

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

JORGE BERMUDEZ SOTO
Universidad Católica de Valparaíso

De nuevo en torno al control de la discrecionalidad administrativa.

Han transcurrido más de treinta años desde que el profesor Eduardo García de Enterría pronunciara, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, su conferencia titulada "La lucha contra las inmunidades del poder". Desde ese momento se abre todo un debate doctrinal, que rápidamente se ve plasmado en la jurisprudencia nacional, respecto de las limitaciones del ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración. Dicho debate se vuelve a plantear hace poco, sobre todo a partir de los escritos y opiniones vertidos por los profesores Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo Alfonso¹, ambos principales representantes de posiciones encontradas sobre este tema.

A través de este trabajo se persigue volver brevemente sobre los principales planteamientos esbozados por ambos autores, intentando mostrar la conformidad o no con ellos y desde los mismos aventurar alguna suerte de reformulación del problema.

1. *Acotamiento del problema. Potestades regladas y potestades discrecionales*

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución española "La administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho." De una parte, que la Administración esté sometida plenamente a la ley y al Derecho, no es sino una manifestación particularizada del principio de legalidad del art. 9.3 del texto constitucional. De otra, declarar que sirva con "objetividad" los intereses generales constituye el complemento necesario del antedicho principio. En efecto, parece casi ocioso señalar que no es dable pensar que el legislador sea capaz de regular todas y cada una de las compe-

¹ Tales posiciones se plasman principalmente en "Arbitrariedad y Discrecionalidad" (Civitas 1991) y "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor" (REDA, N 76, 1992) ambos del profesor T. R. Fernández y en "Crisis y Renovación en el Derecho Público" (Centro de Estudios Constitucionales, 1991) y "Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias" (Tecnos, 1993) del Profesor Parejo Alfonso.

tencias entregadas a la Administración, que cada una de sus potestades esté desarrollada hasta la más mínima expresión. Ello sería materialmente imposible y políticamente incorrecto. Por el contrario, existe un cúmulo de potestades que han sido parcialmente normadas, respecto de las cuales el legislador ha renunciado a su regulación exhaustiva entregando su complitud a la propia Administración, tales son las potestades discrecionales.

Sin embargo, y aventurando una interpretación personal sobre la expresión utilizada por el art. 103.1 de la Constitución, será respecto de tales potestades menos reguladas o discrecionales sobre las que podrá ser verificada de mejor forma esta "objetividad" en el cumplimiento de los intereses generales².

El contraste entre potestades regladas y discrecionales no constituye ninguna novedad, ellas son diferenciadas desde los orígenes del Estado de Derecho. Sin embargo, la discusión surge cuando la doctrina pretende acotar, o por el contrario expandir, el control judicial del que ellas son susceptibles.

En definitiva, la cuestión se reduce a si frente al crecimiento explosivo de los poderes discrecionales de la Administración podemos seguir sosteniendo un control total e intenso por parte de los tribunales, o si por el contrario sería posible afirmar que dada una nueva configuración del Estado de Derecho, el control por el juez si bien total, no puede ser afirmado con igual intensidad respecto de toda la actuación administrativa.

2. *Las causas del replanteamiento de la cuestión: el Estado social y democrático de Derecho; la crisis del sistema de fuentes del Derecho Administrativo*

Es probable que existan otras causas en el origen de la cuestión y asumo que el reduccionismo precedente podría ser criticable. Sin embargo, me parece que las dos causas mencionadas son las principales en el surgimiento del replanteamiento del problema del control de la discrecionalidad administrativa.

2. 1. *Estado social y democrático de Derecho:* Tal es la definición que se da para el Estado español en el art. 1.1 de la Constitución.

