

El control de la discrecionalidad del poder regulador en el sector eléctrico

CARLOS FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ

© Carlos Fernández-Espinar Muñoz, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-21082-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-371-3

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-372-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRO-DUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i><u>Página</u></i>
PRÓLOGO	21
ABREVIATURAS.....	37
INTRODUCCIÓN.....	43

PARTE PRIMERA LA DISCRECIONALIDAD Y SU CONTROL

I

PLANTEAMIENTO GENERAL.....	51
-----------------------------------	-----------

II

LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	61
1. Las potestades administrativas	61
2. Algunas precisiones sobre la autotutela de la Administración y las potestades administrativas como potestad-función o potestad vinculada	64
3. La vinculación del Poder ejecutivo y de la Administración a la Ley y al ordenamiento jurídico: el principio de legalidad y el debate existente sobre su alcance (artículos 9.3 y 103.1 CE).....	67
3.1. La doctrina clásica sobre el principio de legalidad	67

3.2.	<i>La doctrina sobre el presunto espacio exclusivo y reservado al Poder ejecutivo y la Administración al margen del control judicial: ¿una nueva realidad?</i>	71
4.	Clasificación de las potestades administrativas: desde el planteamiento de Santamaría Pastor	79
4.1.	<i>Potestades en razón de su forma de atribución, de manifestación, ámbito y margen de decisión</i>	79
4.2.	<i>Potestades en razón del margen de decisión de la Administración</i>	81
4.3.	<i>Potestades en función de su naturaleza, efectos, e intensidad de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos</i>	83

III

	LOS ELEMENTOS DISCRECIONALES DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y SU DIFERENCIACIÓN CON OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS	85
1.	Los elementos discrecionales de las potestades administrativas.....	85
2.	La necesaria respuesta desde el Derecho al ejercicio de los elementos discrecionales en las potestades y actuaciones por parte del Poder ejecutivo y de la Administración: la inexistencia de un ámbito de oportunidad o de decisión política al margen del Derecho.	92
3.	Diferenciación con otras categorías jurídicas que no son discrecionalidad: los conceptos legales (jurídicos) indeterminados y el juicio técnico	97
3.1.	<i>Los conceptos legales (jurídicos) indeterminados</i>	97
3.2.	<i>El juicio técnico</i>	112

IV

	EL CONTROL JUDICIAL Y SUS TÉCNICAS DE CONTROL...	121
1.	Planteamiento	122
2.	La plena justiciabilidad de las actuaciones administrativas y su alcance	123

	<i>Página</i>
3. La intensidad del control judicial y la extensión de los pronunciamientos judiciales: dos cuestiones distintas . . .	127
3.1. <i>La intensidad del control</i>	128
3.2. <i>La extensión del control</i>	132
4. El factor democrático en el control judicial del poder discrecional y el esencial papel de los jueces y tribunales . .	151
5. Las técnicas de control judicial	156
5.1. <i>Tipos de técnicas y la motivación como canon acreditativo de la razonabilidad de las actuaciones administrativas . .</i>	156
5.2. <i>El control de los hechos determinantes y su calificación jurídica</i>	159
5.2.1. La realidad material como base inexcusable de la actuación administrativa	159
5.2.2. Las necesarias consecuencias en el pronunciamiento judicial	161
5.3. <i>El control de los conceptos legales indeterminados y del juicio técnico</i>	163
5.3.1. El «margen de apreciación» en su determinación como proceso reglado	163
5.3.2. Los conceptos técnicos y la valoración del juicio técnico como proceso reglado	165
5.4. <i>La relevancia de la prueba pericial en relación con los hechos determinantes y los conceptos legales indeterminados-juicios técnicos</i>	166
5.4.1. La amplitud («exceso») en la admisión y práctica de las pruebas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva .	166
5.4.2. Su concreción en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	167
5.4.3. Criterios jurisprudenciales sobre la debida valoración judicial de las pruebas periciales	169
5.5. <i>El control de la actuación administrativa mediante los principios generales del Derecho</i>	171
5.5.1. Cuestiones generales	171

	<i><u>Página</u></i>
5.5.2. La naturaleza de los principios generales: son principios jurídicos vertebradores del Ordenamiento.....	173
5.5.3. La constelación de principios generales y su necesaria ordenación objetiva y delimitación con la finalidad de evitar su indebida invocación y utilización.....	177
5.6. <i>El control del fin específico y del fin general de la actuación administrativa como interés público/ interés general</i>	181
5.6.1. El fin como presupuesto de la legalidad y fundamento legitimador de todas las actuaciones administrativas.....	181
5.6.2. El fin es un concepto legal indeterminado y la carga de la prueba de su justificación corresponde a la Administración	183
5.6.3. La determinación del contenido del fin de la actuación administrativa desde la interpretación del ordenamiento jurídico: debe responder a pautas jurídicas y no a posiciones ideológicas	188

PARTE SEGUNDA EL SECTOR ELÉCTRICO Y LAS TÉCNICAS DEL CONTROL JUDICIAL DEL REGULADOR

I

ESTRUCTURA DEL SECTOR ELÉCTRICO: ORGANIZACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA	195
1. Introducción	195
2. Estructura económica y técnica del sector eléctrico	198

II

MARCO REGULATORIO DEL SECTOR ELÉCTRICO	205
1. Bases constitucionales de la regulación del sector eléctrico.	206

