

La potestad discrecional

SUMARIO: I. SOBRE LA REALIDAD DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACION Y SUS CONSECUENCIAS. A. Una potestad real puesto que es necesaria. 1. Una potestad real. 2. Una potestad necesaria. B. Las consecuencias de la discrecionalidad. 1. Un control generalmente limitado. 2. Un control que, incluso reforzado, deja lugar a la apreciación de la oportunidad. II. SOBRE LA LIBERTAD DEL JUEZ. A. La delimitación del ámbito del control y de la naturaleza de las potestades. 1. El campo del control. 2. La naturaleza de los poderes controlados. B. La libre elección del control. 1. El juez no se encuentra vinculado por la naturaleza de la potestad controlada. 2. El juez no se encuentra subordinado a ningún otro tipo de limitaciones. III. SOBRE LA SITUACION DEL ADMINISTRADO. A. La escasa frecuencia de la potestad discrecional pura. 1. La ausencia de discrecionalidad en lo que se refiere al objeto de la resolución. 2. La ausencia de discrecionalidad en lo que se refiere a los motivos de la resolución. B. El carácter protector de la intensificación de los controles. 1. El control del error manifiesto de apreciación. 2. La aplicación del balance de las situaciones. C. La legitimidad de las opciones del juez y su preocupación por un debate contencioso efectivo. 1. El juez se autolimita a sabiendas. 2. El juez vigila la efectividad del debate contencioso.

Explicada por MICHOU D como aquel supuesto en el que «*una autoridad administrativa actúa libremente, sin que la actuación que deba adoptar le venga predeterminada por la norma*», la potestad discrecional es un tema que, desde hace mucho tiempo, viene atrayendo de forma muy especial la atención de la doctrina francesa.

Estamos, ciertamente, ante un tema tan estudiado que sería pretencioso cualquier intento de pretender renovarlo. Por ello, la exposición que vamos a hacer de la potestad discrecional no puede tener otro

horizonte que el de una doctrina jurisprudencial ya profusamente comentada y que el de atenerse a los numerosos estudios en los que el tema ha sido hasta el momento abordado ¹.

La doctrina española viene asimismo concediendo una notable atención a este tema ² y tanto las situaciones administrativas como las

¹ Aparte de los manuales y tratados de Derecho Administrativo (y del contencioso administrativo) consagrados a la cuestión *u.*, en particular, J.M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 2 vol., L.G.D.J., 3ª edición, 1984, y *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992; F.P. BÉNOÎT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968; R. CHAPUS, *Droit Administrative Général*, Montchrestien, Tomo 1, sexta edición, 1992; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, tomo I, 11ª edición, por J.C. VENEZIA y Y. GAUDEMET, L.G.D.J., 1990; J. MOREAU, *Droit administratif*, P.U.F. (Droit fondamental), 1989; R. ODENT, *Contentieux administratif*, *Les cours de droit*, 1977-1981; G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, tomos 1 y 2, P.U.F., 12ª edición 1992), la potestad discrecional ha sido objeto de una doctrina muy abundante a la que nos referiremos con frecuencia. Sin pretensiones de exhaustividad, se pueden señalar los siguientes trabajos:

— *Obras y artículos antiguos*: R. BONNARD, «Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir», *RDP*, 1923, p. 363; «Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité», *RDP*, 1944, p. 63; Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, 2 vol., L.G.D.J., 1982-1983; E. GIRAUD, «Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire», *Rev. gen.-adm.*, 1924, p. 183 y ss. y 198; M. HAURIOL, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, *Mélanges Carré de Malberg* (Sirey, 1933), p. 233; G. JÈZE, «Contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité», *RDP*, 1944, pág. 63; L. MICHOD, «Etude sur la pouvoir discrétionnaire de l'administration», *Rev. gen. admin.*, sept.-dic., 1914, p. 5 y ss.; enero-abril, 1995, pág. 5 y ss. y pág. 193 y ss.; M. RÉGLADE, «Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité», *RDP*, 1925, p. 413; M. WALINE, «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel», *RDP*, 1930, pág. 197.

— *Obras y artículos más recientes*: A. BOCKEL, «Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration», *A.J.D.A.*, 1978, pág. 355; *Cahiers I.F.S.A.* (nº 16), Cuyas, 1978 (con las contribuciones de J. KHAN, LOSHACK, D. LABETOULLE y P. WEILL); D. CHABANOL, «Contrôle de légalité et liberté de l'administration», *A.J.D.A.*, 1984, pág. 14; A. DAHER, «Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir», *Rev. adm.*, 1990, pág. 242; P. DEVOLVÉ, *Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?*, en Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat (coloquio Universidad Paris II) L.G.D.J.; Montchrestien, 1988, pág. 269; M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence de juge de l'excès de pouvoir*, L.G.D.J., 1958; C.J. HAMSON, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, L.G.J.D., 1958; A. DE LAUBADÈRE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français*, *Mélanges Waline* (L.G.D.J. 1974), pág. 531; M. LETOURNEUR, *L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir*, E.D.C.E., 1962, nº 16; MERIKOSKI, *Le pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente de l'administration*, *Mélanges Lambert*, T. 2, pág. 361; B. PACTEAU, «Le juge de l'excès du pouvoir», *R.D.P.*, 1980, p. 803; P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, 1976, L.G.D.J.; S. RIALS, «Pouvoir discrétionnaire», en *Répertoire Dalloz de contentieux administratifs unilatéraux*; E. SAUVIGNON, «La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir», *A.J.D.A.*, 1971, pág. 200; D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative*, Th. Poitiers, 1979; J.C. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, 1977; J.C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., 1958; M. WALINE, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, E.D.C.E., 1956, nº 10.

² No entra en el objeto de este estudio del Derecho francés referirse de manera exhaustiva a ella y, en cualquier caso, el autor del presente artículo no podría, en modo alguno, pretender proporcionar un conocimiento completo de ella; nos limitaremos, en consecuencia, a referir las obras que hemos podido efectivamente leer: J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974; T.R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *R.E.D.A.*, nº 76, pp. 571 y ss.; A. GALLEGO ANABITARTE, *Derecho Administrativo (materiales)*, Madrid, 1989, pp.

soluciones jurisprudenciales que analiza se encuentran muy próximas a las nuestras. No obstante, para un lector francés aparece caracterizada, a la vista de sus aportaciones más recientes, por dos rasgos específicos: se encuentra internamente dividida y la disputa se centra en la cuestión de la fundamentación de la potestad discrecional tal como la hemos tradicionalmente entendido y seguimos entendiéndola en Francia.

En lo que se refiere a Francia, los puntos de vista expuestos, no obstante su gran número, permiten apreciar, observados desde una perspectiva global, la existencia de un elevado grado de homogeneidad. Con excepción de algunas opiniones aisladas³, y abstracción hecha de las inevitables y enriquecedoras diferencias de criterio relativas a algunos aspectos concretos, se descubre: que prácticamente todos los autores reconocen, sin ponerla en cuestión, la realidad de una potestad discrecional, o cuando menos de elementos de una potestad discrecional; que no formulan objeciones serias frente a la jurisprudencia relativa a ella; y que no consideran que existan en dicha potestad motivos de seria preocupación en lo que se refiere a la situación de los administrados y de sus garantías. No existen, pues, diferencias significativas de criterio ni un cuestionamiento del actual estado del Derecho.

Por el contrario, en los últimos años, la doctrina española se halla inmersa en un fuerte debate que está teniendo lugar en el seno de una misma escuela científica y que enfrenta principalmente a los profesores Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Luciano PAREJO, ambos discípulos del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

Para Luciano PAREJO⁴, defensor de una concepción que simplíficamente podríamos calificar como clásica, la necesidad de un margen sustancial de poder discrecional debe ser aceptada⁵ y se impone tanto más cuanto que un Estado de Derecho, democrático y social ha desplazado a la dictadura⁶.

312 y ss.; L. MARTÍN-RETORTILLO, «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial», *Revista de Administración Pública*, nº 100-102; L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación del Derecho Público*, C.E.C., Madrid 1991; *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993; M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España/Espasa Calpe, Madrid, 1991.

³ Para J. KHAN, «la potestad discrecional es vista como una anomalía... que no responde ni a las exigencias modernas de la democracia, ni a la racionalización de los procesos de decisión» (*op. cit.*, págs. 9 y 10).

⁴ El profesor L. PAREJO lleva a cabo su análisis en dos trabajos recientes: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, *op. cit.*, y *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, *op. cit.*

⁵ «Necesidad de la reivindicación de la discrecionalidad administrativa» (*Administrar y juzgar...*, *op. cit.*, pág. 96).

⁶ La Constitución de 1978 instituye un Estado de Derecho en el que «la Administración Pública, en su entera actuación quedaba sometida plenamente a la ley y al Derecho» (*op. cit.*, pág. 42), mientras que en el «Estado autocrático franquista» lo que se intentaba era someterla (*ibid.*, pág. 43).

Para Tomás Ramón FERNÁNDEZ ⁷ las ideas de potestad discrecional y de control limitado, a su juicio fundamentadas en la vieja concepción revolucionaria francesa de la separación de poderes, y que influyen aún de manera significativa en las jurisprudencias constitucional y administrativa, deberían ser reconsideradas como consecuencia del cambio constitucional que tuvo lugar en 1978 ⁸.

Las aportaciones de dichos autores ⁹ son excesivamente densas y susceptibles de consideraciones como para que su análisis y discusión puedan caber en un artículo como éste que, por otra parte, no tiene el propósito de estudiar la doctrina española sino abordar los rasgos principales del estado actual del Derecho francés. No obstante, y sin ánimo de tomar parte en el fondo de un debate argumentado por sus protagonistas con rigor y talento, haremos a continuación una referencia sucinta a la postura del profesor FERNÁNDEZ ¹⁰, por considerar que, en la medida en que se separa claramente de las tesis que siguen

⁷ El profesor T.R. FERNÁNDEZ, que reproduce, con el fin de distanciarse de ellos, numerosos puntos de vista de L. PAREJO en el primero de los dos trabajos antes citados (el segundo ha sido objeto de una contestación expresa de T.R. FERNÁNDEZ), ha desarrollado hasta el momento sus reflexiones sobre el poder discrecional en el libro *Arbitrariedad y discrecionalidad* (*op. cit.*) y en su artículo posterior «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor» (*op. cit.*). Las tesis desarrolladas en ambos trabajos, muchas de ellas innovadoras, se encuentran intelectualmente cercanas, como el propio autor no deja de subrayar, a los análisis y a las sugerencias formuladas con anterioridad a la llegada de la democracia por el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en el estudio, referido *supra*, sobre *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*» (estudio del que PAREJO recuerda que «ha ejercido una gran y positiva influencia en el desarrollo del Derecho administrativo español»).

⁸ El nuevo texto constitucional implica una «necesaria inversión del planteamiento tradicional» («*Arbitrariedad...*», *op. cit.*, p. 101). Si bien L. PAREJO plantea también un «necesario reexamen de la cuestión a la luz del orden constitucional» (*Administrar y juzgar...*, *op. cit.*, p. 42), más allá de la semejanza de las propuestas de las argumentaciones son esencialmente diferentes. Para PAREJO, lo que conduce a reconsiderar la cuestión es que un Estado de Derecho verdadero ha desplazado al Estado autocrático franquista. Para T.R. FERNÁNDEZ, esta reconsideración viene impuesta por la inadecuación entre el nuevo orden constitucional español y una teoría de la potestad discrecional surgida en Francia en un marco constitucional muy distinto, fundado en el principio de separación de poderes que no consagra ya la actual Norma Fundamental (*op. cit.*, p. 102). Las posturas son, pues, muy distintas, ya que T.R. FERNÁNDEZ apela al nuevo orden constitucional para llegar al inevitable cuestionamiento de la concepción clásica (aún vigente entre nosotros, como se verá más adelante) de la potestad discrecional y del control mínimo, mientras que, según PAREJO, es el advenimiento de este mismo orden constitucional democrático lo que disipa los temores que suscitaba el ejercicio de dicha potestad discrecional en el régimen franquista.

⁹ Si la reflexión y la controversia doctrinal se manifiestan con una intensidad muy especial en sus referidos trabajos, hay también otros estudios que reflejan la realidad de la división actual. Así se puede observar, por ejemplo, que la posición del profesor M. SÁNCHEZ MORÓN (*El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, *op. cit.*) está próxima a la de L. PAREJO, mientras que la del magistrado J. DELGADO BARRIO (*El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, *op. cit.*) se sitúa claramente del lado del análisis de T.R. FERNÁNDEZ.

Por otra parte, debemos notar que, al margen de las preocupaciones que animan este debate, el profesor A. GALLEGO ANABITARTE (*cf. op. cit.*, pág. 312 y ss.) ha desarrollado una densa y original reflexión teórica, en relación, en especial, con el papel del concepto de «negocio jurídico» en el Derecho Administrativo.

¹⁰ No queremos dejar de advertir lo que de arbitrario tiene inevitablemente la cita fragmentaria de frases extraídas de su contexto.

prevaleciendo al norte de los Pirineos, su exposición ahora nos permitirá ir introduciendo nuestras propias observaciones y servir las de hilo conductor.