De acuerdo con lo señalado por L. Parejo Alfonso al Estado de Derecho tradicional, que desde el punto de vista de la Administración se traduce en un sometimiento pleno a la ley y al Derecho, se debe añadir el Estado democrático, el cual "supone, en efecto, -cualquiera que sea la forma y el alcance de la acción del poder público- de legitimación de ésta por su origen y fundamento, así como la exigencia del control de su ejercicio"³. El principio democrático otorga legitimidad a todos los poderes del Estado, materializándose en relación a la Administración Pública en una confianza en su actuar y en una mayor flexibilidad a la hora de regular su actuación

² En las potestades regladas todo el proceso de toma de decisión estará más o menos pre-determinado, dejando escaso margen de libertad para la toma de las mismas, constituyendo su máxima expresión aquellos casos en los que la Administración estando obligada a actuar sólo podrá hacerlo en un determinado sentido. En cambio, es respecto de las potestades discrecionales, en las que se presenta todo un abanico de posibilidades de actuación, donde entrará plenamente en juego el principio de objetividad en la actuación de la Administración.

³ L. PAREJO Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 42.

entregándole mayores ámbitos de libertad. Para completar el círculo, "el principio de Estado social aporta a la vida estatal un factor de cambio permanente, en cuanto postula la constante renovación y actualización, en función de la realidad de las circunstancias socioeconómicas, de los objetivos y del contenido mismo de la acción del poder público"⁴.

Este dato me parece de la mayor relevancia para el análisis de la cuestión. Cuando el profesor García de Enterría expuso su tesis sobre los controles de la discrecionalidad administrativa en 1962⁵, no era posible imaginar -ni aspirar- otra cosa que el pleno sometimiento por parte de la Administración al Derecho. Hoy en día a esa vinculación se agrega la que por mandato constitucional se debe hacer a los principios democrático y social. Sin embargo, es el principio social el cual manifiesta de un mejor modo las nuevas formas de actuación que irá asumiendo la Administración, para dar cumplimiento a dicho principio, todo lo cual devendrá en el surgimiento de la llamada *Administración prestacional*. Tal Administración se irá perfilando a través de fórmulas de actuación no tradicionales, tales como la concertación y el acuerdo previo con los particulares, y en ámbitos que se han estimado sensibles desde la perspectiva social (por ejemplo: medio ambiente, economía).

Consecuentemente, dadas las nuevas tareas que ha debido asumir el Estado social, parece lógico que ellas no fueran necesariamente emprendidas a través de las formas clásicas de actuación (específicamente por la vía de la imposición unilateral y exorbitante del acto administrativo), o que dada la mutabilidad de las cuestiones de corte social esos mismos instrumentos fueran flexibilizados entregando mayores márgenes de apreciación *discrecional* a la Administración.

2. 2. *La crisis del sistema de fuentes en el Derecho Administrativo*

Con esto me quiero referir a las profundas transformaciones que ha experimentado el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico público. El principio de legalidad que en términos simples significaba la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, cuyo principal instrumento era la ley -de ahí su nombre-, hoy en día podría ser denominado como de juridicidad. Digo esto por dos razones fundamentales: por una parte si bien es cierto que la ley no ha dejado de ser la protagonista principal del elenco de normas que conforman el ordenamiento jurídico, debe compartir su estrellato con otras fuentes tales como la Constitución, los Reglamentos, e incluso los Tratados Internacionales⁶.

Por otra parte, la vieja y cansada ley ha ido renunciando a sus características principales de abstracción, generalidad y permanencia, para dar paso hoy en día cada vez más a la llamada ley-medida (la ley cada vez es más *actio* y menos *constitutio*). "Cada vez con mayor frecuencia y en mayores ámbitos la ley no sólo permite una actuación administrativa en condiciones más flexibles, sino que fomenta tal flexibilización. La evolución camina en el sentido de la sustitución o, al menos, clara com-

⁴ Op. cit., en la nota número 3, pág. 43.

⁵ Me refiero, por supuesto, al ya célebre "La lucha contra las inmunidades del poder", Civitas tercera edición, reimpresión 1995, Madrid.