	<i><u>Página</u></i>
2. Antecedentes de la regulación vigente: Ley 54/1997 y los posteriores cambios en la normativa hasta la actual Ley de 2013.	208
3. Regulación actual	216
3.1. <i>Regulación nacional</i>	216
3.2. <i>Regulación de la Unión Europea</i>	229
4. Una mención especial a la implantación y desarrollo de energías renovables	231

III

PRINCIPIOS Y DETERMINACIONES JURÍDICAS ESENCIALES COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN CON EL IDÉNTICO CANON DE CONDUCTA DEL REGULADOR Y CANON DEL POSTERIOR CONTROL JUDICIAL	247
1. La identidad entre el canon de conducta del regulador y el canon de su posterior control judicial (norma de conducta y norma de control): norma jurídica más Derecho (artículos 103.1 y 106.1 CE)	247
2. Principios generales aplicables como sector regulado y contenido de las determinaciones esenciales caracterizadoras de la regulación del sector eléctrico	250
2.1. <i>Objeto del análisis</i>	250
2.2. <i>Principios generales y determinaciones esenciales del sector eléctrico como sector económico regulado</i>	255
2.2.1. La estabilidad económica y financiera como objetivo principal. La consecuente y necesaria estabilidad regulatoria	256
2.2.2. El carácter estratégico del sector eléctrico como actividad económica «en red»	257
2.2.3. La prestación del suministro eléctrico en régimen de libre mercado: el principio de libre iniciativa empresarial como necesaria consecuencia del derecho a «la libertad de mercado» (art. 38 CE).	262

	<i>Página</i>
2.2.4. Organización y diseño de un mercado competitivo: la <i>regulación para la competencia</i>	267
2.2.5. La imposición de obligaciones de servicio público compatibles con las normas del mercado.	274

PARTE TERCERA
EL CONTROL JUDICIAL DEL PODER REGULADOR
EN EL SECTOR ELÉCTRICO: TÉCNICAS DE
CONTROL Y ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA
RECIENTE (2018-2024)

I

LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LA DEFERENCIA AL REGULADOR: DEL CASO CHEVRON AL CASO LOPER BRIGHT.	289
1. Antecedentes y elementos esenciales del debate: el principio rígido de separación de poderes y la «deferencia» en base a la ficción de la supuesta delegación del legislativo en las Agencias reguladoras	289
2. El caso Chevron y la evolución posterior de su doctrina . .	294
3. El Tribunal Supremo anula definitivamente la Doctrina Chevron: recupera el principio de división de poderes y la competencia constitucional de los tribunales en el control del Ejecutivo y la interpretación correcta de las normas jurídicas	302
3.1. <i>La reciente línea jurisprudencial en relación con las major questions, cuestiones relevantes económicas y sociales: las agencias son criaturas de la ley. La habilitación del Congreso debe ser clara y expresa.</i>	303
3.2. <i>La decisiva Sentencia Loper Bright de 28 de junio 2024 que anula y dismantela la doctrina Chevron desde sus cimientos: la extensión a todos los casos del pleno control judicial de la regulación de la Administración y las Agencias</i>	306

II

EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS REGLADOS.....	323
1. El control de requisitos y límites formales y materiales del ejercicio de la potestad reglamentaria.....	325
2. El procedimiento reglado para la aprobación de normas reglamentarias: informes preceptivos y contenido de las Memorias de Análisis de Impacto Normativo en relación con los aspectos económicos y sobre la competencia	329
3. Las competencias de intervención de la CNMC: el caso de la interpretación regulatoria del procedimiento de inspección sobre los requisitos de eficiencia energética en instalaciones de energías renovables	335
4. La aplicación de la regla del doble silencio administrativo: la solicitud de cierre no conlleva transferencia de facultades de servicio público	338
5. La legitimación para recurrir una norma técnica: no la tiene un Ayuntamiento ya que solo afecta directamente a los operadores del sector de las instalaciones eléctricas ..	342
6. Las competencias de la Administración Pública para resolver las discrepancias entre la compañía distribuidora y el solicitante de la extensión del suministro	344
7. Condiciones de la información pública para que la participación en los procesos decisorios sea real y efectiva: documentación, y distinción entre público y público interesado.....	347
8. Condiciones del trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y su simultaneidad con los informes sectoriales	351
9. Evaluación ambiental de un Parque Eólico: Proyecto Sectorial de incidencia supramunicipal como Instrumentos de ordenación, y Proyecto de Ejecución	353
10. Carácter reglado de las normas procedimentales: Caducidad previa de la DIA y modificación posterior de un PSIS de Parque eólico	357

III

EL CONTROL POR MEDIO DE CONCEPTOS LEGALES INDETERMINADOS	361
1. Nociones generales y su aplicación en el sector eléctrico .	361
2. El concepto de «mínimo coste» para el conjunto del sistema	365
3. El concepto de «zona eléctrica» como criterio de regulación de la distribución de energía eléctrica.....	369
4. El concepto de «carácter unitario» en los parques eólicos y su fragmentación	372
5. El concepto de «interrupciones» en el suministro eléctrico.....	374
6. Alcance del concepto «obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro» por parte de las empresas comercializadoras.....	380