Según Tomás Ramón FERNÁNDEZ, la potestad discrecional y el control limitado, tal como vienen siendo entendidos en España por imitación de la fórmula francesa, tendrían un fundamento (la concepción originaria de la separación de poderes) un tanto desfasado y en modo alguno acorde con la situación constitucional de la España democrática, dado que «ha desaparecido de la Norma Fundamental toda referencia al principio de separación de poderes», que el artículo 9-3º de la Constitución protege a los ciudadanos contra «la arbitrariedad de los poderes públicos» y que, según se desprende del artículo 24-1º, «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

Dicho autor advierte en numerosas ocasiones que «no se debe confundir discrecionalidad y arbitrariedad» y precisa que, en su opinión, no se trata de «eliminar la potestad discrecional de la Administración ni de estrechar aún más su posible despliegue», pero no por ello deja de estimar contrario al actual dispositivo constitucional, y por ello cuestionable, la persistencia del recurso a los conceptos tradicionales de potestad discrecional y de control limitado. Por ello, sería necesario «reconstruir de arriba abajo la teoría de la potestad discrecional de la Administración a partir de los principios que consagra la Norma Fundamental», ya que, de no hacerse así, se contribuye a prolongar una situación en la que el estado de las jurisprudencias constitucional y administrativa deja traslucir muchos vicios e inconvenientes. Se observa, por ejemplo, que en diversos ámbitos, entre ellos los llamados dominios «técnicos» (lo que no debe sorprendernos) los jueces creen que deben autolimitarse en el momento de decidir entre ejercer un control normal o un control restringido. Al comportarse así, siguen actuando de acuerdo con conceptos superados, lo que no deja de ser lamentable. Lamentable es el hecho de que «sea discrecional lo que se abstienen de criticar o de corregir», y lamentable es, ni que decir tiene, que su jurisprudencia sea «inconsecuente y contradictoria». Por otra parte, persistiendo en la ignorancia de los preceptos constitucionales y de que en España no existe posibilidad de distinguir entre recursos de anulación y de plena jurisdicción, los jueces se oponen la mayoría de las veces ¹¹ a ofrecer una solución más apropiada que desplace la solución jurídicamente criticable de la Administración.

¹¹ Una Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1988, —citada por T.R. FERNÁNDEZ, pág. 68— sostiene claramente que en determinadas condiciones el juez debe proceder a dicha sustitución; pero, observa T.R. FERNÁNDEZ —cf. *op. cit.*, pág. 98—, la jurisprudencia permanece en general anclada en el «dogma de «la insustituibilidad de las decisiones de la Administración por el juez».

Sería, en consecuencia, conveniente «invertir la manera tradicional de plantear los problemas», habida cuenta de que los principios constitucionales en vigor son contrarios: a la pretendida incapacidad del juez para reemplazar las decisiones de la Administración por las suyas propias (aquí encontramos una diferencia notable respecto de la concepción que prevalece en el Derecho francés, pues, como precisan J.M. AUBY y R. DRAGO —*op. cit.* 4ª ed., nº 166—, «la decisión de intervenir, tanto en el contencioso de anulación como en el contencioso de plena jurisdicción, no puede traducirse en la sustitución de la Administración por el Juez») ¹², a la distinción entre legalidad y oportunidad y a la discrecionalidad «*técnica*». Habría que admitir que, en virtud del principio constitucional de «protección jurisdiccional efectiva», pertenece al «poder» y al «deber ser» de la jurisdicción administrativa llevar a cabo un control menos «disimétrico» y globalmente más intenso que el que tradicionalmente ha ejercido.

Así pues, entre los administrativistas españoles, divididos en torno a la clásica cuestión del poder discrecional y de su control, se elevan algunas voces que preconizan un cambio profundo. Según T.R. FERNÁNDEZ, que protagoniza con fuerza esta corriente, el juez contencioso administrativo «puede» y «debe» sin ninguna duda más que su homólogo francés. Ahora bien, el hecho de que este último tenga a la vez menores poderes y obligaciones no carece de consecuencias. De él se desprenden para la Administración y para él mismo unos márgenes de libertad más amplios, de forma que la existencia de una potestad discrecional de la Administración es considerada necesaria por el Derecho positivo y se encuentra efectivamente consagrada (I), mientras que a su vez el juez disfruta de amplias facultades de decidir por motivos de oportunidad (II), pero todo ello sin que este doble margen de maniobra de la Administración y del juez tenga por efecto colocar al administrado en una situación desfavorable (III).

I. SOBRE LA REALIDAD DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

El adjetivo «discrecional» no resulta, quizá, excesivamente afortunado, puesto que para muchos se puede prestar a confusión al evocar

También se advierte, sobre todo a través de la lectura del excelente trabajo de J. DELGADO BARRIO (*El control de la discrecionalidad...*, *op. cit.*, pág. 119 y ss.), que si la jurisprudencia sobre el planeamiento urbanístico, en la que destacan la STS de 4 de abril de 1988 y algunas otras (Ss. de 1 de diciembre de 1986 y de 20 de marzo de 1990), se encuentra más que otras en la línea propugnada por T.R. FERNÁNDEZ, no es sino con ocasión del ejercicio de competencias regladas cuando, hasta el momento presente, aquélla ha admitido que el juez pueda sustituir con su decisión la de la Administración.

¹² Este extremo es uno de aquéllos en el que los profesores T.R. FERNÁNDEZ y L. PAREJO se enfrentan más radicalmente. L. PAREJO escribe, en efecto: «Supervisar, censurar y corregir la

lo arbitrario; mas es el adjetivo tradicionalmente usado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia ¹³, para designar aquellas situaciones en las que existe de hecho un margen de libertad, una «latitud» de actuación de la Administración (A). Latitud que, lógicamente, debe tener importancia desde el punto de vista del control jurisdiccional (B).

A. UNA POTESTAD REAL PUESTO QUE ES NECESARIA

Si bien es cierto que su ámbito se encuentra sujeto a evolución y que su intensidad también puede variar —lo veremos más adelante— la realidad de la potestad discrecional no puede ser sino constatada y a nuestro juicio es consecuencia, sobre todo, de su necesidad.

1. Una potestad real

Es su estudio incluido en la *Enciclopedia del Contencioso Administrativo* (vid. nota 2), Stéphane RIALS observa que «la doctrina en conjunto —al menos a partir de KELSEN— está de acuerdo en que la potestad discrecional surge en una determinada situación, en una determinada configuración del ordenamiento jurídico», si bien «persiste la discrepancia acerca de la naturaleza de dicha situación o de dicha configuración».

Si se acepta que la potestad discrecional no puede ser, en una actuación dada, sino la ausencia de norma previa (de toda clase de normas, no sólo de la ley), esta proposición no deja de presentar dificultades, puesto que puede dar lugar a diferentes análisis. De hecho, como lo expone extensa y magistralmente Stéphane RIALS ¹⁴, de quien tomaremos prestadas parte de sus consideraciones, dos son las teorías que se contraponen. Una, dominante, cuya fundamentación ha sido desarrollada principalmente por R. BONNARD y Ch. EISENMAN ¹⁵ y para la que es la indeterminación de la norma, asimilada a su no imperatividad, lo que engendra la potestad discrecional de la Administración. Una segunda teoría, crítica de la precedente ¹⁶, considera que no es tanto la

actuación de otro, con el contenido y la intensidad y el alcance que se quieran, pero sin poder llegar en ningún caso a comprender en la correspondiente actividad, sin más, la sustitución de la controlada, pues ello supondría la confusión entre una y otra...» (*Administrar y juzgar...*, op. cit., pág. 49).

¹³ Así, por ejemplo, de la consulta de la base de datos jurídicos LEXIS se desprende que, desde 1985 a 1993, el término potestad (o competencia) discrecional aparece explícitamente en catorce sentencias del Consejo de Estado.

¹⁴ Una reflexión teórica cercana a la de S. RIALS podríamos encontrarla, dentro de la doctrina española, en el profesor A. GALLEGO ANABITARTE, en sus explicaciones sobre la aplicación de la norma jurídica (op. cit., pág. 323 y ss.), donde sostiene que «la aplicación por la Administración de la norma jurídica a través de resoluciones administrativas es siempre reglada».

¹⁵ Cf. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4ª ed., pág. 80; Ch. EISENMANN, op. cit., T. II, pág. 295-296.

¹⁶ Acerca de esta postura doctrinal, v. S. RIALS, op. cit., nº 13 y ss.

indeterminación como la indeterminabilidad de la norma el origen de la potestad discrecional porque, según precisa S. RIALS, que se suma a esta tesis, «*la pura y simple indeterminación a priori, en concreto la de los conceptos empleados por los textos legales, no sólo permite sino que implica y exige la interpretación del juez y el ejercicio normal de su control*».

De entrada nos encontramos, pues, ante posturas doctrinales contrapuestas, mas es fácil advertir que la discrepancia no se sitúa en el principio mismo de la potestad discrecional sino en su fundamentación, lo que es una cuestión muy distinta. Por este hecho de preguntarse, en el momento de postular su realidad, qué es lo que da origen al poder discrecional, la divergencia no pasa de ser sino una discusión sobre la extensión de su campo.

Por ello, cualquiera que sea la tesis a la que se llegue en esta difícil cuestión de las fuentes, nos encontramos en todo caso frente a un poder discrecional que se plasma de diferentes formas. El examen de las actividades a través de la que se manifiesta permite constatar mediante numerosos ejemplos: que, según los casos, la autoridad administrativa puede optar, basándose en motivos en sí mismos variados, entre diversas soluciones de contenido distinto; que, por motivos de oportunidad, puede adoptar o no adoptar una determinada decisión; o que por un motivo determinado está en condición de elegir más una medida que otra.

Como ha subrayado R. CHAPUS (*op. cit.*, pág. 774), «es normalmente en el ejercicio de la potestad reglamentaria¹⁷ donde la potestad discrecional se manifiesta con mayor plenitud» (por ejemplo, en materia de reglamentación urbanística, en la que corresponde a los autores de los Planes del Suelo determinar discrecionalmente el aprovechamiento que corresponde al territorio afectado —CE, 3 de noviembre de 1982, *Sra. Bonnaire, Rec.*, pág. 363— o determinar la afectación de los diversos sectores —CE, 12 de junio de 1987, *Pommelet, Dr. Adm.*, 1987 n° 42). Pero también la encontramos plasmada en numerosos supuestos en los que se han de adoptar medidas individuales (así, en la concesión o denegación de una condecoración —CE, 10 de diciembre de 1986, *Crépin Loredon, A.J.D.A.*, 1980, pág. 196—; 27 de septiembre de 1991, *Félix, A.J.D.A.*, 1992, pág. 529; en la elección de un concesionario —CE Ass., 16 de abril de 1986, *Compañía luxemburguesa de televisión, Rec.*, pág. 97; de 17 de diciembre de 1986, *Sindicato de l'armagnac y de los vinos de Gers, R.F.D.A.*, 1987, pág. 25—, de un arrendatario —CE, 18 de marzo de 1988, *Loupias, R.D.P.*, 1988, pág. 1460—; en el otorgamiento de un permiso de construcción

¹⁷ Incluso cuando la potestad reglamentaria es ejercida para la determinación de las formas de ejecución de las leyes, puesto que las disposiciones de éstas pueden ser ejecutadas de diversas maneras igualmente conformes.

simple o sujeto a condiciones singulares en atención al perjuicio que la edificación podría causar a las viviendas vecinas —CE Ass., 29 de marzo de 1968, *Sociedad de Parcelación de la playa de Pampelonne*, Rec. pág. 211; 18 de mayo de 1984, *Sociedad de Estudios, Realización y Documentación Inmobiliaria*, AJPI, 1986, pág. 87— etc.).

Que existan supuestos en los que, en mayor o menor medida pero en todo caso, la autoridad administrativa pueda decidir con libertad, es decir discrecionalmente, aparece, pues, como un dato objetivo; la realidad de la potestad discrecional (en el sentido clásico puesto en cuestión por T.R. FERNÁNDEZ) no puede sino ser constatada. Ahora bien, parece que esto sea así se debe más a razones prácticas que teóricas: si existe la potestad discrecional es porque es necesaria.

2. Una potestad necesaria

Para T.R. FERNÁNDEZ, que ve en ello un motivo para considerarla incompatible con la ordenación constitucional de la España democrática, la potestad discrecional, tal como es aceptada y practicada en Francia (en los múltiples casos de los que hemos señalado algunos ejemplos), tendría su origen en la vieja concepción revolucionaria de la separación de poderes o, más exactamente, de la separación de las autoridades administrativas y las judiciales consagrada por la célebre Ley de 16-24 de agosto de 1790 y por el decreto del 16 Fructidor del año III. Según la Ley de 1790, citada expresamente por nuestro colega, «las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no deberán, bajo pena de prevaricación, inmiscuirse en modo alguno en la actuación de los cuerpos de la Administración, ni emplazar ante ellos a los funcionarios con ocasión del ejercicio de sus funciones»¹⁸.