⁶ Recuérdese en este punto la gran importancia que el Derecho Comunitario ha ido adquiriendo en materias cada vez más importantes, el cual, dadas su eficacia directa y primacía sobre el ordenamiento nacional, ha reemplazado a la regulación por la vía legislativa.

plementación de la vinculación positiva de la administración por la ley, por la *dirección estratégica* por la ley de la acción administrativa"⁷.

En resumen, del panorama expuesto se desprende que nos encontramos con una Administración que se ha denominado como *prestacional* cuya regulación puede ser caracterizada como flexible o menos intensa como consecuencia de los mayores espacios de libertad de actuación que le ha entregado no sólo la ley sino el conjunto del ordenamiento jurídico. Ello, como veremos más adelante, será determinante para fijar los alcances del control judicial de la actuación administrativa discrecional.

3. *El control de la discrecionalidad: breve referencia al esquema clásico: los matices que a dicho esquema se han ido agregando*

A lo largo del tiempo se han venido desarrollando por la doctrina y jurisprudencia un conjunto de técnicas de control del ejercicio de las potestades discrecionales, sin que podamos afirmar que existan actos que por su propia naturaleza sean no contenciosos⁸. Toda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta donde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales.

3. 1. *El esquema clásico del control de la discrecionalidad.*

A pesar del riesgo de caer en una reiteración, se hace necesario señalar el esquema, que podríamos denominar clásico, de control de la discrecionalidad administrativa:

a) *los elementos reglados*: en todo acto existen elementos reglados, como por ejemplo la competencia para ejercitar dicho acto. No existirá potestad de ningún tipo sin una norma que previamente la atribuya, en consecuencia, este será el primer elemento "controlable" de un acto discrecional.

b) *los hechos determinantes*: "toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la forma de cuya aplicación se trata... La valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional"⁹.

c) *el fin de la potestad*: La potestad discrecional ha sido otorgada para el logro de un determinado fin impuesto por el ordenamiento jurídico; su no acatamiento constituye un vicio de desviación de poder fiscalizable por la vía contencioso administrativa.

⁷ L. PAREJO Alfonso, op. cit. número 3, pág. 61.- Extrañamente el profesor T. R. Fernández en ninguno de los escritos señalados se hace cargo de la evidencia del cambio que ha experimentado la ley como expresión normativa de la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico, ni de lo decisivo de tal cambio en la comprensión del problema del control de la discrecionalidad.

⁸ En este punto discrepo de lo manifestado por el profesor T. R. FERNÁNDEZ quien al analizar la reciente jurisprudencia francesa y al constatar cómo ha sido el propio juez el que se ha autoeliminado a no entrar en los elementos de oportunidad de la actuación afirma que "De alguna forma, por lo tanto, y a pesar del tiempo transcurrido, lo discrecional sigue siendo, al menos en principio, lo no contencioso por naturaleza". Arbitrariedad y Discrecionalidad, Civitas 1991, pág. 36.

⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. en nota 5, pág. 31.

d) *los principios generales del derecho*: sigo en este punto a Miguel Sánchez Morón quien al referirse a este elemento en el control de la discrecionalidad advierte sobre las dificultades en la fijación exacta del contenido de tales principios¹⁰.

3. 2. *Los matices que al esquema clásico de control de la discrecionalidad se han ido agregando*

a) *el error manifiesto de apreciación*: es cierto que los hechos determinantes de la actuación son causa y presupuesto de ella, en otras palabras, la decisión constituye la reacción por parte de la Administración frente a una determinada configuración de la realidad. Sin embargo, corresponde a la Administración la calificación de tales hechos. En este punto señala Sánchez Morón que la jurisprudencia ha evolucionado desde una mera constatación de la existencia de tales hechos hasta el control de su ponderación o valoración por parte de la Administración, advirtiendo en todo caso que "su ponderación o valoración implica la mayoría de las veces la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control"¹¹. Evidentemente, el control por la vía del error manifiesto de apreciación deberá ser considerado en el caso concreto no pudiendo señalarse a priori una fórmula que solucione de un modo genérico en qué casos se esté en presencia de un error de esa naturaleza¹².