IV

LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA.....	387
1. Constituyen la «suma equilibrada» de varios principios...	387
2. Doctrina general sobre el contenido y alcance del principio de confianza legítima en relación con los cambios normativos en el sector eléctrico: el caso de las primas a las renovables.....	388
3. El principio de legalidad como límite a la confianza legítima y a la seguridad jurídica, y sus matices	396
4. El principio de libertad de pactos no se aplica en el peaje de acceso que constituye una tarifa regulada: su importe se impone obligatoriamente al distribuidor, comercializador y consumidor según el Real Decreto 1164/2001	404
5. El principio de confianza legítima y la cuestión relativa a la retribución en concepto de pago por capacidad, del que el servicio de disponibilidad es una modalidad	409

V

EL CONTROL A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	419
1. El principio de no discriminación en la imposición de obligaciones de servicio público	421
2. El caso paradigmático de la aplicación del principio en la Jurisprudencia sobre la financiación del bono social eléctrico	425
3. La aplicación por los tribunales de la igualdad en relación con la normativa eléctrica sobre ahorro y eficiencia energética, así como en el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad del suministro eléctrico.....	433

VI

EL CONTROL A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	449
1. Cuestiones generales	449
2. Su aplicación en destacadas cuestiones del Sector eléctrico.....	452
2.1. <i>La proporcionalidad en relación con la finalidad perseguida por la norma jurídica junto con los principios de igualdad y prohibición de la arbitrariedad</i>	<i>452</i>
2.2. <i>La proporcionalidad en relación con el principio de suficiencia tarifaria recogido en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico es objeto de diversas sentencias.....</i>	<i>460</i>
2.3. <i>Proporcionalidad en el modo de concretar medidas correctivas de la información a los consumidores.....</i>	<i>470</i>
2.4. <i>El principio de proporcionalidad no se aplica ante el incumplimiento de un requisito imperativo establecido en la norma</i>	<i>473</i>
2.5. <i>Proporcionalidad en relación con la contratación del suministro de energía eléctrica renovable a Ayuntamientos: los medios adecuados de acreditación de la solvencia técnica..</i>	<i>477</i>
2.6. <i>Proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora</i>	<i>483</i>

VII

EL CONTROL DEL INTERÉS PÚBLICO	495
---	------------

VIII

LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y SU CONTROL JUDICIAL	507
1. El principio de arbitrariedad como principio de principios	507
2. Su aplicación en las Sentencias más destacadas del Sector eléctrico	511

IX

LA DOCTRINA SOBRE EL ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL CONTROL DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS EN LAS OPERACIONES COMPLEJAS DE CARÁCTER TÉCNICO Y ECONÓMICO.....	531
1. Doctrina general	531
2. El control por parte de la Sala de Recurso de la Agencia UE de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER).....	537
CONCLUSIONES.....	545
BIBLIOGRAFÍA.....	561
JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y CITADA.....	587

Planteamiento general

1. «El Estado de Derecho, social y democrático (artículo 1 CE), no puede quedarse a las puertas de la regulación económica» como señala ARINO ORTIZ, G.¹, sino que (añadimos nosotros) tiene que penetrar en ella en su propio núcleo con el fin que sea plenamente acorde con los principios constitucionales de nuestro Estado de Derecho.

En la presente Parte Primera de la investigación desarrollaremos un análisis sobre los diferentes aspectos relativos a la considerada cuestión central del Derecho administrativo como es la discrecionalidad del Gobierno y de la Administración, y que constituye el eje central de la presente obra siendo de gran importancia y repercusión en relación con los «sectores regulados», pasando a continuación a la Parte Segunda de la misma con el análisis detallado de su control en el sector eléctrico como paradigma de dichos sectores.

Como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El estudio del poder discrecional de los gobernantes y del control de su concreto ejercicio por los Tribunales es, sin ninguna duda, el gran tema del Derecho Administrativo, por no decir el único. Lo que acabo de decir no es en absoluto una ocurrencia mía, que en tal caso poco valdría. Es la opinión de dos grandes juristas que acostumbro a citar siempre que me toca hablar de este asunto no solo por el peso que corresponde a su indiscutible autoridad, sino también y sobre todo porque ambos autores pertenecen a dos culturas jurídicas distintas, la continental europea y la anglonorteamericana, lo que asegura la universalidad de la idea y su absoluta independencia de los condicionamientos históricos que tanto suelen influir en la elaboración de los conceptos jurídicos»².

-
1. ARINO ORTIZ, G. (2001): «Prólogo» al libro VV.AA., *Precios y tarifas en sectores regulados*, p. 19, Comares.
 2. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. (2024): «Prólogo» de la obra de reciente aparición de FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C., *Discrecionalidad y control judicial de la Administración. Alcance, extensión y técnicas de control*. Editorial Aranzadi.

Estos dos grandes juristas, son SCHWARTZ, B., el administrativista más relevante de los Estados Unidos de América, y WALINE, M., uno de los grandes profesores de la Universidad de París de la segunda mitad del siglo pasado.

En su *Administrative Law*, el profesor norteamericano finaliza las reflexiones que dedica a este problema con una conclusiva afirmación formulada en términos de pregunta: «¿De qué trata sino de esto el Derecho Administrativo?».

Y, el profesor de París, en un escrito publicado, ya en 1956, en *Etudes et Documents Conseil d'Etat*, decía que «si fuera necesario dar en algunas palabras una definición del Derecho Administrativo, yo diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones... que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista de la salvaguarda de los derechos de terceros».