Sin adentrarnos en un debate de fondo que no permite la brevedad de la presente reflexión, cabe no obstante afirmar que, si bien las normas no han sufrido cambios, habida cuenta de la evolución de las circunstancias y de las ideas, la potestad discrecional se ejerce, hace ya mucho tiempo, en un contexto que tiene poco que ver con la letra de la ley de 1790 y del decreto del año III, que desplazaban a los tribunales del conocimiento de los litigios administrativos por ello sin crear la jurisdicción que pudiera hacerse cargo de dichos litigios. Gracias al nacimiento y al desarrollo de la jurisdicción administrativa, las cosas por fortuna no han permanecido en esa situación inicial¹⁹,

¹⁸ Según los términos del decreto del 16 Fructidor del año III: «Se prohíbe a los tribunales conocer sobre los actos de la Administración, de cualquier clase que sean».

¹⁹ El propio T.R. FERNÁNDEZ no deja de constatar que el Derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa se han erigido en «un auténtico bastión de las libertades y de los derechos de los ciudadanos» (*op. cit.*, pág. 128).

habiéndose en realidad producido un abismo entre la potestad discrecional y un principio de separación que, aplicado de forma estricta, implicaba que un gran número de causas no llegaran a tener un verdadero juez.

Si bien la relación de causalidad entre el principio originario de separación de las autoridades administrativas y de las judiciales y la permanencia histórica de la potestad discrecional se presenta, pues, susceptible de discusión, podemos ver que no obstante dicha permanencia puede ser explicada por una causa más pragmática y menos discutible.

Según Francis Paul BÉNOÎT, la discrecionalidad es, en cierto modo, inherente a la misión de administrar, puesto que la Administración «*es el arte de ejercer competencias que, como todo arte, postula la libertad de elección*» (*op. cit.*, nº 808). A finales de los años setenta, J. KAHN (*op. cit.*, pág. 9) presentaba la potestad discrecional como una «anomalía» y aún hoy sigue siendo objeto de una valoración poco positiva por parte de Daniëlle LOCHAK, ya que considera que es en su utilización donde «residen los riesgos más evidentes de arbitrariedad» (*op. cit.*, nº 116)²⁰, mas la mayoría de la doctrina no comparte estos análisis tan estrictos, porque es excesivo contraponer de forma radical discrecionalidad y legalidad²¹. De hecho, y como expresa con gran rigor R. CHAPUS (*op. cit.*, pág. 773), a quien no podemos dejar de citar en este momento, «*es normal y hasta necesario que el Derecho confiera a la Administración libertad de elección, pues el interés general no podría avenirse con una Administración concebida como un robot de conducta programada. La legalidad no es el único criterio que se ha de tener en cuenta. La oportunidad también debe contar. Sería lamentable que el principio de legalidad contenga unas exigencias tan estrictas que con frecuencia impusieran actuaciones inoportunas a las autoridades administrativas*».

No podemos, en consecuencia, sino adherirnos a la opinión de André de LAUBADÈRE quien, inquieto por la penetración del control del juez hasta el interior mismo de la potestad discrecional, defiende que «*su utilidad práctica... está reconocida*» (*Mélanges Waline, op. cit.*, pág. 545), puesto que, como había escrito BONNARD (RDP, 1923, *op. cit.*), «*la potestad discrecional es esencial para la Administración*».

²⁰ T.R. FERNÁNDEZ se sitúa sin duda próximo a este análisis cuando escribe: «Lo discrecional sigue siendo, al menos en principio, lo no contencioso por naturaleza» (*op. cit.*, pág. 36). Por contra, para L. PAREJO la discrecionalidad en cierto sentido «en modo alguno pone en cuestión el Estado de Derecho, ni siquiera en su más exigente versión...» (*op. cit.*, pág. 125).

²¹ Contrariamente a los «actos discrecionales» antaño consagrados por la jurisprudencia, y que no eran susceptibles de discusión contenciosa, la potestad discrecional no va contra la legalidad, porque en cualquier caso la libre elección de la decisión oportuna debe ser adoptada de forma legal.

B. LAS CONSECUENCIAS DE LA DISCRECIONALIDAD

Si bien es cierto, como precisaremos más adelante ²², que la distinción entre competencia reglada y potestad discrecional no determina de forma absoluta la extensión de los poderes de control del juez, no por ello está desprovista de consecuencias. Si no siempre, sí con mucha frecuencia, el control de la legalidad por el juez está en función de la naturaleza de las potestades de la Administración.

Generalmente el hecho de que una potestad sea discrecional implica un control limitado, pero, si éste se intensifica, ello no debe impedir la existencia de un margen de apreciación de la oportunidad.

1. *Un control generalmente limitado*

En relación con el control jurisdiccional de la potestad discrecional Jacques MOREAU recuerda atinadamente (*op. cit.*, pág. 137) que «*encubre dos supuestos que hay que diferenciar, el control sobre los actos adoptados en virtud de una competencia discrecional, pero también el propio ejercicio de la potestad discrecional*» ²³.

Esta precisión es fundamental porque permite delimitar con claridad los límites normales del control.

En presencia de actos administrativos derivados de una competencia discrecional, el juez, de igual forma que en el caso de la competencia reglada, somete la actuación administrativa a diferentes controles que ha venido desarrollando progresivamente.

En primer lugar, y sin que se plantee duda alguna a este respecto, examina los aspectos externos del acto, lo que le permite sancionar las ilegalidades constitutivas de incompetencia y el vicio de forma.

Yendo más allá, se adentra en el fondo comprobando que la resolución no esté fundada en hechos materialmente inexactos ni que incurra en error de Derecho o en desviación de poder.

El control no se presta a discusión en lo que tiene que ver con estos puntos y generalmente no va más lejos.

No se presta a discusión porque se circunscribe únicamente a la decisión adoptada en virtud de la competencia discrecional, y no a su ejercicio. Incluso cuando entra en el fondo (error de hecho, error de Derecho, desviación de poder) no afecta a los motivos ni al contenido del acto. Más en concreto, cuando a veces aborda los motivos del acto (el error de hecho o de Derecho) lo hace exclusivamente para verificar que no sean portadores de un vicio jurídico del que devendría su nulidad

²² Cfr. *infra* II.B.

²³ Cfr., asimismo, A. DE LAUBADÈRE, en *Mélanges Waline*, *op. cit.*, pág. 533.

en todo caso, de manera que sigue siendo «periférico en relación con el propio ejercicio de la potestad discrecional» (A. de LAUBADÈRE, «*El control jurisdiccional de la potestad discrecional...*», *op. cit.*, pág. 534), puesto que no conduce a sustituir la apreciación de la Administración por la suya propia.

Generalmente no va más lejos porque el juez no podría controlar los motivos y el contenido en la medida en que le llevarían a tener que pronunciarse sobre la oportunidad de la decisión y por eso mismo a arrogarse indebidamente el derecho de controlar la elección llevada a cabo por la Administración, es decir, a someter a su control el propio ejercicio de la potestad discrecional. Como regla general, la jurisprudencia se circunscribe al exclusivo control de los actos que comportan el ejercicio de una competencia discrecional.

Es cierto que a primera vista podría parecer que las cosas no siempre son así y que el juez administrativo a veces llega hasta el control de la potestad discrecional, mas conviene notar que no se trata sino de una apariencia.

En muchas de sus resoluciones, el Consejo de Estado se inspira en la idea de que la autoridad administrativa que disfruta de una potestad discrecional tiene la obligación de ejercerla y que en consecuencia debe, caso por caso, realizar la correspondiente elección y tomarla en función de las circunstancias del asunto. La Administración no puede, pues, ni renunciar al ejercicio de su poder, ni adoptar decisiones genéricas o globales. Como señala magníficamente A. de LAUBADÈRE (*op. cit.*, pág. 534-535) «si llega a entrar en contacto con el ejercicio mismo de la potestad discrecional, es fácil percibir que no se trata de un control dirigido a que el juez sustituya la apreciación de la Administración en la elección que ha realizado; por el contrario, el juez vela para que ésta realice efectivamente la elección y en las mejores condiciones».

Hay otro supuesto, muy diferente, en el que también podría *a priori* parecer que el objeto del control sea la potestad discrecional, pero tampoco aquí esa primera impresión resiste un examen detenido. Aunque concretaremos más adelante de qué manera el juez llega a considerar como reglada una competencia hasta ese momento aparentemente discrecional, debemos no obstante notar que en dicho caso garantiza plenamente un control de los motivos. ¿Está haciendo, en consecuencia, una excepción en su actitud habitual de abstención en materia de control del ejercicio de la potestad discrecional? De nuevo es fácil constatar que no estamos sino ante una excepción aparente, porque de lo que en definitiva se trata es de controlar una competencia que se ha convertido en reglada.

Así pues, no hemos encontrado control del ejercicio de la potestad discrecional porque, generalmente, el juez se niega a llegar hasta la

apreciación de la oportunidad de la decisión. Ahora bien, incluso a pesar de que se revela más sensible, el análisis no lleva a una conclusión notablemente diferente cuando se aplica a los casos en los que, en relación a lo que precede, el control de la potestad discrecional se presenta reforzado.

2. *Un control que, incluso reforzado, deja lugar a la apreciación de la oportunidad*

Anticipando algo que será desarrollado más adelante, acabamos de observar que el juez administrativo llega a reglar competencias percibidas hasta un momento dado como discrecionales, pero que al hacer esto no crea auténtica potestad discrecional, pues se limita a descubrir (y deducir las consecuencias de ese descubrimiento) que dicha competencia responde en realidad a las pautas de la competencia reglada. Puede «reglar competencias», pero en la exclusiva medida en que se trate de competencias sólo aparentemente discrecionales; lo que no puede es hacerlo «discrecionalmente».

En cambio, cuando una competencia se presenta como objetivamente discrecional no se opone a profundizar en el control, pero sin por ello desnaturalizar la competencia controlada, puesto que rehúsa hacerlo basándose en apreciaciones de oportunidad que no son susceptibles de ser debatidas ante él.

Este es el caso de la jurisprudencia relativa al error manifiesto de apreciación, y de la jurisprudencia inaugurada por la célebre decisión «*Ville nouvelle Est*» (CE, 28 de mayo de 1971, «*Ministre de l'Équipement*» *versus* Federación de defensa de las personas afectadas por el proyecto «*Ville nouvelle Est*», Rec. pág. 409, conclusiones BRAIBANT) relativa al balance de las ventajas y de los inconvenientes, desde la perspectiva del interés general, de la resolución administrativa impugnada (conocida como jurisprudencia del «balance»).

Acabamos de ver que tradicionalmente el control de la potestad discrecional realizado sobre los actos dictados en su ejercicio incluye el control de las ilegalidades «externas», del error de Derecho, de los hechos materialmente inexactos y de la desviación de poder. Se trata, en consecuencia, de acuerdo con la expresión empleada primero al parecer por J.M. AUBY y R. DRAGO (*Tratado del contencioso administrativo*, 1ª edición, 1962, nº 1163) y después retomada por la jurisprudencia, de un control «*minimum*» que no alcanza a la calificación jurídica de los hechos que en cambio podemos encontrar en el control «normal» de la competencia discrecional. Ahora bien, a partir de los años sesenta (CE, 2 de marzo de 1960, Gesbert, Rec. pág. 162; CE sección, 15 de febrero de 1961, Lagrange, Rec. pág. 121), la jurisprudencia

va a añadir a estos elementos clásicos del control de la potestad discrecional la exigencia de que la decisión administrativa no se encuentre viciada por un error manifiesto de apreciación. Este cambio, del que resulta que el control del error manifiesto de apreciación irá en lo sucesivo a la par del error de hecho, del error de Derecho y de la desviación de poder, se verá particularmente confirmado, en el ámbito de la alta policía, por la resolución de la Asamblea General del Consejo de Estado, «Sociedad Anónima Librairie François Maspero», 2 de noviembre de 1973 (Rec. pág. 611) y en el de las sanciones disciplinarias en materia de función pública (CE sección, 9 de junio de 1978, Lebon, Rec. pág. 245). Más tarde ha sido aplicado a otra clase de decisiones, entre ellas las medidas por las que se determina el contenido de los Planes del Suelo (CE, 19 de octubre de 1979, Asociación para la protección del país de Rhuy, Rec. pág. 379) y las medidas, relativas a su situación personal, dictadas en materia de policía de extranjeros no sujetos a la jurisdicción de los Estados miembros de la Comunidad Europea (*vid.*, por ejemplo, CE Ass., 29 de junio de 1990, Dame Olmos Quinteros y Imnbaccus, Rec. págs. 184 y 192). Así pues, actualmente el control *minimum* de la potestad discrecional no se distingue del control normal de la competencia reglada por la ausencia del control de la calificación jurídica de los hechos, sino por la falta de generalidad de dicho control, puesto que no se ejerce con otras miras que las de censurar la decisión afectada por un error manifiesto de apreciación.