b) *el recurso a la razonabilidad de la decisión*: se ha entendido por la doctrina hasta ahora citada, que un mecanismo de control de la discrecionalidad es el consistente en someter a la decisión a un "test" de razonabilidad. Pudiendo decirse que decisión irracional es aquella decisión carente de toda justificación, dictada por el solo capricho o mera voluntad del funcionario encargado de su dictación.

No obstante, me parece necesario efectuar dos precisiones a este respecto: en primer lugar señalar que la doctrina -al menos la citada- está consciente en que el control por esta vía debe ser usado de modo juicioso por los tribunales para evitar caer en *el subjetivismo judicial*. En segundo término, y a título personal, debo señalar que el llamado test de razonabilidad de una decisión no aporta en realidad un criterio de control susceptible de ser distinguido de los mencionados como clásicos. En efecto, una decisión catalogada de irrazonable es aquella "carente de justificación", es decir, la que no tiene motivación para haber sido dictada o la que se aparta de los fines para los cuales la potestad fue creada.

Consecuentemente, una decisión, antes que irrazonable será o inmotivada o caerá dentro del vicio de desviación de poder, y por tanto, podrá ser controlada por dichos criterios reglados y objetivos sin necesidad de tener que correr el riesgo de recurrir a una noción poco precisa y proclive al subjetivismo del juzgador.

¹⁰ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXXII, Madrid 1994. Además pueden extrapolarse al tema en cuestión los comentarios que efectúa Alejandro Nieto sobre el "Uso y Abuso de los principios generales del Derecho", en su obra *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda edición Tecnos, Madrid 1994, pág. 39 a 41.

¹¹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, op. cit. en nota número 10, pág. 154.

¹² Es precisamente por esa razón por la cual el juez al realizar esta apreciación debe ser muy cauteloso, tratando de desprenderse de criterios subjetivos y apreciando lo que la realidad realmente es y no lo que le gustaría que fuera.

c) *la aplicación del principio de proporcionalidad*: es decir, debe existir una adecuación entre los medios empleados en el acto que se dicta y la finalidad perseguida por el mismo.

Nuevamente nos topamos aquí con el riesgo de sustituir la eventual arbitrariedad de la Administración por el, también poco deseable, subjetivismo judicial. La aplicación del criterio de proporcionalidad, me parece, deberá ser excepcional, reservado a casos que linden con lo burdo y lo grosero, toda vez que sigue siendo la Administración el órgano mejor dotado técnicamente para determinar cuáles serán los medios adecuados y necesarios para el logro de la finalidad querida por la norma.

d) *la motivación de los actos discrecionales*: el art. 54.1 letra f) de la ley 30/1992 señala que "Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: f) Los -actos- que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales..." Motivar un acto significa expresar las causas o razones que se han tenido para su dictación, la cual deberá remitirse a los hechos determinantes y a los elementos reglados de la actuación. Tal requisito constituye la consagración legislativa del principio de "interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" consagrada en el art. 9.3 de la Constitución. En efecto, lo no motivado o lo motivado de modo insuficiente o inadecuado equivale a decir que la Administración no ha dado razones de su actuación y que por tanto lo hace en virtud de su sola voluntad, es decir, arbitrariamente¹³.

En todo caso, no podría afirmarse que la consagración positiva del requisito de la motivación constituye una innovación respecto de la situación anterior a la entrada en vigor de la ley 30/1992, toda vez que éste ya había sido recogido en innumerables sentencias y escritos de la doctrina¹⁴. No obstante ello, me parece pertinente hacer los siguientes comentarios de la citada disposición:

- la carga de la motivación corresponde a la Administración actuante; es a ella a quien corresponde señalar las razones por las cuales actúa, pero el legislador no le exige que señale "todas" las razones por las que actúa, ni que haga un desarrollo extenso de tales razones, basta con que esta sea *sucinta*, es decir, resumida¹⁵.