Es imprescindible por ello, analizar el fundamento mismo de la denominada discrecionalidad, cuestión central de nuestro Derecho público desde hace dos siglos, su verdadera naturaleza, diferenciándola de lo que no es discrecionalidad como son los conceptos legales (jurídicos) indeterminados y el «juicio técnico» (erróneamente denominada durante décadas discrecionalidad técnica, y que constituye una contradicción en sus propios términos, un verdadero oxímoron). Igualmente, analizaremos de forma general las diferentes técnicas de su control en las tres cuestiones que consideramos capitales: el alcance, la intensidad, y la extensión de los posibles pronunciamientos de los tribunales.

La cuestión central de la presente obra que debemos analizar e intentar aportar propuestas, teniendo en cuenta la «tortuosa historia», en expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, es si ¿el control judicial de los aspectos discrecionales del regulador en estos sectores es igual o debe ser diferente de los restantes sectores? ¿cuál debería ser la posición doctrinal sobre esta determinante cuestión? ¿qué viene estableciendo la Jurisprudencia?

Para responder a estas preguntas, debemos partir necesariamente de los principios constitucionales, principios de primer orden de nuestro ordenamiento jurídico, como son los artículos 9.1, 9.3, 24.1, 103.1, 106.1, entre otros.

Uno de los rasgos preponderantes de los «sectores regulados» es el destacado papel que desempeña en los mismos las *cuestiones técnicas*, y que se encuentran además en una continua innovación y desarrollo tecnológico.

Se ha venido considerando a instancias del propio Poder ejecutivo, de una parte, que *las cuestiones técnicas* constituyen un factor diferenciador (es decir, disminución y autorrestricción judicial) en la intensidad y extensión del control judicial respecto de otras materias menos técnicas, y, de otra, que ello provoca la dificultad de proveer un marco regulatorio estable a medio plazo para los ope-

radores del mercado, que además se encuentra inmerso en una permanente y continua evolución y cambio tecnológico.

Este planteamiento «interesado» del Poder, y con todos los medios de que dispone para ejercer una gran presión para conseguirlo sobre los diversos sujetos implicados, ha sido seguido durante décadas por gran parte de la jurisprudencia y también por parte de la doctrina administrativista.

En definitiva, el Poder ha conseguido trasladar la «idea» que a diferencia del resto de las jurisdicciones en las que intervienen dos partes «privadas», en el orden contencioso-administrativo intervienen nada menos que el Gobierno y la Administración como una de las dos partes, y por ello su control *debe ser mucho más cuidadoso* ya que, se dice, está en juego nada menos que el interés público o interés general.

Anular así una regulación normativa o una decisión de la Administración, se afirma, tiene o puede tener unas repercusiones negativas que nada tienen que ver con dictar una sentencia entre partes «privadas» en el ámbito civil, mercantil o laboral. El Poder por ello, se afirma, tendría un ámbito de discrecionalidad (1.º para actuar o no, y 2.º para decidir si actúa) que no puede ser controlado por los tribunales.

Este argumento no tiene ningún fundamento jurídico, y menos aún con el nuevo orden constitucional implantado en España a partir de 1978 como veremos.

El interés general o interés público alegado no puede ni debe traducirse, en nuestra opinión, ni en una excusa para «relajar» el control judicial y sus facultades en relación con las numerosas materias y sectores que siempre ha pretendido el Poder a lo largo de la historia, ni en una excusa del regulador (Gobierno, o bien Agencias o Comisiones con competencias en dicha regulación) para modificar las «reglas del juego» *a su capricho y conveniencia* en cada momento con afectación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

2. Todo ello, afecta además directamente a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe en el ámbito regulatorio, no solo ya en general en las actividades económicas, sino muy en particular especialmente en los sectores regulados por las grandes inversiones que deben hacerse, así, por ejemplo, en el sector eléctrico.

Como es bien conocido, hasta el momento existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en los que se alude al argumento genérico de «no petrificación del ordenamiento jurídico», pero sin embargo no se establecen pautas y orientaciones al regulador en cuanto a cuáles

serían esos supuestos límites temporales para proceder a esos cambios normativos.

Cuestión que tiene una gran importancia, entre otras, en relación con las inversiones de los promotores de las actividades en los sectores regulados, y muy especialmente en el sector eléctrico como veremos más adelante en la obra.

Consideramos que es necesario hacerse una serie de reflexiones y preguntas:

– ¿Hasta dónde deberían llegar esas modificaciones en la normativa por parte del regulador?

– ¿Qué plazo temporal debería establecerse para proceder a la posibilidad de modificación de la regulación para los promotores de actividades económicas reguladas?

– ¿Existe diferencia en estos sectores regulados respecto a las demás actividades económicas, o bien la aplicación de los principios constitucionales y generales deberían ser los mismos para todas las actividades y sectores económicos?

– ¿Cabe seguir hablando de «deferencia» hacia el regulador en el control judicial del mismo, o ello en realidad es incompatible con nuestro sistema constitucional?

– ¿Es admisible el planteamiento de determinada Doctrina académica o bien de diversos profesores de derecho administrativo que plantean un control judicial exclusivamente limitado al contenido de la densidad normativa que atribuye la potestad regulatoria y/o de actuación al regulador con el fin de «combatir» el control judicial al margen de dicha predeterminación normativa?

– ¿Qué parámetros y técnicas de control deben aplicar los órganos judiciales? ¿A qué les obliga necesariamente nuestro orden constitucional en su control jurídico según «el Derecho»?

– ¿Qué criterios deberían seguir en su interpretación y aplicación de los principios generales del Derecho?