Puesto que se caracteriza por un método exigente en la calificación jurídica de los hechos, la jurisprudencia del balance refleja asimismo una sensible evolución del control que, al menos en algunos de los ámbitos competenciales en los que se aplica (así, por ejemplo, en materia de excepciones singulares de urbanismo, la decisión *Ville de Limoges*, CE Ass., 18 de julio de 1973, Rec. pág. 530), alcanza al dominio de la discrecionalidad. Contrapesando las ventajas y los inconvenientes de la decisión administrativa y coconsiderando que los hechos de los que trae causa no tienen posibilidad de justificarla sino sólo si las ventajas predominan sobre los inconvenientes, es decir, cuando el balance resulta positivo, el juez accede a subordinar la legalidad a la proporcionalidad, bastándole para aplicarla que su carácter sea excesivo y no «manifiestamente excesivo» (*vid.*, en particular, R. CHAPUS, *op. cit.*, pág. 778).

Queda claro que, con una y otra doctrina jurisprudencial, el control del poder discrecional se ha visto reforzado. Por una parte, el error manifiesto aparece ya incluido en la nomenclatura de los elementos del control *minimum*. Por otra parte, con la teoría del balance, los actos a través de los que se manifiesta su ejercicio, en progresivo aumento, pueden ser objeto de un control pleno de proporcionalidad que se

traduce en la «*aplicación de un método exigente de apreciación de la calificación de los hechos*».

¿Esta intensificación del control refleja, mediante un cambio en el objeto del control, que se aplicaría al propio ejercicio de la potestad discrecional, el cuestionamiento de ésta?

Sería un error creerlo, ya que ni la jurisprudencia del error manifiesto ni la del balance van de hecho en contra de la realidad de una potestad discrecional ni pretenden transformarla en potestad reglada.

Para convencernos de ello no podemos hacer nada mejor que remitirnos una vez más a André de LAUBADÈRE (*op. cit.*, pág. 544), el cual, reflexionando sobre la tesis de que el juez, al amparo de dichas dos líneas jurisprudenciales, utilice su poder normativo para transformar la potestad discrecional en competencia reglada, expuso por qué no puede ser aceptada:

«En lo que se refiere al error manifiesto de apreciación, es fácil darse cuenta de la objeción a la que enfrenta: si el juez hiciera de dicha competencia una competencia reglada, no habría razón alguna para limitar el control del error de apreciación únicamente al error manifiesto».

En lo que se refiere al balance de los intereses, la tesis resulta igualmente infundada en tanto se aplica —así, el caso de las excepciones singulares en materia de urbanismo (jurisprudencia ciudad de Limoges, antes citada)— al ejercicio de competencias discrecionales y generadoras de resoluciones no restrictivas ni de las libertades ni del derecho de propiedad²⁴, porque en este caso «*se trata en realidad de competencias que los textos legales han querido depositar como discrecionales en manos de la autoridad administrativa y respecto de las que no es admisible que el juez por sí mismo pueda transformarlas en potestades regladas*».

Debe añadirse, por último, que ninguna de estas dos doctrinas jurisprudenciales atenta contra la esencia misma del poder discrecional, puesto que ni en uno ni en otro caso (incluso aunque a veces encontremos, en la teoría del balance, motivos para la perplejidad) se elimina la oportunidad.

Por atrevido que parezca, el control que implica la teoría derivada de la resolución «Ville Nouvelle Est» no llega a excluir toda posibilidad de apreciación libre, de oportunidad, por la autoridad administrativa: el comisario del Gobierno Braibant ya observó, en sus conclusiones,

²⁴ Según la opinión habitualmente admitida, la sustracción por el juez a la potestad discrecional de competencias respecto de las que las normas no han precisado los motivos de las decisiones que implican no es admisible sino cuando el juez deduce estos motivos de los objetivos e intenciones suficientemente claros de la ley o, en todo caso, cuando se trata de decisiones administrativas restrictivas de las libertades públicas o del derecho de propiedad.

que el juez no puede sustituir a la Administración para valorar la oportunidad del emplazamiento de un aeropuerto o del trazado de una autopista.

En el caso del control del error manifiesto significa únicamente que la potestad discrecional, precisamente por no confundirse con la arbitrariedad, no puede permitir la comisión de ilegalidades; que la autoridad administrativa llamada a elegir no puede hacerlo de cualquier manera incurriendo en error manifiesto de apreciación; pero que si bien ha de decidir legalmente, no por ello deja de tener el dominio de la decisión oportuna. Por ello, se puede concluir, como sostiene la mayoría de los autores, que no existe otro control que el de legalidad y que el problema del control y la oportunidad resulta ser un falso problema.

Así pues, ante la potestad discrecional, la facultad de actuación del juez es reducida por la simple pero determinante razón de que no puede «discrecionalmente» suprimirla. Pero siendo así, en otros aspectos su margen de libertad se revela nada despreciable.

II. SOBRE LA LIBERTAD DEL JUEZ

Lo expuesto permite ver que nuestra jurisdicción administrativa no disfruta, al menos de forma tan general, de tantos poderes como, según Tomás Ramón FERNÁNDEZ, el juez español estaría en disposición de ejercer (interpretando correctamente a este autor —cf., en especial, *op. cit.*, pág. 94, la jurisdicción «contencioso-administrativa» apenas podría eludir la necesidad de un control normalmente intenso, de adherirse a la solución, hasta el momento aislada, que expresa una sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1987). Sin embargo, el juez administrativo francés, que opera en un contexto en el que coexisten competencia reglada y potestad discrecional, se halla en condiciones de decidir de acuerdo con unos indudables márgenes de libertad.

De hecho, y sin que exista contradicción con lo que se acaba de ver, es el juez quien delimita de forma considerable el ámbito de su control y la naturaleza de las potestades sujetas a él (A), reservándose, si es necesario, la posibilidad de fijar libremente su alcance (B).

A. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTROL Y DE LA NATURALEZA DE LAS POTESTADES

Corresponde al juez administrativo elegir entre controlar o no controlar y, cuando lo hace, le compete decidir si la actividad que controla descansa en la potestad discrecional o en la competencia reglada.

1. *El campo del control*

En el estudio anteriormente citado («*Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?*», pp. 296 y ss.), P. DEVOLVÉ expone que «determinadas consideraciones de oportunidad pueden llevar al juez tanto a rechazar ejercer su control como a llevarlo a cabo».

Dejando de lado el caso de los actos políticos o de gobierno —que, sobre todo cuando emanan exclusivamente del ejecutivo²⁵ son ya un ejemplo de ausencia de control por abstención voluntaria del juez, que se inhibe de controlar por la razón esencial de que no se considera con la suficiente fuerza de hacerlo si bien, eventualmente, podrá modificar su postura si cambian las circunstancias²⁶—, se puede observar que ese mismo juez también se opone a controlar, no obstante ser teóricamente posible, numerosos actos que no afectan a la política pura. Esto ocurre así bien porque no se considera en condición de ejercerlo, bien por razón de las características del caso, bien en fin por la escasa importancia de la medida encausada.

La primera hipótesis está perfectamente reflejada en el caso bien conocido de las resoluciones adoptadas en materias consideradas como técnicas que no descansan totalmente en competencias discrecionales (cf. S. RIALS, *op. cit.*, N° 32 y ss.), pero que tampoco les son enteramente ajenas. En dicho caso, y sin que nada se oponga en Derecho a una actitud menos reservada, el juez se autolimita por las razones perfectamente expuestas por el Presidente Raymond Odent (*Contentieux administratif*, Ed. 1981, T. VI, pág. 1988): «muchas resoluciones administrativas son tomadas por motivos en los que el peso de lo técnico es tal que el juez debería remitirse, de pretender su control, a los criterios de la administración o de los especialistas. Resulta más honesto para el juez reconocer que, siendo incapaz de llevar a cabo un control efectivo, renuncia a ejercerlo en vez de provocar la ilusión de que lo ejerce».

En otros supuestos, en los que el juez administrativo es competente y en los que podría aceptar la admisibilidad de la demanda y, en su caso, llegar a estimarla, se reserva sin embargo rechazarla por consideraciones que no son sino de oportunidad. Así sucede a propósito de la suspensión de la ejecución del acto, a partir de la jurisprudencia sentada en el caso de la Asociación de Protección del barrio de Notre-

²⁵ En algunos casos la ausencia de control por el juez administrativo puede explicarse por la intervención de una autoridad no administrativa en la elaboración del acto (por ejemplo, la presentación o el rechazo de un proyecto de ley: CE de 29 de noviembre de 1968, Tallagrand, Rec. 607).

²⁶ Es bien conocido que determinados actos inicialmente considerados como actos políticos han perdido esta condición al haber venido el juez administrativo a considerarse competente para conocerlos (*vid.*, por ejemplo, CE, 23 de octubre de 1953, Huckel —Rec., pág. 452— a propósito de la proclamación del estado de sitio por una autoridad administrativa).

Dame de Versailles (CE, 18 de febrero de 1976, Rec. pág. 100). Incluso dándose las condiciones fijadas para la suspensión, el juez valora caso por caso si hay o no lugar para ordenar la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada reconociéndose así, en el ámbito de las medidas cautelares, la facultad de no llevar hasta el final las consecuencias de una ilegalidad sin embargo probable, puesto que ya ha advertido una seria posibilidad de ella.

En fin, cambiando de plano, es igualmente bien conocido que si la no sujeción de las medidas de orden interior al control de legalidad se explica jurídicamente por el hecho de que no causan perjuicio a los interesados, no es por ello menos cierto que se encuentra «fundada sobre todo en la escasa importancia de las medidas impugnadas, en la voluntad de dejar a las autoridades administrativas total libertad para adoptarlas y en el deseo de no colapsar las salas de justicia con un exceso de recursos carentes de interés» (P. DEVOLVÉ, *op. cit.*, pág. 298).

Así pues, si el juez dispone de una libertad amplia para decidir no controlar, también puede con esa misma libertad adoptar la actitud contraria por la única razón de que le parezca oportuno.

Esto se verifica en aquellos casos en los que habiendo considerado el juez inicialmente no poder o no tener nada que controlar cambia después de parecer e incorpora al ámbito de su control lo excluido hasta entonces, hasta el punto de pasar a veces, incluso en relación con cuestiones técnicas, del control más restringido al control normal (*vid.*, por ejemplo, CE Ass., 13 de diciembre de 1974, Sociedad de Cimientos Lafarge, Rec., pág. 628).

Por otra parte, con el fin de abrir la garantía de su control a los administrados, también se juzga a veces competente para resolver recursos que no era evidente hubiera debido conocer. El control descansa en la legalidad, pero, como explica P. DEVOLVÉ, es en realidad la oportunidad lo que le lleva a ejercerlo. Conocemos, por ejemplo, que con la célebre resolución Dame Lamotte (CE, 17 de junio de 1950, Rec., pág. 110), dictada en un asunto en el que no existía duda alguna acerca de la voluntad del legislador de excluir todo recurso administrativo o judicial, no por ello el Consejo de Estado ha dejado de considerar que la ley no podía tener como consecuencia excluir el recurso por exceso de poder, cuya finalidad es «asegurar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto a la legalidad». Más recientemente, a propósito de las demandas de suspensión de la ejecución de las resoluciones relativas al orden público que, hasta comienzos de los años 80, no incumbían a los Tribunales administrativos no obstante ser competentes sobre el fondo, el Consejo de Estado, después de haberse negado a ello durante más de veinte años, ha aceptado entrar en su examen con el fin de que los administrados no sigan privados, por más tiempo, de esta garantía procesal.

2. La naturaleza de los poderes controlados

Considerar, como hace T.R. FERNÁNDEZ, que es discrecional lo que el juez decide que lo es, lleva a admitir que es a este último a quien corresponde en definitiva la determinación de la naturaleza de la competencia. No es éste el caso, como sabemos, del Derecho francés. Ha quedado, en efecto, precisado que el juez francés no puede «suprimir discrecionalmente» la potestad discrecional. En cambio, como también hemos apuntado antes, sí tiene la facultad de reglar una competencia percibida hasta un momento dado como discrecional si descubre que no lo era sino aparentemente. Vamos a explicar ahora este punto.

Haciendo hincapié en el hecho de que la potestad discrecional no deriva de la indeterminación de la norma sino de su indeterminabilidad (cf. *supra*), S. RIALS resalta que «en tanto la indeterminación no es sino *a priori* y la norma llega a ser determinable a través de una operación intelectual adecuada, la imperatividad de la regla implica que el juez (tras la Administración) lleve a cabo esta operación».

El juez tiene, pues, un papel que jugar, una facultad de ser por sí mismo, al igual que el legislador, fuente de potestad reglada, de influir en la configuración del ejercicio de las potestades administrativas.

Este es el sentido del paso dado por el Consejo de Estado cuando en presencia de una potestad considerada hasta un momento dado como discrecional, puesto que parecía que la ley otorgaba libertad de actuación a la Administración, decide no abstenerse de ejercer su control «sobre el propio objeto del acto y la justificación de los motivos que lo han originado» (A. de LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, T. I, 11^a ed., pág. 541).

Una antigua jurisprudencia (CE Ass., 9 de julio de 1943, Tabouret y Laroche, Rec. pág. 182) sobre transmisión de bienes proporciona un característico y bien conocido ejemplo (cf., en especial, A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, pág. 545; G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *op. cit.*, pág. 535).

