y necesario control interno básico en cualquier organización privada y pública no puede constituir una sustitución del control judicial como en realidad se pretende, ya que, en primer lugar, así se establece en la Constitución como *función y monopolio último del control* por parte de los órganos judiciales.

Y, en segundo lugar, un argumento elemental. En el caso de fallar dicho autocontrol, en el hipotético supuesto que ello no se hubiera establecido así en nuestra Norma suprema, ¿qué le sucedería al ciudadano si no pudiera acudir a otra instancia distinta e independiente de la propia Administración?: el regreso al absolutismo y a la indefensión.

Para terminar, sobre ello, también de forma lúcida, clara y muy acertada se ha pronunciado el homenajado aquí profesor Sáinz Moreno cuando ante las propuestas de otro tipo de control de la Administración, resaltaba hace años la relevancia del control judicial de la Administración y de la función judicial con estas significativas palabras:

“Sin embargo, ese ‘mejor control’ distinto del judicial no existe. El único procedimiento que los hombres han sabido crear para juzgar la adecuación de actos y conductas al orden jurídico, consiste en fijar unas reglas que hagan posible la discusión ordenada de los datos, principios y normas que han de valorarse en ese juicio, de manera que la decisión final se adopte en función del resultado de tal discusión por un órgano experto, independiente e imparcial, pero vinculado al derecho, esto es por un juez o Tribunal. De ahí que cuando se buscan nuevas fórmulas para sustituir a los jueces por otros órganos que resuelvan con ‘oficio, independencia e imparcialidad’ contiendas jurídicas, lo que se está intentando, en definitiva, es descubrir lo que ya se conoce: la función judicial”³⁵

Por ello, la construcción teórica y defensa por los administrativistas de las categorías jurídicas en nuestro Derecho administrativo no debe ceder a la comodidad del “calor” de la Administración y de sus recursos públicos.

Bien al contrario, debe seguir sin descanso saliendo al paso de su inaplicación o imperfecta aplicación ante los impedimentos y trampas establecidos por el binomio poder ejecutivo- poder legislativo (la manifiesta relajación de la atribución mediante ley en favor del reglamento, así como la cada vez mayor ausencia de densidad normativa en ambas normas) y no permitir que el poder judicial, al que la Constitución le otorga en exclusiva el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, se convierta en un mero “*convidado de piedra*”.

El complemento necesario de dicha construcción pasa necesariamente por el reiterado *canon de control del “Derecho”*, de todos sus principios generales, —y no del mero contenido establecido en la norma jurídica—, y como “clave de bóveda” finalmente en *su necesaria adecuación al interés público en el caso concreto* al que debe responder siempre la actuación administrativa.

La inexcusable exigencia constitucional de justificación del interés público/interés general al que debe servir con objetividad la Administración pública va adquiriendo así una mayor relevancia en el pleno control sobre los elementos discrecionales de las decisiones y actuaciones administrativas, junto a las demás técnicas habituales de control.

³⁵ Sáinz Moreno, F. *Conceptos jurídicos... op. cit.* pág. 351.