Es un hecho incontestable, que la seguridad jurídica se ve claramente conculcada debido a los continuos cambios normativos a golpe de Reales Decretos-ley, reglamentos y *soft law*, y ello nada tiene que ver con la cuestión tecnológica, que, por otra parte, tendría una adaptación de muy fácil solución de técnica jurídica en la regulación normativa sin alterar las cuestiones principales de la regulación.

Y sin que ello afecte de forma directa al «plan de amortización y rentabilidad» en cualquier proyecto, imprescindible y previo para adoptar cualquier decisión inversora.

Sin embargo, asistimos por parte del Gobierno central y gobiernos autonómicos a un permanente intento de retroacción de las condiciones y exigencias en las autorizaciones de actividades económicas mediante la regulación normativa.

Un caso relevante, por sus implicaciones en todas ellas, se produce en las *condiciones ambientales* de las mismas que se incorporan en las Declaraciones de impacto ambiental (DIA) del proyecto autorizado, de generalizada extensión desde hace años como es bien sabido en todas las materias y sectores, especialmente en los sectores regulados por su volumen económico, y que suponen además un coste marginal significativo en las inversiones.

Sin embargo, lo que no es muy conocido es que la Administración se auto-reserva en las DIA facultades y posibilidades muy abiertas y extensas de imposición de medidas, de elevado coste adicional para los promotores, así, por ejemplo, en las instalaciones eléctricas de energías renovables (sector regulado) de gran extensión ya en la actualidad, con el motivo genérico de «la debida protección ambiental» que pudiera producirse una vez en funcionamiento dichas instalaciones.

Así, adquiere una especial relevancia la aplicación de una de las reflexiones ya mencionadas anteriormente: ¿cuáles deberían ser los límites de esas modificaciones normativas y además en los actos aplicativos de las autorizaciones hasta donde puede y debe llegar el alcance de la retroacción a instalaciones que ya fueron autorizadas y están en explotación, con el objetivo que no vulneren los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima, prohibición de retroacción, etc.?

Todo ello, afecta, precisamente, a los sectores regulados que requieren de grandes inversiones privadas, como el sector eléctrico en el que se pretenden lograr objetivos tan ambiciosos y prioritarios en la Unión Europea desde hace cinco años como la transición energética y una industria climáticamente neutra para 2050, y que se ven claramente desincentivadas por la acusada inseguridad jurídica de nuestro ordenamiento.

3. Los cambios normativos, frecuentemente ocasionados por cambios constantes en los objetivos políticos de «interés partidista» en estas materias, suponen la indebida utilización en el ejercicio de algunos de los denominados *elementos discrecionales* existentes en las potestades atribuidas al poder regulador, tanto por parte de agencias independientes, como por el Gobierno y la Administración en forma de normas con rango de ley o reglamentarias.

Elementos discrecionales, término que venimos intencionalmente mencionando en relación con las potestades regulatorias y de actos aplicativos, y no potestades discrecionales «en bloque» como explicaremos con detalle en los apartados siguientes.

Ello, en nuestra opinión, debería representar un giro de 180 grados en el planteamiento doctrinal en esta materia con el consiguiente *pleno control judicial* de dichos elementos discrecionales *según «el Derecho»*, y no solo la densidad de la norma jurídica, como de forma meridiana establece, ya desde 1978, el artículo 103.1 de la Constitución en relación con el 9.1 y el 106.1.

Tradicionalmente, debido a la mencionada «tortuosa historia» de nuestro contencioso-administrativo desde el siglo XIX, el difícil ejercicio cotidiano de control del Poder por parte de los tribunales ha sido muy limitado en relación precisamente con estos elementos discrecionales, con «la excusa» del componente técnico y la supuesta complejidad de estos sectores.

Es notorio que al Poder ejecutivo no le es nada grato ser controlado, el Poder por sí mismo *tiende al «arbitrio»*, a ejercer sus actividades de modo caprichoso, según su voluntad, ya que entiende erróneamente que para eso gobierna y «sirve» a los intereses generales que solo él detenta.

No deja ser un curioso argumento para justificar su exención judicial y de cualquier otro control, que no sea obviamente el político por parte del poder legislativo, pero que a su vez también controla en ese binomio existente desde hace muchos años que forman el poder legislativo-ejecutivo.

Durante dos siglos, se ha pretendido precisamente justificar la legitimidad del ejercicio del Poder en una supuesta competencia inmanente al mismo en defensa del interés general o del interés público, sin admitir que todas las facultades del Poder ejecutivo *son vicarias*, es decir son ejercidas en nombre de quien realmente detenta el Poder que es el pueblo español, y por lo tanto como un verdadero administrador de bienes ajenos.

Ello es meridiano y no ofrece duda alguna con la mera lectura, ya desde su inicio, en el artículo 1.º de la Constitución cuando establece que «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado».

Y, además, como ya hemos mencionado, el ejercicio de todas las actuaciones del Poder ejecutivo y de la Administración debe responder exclusivamente a los intereses generales y, por lo tanto, en especial, el de los elementos discrecionales *debe estar «esmeradamente» «motivado»* con la extensión que en cada caso sea necesario. Es decir, *se deben justificar* todas y cada una de sus actuaciones regulatorias y de sus actos aplicativos.

Por ello, son *potestades funcionales*, tal y como recoge la mejor doctrina administrativista como veremos en los siguientes apartados.