Una ley, de 16 de noviembre de 1940, había sometido a la autorización del Prefecto las ventas de inmuebles, sin establecer ninguna condición para su concesión o denegación. Existía, pues, indeterminación dado que la norma parecía dejar a la Administración la libertad de otorgar o de denegar discrecionalmente la autorización. Ahora bien, la Alta Asamblea, interpretando la intención del legislador, vino a considerar que dicha solución únicamente tenía por objeto evitar la especulación inmobiliaria y que, en consecuencia, la autorización sólo podía ser denegada por algunos motivos concretos. Una competencia que, de acuerdo con la letra de la ley, se presentaba aparentemente como discrecional ha probado ser realmente, por mor del juez, una competencia reglada; lo que parecía una cuestión de oportunidad (el

acordar o denegar la autorización) se ha transformado en una cuestión de legalidad (el carácter especulativo o no de la venta pretendida).

Hay varias líneas jurisprudenciales más que ilustran esta posibilidad de transformar la potestad discrecional en competencia reglada y, en consecuencia, el control limitado en control normal. Se refieren, en particular, a las autorizaciones administrativas de despido de los trabajadores que ejercen funciones representativas del personal, de miembros del comité de empresa o de delegados sindicales (CE Ass., 5 de mayo de 1976, SAFER de Auvergne *c/ Bernette*, Rec., pág. 232); a las resoluciones de denegación de la autorización para participar en los concursos de ingreso en la función pública (CE, 18 de marzo de 1983, Mulsant, Rec. pág. 125); y a resoluciones relacionadas con medidas adoptadas en materia de policía de extranjeros (*vid.*, en particular, las resoluciones antes citadas de 19 de abril de 1991, Belagacem y Dame Babas).

Queda claro, pues, que el juez, en lo que atañe a la esencial cuestión de la naturaleza de las potestades de la Administración, se encuentra en disposición de intervenir y de hacerlo de forma efectiva. Como expresa J. MOREAU, no se halla limitado a registrar pasivamente «el hecho de la competencia reglada o de la potestad discrecional», puesto que «la escala de las situaciones no siempre es un dato que le viene impuesto al juez y que determina la extensión y la modalidad del control que ejerce; es una construcción en cuya elaboración el Consejo de Estado juega un papel decisivo» (J. MOREAU, *op. cit.*, pág. 142). Existe, en efecto, subrayan J.M. AUBY y R. DRAGO, «una dinámica de la potestad discrecional, dinámica en la que el juez cumple una función esencial».

Tras estas constataciones, haremos aún dos precisiones a modo de recordatorio.

Por una parte, las resoluciones jurisprudenciales mencionadas ponen de manifiesto que cuando se considera capaz de superar la indeterminación aparente de la norma y pasar así de la potestad discrecional a la competencia reglada, el juez administrativo es, sin duda alguna, autor de una transformación del régimen jurídico, mas no por ello entra a controlar cuestiones de oportunidad. Sencillamente, como consecuencia de la evolución del control, «lo que era una cuestión de oportunidad se convierte en una cuestión de legalidad y, en definitiva, no hay nunca otro control que el de la legalidad» (R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 775).

Se confirma, en efecto, que el problema del control de oportunidad es un falso problema; una frase de P. DEVOLVÉ lo resume con claridad: «a medida que se incrementa el control del juez, desaparece la oportunidad».

Por otra parte, queda claro en los casos expuestos que el juez «descubre» pero no crea, en el sentido estricto del término, potestad

reglada, puesto que se limita, y no puede hacer otra cosa, a determinar lo que parecía *a priori* encontrarse indeterminado. En el caso contrario, cuando percibe que la competencia es efectivamente discrecional, se abstiene de ir más allá del control restringido que, como hemos visto, no afecta a la discrecionalidad; la noción de «potestad reglada jurisprudencial» no implica limitación de la potestad discrecional.

B. LA LIBRE ELECCIÓN DEL CONTROL

Si bien se ha constatado que el juez contribuye, haciéndolos evolucionar, a la delimitación de los respectivos ámbitos de las potestades discrecional y reglada, es sin embargo legítimo preguntarse si no se encuentra privado de todo margen de maniobra en el momento de la aplicación de las potestades así definidas. En otras palabras, ¿la naturaleza del control que va a ejercer no le viene impuesta por la naturaleza de la potestad controlada sin que nunca se encuentre en disposición de decidir en oportunidad?

Este sería el caso en el supuesto de una correlación necesaria entre potestad discrecional y control restringido, y entre competencia reglada y control normal, pero en realidad, por fortuna, la situación no es ésa. Es cierto que frecuentemente existe correspondencia entre potestad discrecional y control restringido y entre competencia reglada y control normal, pero no es ni mucho menos absoluta.

En la medida en que decide controlar (sabemos que puede no ser éste el caso), el juez, como señala P. DEVOLVÉ (*op. cit.*, pág. 300), «es dueño de la extensión de su control», puesto que le corresponde determinar su intensidad, abstracción hecha, llegado el caso, de la naturaleza de la potestad controlada, de acuerdo con sus criterios.

1. *El juez no se encuentra vinculado por la naturaleza de la potestad controlada*

Si como se expone reiteradamente, existen dos tipos de control, el control normal y el control restringido, comprendido el error manifiesto de apreciación, veremos más adelante que esta clasificación dual resulta demasiado simplista para dar debida cuenta de una jurisprudencia con frecuencia compleja. Admitiendo esto y ateniéndonos en principio a esta división clásica en la que todavía se basan, a pesar de todo, la mayoría de los casos, se puede constatar que en la aplicación de estos dos controles el juez disfruta realmente de un margen de apreciación, puesto que como se desprende de muchas de sus decisiones, el

tipo de control aplicado no se encuentra necesariamente relacionado con el tipo de potestad ejercitada por la Administración.

En lo que se refiere a la aplicación de la teoría del «balance», tiene su origen, como sabemos, en el contencioso de las declaraciones de utilidad pública. Ahora bien, A. de LAUBADÈRE señala en este sentido que «es posible dudar a la hora de saber si, en materia de expropiación, el control en cuestión se apoya realmente en una competencia discrecional» (*Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire...*, *op. cit.*..., pág. 539). En cambio dicha duda no es posible al llevar dicha doctrina (CE, *Ville de Limoges*, antes citada) al contencioso de las excepciones singulares en materia de urbanismo; el control descansa, sin duda alguna, en el ejercicio de una potestad discrecional cuando, sigue precisando A. de LAUBADÈRE (*ibíd.*, pág. 540), «se manifiesta idéntico al que se ejerce sobre la potestad reglada y que es específico de esta última».

En un ámbito distinto y en el contexto de otra línea jurisprudencial, relativa a las medidas adoptadas al amparo del título de «policía de extranjeros» no oriundos de los Estados miembros de la Comunidad Europea, se comprueba que dichas actuaciones, que en principio pertenecen al control restringido (*vid.*, por ejemplo, CE Ass., 19 de abril de 1991, *Dame Babas*, Rec. pág. 162), son igualmente objeto de un control normal (*vid.*, por ejemplo, CE Ass., 6 de noviembre de 1987, *Buagi*, Rec. pág. 348) que se explica sobre todo, en aquellos casos en los que el extranjero se ampara en las disposiciones de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, por la preocupación de que el control del juez nacional no resulte inferior al que ejercería el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de acuerdo con el artículo 8 de la Convención.

Así pues, llegado el caso, el juez administrativo no se opone a ejercitar, en presencia de potestades discrecionales, un control normal. Y al contrario, no es raro que se abstenga de echar mano de él en resoluciones derivadas del ejercicio de una competencia reglada.

En sus conclusiones relativas a los casos de denegación de la conformidad administrativa previa a la adopción de niños (CE sec., 4 de noviembre de 1991, *A.J.D.A.*, 1992, págs. 74 ss.), el Comisario del Gobierno, tras haber señalado que era «partidario de la distinción de los dos controles» y constatado que un decreto enmarcaba de manera precisa la potestad de la Administración en la materia, no por ello deja de considerar, de forma especialmente significativa, «que si se dan las condiciones clásicas del control normal, resulta preferible el control reducido».

Las resoluciones que expresan dicha elección son, de hecho, relativamente numerosas. En el estudio referido anteriormente, al que nos remitimos en lo esencial para las precisiones que seguirán a continuación, S. RIALS estableció con claridad la realidad y amplitud de esta

tendencia jurisprudencial que se manifiesta especialmente en relación con materias técnicas y con algunas cuestiones relativas a la función pública o al ejercicio de las funciones de policía ²⁷.

No nos ocuparemos ahora más que del motivo de lo técnico que, como ya sabemos, sirve a menudo de justificación a un control *minimum*, es decir, un control sin error manifiesto. Los ejemplos son muy variados y señalaremos únicamente, entre ellos, cómo el juez se opone a sustituir en su fallo la apreciación de la Administración en supuestos: de toxicidad de un producto farmacéutico (CE, 17 de abril de 1951, Soc. Toni, Rec. pág. 236), de daños derivados de un procedimiento de fabricación de productos alimenticios (CE, 6 de noviembre de 1963, Soc. Iranex, Rec. pág. 523), de los peligros que puede conllevar la expedición de un medicamento (CE secc., 28 de abril de 1967, Federación Nacional de Sindicatos Farmacéuticos de Francia, Rec. pág. 180), de determinación de los títulos de un médico (CE, 9 de febrero de 1979, Ministro de Trabajo c/ Verger-Pratoucy), de otorgamiento a un vino del beneficio de una denominación controlada (CE secc., 14 de octubre de 1960, Sindicato agrícola y vitícola de la Landa de Pomerol, Rec. pág. 559), de las condiciones fijadas para autorizar la creación de una central nuclear (CE Ass., 28 de febrero de 1975, Herr, Rec. pág. 162), etc.

En todos estos casos la limitación del control no se corresponde en modo alguno con el reconocimiento de una potestad discrecional.

Tomando el ejemplo de los productos peligrosos para la salud pública, S. RIALS observa muy acertadamente que no se puede considerar que porque una norma confiera a un órgano de la Administración la facultad de prohibirlos le esté otorgando una potestad de libre apreciación. Muy al contrario: «encontramos aquí una de las competencias imaginables más legítimamente reglada. Sencillamente, el juez se siente incapaz de controlar plenamente dicha competencia reglada del especialista».

Expresado en términos más generales, «la postura del juez en el control de las materias técnicas no se basa en el reconocimiento de ningún poder discrecional sino en la constatación de su incapacidad para sustituir con una apreciación «ilustrada» la de las autoridades especializadas a las que ha sido reconocida una competencia reglada».

2. *El juez no se encuentra subordinado a ningún otro tipo de limitaciones*

Ateniéndonos a determinadas resoluciones jurisprudenciales, podría parecer que la naturaleza del control ejercido no resultaría de

²⁷ Para el estudio de la jurisprudencia relativa a las cuestiones que atañen a la función pública o a la alta policía, *vid.* S. RIALS, *op. cit.*, N° 38 y ss.

la libre elección del juez, sino que sería una consecuencia de algunos factores que le vendrían impuestos.

Sin embargo, el estudio antes referido de P. DEVOLVÉ demuestra claramente, en relación con tres ejemplos significativos, que no es éste en realidad el caso, al menos de forma general.

En determinados casos²⁸, entre los que el más referido es sin duda el de la licencia de construcción, la intensidad del control depende del carácter del acto controlado. El control de la licencia de construcción es normal cuando la Administración la deniega basándose en normas «permisivas» que le permiten oponerse ante la presencia de determinados elementos sujetos a apreciación (CE, 10 de marzo de 1976, SCI Les Porquerelles, Rec. pág. 144; 25 de julio de 1989, municipios de Maisons-Laffitte, *RFDA* 1986, pág. 252; 21 de julio de 1989, Min. de Urbanismo *c/* esposo Elena, req. N° 57220), mientras que el control es del tipo restringido cuando la concede basándose en esas mismas reglas (CE, 28 de marzo de 1973, Asociación de defensa de los habitantes de la Región de Vernon, Rec. pág. 262; 15 de abril de 1983, municipios de Menet, Rec. pág. 154).

Esta relación entre el sentido de la resolución adoptada y el tipo de control del que es objeto condiciona sin duda el papel del juez, pero se trata de un supuesto que se encuentra lejos de ser general.

De hecho no es raro que, al contrario de lo que acabamos de ver, sean las resoluciones negativas las que son objeto del control restringido, mientras que el control normal se aplica a las resoluciones positivas²⁹, e incluso que las resoluciones negativas y positivas sean objeto de un mismo control³⁰.

²⁸ Sobre el conjunto de estos casos, *vid.* P. DEVOLVÉ, *op. cit.*, pág. 301, nota 142.