- por otra parte, la motivación debe realizarse con referencia a *hechos y fundamentos de derecho*. En este punto me parece pertinente señalar que las expresiones utilizadas por el legislador en relación a los actos discrecionales podrían ser interpretadas de diversas formas. En todo acto administrativo -incluyendo los discrecionales-, los hechos, es decir, la realidad en virtud de la cual se actúa, constituyen un dato objetivo no susceptible de ser modificado por la Administración sin caer en una arbitrariedad, con lo cual siempre la Administración deberá fundar su actuación remitiéndose de modo fidedigno a los hechos en que se apoya.

Por otro lado, la remisión a los fundamentos de derecho en el caso de las potestades discrecionales sólo será posible de un modo parcial, ya que la programación o

¹³ Por tanto, debemos reconocer que se cumple lo manifestado por el profesor T. R. Fernández en su obra *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, quien, apoyado en la jurisprudencia, desprendía del citado principio contenido en el 9.3 de la constitución que "lo no motivado es ya por este solo hecho, arbitrario". op. cit. en nota número 1, págs. 105 a 115.

¹⁴ Baste a este respecto con reiterar la cita a las obras de los profesores L. PAREJO y T. R. FERNÁNDEZ en la nota número 1, así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, citadas en innumerables obras.

¹⁵ Acertada fue la exigencia del legislador en orden a disponer que la motivación fuera "sucinta", lo cual va en consonancia con el principio constitucional de eficacia administrativa del art. 103.1.

vinculación positiva de un modo parcial, ya que la programación o vinculación positiva de la Administración de un modo suficientemente desarrollado sólo se da respecto de las potestades regladas. Consecuentemente, puede decirse que respecto de la actuación discrecional el requisito de la motivación operará de un modo distinto, ya que de acuerdo a esta interpretación del precepto, no será necesario que la Administración señale otros motivos que los de hacer alusión a los hechos determinantes y a los elementos reglados de la actuación. Bastaría con una remisión sucinta a la norma que le atribuye esa potestad discrecional. Sin embargo, tal circunstancia no exime a la Administración de contar con razones de fondo que demuestran que la actuación no se funda en la sola voluntad de quien la adopta. Evidentemente será deseable que la Administración señale en la motivación formal las razones técnicas, políticas, económicas o de cualquier índole que la lleven a tomar esa determinada decisión, sin que la sola circunstancia de su omisión permita afirmar que la decisión es inmotivada y por tanto susceptible de ser anulada. Lo que ocurrirá en ese caso será que se pondrá de cargo de la Administración el peso de demostrar que el acto cuenta con una motivación sustantiva que justifique la actuación¹⁶.

4. *El problema del control judicial de las potestades discrecionales: - la nulidad de los actos administrativos discrecionales; - los poderes de sustitución por el juez de la decisión administrativa discrecional*

Como punto de partida debemos comenzar reiterando la justiciabilidad absoluta de todas las actuaciones de la Administración. Es incompatible con el Estado de Derecho la existencia de cualquier reducto de actuaciones exentas del control judicial. Baste para ello con recordar los arts. 1.1, 9.3, 24.1, 103.1 y 117 de la Constitución española, todos los cuales dan el sustento positivo de lo recién expresado. Sin embargo, el matiz se presenta cuando nos preguntamos si dicha justiciabilidad es o debe ser entendida con igual intensidad respecto de toda actuación administrativa o si, por el contrario, cuando se trata de una actuación discrecional el control judicial tendrá unos límites diversos.

Sin duda este es uno de los problemas cruciales en el análisis de la discrecionalidad administrativa y a él se han referido de un modo extenso los autores citados a lo largo del presente trabajo, por lo que trataré, en lo posible, de evitar reiteraciones innecesarias remitiéndome al respecto a dos puntos muy específicos.