Una de las conquistas más destacadas del Derecho administrativo ha sido precisamente el progresivo control del ejercicio del poder en su forma más libre, es decir, cuando no se encuentra *predeterminado* legislativamente. Este pleno

control debe ir dirigido a no permitir la indeseada y prohibida arbitrariedad, por mandato del artículo 9.3 de la Constitución Española.

Sin embargo, debido a las características singulares que se han descrito, la errónea construcción a partir de los años ochenta relativa a la denominada «discrecionalidad técnica», en este caso aplicada a los sectores regulados, ha conseguido durante muchos años erigirse en un *reducto prácticamente inmune y preservado del control judicial*.

Los sectores regulados son además sectores muy poderosos, económicamente y con gran capacidad de influencia en los Gobiernos, que ejercen mucho lobby, y por su gran capacidad financiera, pueden permanentemente impugnar la regulación en estos ámbitos, con la debida o no fundamentación jurídica, ante los tribunales.

4. Por todo ello, la presente investigación tiene como razón de ser dar respuesta a todas las anteriores cuestiones puestas de manifiesto, y tratar con detalle el estado de la jurisprudencia en relación con una serie de técnicas de control por parte del poder judicial, y mediante las que ejerzan adecuada y plenamente su función constitucional de control del poder regulador en estas materias.

En orden a lograrlo, es necesario responder a las siguientes cuestiones, que formulamos en los siguientes términos de reflexión:

– ¿Existe, como expresan algunos autores, razones suficientes que fundamenten que el control de este tipo de discrecionalidad no es posible, o en su caso tiene que ser mínimo con unos estándares mínimos básicos, porque el poder debe tener espacios propios de actuación incontrolable? ¿O lo más conveniente y deseable es que no existan parcelas de poder sin control real, en la línea del artículo 103 CE?

– ¿En qué medida los parámetros de control de la discrecionalidad administrativa ordinaria son útiles para el control de este tipo concreto de «juicio técnico» o cuestiones técnicas complejas?

– ¿Están preparados los tribunales materialmente para llevar a cabo este control complejo a través de pruebas periciales, o resulta necesario que estos asuntos sean tratados en tribunales especializados concretamente en estas materias?

– ¿Qué parámetros deberían aplicarse en relación con la revisión de este tipo de decisiones regulatorias normativas con rango reglamentario, e incluso las que son aprobadas con rango de ley?

Con objeto de responder a dichas cuestiones, seguiremos la siguiente estructura.

En primer lugar, realizaremos una exposición detallada sobre la figura jurídica de la discrecionalidad como «margen de decisión» —que no constituye un margen de plena libertad, como en muchas ocasiones se ha dicho erróneamente—, entre varias *opciones que deben ser todas ellas conformes a Derecho* en relación con las potestades administrativas y la necesaria atribución de las mismas mediante el principio de legalidad.

Abordaremos para ello las cuestiones relativas a su origen, el fundamento en el interés general o interés público, la incidencia de la democracia a través de la separación de poderes y las consecuencias de lo anterior en la posición del juez como guardián de la legalidad de dicha regulación.

En segundo lugar, nos parece esencial diferenciar claramente dichos elementos discrecionales de otras categorías jurídicas que nada tienen que ver con dicha consideración, tales como los *conceptos legales indeterminados* y el «juicio técnico» (definitivamente habría que suprimir el término de discrecionalidad técnica).

De una parte, inicialmente en la *regulación normativa* que debe ser acorde con los principios generales del Derecho y el interés público. Así, los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, no discriminación en la imposición de cargas entre los diversos promotores de actividades económicas y ciudadanos, libre prestación de servicios, libertad de empresa, mínima intervención, etc.

Y, de otra, su consecuencia en los *actos aplicativos de dicha regulación*, en los que en la determinación de dichos conceptos legales (jurídicos) y conceptos técnicos únicamente hay *una única solución justa*, la más acorde a las circunstancias del caso concreto. En su determinación, la Administración aplica «un margen de apreciación», que será plenamente controlable por los Tribunales con el fin de acreditar que la misma ha «encontrado» y ha justificado plenamente (institución jurídica esencial de «la motivación») que su determinación *es la más acorde con el caso concreto* al que se aplica.

En tercer lugar, y tras el análisis anterior, abordaremos la cuestión relativa al *control judicial del ejercicio del poder discrecional* desde los claros requerimientos de los principios constitucionales.

Y, a continuación, analizaremos las diferentes *técnicas de control* que afectan plenamente a los elementos discrecionales y que son las relativas a: (i) los elementos reglados de la potestad atribuida (ii) los hechos determinantes (iii) los conceptos legales (jurídicos) indeterminados y el juicio técnico (iv) los principios generales del Derecho, y (v) con especial mención al interés público/interés general.

Como ya hemos mencionado, en la Parte Segunda aplicaremos todas estas categorías generales a la actual situación de esta gran cuestión del control judi-

cial del Gobierno, el regulador, y la Administración en el sector eléctrico. A partir de un exhaustivo análisis de la Jurisprudencia existente, estudiaremos la existencia o no de diferencias en dicho control, y llevaremos a cabo propuestas para un mejor control de dicho sector regulado.

Igualmente, nos fijaremos también en la *experiencia del ordenamiento norteamericano* en una mirada comparada, precisamente debido a sus antecedentes e importancia en la exportación del modelo de agencias en el ámbito regulatorio, que hemos adoptado a lo largo de toda Europa.

Así, analizaremos la figura de la deferencia judicial, sus matices y evolución desde la Doctrina Chevron formulada en 1984 hasta la muy reciente STS de los Estados Unidos n.º 22-451 *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, de 28 de junio de 2024, que definitivamente elimina dicha Doctrina.