²⁹ Sobre uno y otro caso, P. DEVOLVÉ —*op. cit.*, pág. 302, notas 143 y 144— propone una gran diversidad de ejemplos:

- Resoluciones negativas objeto de un control limitado: denegación del Ministro de Economía de intervenir la comisión de la competencia (CE, 15 de octubre de 1982, Le Bihan, Rec. pág. 349); denegación de un contrato de asociación con un establecimiento de enseñanza privada (CE, 20 de abril de 1980, Instituto Técnico de Dunkerque, Rec. pág. 196); denegación de una solicitud de cambio de nombre (CE, 27 de septiembre de 1985, Bonnet, Rec. pág. 262); denegación de una autorización para la explotación de una aeronave (CE, 29 de mayo de 1985, Sociedad «Trans Union», Rec. pág. 162); denegación de liberación a las personas de sus lazos de fidelidad con Francia (CE, 25 de julio de 1986, esposos Djebbar, Rec. pág. 214); denegación de una excepción en una prohibición de acumulación de actividades (CE, 30 de septiembre de 1987, Cohen).

- Resoluciones positivas objeto de un control normal: otorgamiento de un permiso de construcción en un monumento histórico (CE, 7 de noviembre de 1980, Ministro de Medio Ambiente y SCI Alvarado, Rec. pág. 418); autorización para cortar o suprimir árboles (CE, 22 de febrero de 1984, Municipio de Piscop *c/* SCI Residencia del Chateau-Vert, Rec. tables, pág. 716); resolución de finalización o de renovación de un contrato de asociación con la enseñanza privada (CE, 19 de junio de 1985, Municipio de Bouguenois, Rec. pág. 194).

³⁰ Control normal tanto de la autorización como de la denegación de la autorización de despido de un trabajador protegido (CE, 5 de mayo de 1976, S.A.F.E.R. de Auvergne *c/* Bernette, Rec. pág. 232; 18 de febrero de 1977, Abellan, Rec. pág. 97), y del reconocimiento como

No existe, pues, automatismo en la aplicación del control en función del sentido de la decisión controlada.

No lo hay tampoco en el caso ya examinado de las resoluciones de carácter técnico. Si bien el control es con frecuencia restringido en el ámbito de las materias técnicas, no por ello el juez adopta su decisión por razones de oportunidad cuando controla de forma distinta asuntos sin embargo muy semejantes. Así aplica el control limitado para el caso de la designación del personal monitor de formación de pilotos de aviación (CE, 20 de julio de 1988, Asociación de paracaidistas profesionales y de cuadros técnicos, Rec. tables, p. 976), y el control normal para las resoluciones del Consejo Médico de la Aeronáutica Civil sobre la capacidad para pilotar (CE, 28 de diciembre de 1988, Ministro delegado del Transporte *c/* Dufaut, Rec. pág. 475), y el control es asimismo pleno en la valoración de la capacidad de unas matronas que habían solicitado su admisión (CE, 16 de junio de 1991, Melle. Mas, req. N° 110556).

Su actuación no está tampoco condicionada por la jerarquía del autor del acto controlado. Se puede observar, por ejemplo, que la falta de control del error manifiesto en la selección de concesionarios rige tanto para los concesionarios de servicios públicos locales como para los de servicios públicos nacionales (CE, 17 de diciembre de 1986, Sociedad Hit T.V., Sindicato del Armagnac y de los vinos del Gers, antes citado), o que el control, normal o limitado según el caso, es el mismo cuando la decisión de la licencia de construcción corresponde a una autoridad municipal o al Estado.

Sería, en fin, asimismo erróneo pensar que la mayor o menor precisión de la norma que se va a aplicar influye necesariamente en su actuación, como si la norma precisa llevara a un control normal y la imprecisa a un control limitado. De hecho, determinadas normas imprecisas no han impedido un control normal, que ha sido aplicado a supuestos en los que el texto legal no contiene prácticamente indicación alguna (CE, 4 de octubre de 1989, Keppi, req. N° 75851, sobre la moralidad de los miembros de las Cotorep; 22 de noviembre de 1989, Giresse, Rec. pág. 235, sobre los requisitos que facultan a un Magistrado a acceder a un cargo honorífico, no obstante la ausencia total de previsiones sobre este extremo en la Ordenanza de 22 de diciembre de 1958).

En definitiva, según la fórmula de P. DEVOLVÉ (*op. cit.*, pág. 303), «el juez ejerce el control que quiere, haciendo de las normas lo que quiere...».

de la denegación de excepciones a las normas que limitan el número de farmacias (CE, 19 de mayo de 1983, Thévenot, Dall. 1985, pág. 45; 5 de mayo de 1986, Dme. Douvet, Rec. pág. 186).

III. SOBRE LA SITUACIÓN DEL ADMINISTRADO

Enfrentado a una Administración a la que no se discute seriamente el que pueda actuar de manera discrecional y teniendo que acudir, llegado el caso, a un juez que se encuentra en disposición de decidir con gran libertad, ¿se puede pensar que el administrado se encuentra en una situación desfavorable?

¿Debemos considerar, al igual que T.R. FERNÁNDEZ, que nuestra concepción de la potestad discrecional no satisfaría las exigencias de la garantía judicial efectiva y que el ejercicio, por motivos de oportunidad, de dos tipos de control implicaría una incoherencia jurisprudencial que la doctrina francesa acepta sólo por razón de la autoridad de que goza el Consejo de Estado? (Cf. *op. cit.*, pág. 33).

Sin chovinismo, pero a la vista de determinadas realidades objetivas, se nos permitirá no compartir un análisis tan negativo.

De hecho, el ejercicio de la discrecionalidad no va realmente en contra de las garantías a las que el administrado tiene derecho y que le vienen garantizadas por la combinación de los dos tipos de control que acabamos de examinar.

Desarrollar este punto conduce a consideraciones fundamentalmente prácticas y, en aras a la objetividad, debemos precisar que nuestro colega español se sitúa en un plano teórico al admitir que las reconsideraciones radicales que plantea a partir de sus deseos no tendrían sin duda grandes consecuencias prácticas respecto de la situación presente (cf. *op. cit.*, pág. 103 y nota 67). Sin embargo, las consecuencias prácticas de una situación jurídica dada no son tampoco desdeñables y se debe constatar que en nuestro caso no se revelan desfavorables para sus destinatarios.

D. LOCHAK, preocupada, afirma que «los supuestos en los que la Administración dispone de una potestad discrecional se están multiplicando al mismo ritmo con el que se amplía su intervención en materia económica y social...» (*op. cit.*, pág. 117). La observación no es incorrecta, pero su alcance debe ser muy relativizado, puesto que sabemos asimismo que de forma paralela la jurisprudencia está reduciendo el campo de la potestad discrecional al reconocer nuevos supuestos de competencias regladas y al otorgar, por esta misma razón, como ya lo constatará DUGUIT (cf. *Traité de droit constitutionnel*, II, pág. 401), sólidas garantías al administrado.

Dejando de lado este aspecto, no nos detendremos de nuevo en él por haberlo tratado más arriba, ¿qué es de estas garantías cuando persiste la potestad discrecional?

Siempre, según LOCHACK, lo hemos señalado ya, «es en la utilización de la potestad discrecional donde residen los peligros más evidentes de incurrir en arbitrariedad».

Sin pretender negar estos peligros, conviene no sobrestimarlos porque el administrado se encuentra frente a la potestad discrecional en una situación globalmente favorable que resulta de varios factores. Esta se explica, en primer lugar, por la escasa frecuencia de los supuestos de potestad discrecional pura (A). Es también consecuencia de la actitud del juez, por la doble razón de que protege de forma eficaz al intensificar su control (B) y de que cuando, por el contrario, se autolimita, lo hace con cierto criterio y procurando en todo caso que la Administración no pueda sustraerse al debate contencioso (C).

A. LA ESCASA FRECUENCIA DE LA POTESTAD DISCRECIONAL PURA

Sabemos ya que la discrecionalidad no afecta a todos los elementos de la resolución administrativa. Como escribe J. MOREAU, «no basta con repetir que los actos discrecionales han desaparecido hace tiempo; debe añadirse que determinados elementos de los actos jurídicos unilaterales o contractuales de la Administración están absolutamente excluidos por el Derecho positivo del ámbito de aplicación de la potestad discrecional: la determinación del autor de la resolución, la fijación de determinadas formas y procedimientos, la atribución de una finalidad de interés general. Esto significa que el grado de potestad discrecional que puede encerrar un acto jurídico «anida» únicamente en uno de sus elementos —el más importante seguramente—, en el contenido del acto (en sentido amplio), es decir, en sus motivos y en su objeto» (*op. cit.*, pág. 136).

Ahora bien, centrándonos en este único lugar de impacto de la potestad discrecional, ocurre que ésta no se manifiesta siempre con la misma plenitud.

Es cierto que a veces encontramos casos de potestad discrecional pura, pues el funcionario se halla realmente en disposición de actuar de acuerdo con su propia conveniencia. Por motivos respecto de los que él es el exclusivo juez puede adoptar la decisión que quiera, y sobre ni uno ni otro punto cabe control jurisdiccional.

Diversas resoluciones del Consejo de Estado ilustran este supuesto a propósito, en concreto, de la prescripción de los Planes de ordenación del suelo (CE, 3 de noviembre de 1982, Royer, Rec. Leb., pág. 366); de la selección de concesionarios (CE, antes citada, 17 de diciembre de 1986, Sociedad Hit TV); de las valoraciones de servicio y de la calificación de los funcionarios y de los magistrados (CE, 13 de marzo de 1987, Bauhaire, Rec. pág. 100); de la calificación de un examen y de la nota otorgada (CE, 20 de marzo de 1987, Gambus, Rec. pág. 100); y del establecimiento de la capitalidad de un departamento. En este último caso, habida cuenta del silencio de los textos legales sobre

los criterios de decisión, la Alta Asamblea considera que «para acordar el cambio de capitalidad del Departamento del Var de Draguignan a Toulon, el Gobierno se ha visto obligado a realizar una apreciación de oportunidad que no es susceptible de ser discutida ante el Consejo de Estado...» (CE, 26 de noviembre de 1976, Soldani, Rec., pág. 508).

No obstante, aunque encontremos en este caso un ejemplo de potestad discrecional pura, esta situación se halla lejos de ser dominante; al igual que el supuesto de la competencia totalmente reglada, no representan sino un supuesto extremo. La vida administrativa real adopta la mayoría de las veces soluciones mixtas que van de un extremo a otro, lo que provoca que continuamente debamos enfrentarnos a «una escala de situaciones concretas, en las que se mezclan en proporción variable el elemento discrecional y el elemento reglado» (J. MOREAU, *op. cit.*, pág. 137). A diferencia de los ejemplos jurisprudenciales señalados, sucede que la mayoría de las veces la discrecionalidad no es sino parcial porque, según los casos, la autoridad administrativa no dispone de libertad en lo que se refiere al objeto ni a los motivos de la decisión.

1. *La ausencia de discrecionalidad en lo que se refiere al objeto de la resolución*

A veces la indeterminabilidad de la norma, en defecto de la cual no hay potestad discrecional, no afecta al fondo de la resolución, es decir, a su objeto. Libre de tomarla o no, la autoridad administrativa no puede escoger, en el caso de que decida actuar, más que alguna (o algunas) de las soluciones predeterminadas por la norma.

P. DEVOLVÉ, a quien nos remitimos una vez más (*op. cit.*, pág. 280 y ss.), indica que la jurisprudencia refleja esta situación en diversas materias.

Los textos legales, a propósito de la policía de las publicaciones extranjeras, reconocen al Ministerio del Interior la posibilidad de acordar diversos tipos de prohibición: así, puede prohibir la circulación, la distribución o la venta. Ahora bien, siendo libre para prohibir y para no hacerlo, en este último caso no puede adoptar más que alguna de las modalidades de prohibición previstas por la norma, con exclusión de cualquier otra medida; el objeto de su resolución se encuentra, en consecuencia, predeterminado, de forma que desde esta perspectiva no hay discrecionalidad. En cambio, ésta es efectiva desde el punto de vista de los motivos por los que puede ser ordenada la prohibición, de forma que «la valoración realizada por el Ministerio del Interior sobre el peligro que una revista presentaba para el orden público no puede ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso administrativa» (CE, 2 de noviembre de 1973, S.A. Librería François Maspero, Rec., pág. 611).

Hay también otras sentencias, referidas a materias muy variadas, que han fallado en el mismo sentido de falta de control de los motivos en las resoluciones cuyo objeto se encuentra predeterminado (denegación de la explotación de una aeronave —CE, 29 de mayo de 1985, Sociedad «Trans Union», Rec., pág. 162; denegación o concesión de un visado —CE, 28 de febrero de 1986, Ngako Jenya, Rec. pág. 49— o de una condecoración —CE, 10 de diciembre de 1986, Crepin Loredon, A.J.D.A., 1987, pág. 91—; decreto por el que se acuerda el beneficio de una amnistía —CE, 31 de enero de 1986, Daniel Legrand, Rec., pág. 23—; resolución municipal por la que se impone a sus propietarios el revoco de inmuebles —CE, 28 de febrero de 1986, Sindicato de copropietarios del número 30 de la calle Plat, Rec., pág. 48—).

Junto a estos diferentes supuestos, debemos señalar asimismo que la predeterminación del objeto es susceptible de serlo más o menos y que desde esta perspectiva la competencia administrativa se halla, en consecuencia, más o menos reglada.