4.1. *La nulidad de los actos administrativos discrecionales: si se analizan las causas de nulidad de pleno derecho contenidas en el art. 62 de la ley 30/1990 puede verse claramente que éstas pueden ser agrupadas en los siguientes grupos:*

a) *aquellas que se refieren a los elementos reglados del acto: se incluyen aquí las de las letras b) -actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes-; e)-actos dictados sin procedimiento administrativo previo-; f) -actos contrarios al orde-*

¹⁶ En este sentido se ha manifestado Miguel SÁNCHEZ MORÓN, op. cit. en nota número 10, págs. 159 y 160. En todo caso, dicha norma es susceptible de otra interpretación, en cuya virtud se podría sostener que los criterios técnicos, económicos, políticos, o de cualquier otra clase constituyen elementos de hecho y que por tanto deben ir expresamente formulados en la motivación. Sin embargo, me parece más apropiado reservar sólo a los hechos determinantes de la actuación tal expresión de la norma.

namiento jurídico por los que se adquiere facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos necesarios para su adquisición; y la causal del apartado 2 relativa a actos que regulen materias reservadas a la ley.

b) *aquellas referidas a los hechos determinantes del acto*: tales como las de las letras c) -actos de contenido imposible-; y d) -actos constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta-.

c) *aquellas referidas a la vulneración de la Constitución o al ordenamiento jurídico*: dentro de ellas se enumeran las siguientes: letra a) del art. 62.1, es decir, los actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Y también las del apartado 2 relativas a actos que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior y los que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Dentro de este grupo debemos incluir la causal de anulabilidad contenida en el art. 63.1 referida a actos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

El presupuesto de toda actuación administrativa lo constituye la realidad, los hechos -o la ausencia de éstos- determinantes anteriores y externos a los cuales la Administración se enfrenta y que pretende regular o modificar con su actuación. Para hacerlo deberá realizar una selección normativa en la cual funda su actuación, en virtud de dicha selección el acto o disposición que adopte podrá ser más o menos regulado, o si se quiere más o menos discrecional. Si concluye que la mejor opción será la adopción de una decisión de carácter discrecional, ello querrá decir que la elección normativa fundante de la actuación permitirá que la decisión adoptada haya permitido a la Administración contar con un mayor margen de libertad. Esa mayor libertad se pudo traducir en que al enfrentarse con la decisión concreta la Administración pudo elegir dentro de un espectro más o menos amplio de opciones de actuación, eligiendo una de ellas como la más adecuada para la satisfacción de los intereses generales que representa¹⁷.

Por su parte el juez que se enfrenta al análisis de la decisión discrecional deberá contrastarla con las disposiciones de los arts. 62 y 63 de la ley 30/1992. Si nos atenemos a la clasificación efectuada precedentemente el examen de un acto discrecional no diferirá del de un acto reglado cuando el contraste se efectúe con los grupos de causales de las letras a) y b) (elementos reglados y hechos determinantes). Tampoco debería presentar mayores problemas cuando la disposición discrecional atente claramente contra el contenido esencial de alguno de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Lo mismo ocurrirá en aquellos casos en que se vulnere la jerarquía normativa (Constitución, leyes, normas administrativas de rango superior).