Las potestades administrativas y el principio de legalidad

SUMARIO: 1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. 2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO POTESTAD-FUNCIÓN O POTESTAD VINCULADA. 3. LA VINCULACIÓN DEL PODER EJECUTIVO Y DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DEBATE EXISTENTE SOBRE SU ALCANCE (ARTÍCULOS 9.3 Y 103.1 CE). 3.1. *La doctrina clásica sobre el principio de legalidad.* 3.2. *La doctrina sobre el presunto espacio exclusivo y reservado al Poder ejecutivo y la Administración al margen del control judicial: ¿una nueva realidad?* 4. CLASIFICACIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: DESDE EL PLANTEAMIENTO DE SANTAMARÍA PASTOR. 4.1. *Potestades en razón de su forma de atribución, de manifestación, ámbito y margen de decisión.* 4.2. *Potestades en razón del margen de decisión de la Administración.* 4.3. *Potestades en función de su naturaleza, efectos, e intensidad de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.*

1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

1.1. Para analizar adecuadamente todas las cuestiones relativas al ejercicio de las «actuaciones administrativas» y su control, es necesario previamente tratar las potestades administrativas y el principio constitucional de legalidad como la vinculación del Poder ejecutivo y de la Administración a la Ley y al ordenamiento jurídico según se establece en la triada de los artículos 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución.

Existen tres tipos de *potestades públicas o poderes*: potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional que, tradicionalmente, se han asignado en los sistemas constitucionales a un poder público diferente con el prevalente objetivo de conseguir un adecuado contrapeso entre sí.

En primer lugar, la potestad legislativa es primordialmente una potestad normativa con la aprobación de leyes tanto en sentido formal como también en sentido material (Cortes Generales y Parlamentos autonómicos), y solamente vinculada a la Constitución. Su control corresponde al Tribunal Constitucional y no a los órganos judiciales (arts. 66.2, 82, 86, 150, 161, 163 CE, entre otros).

En segundo lugar, la potestad administrativa, como potestad reglamentaria y potestad aplicativa en los «actos administrativos». Se encuentra subordinada a la Constitución, a las leyes y al Derecho (arts. 9.3, 97 y 103.1) y se encuentra sujeta al control judicial de los Tribunales (art. 106.1).

Es relevante para lo que vamos a desarrollar, destacar que su contenido material no se encuentra detallado en la Constitución, que no ha precisado cuáles son esas actuaciones.

Por ello, las mismas irán variando en función de los cometidos que, en cada momento, quieran establecer las leyes en la determinación del concreto fin que se persiga con la atribución expresa de cada potestad administrativa y, en todo caso, con carácter general como veremos, siempre con el necesario «servicio de los intereses generales» (Art. 101.3 CE), que viene representado en el interés público/interés general.

Y, en tercer lugar, la potestad jurisdiccional, dividida entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Le corresponde, de una parte, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (art. 117) y, de otra, las competencias sobre la constitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencias, entre otras (art. 161).

1.2. Las cuestiones relativas a la existencia de la potestad administrativa y las formas de atribución en relación con el principio de legalidad ocupan un lugar central en el Derecho Administrativo y en las actuaciones administrativas (potestad reglamentaria y actos administrativos aplicativos), como requisito previo e inexcusable para su ejercicio.

Y ello, directamente interconectado con el control judicial de su ejercicio y las técnicas de control como veremos a lo largo de esta Parte primera de la obra, con carácter previo y necesario para abordar ya en la Parte segunda su aplicación al sector eléctrico como paradigma de los sectores regulados, en su contenido y acepción estricta que defendemos (energía, telecomunicaciones y transporte).

La cuestión de las potestades administrativas como aspecto central lleva acertadamente a GAMERO CASADO en la monografía que ha dirigido sobre la potestad administrativa, a afirmar que el Derecho Administrativo es una «constelación de potestades administrativas; de manera más precisamente técnico-jurídica podríamos decir que *el Derecho Administrativo es un sistema de potestades administrativas*», según viene manteniendo en su Manual desde 2003.

Y afirma que la potestad administrativa se puede definir «como un poder jurídico, unilateral, *atribuido conforme al principio de legalidad* para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y al control jurisdiccional (judicial y constitucional)»¹.

El conjunto de las Administraciones públicas, es decir la Administración pública en expresión del artículo 103 CE, constituye un poder público que únicamente puede llevar a cabo en todas sus actuaciones una finalidad determinada que solo se justifica en el servicio y realización de los *intereses generales*.

Su actuación solo puede ser siempre una actividad normativamente habilitada y determinada, condicionamiento que se expresa en el principio de legalidad como uno de los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad condensa la vinculación absoluta del Poder ejecutivo y de la Administración —como parte integrante del mismo— al Derecho y no tan solo a la Ley formal, como contrariamente pretendía el positivismo jurídico.

Como recoge FERNÁNDEZ-ESPINAR en su reciente obra sobre las actuaciones administrativas y su control judicial, «esta amplia formulación del principio de legalidad conlleva no solo la sujeción del Poder Ejecutivo a la Ley, como manifestación de la soberanía del poder legislativo en nombre de los ciudadanos que directamente representa, sino la completa sumisión del Ejecutivo y de la Administración al entero bloque de la legalidad».