Así, cuando en materia de policía sobre la prensa la Administración competente decide, por motivos de oportunidad, no abstenerse de ejercer el control, no puede adoptar cualquier medida, sino que debe elegir entre uno de los tres tipos de prohibición señalados. Por el contrario, en el caso del revoco de inmuebles no tiene posibilidad alguna de elección, si es que decide acordarlo.

2. *La ausencia de discrecionalidad en lo que se refiere a los motivos de la resolución*

Al contrario del caso precedente, a menudo la Administración disfruta de libertad para determinar el contenido de una resolución no fijado *a priori* por ninguna norma, y sin embargo la adopción del acto no depende, o al menos no totalmente, de su propia voluntad.

Ocurre en principio así cuando aquélla se encuentra pura y sencillamente obligada a actuar. Su competencia es en tal caso reglada y no reviste apariencia discrecional sino más tarde, cuando trata de decidirse por una u otra medida.

Desde el punto de vista de los motivos de la intervención no existe tampoco potestad discrecional, o al menos potestad discrecional pura, cuando ésta se encuentra supeditada a la realización de una condición de fondo impuesta por un texto legal o por la jurisprudencia. Así sucede, es uno de los casos más clásicos, con la potestad discrecional que no puede ejercerse más que en presencia de una infracción cuya efectividad es, de acuerdo con una jurisprudencia tradicional, estrictamente controlada por el juez (*vid.*, por ejemplo: CE, 29 de marzo de 1985, Ministro de Hacienda y de Presupuestos c/ Vasseur, Rec, pág.

674: 24 de junio de 1988, Chamond, Rec. pág. 258; 13 de junio de 1990, Ocelli, *A.J.D.A.*, 1990, pág. 837). Otro caso similar es el de la designación de las organizaciones sindicales representativas, sujeta a una representatividad que se constata por medio de diversos criterios que también son controlados por el Consejo de Estado (CE, 11 de abril de 1986, Federación General Agroalimentaria, Rec., pág. 92).

Con estos dos casos, tomados únicamente a título de ejemplo, queda claro que la adopción de la decisión no depende de la libre apreciación de su autor, cuya libertad de elección no se manifiesta sino más tarde, cuando escoge en la escala de sanciones disciplinarias aquélla que le parece más conveniente o cuando selecciona, por criterios de oportunidad, determinadas organizaciones sindicales entre todas aquellas que satisfacen los criterios de representatividad y atribuye a cada una de ellas el número de puestos que considera adecuado (CE, 11 de abril de 1986, Confederación Francesa de la CGC, Rec. pág. 675).

Finalmente, es preciso advertir también que las situaciones no son uniformes y que la falta de discrecionalidad en lo que atañe a los motivos de la resolución es susceptible de diversos grados. Esta es, en efecto, total cuando la autoridad administrativa se encuentra obligada a actuar. No disponiendo en ese caso de la facultad de valorar la oportunidad de su intervención, no puede inhibirse de ella, so pena de incurrir en ilegalidad y, en su caso, en responsabilidad. Por el contrario, las cosas son diferentes cuando las condiciones han sido establecidas pero no hay obligación de actuar. En esta circunstancia la potestad discrecional no está ausente más que respecto de la apreciación de la situación de hecho (si ésta no coincide con la condición establecida el acto no puede ser acordado válidamente), y se ejerce plenamente en la medida en que la Administración puede elegir de forma soberana entre actuar y no actuar, puesto que es a ella a quien «corresponde valorar la oportunidad de una y otra opción» (A. BOCKEL, *op. cit.*, pág. 358). Desde esta perspectiva, el ejemplo aludido de la potestad disciplinaria es igualmente significativo, puesto que, si bien es precisa la existencia de una infracción para que su ejercicio sea posible, su presencia no entraña necesariamente la adopción de una sanción cuya decisión pertenece a la libre apreciación de la autoridad administrativa cuando los hechos son ciertos y adecuados para justificarla.

B. EL CARÁCTER PROTECTOR DE LA INTENSIFICACIÓN DE LOS CONTROLES

La doctrina jurisprudencial sobre el error manifiesto de apreciación y la contenida en la sentencia «Ville nouvelle Est», como ha quedado demostrado más arriba, han transformado notablemente el régimen contencioso de la potestad discrecional; pero desde el punto de vista de la protección del administrado ¿qué se puede pensar de dichos cambios?

Preguntándose sobre esos cambios, A. de LAUBADÈRE (*op. cit.*, pág. 545) advierte que «todo desarrollo y afinamiento del control jurisdiccional de la Administración son indefectiblemente vistos —y no sin razón— como un progreso...». Pues bien, creemos que conviene sumarse a esta reflexión. Una y otra líneas jurisprudenciales no están faltas de puntos débiles y de ambigüedades, pero en lo esencial su incidencia sobre el control de la actuación administrativa merece una valoración positiva; tanto si se manifiesta, indirectamente, por la toma en consideración del error manifiesto como por la aplicación del balance de los intereses.

1. *El control del error manifiesto de apreciación*

Si bien existen aún algunos ámbitos en los que repugna al Juez introducir la teoría del error manifiesto de apreciación (por ejemplo, apreciación por un Tribunal del valor de las pruebas de un candidato —CE, 20 de marzo de 1987, Cambus, Rec., pág. 100— selección de un concesionario —CE, 17 de diciembre de 1986, Sociedad HIT TV, antes referida—), el control de este error ha ganado progresivamente un vasto terreno. Aplicado originariamente a la función pública (CE secc., 15 de febrero de 1961. Lagrange, Rec., pág. 121; 9 de mayo de 1962, municipio de Montfermeil, Rec., pág. 304) y en materia de concentración parcelaria (CE, 12 de julio de 1961, Demoiselle Acquart, Rec. pág. 476) se ha extendido después, de suerte que, en la casi totalidad de los casos en los que la Administración disfruta de potestad discrecional, su apreciación se encuentra sin embargo sujeta a este control (en este sentido, *vid.* R. ODENT, *op. cit.*, T. VI, pág. 1977).

Circunscribiéndonos a algunos ejemplos particularmente significativos, hemos constatado ya que en el contencioso de la función pública se aplica de forma especial en relación con las sanciones disciplinarias; que con la resolución «Librería François Maspero» ha penetrado en el dominio de la alta policía administrativa; que en el ámbito del urbanismo incluye tanto la zonificación del suelo como la concesión de las licencias de construcción. Ahora bien, estos diversos supuestos tienen no obstante algo en común, consistir en situaciones especialmente sensibles desde el punto de vista de la posición del individuo frente a la autoridad pública, puesto que le encontramos confrontado a los poderes del superior jerárquico, eventualmente atacado en el ejercicio de las libertades públicas o limitado en la plenitud de su derecho de propiedad. Las ventajas de la jurisprudencia a la que nos estamos refiriendo se revelan en ese caso incuestionables, puesto que: hace posible que no exista desproporción manifiesta entre la gravedad de la falta y de la sanción (CE, 26 de julio de 1978, Vonolay, Rec. pág. 315;

22 de noviembre de 1985, Doucet. Rec. pág. 331; 25 de mayo de 1990, Kiener, Rec. pág. 846; 8 de julio de 1991, Martín y Municipio de Levalois-Perret, Rec. pág. 727); que con la resolución François Maspero se llegue a una intervención más decidida del juez en un dominio que afecta a la libertad de prensa, y en el que la derivación directa de esta resolución sobre el control del error manifiesto llegue también a las medidas de expulsión de extranjeros (CE Ass., 8 de diciembre de 1978, Ministerio del Interior c/ Benouaret, Rec. pág. 502) o de su devolución a la frontera (CE Ass., 29 de junio de 1990, Prefecto de Doubs, Imanbaccus, antes referida); que, en fin, si la pretensión del propietario de un fundo de valerse de su derecho de propiedad para construir un edificio se encuentra garantizada por un control normal, el perjuicio que es susceptible de ocasionar a su derecho una construcción próxima, o una zonificación desfavorable, no podría basarse tampoco en una apreciación errónea excesivamente manifiesta (*vid.*, CE, 19 de octubre de 1979, Asociación del País de Rhuys, antes citada, sobre zonificación del suelo, y CE, Ass., 29 de marzo de 1968, Sociedad de parcelación de la Playa de Pampelonne, antes referida, para la concesión del permiso de construcción).

Sobre estas cuestiones, y de forma general en todos los casos de aplicación de la teoría del error manifiesto, algunos lamentarán quizás que la propia particularidad del control conduzca frecuentemente a dejar el error impune, ya que el juez que conoce de él no lo sanciona, puesto que no lo considera manifiesto.

No obstante, salvo que lo que se quiera poner en cuestión sea el propio principio de discrecionalidad, resulta forzoso adaptarse a esta realidad. Y tenemos, tal como lo subrayan todos los autores (*vid.*, en particular, los estudios de A. BOCKEL; P. DEVOLVÉ; A de LAUBADÈRE), que, yendo más lejos de su jurisprudencia tradicional, el Consejo de Estado ha hecho posible que el control jurisdiccional represente una garantía contra los excesos que en el ejercicio de su poder puede imponer la Administración. A partir de ahora, de acuerdo con la fórmula del Comisario del Gobierno Braibant, en sus conclusiones sobre el asunto de las publicaciones extranjeras, «el poder discrecional comporta el derecho a equivocarse, pero no el de incurrir en error manifiesto, es decir, a la vez aparente y grave». La generalización del control del error manifiesto evita, lo que no deja de ser una ventaja importante, los graves inconvenientes que derivan de este tipo de error.

2. *La aplicación del balance de los intereses*

En su aportación al libro de homenaje a Marcel WALINE (*Vers un nouveau principe général du droit? Le principe bilan-coût-avantages*),

Jeanne LEMASURIER destaca que la jurisprudencia «Ville nouvelle Est» posee «el mérito de restablecer el rol tradicional del juez como garante de la legalidad y protector de las libertades», pero también observa que su aplicación no está exenta de inconvenientes.

Varios otros autores han manifestado sus reservas que, en esencia, atañen a dos aspectos:

— Por una parte, la inclinación natural de esta jurisprudencia lleva al juez a convertirse en administrador y corre el peligro, de acuerdo con la expresión propuesta por un Comisario del Gobierno (conclusiones Rougevin-Baville, asunto «Ville de Limoges», antes referido), de incurrir «en arbitrariedad *a posteriori* del juez».

— Por otra parte, dicho peligro no se vería verdaderamente compensado por una protección eficaz del administrado, puesto que la evolución de la jurisprudencia pone de manifiesto que el examen profundo acometido por el juez no conduce sino en muy pocas ocasiones a la anulación de las resoluciones impugnadas y sólo cuando están en juego intereses de escasa importancia.

Sin desdeñar los motivos en que se basa esta doble crítica, conviene, en nuestra opinión, relativizar su alcance.

Si bien existe el peligro de que el juez se transforme en administrador y de que incurra en la arbitrariedad frente a la que nos alertaba ROUGEVIN-BAVILLE³¹, debemos señalar que ya desde el principio no le pasó inadvertido a Braibant. Al formular su nueva teoría en las conclusiones del asunto «Ville nouvelle Est», no dejó, en efecto, de expresar y de subrayar las consecuencias que podían extraerse de ella. «Naturalmente, ejercerán este control conforme a sus costumbres... con tacto y prudencia. No se trata, en absoluto de tomar en vez de ella las decisiones discrecionales que corresponden a la Administración... lo que importa es que su control permita censurar las decisiones arbitrarias, las poco razonables o las insuficientemente estudiadas».

Ahora bien, con algunas excepciones (pensamos en particular en la resolución Grassin, de 29 de octubre de 1973 —Rec. pág. 598—, en la que el Consejo de Estado de alguna forma se dejó arrastrar a

³¹ Ante este tipo de preocupación la doctrina española se encuentra también, de forma muy evidente, dividida. Recordando, a propósito del papel que piensa debe corresponder al juez, que «en el ejercicio de su función jurisdiccional... sólo le está vedada la arbitrariedad» (*Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., pág. 117), T.R. FERNÁNDEZ se pronuncia firmemente a favor de la profundización de este papel pudiendo llegar, como ya hemos notado, hasta un poder de sustitución (*ibid.*, págs. 120 ss.) que encuentra implícito en el principio de «rutela judicial efectiva». Por el contrario, L. PAREJO pone el acento en «el riesgo de subjetivismo y aun decisionismo judiciales, de simple sustitución de la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad) de la Administración por la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad, ¿por qué no?) del juez» (*Administrar y juzgar... op. cit.*, pág. 36).

representar el papel de autoridad de tutela sobre la gestión de la hacienda de un municipio) la Alta Asamblea ha sabido dar en general las muestras de tacto y ponderación que se esperaban de ella, de forma que veinte años después se puede constatar que «el control de la legalidad ejercido en la aplicación de la teoría del balance no alcanza a excluir toda posibilidad de libre apreciación por la autoridad administrativa» (R. CHAPUS, *op. cit.*, 6ª edición, 1992, pág. 790).