Hasta aquí la tarea del juez será más o menos expedita, dado que consistirá en una comparación objetiva del acto en cuestión con el resto de las disposiciones. Los problemas de apreciación comenzarán cuando sea dudoso que el acto discrecional lesione el contenido *esencial* de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, o en aquellos casos de anulabilidad en que el acto incurra en una infracción del ordenamiento jurídico, pero no de sus normas positivas (Constitución, ley, reglamento, tratado internacional), sino respecto de los principios generales del derecho que lo informan. Cómo poder decidir que el acto vulnere el contenido esencial

¹⁷ Es en este espacio de libertad donde entran a jugar los criterios técnicos, políticos, económicos, etc. que van a inducir a la Administración a tomar una u otra decisión.

del derecho, o simplemente se trata de una lesión que es lícita y por lo tanto que el particular tiene el deber jurídico de soportar, o cómo anular un acto que se entiende ha sido dictado en virtud del mandato constitucional de servicio de los intereses generales y en cumplimiento del principio del Estado Social, por entenderse que vulnera por ejemplo el principio general de la "confianza legítima" o el principio de "igualdad". Me parece que no es posible dar una respuesta a priori de la solución al problema, simplemente podemos constatar que el juez cuenta con un amplio margen de apreciación cuyos contornos sólo la jurisprudencia podrá ir definiendo, teniendo siempre en cuenta que será muy fácil pasar de la arbitrariedad administrativa al subjetivismo judicial.

4.2. *Los poderes de sustitución por el juez de la decisión administrativa discrecional*: una vez que el juez ha determinado, por alguna de las causales enumeradas, que la decisión administrativa discrecional debe ser anulada, nos encontramos con un vacío dejado por dicha declaración. Frente a la nulidad del acto se plantean dos opciones al juzgador:

- remitirse a la Administración para la dictación de un acto conforme a derecho;
- dictar él mismo la decisión de reemplazo, sustituyendo a la Administración. Ambas opciones cuentan con adeptos y detractores y ambas pueden ser fundamentadas desde un punto de vista doctrinal y positivo.

Sin embargo, me parece que es la primera de ellas la que lógicamente se encuadra mejor con la naturaleza de la potestad que se está fiscalizando. En efecto, no podemos perder de vista que la Administración al actuar en ejercicio de potestades discrecionales cuenta con un espectro más o menos amplio de libertad de elección, una libertad que no ha sido autoatribuida, sino que le ha sido otorgada positivamente por el legislador para que en una determinada materia tome la decisión que objetivamente le parezca sirve de mejor modo los intereses generales de la sociedad. Frente a eso el juez que anula la decisión está facultado para "adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento" de "una situación jurídica individualizada" (art. 84 letra b) en relación con art. 42, ambos de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, tan amplias potestades del juzgador no pueden ser entendidas de un modo tan amplio como para justificar la sustitución de la Administración por el juez. La ley autoriza al juez para adoptar medidas tendientes al restablecimiento de una situación jurídica de un particular, pero no lo autoriza para administrar. De este modo, podrá fijar límites a la actuación, ordenar la salvaguardia de ciertos intereses, pero en ningún caso podrá tomar él mismo la decisión sin desfigurar la función de juzgar que constitucionalmente le ha sido asignada.

Por su parte la Administración podrá, dentro de los límites impuestos por la decisión judicial, elegir otra de las opciones del espectro de posibilidades que le ofrecía la potestad discrecional¹⁸.

¹⁸ Por otra parte, también debemos considerar que cuando se trata del ejercicio de facultades que han sido conferidas para el logro de finalidades públicas, en el ámbito de lo que se ha denominado Administración prestacional, los intereses generales se ven reforzados por el principio del Estado Social. Y ello irá, necesariamente, en desmedro de los intereses (ni siquiera derechos) individuales de los particulares.

5. *A modo de epílogo*: hoy en día la Administración es menos que nunca un ente carente de limitaciones y controles externos a su actuación. El Estado de Derecho comparte su primacía con otros valores como el democrático y el social de igual envergadura que el primero y que suponen una renovación de los contornos de aquél. Por su parte los particulares enfrentados a la Administración, en cada vez más reiteradas ocasiones serán entidades económicas, políticas o sociales con un poder incluso equiparable al del Estado. Sólo la valoración objetiva de los intereses generales frente a los del particular, aplicando los tres principios en que se funda el Estado permitirá compatibilizar las pretensiones antagónicas de unos y otros.