Queda, pues, en esencia un principio que, puesto que implica un control muy amplio, confiere al juez un arma eficaz para proteger la legalidad contra los abusos de la Administración en los diversos campos en los que se diversifican sus competencias: las excepciones singulares en materia de urbanismo (CE Ass., 18 de julio de 1973, ciudad de Limoges, antes referida); el establecimiento de servidumbres (CE Ass., 24 de enero de 1975, Gorlier y Bonifay, Rec. pág. 54); la creación de una zona de protección en torno de un lugar clasificado (CE secc., 8 de julio de 1977, Dame Rié y otros, *A.J.D.A.* 1977, pág. 620); las autorizaciones de despido a propósito de las que la resolución de la resolución S.A.F.E.R. de Auvergne, de 5 de mayo de 1976 (*A.J.D.A.*, 1976, pág. 304), sigue principios similares.

¿Se puede entonces objetar que para no convertirse en administrador debe el juez plantearse no sancionar sino levemente a la Administración de forma que la eficaz arma teórica de la que dispone carecería en la práctica de toda efectividad?

Para convencernos de lo contrario acudiremos una vez más a R. CHAPUS, para quien «debe evitarse la conclusión de que la teoría del balance es como “el polvo en los ojos”» *, sobre todo porque «es preciso contar con el efecto preventivo del control jurisdiccional».

De hecho, «la teoría del balance no debe sino estimular seriamente a la Administración, a la que las sentencias anulatorias crean tantas complicaciones de todo orden y afectan a sus resoluciones más importantes», a procurar que éstas «se adecúen a las exigencias jurisprudenciales» (*op. cit.*, pág. 791).

C. LA LEGITIMIDAD DE LAS OPCIONES DEL JUEZ Y SU PREOCUPACIÓN POR UN DEBATE CONTENCIOSO EFECTIVO

Si la profundización del control contribuye a una mejor protección del administrado, la hipótesis contraria, la de la autolimitación del juez, no le resulta necesariamente desfavorable porque, en general, no se recurre a ella sino de forma consciente y porque en cualquier caso se hace de manera que la Administración no pueda sustraerse indebidamente al debate contencioso.

* Nota del traductor: la frase original en francés «*de la poudre jettée aux yeux*» figuradamente significa engañar con apariencias.

1. *El juez se autolimita a sabiendas*

Se ha señalado ya (cf. *supra* A 1º) que existen valoraciones que no son susceptibles de control, incluso cuando son manifiestamente erróneas. ¿Qué sentido se debe dar a aquellas resoluciones que, en diferentes ámbitos, reflejan esta reserva judicial? ¿Son expresivas de una lamentable resistencia a la línea de progreso que ha sido, en el control de la Administración, el desarrollo del error manifiesto de apreciación, o deberían, según sugieren Michel AZIBERT y Martine de BOISDEFRE (Crónica General de Jurisprudencia, *A.J.D.A.*, 1987, pág. 80), «felicitar-se por una determinación a la vez clara y razonable de los poderes pero también de los deberes del juez»?

Sabemos que el motivo de lo técnico es el que a menudo justifica el control sin error manifiesto y en este sentido podemos preguntarnos si no se trata de un falso pretexto y si la tecnicidad ¿no debería «llevar al juez a dejarse ilustrar por los expertos más que a moderar su control en aquellos campos en los que el peligro de la dictadura de una camarilla de especialistas son grandes»? (Conclusiones, antes referidas, de P. HUBERT sobre CE secc., 4 de noviembre de 1991).

Tampoco deja aquí de ser pertinente la crítica, pero debemos también relativizarla desde un doble punto de vista:

— Por una parte, la evolución jurisprudencial desde hace una veintena de años refleja en dichos campos una importante reducción del control sin error manifiesto de apreciación. En este sentido, la situación del control en materia de concentración parcelaria es particularmente significativa, ya que después de haber ejercido un control restringido sobre la clasificación de tierras por razón del cultivo (CE secc., 23 de diciembre de 1960, *Laireire Orbinot*, Rec. pág. 730) el Consejo de Estado se ha orientado a un control normal (CE, 21 de marzo de 1979, *Ministerio de Agricultura c/ Monsallier*, Rec. pág. 852), y se podrían invocar aquí otros muchos ejemplos. Así, se puede comprobar que el juez administrativo no duda en ejercer un control por error manifiesto sobre la valoración, llevada a cabo por un Tribunal de oposiciones, de los méritos de los candidatos en un concurso de arquitectura (CE, 23 de enero de 1976, *Bergeriox*, Rec. pág. 1078) y sobre la valoración de las ofertas de unas empresas que habían licitado en un concurso restringido (CE, 27 de julio de 1984, *Sociedad Biro*, Rec. pág. 303); y llega incluso a anular por error manifiesto una negativa de autorización de un mercado por el motivo de que la empresa carecía de la competencia técnica necesaria (CE, 14 de septiembre de 1979, *municipio de Adge*, Rec. pág. 357).

La incompetencia técnica justifica, pues, menos que antes la negativa a un control reforzado.

— Por otra parte, los supuestos en los que dicha negativa se mantiene no se caracterizan por una limitación del control tan acentuada como algunos han podido pensar.

En diversas resoluciones (CE, 31 de enero de 1986, Legrand, *A.J.D.A.*, 1987, pág. 132 —con ocasión de un decreto de amnistía—; 9 de noviembre de 1984, Asociación Bretagne-Europe, Rec. pág. 534 —sobre una denegación de alteración de los límites de una región—; 11 de abril de 1986, Federación General Agroalimentaria C.F.D.T., *A.J.D.A.*, 1987, pág. 132 —sobre designación de las organizaciones sindicales más representativas—; 12 de diciembre de 1984, Foresti —sobre la potestad de valoración de los tribunales de oposiciones—) el Consejo de Estado motiva su decisión de forma que ha podido parecer que nos encontrábamos en presencia de un control menos que «minimal», es decir, en ausencia de todo tipo de control, volviendo a los supuestos de los actos discrecionales. Sin embargo, esta impresión inicial no resiste un análisis profundo. De hecho, y el análisis de M. AZIBERT y de M. DE BIOSDEFFRE (*op. cit.*) lo señala claramente, aunque dichas resoluciones jurisprudenciales excluyen la sanción del error manifiesto sucede que, si la valoración hubiera sido tomada como consecuencia de un procedimiento irregular, incurriera en error de Derecho o se basara en hechos materialmente inexactos, habría sido controlada. Sólo la calificación jurídica, la medida de la oportunidad están excluidas.

No se trata, pues, de un control menos que «minimal» y aun menos de una ausencia de control.

El control es efectivamente reducido ¿pero se debe reprochar al juez que mantenga esta postura?

A nuestro juicio, existen buenas razones para no creerlo, puesto que la mayoría de las veces se encuentra simultáneamente fundada en Derecho y justificada en oportunidad.

En el asunto Sindicato del Armagnac y de los vinos de Gers, ya referido, el Comisario del Gobierno, Marc Fornacciari, proponía al Consejo de Estado ejercer un control del error manifiesto de apreciación no ya sobre la elección de un concesionario en vez de otro sino, una vez seleccionado éste, sobre la legalidad de la decisión. La Alta Asamblea no atendió la propuesta al rechazar, no ya todo control, sino el del error manifiesto y su decisión resultaba coherente por diversas razones, de las que una al menos se revela determinante. En cierto número de casos, entre los que el referido es paradigmático, el juez se enfrenta a un silencio total de las normas. En el que nos estamos refiriendo, la norma no había recogido, en relación con el régimen de las concesiones de servicio

público, exigencia legal alguna para encuadrar o guiar la decisión del concedente. Por ello, al implicar una decisión de naturaleza fundamentalmente discrecional, esta ausencia de requisitos legales lleva al Consejo de Estado a rechazar el ejercicio del control del error manifiesto de apreciación. Si se hubiera determinado de otra forma, se habría visto llevado no ya a interpretar las disposiciones legales sino a crearlas completamente, es decir, a sustituir al legislador. No podríamos legítimamente reprocharle el haberse negado a hacerlo.

Si tenía un motivo suficiente para optar por un control «minimal», el juez pudo verse además fortalecido en su decisión por la consideración de que se trataba de una materia en la que los criterios del error manifiesto apenas eran evidentes, de forma que más valía no ejercer un control que temía que no pasaría de ser platónico. Ahora bien, encontramos aquí un elemento interesante para valorar la jurisprudencia sobre el control más restringido. Se puede estimar, en efecto, que al admitir que cae dentro de sus facultades la posibilidad de auto-limitarse, la jurisprudencia se determina conscientemente, puesto que, al hacerlo, intensifica el control del error manifiesto en aquellas materias en las que podría ser ejercido. Su reserva es pertinente, puesto que más vale un control consolidado como «minimal» que un control del error manifiesto que no desembocaría en censura alguna, pues sería imposible de llevar a cabo «porque —como precisa la crónica de la decisión que estamos comentando—, clarificar la posición del juez es útil para todos, y en particular para los demandantes, que de esta forma miden mejor la extensión de la controversia».

2. *El juez vigila la efectividad del debate contencioso*

Si el control jurisdiccional de la discrecionalidad es, pues, de intensidad variable, en cualquier caso el juez procura valorar de la mejor manera posible la regularidad de su ejercicio no dejando a la Administración «atrincherarse en su potestad discrecional con el fin de eludir el debate contencioso» (G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, T. I., 12 ed., pág. 532). Esto deriva de una línea jurisprudencial muy conocida y singularmente ilustrada por la célebre resolución Sociedad «Maison Genestal», de 26 de febrero de 1968 (Rec. pág. 62), que ha prolongado, perfeccionándola, una línea de actuación ya presente en la de la no menos célebre resolución Barel, de 28 de mayo de 1954 (Rec. p. 308).

Tras un informe desfavorable del Consejo de Dirección del Fondo de Desarrollo Económico y Social, los ministros de la Construcción y de Hacienda habían denegado, mediante una resolución conjunta, el reconocimiento de unos beneficios fiscales. El Ministro de Hacienda se

había limitado a señalar ante la jurisdicción administrativa —que conocía de un recurso de anulación por dicho motivo— que la operación proyectada por la sociedad demandante «no parecía comportar, a la vista del interés general, las suficientes ventajas económicas como para justificar la concesión de los beneficios fiscales...».

El Consejo de Estado estimó que «este motivo aparece formulado en términos demasiado generales para permitir a la jurisdicción administrativa ejercer su control sobre la legalidad de la resolución impugnada de denegación de un acuerdo de beneficios fiscales y verificar si, a la vista de la argumentación desarrollada por la sociedad demandante, dicha resolución no adolece de inexactitud material, de error de Derecho, de error manifiesto o de desviación de poder». De ello concluye que «la solución del litigio se encuentra subordinada a la precisión por el ministro de las razones fácticas y jurídicas por las que ha considerado que la operación proyectada por la sociedad... no presentaba interés económico suficiente para justificar el otorgamiento del acuerdo de beneficios fiscales».

Relacionada con un asunto que presenta, por otra parte, el interés de referirse a la actuación económica de la Administración, un sector en el que las decisiones pueden fundarse más que en otros casos en apreciaciones subjetivas, la motivación de la Alta Asamblea consagra un doble reforzamiento del control de la potestad discrecional.

Con la doctrina Barel, que reflejaba ya un progreso notable de este control, las alegaciones de los justiciables no eran tomadas en cuenta más que en la medida en la que alegaban en su apoyo «circunstancias y hechos precisos constitutivos de presunciones fundadas». En lo sucesivo, confirmando claramente en este punto una postura expresada ya en una decisión precedente (CE, 21 de diciembre de 1960, Primer Ministro *c/* Vicat-Blanc, Rec. pág. 1093), el Consejo de Estado renunciará a esta exigencia, puesto que únicamente se sirve de «la argumentación desarrollada por la demandante».

Por otra parte, no se limita ya, como en el asunto Barel, a requerir a la Administración la presentación del expediente basándose en la potestad de «exigir a la Administración competente la aportación de todos los documentos susceptibles de formar la convicción del juez». Va mucho más lejos, puesto que se atribuye la facultad de demandar al ministro «las razones de hecho y de Derecho» que han motivado el acto impugnado. La Administración no se encuentra ya únicamente requerida a trasladar sus documentos al juez: debe precisarle sus motivos.

Con esta decisión jurisprudencial el juez camina, pues, una vez más, en el sentido de una protección creciente de los administrados, de la que éstos se han beneficiado en varias ocasiones. La lleva a cabo tanto mejor cuanto que se encuentra en disposición de decidir con un

margen de libertad como se ha puesto de manifiesto, nada despreciable, pero sin dejar el terreno del control *minimum* que implica la naturaleza de los poderes controlados, puesto que provienen del campo de una discrecionalidad cuyo propio principio no era susceptible de ser cuestionado, como ha quedado igualmente demostrado.

³² Así, a propósito de la suspensión o de la reducción de derechos de aduana (CE secc., 23 de mayo de 1969, *Jammes y Federación de las Asociaciones vitícolas de Francia*, Rec. 266); de la regulación de los mercados de interés nacional (CE secc., 5 de marzo de 1976, *Sociedad halles de curtidos de París*, Rec. 138); de precios (CE Ass., 1 de febrero de 1985, *Unión Departamental de los consumidores de París*, Rec. 21); del otorgamiento, denegación y supresión de primas (CE, 14 de diciembre de 1988, SA "Gilbert Marine", Rec. 444).