Aunque a la Administración se le otorga la competencia para tutelar los bienes jurídicos cuya realización se le encomiende (posición a la que se ha acuñado el término de autotutela) no encuentra en sí misma el principio motor de su actividad.

Como sigue señalando, el anterior autor citado, «Es, por el contrario, un sujeto que *no tiene otra voluntad que la que establezca el ordenamiento*, siendo una creación del poder constituyente con una finalidad: *servir con objetividad los intereses generales*. Sin perjuicio de que la Administración, en cuanto sujeto, tenga conferida la potestad de autotutela, esta es formal sin que suponga por ello una habilitación para la realización de actuaciones concretas»².

La potestad administrativa es la potestad pública en la que con mayor facilidad se pone de manifiesto su estrecha e indisociable vinculación *con la satis-*

-
1. GAMERO CASADO, E. (2021) (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*. Tirant lo Blanch, pp. 73-75 y 133; y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2020): *Manual básico de Derecho administrativo*, 17.^a ed. Tecnos, p. 54.
 2. FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C. (2024): *Discrecionalidad y control judicial de la Administración*, *op. cit.*, p. 57.

facción del interés general como señala un amplio sector doctrinal, desde HAU-RIOU quien afirmó que «las prerrogativas de las administraciones públicas están rigurosamente sometidas al bien común» hasta Santi ROMANO, así como en numerosos autores de la doctrina administrativista española³.

De ahí que, como comentaremos más adelante, se trata de una *potestad-función*, esto es una potestad vinculada indisolublemente y dirigida a la satisfacción del interés general, de tal forma que como señala GAMERO CASADO «cuando se dirige a un fin distinto del previsto —aunque fuera fin público— se incurre en el vicio calificado como desviación de poder»⁴, empleándose en la jurisprudencia por dicho motivo también el término de «potestad vinculada».

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO POTESTAD-FUNCIÓN O POTESTAD VINCULADA

2.1. En relación con la «autotutela» merece llevar a cabo algunas precisiones.

La autotutela, como señala PAREJO ALFONSO «ha sido teorizada entre nosotros con especial fortuna, desde la llamada concepción subjetiva del Derecho administrativo, es decir el entendimiento de este como el estatuto peculiar del sujeto singular que es la Administración, por E. García de Enterría»⁵.

De acuerdo con dicha teorización, son tres los tipos básicos de autotutela administrativa: declarativa, ejecutiva y reduplicativa.

En lo que aquí nos importa destacar en la presente obra, en orden al control judicial, son las relaciones entre la Administración, jueces y tribunales, donde PAREJO ALFONSO destaca que la autotutela se caracteriza por dos notas: (i) generalidad, al ser una potestad capaz de proyectarse sobre la entera actividad de esta (ii) pero a la vez la preceptividad ya que, en cuanto es una potestad, «su actuación no está en la disposición de la Administración».

3. HAURIU. M (1976): *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid p. 100 (es traducción del prefacio de la 7.^a ed. de su *Précis*, París, 1911); ROMANO, S. (1964): *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, p. 299; y entre muchos otros en España, asimismo, GARRIDO FALLA, F. (1989): *Tratado de Derecho administrativo*, vol. 1, Tecnos, pp. 361 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (1988): *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, pp. 31 y 59; VILLAR PALASÍ, J.L. (1974): *Apuntes de Derecho administrativo. Parte General*, UNED, p. 163; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, núm. 89, pp. 69-89; SUNÉ LLINÁS, E. (1988): *La potestad con especial referencia al Derecho administrativo*, Ed. Universidad Complutense, p. 21.

4. GAMERO CASADO, E. (2021): *La potestad administrativa.....op. cit.*, p. 77.

5. PAREJO ALFONSO, L. (1998): *Manual básico de Derecho Administrativo*, vol. 1, 4.^a ed. Ariel, p. 353 y 357.

La consecuencia de ello es muy relevante, en orden al control judicial de la actuación administrativa y su extensión, como señala de forma muy clarificadora este autor, estableciendo la existencia de dos momentos distintos en la decisión, una provisional y otra definitiva que corresponde a los órganos judiciales:

«La autotutela administrativa supone, pues, un reparto específico de la decisión en la materia del Derecho administrativo entre la Administración y el juez. A la primera se le reserva, en efecto, la primera decisión, a la que se dota de presunción de validez y de inmediata eficacia (ejecutoriedad), pero —al mismo tiempo— se le priva de carácter definitivo, en la medida en que se le hace susceptible de enjuiciamiento judicial. *Al juez se le otorga, pues, la decisión última y definitiva en la materia*».

2.2. Por todo lo expuesto, pese a tener la potestad general de autotutela, la actuación administrativa en todos los diversos sectores y ámbitos de la realidad social (tanto potestad reglamentaria como actos administrativos aplicativos), requiere de una *base habilitante previa* en el ordenamiento jurídico para tener validez en términos jurídicos, y no solo ya para ser legítima.

Para ello, necesita de las correspondientes atribuciones legislativas que le otorguen esa posibilidad. Requiere de esa cobertura para poder actuar.

Todo poder de la Administración, por lo tanto, ha de traer causa de una norma jurídica ya que, entre muchas otras, como establece la STS de 3 de noviembre de 1980, Ar. 4252, ni siquiera la discrecionalidad tiene origen en la inexistencia de normas aplicables.

Técnicamente, dicha habilitación se produce a través de la atribución de potestades a la Administración. Las potestades administrativas pertenecen así a la denominada *potestad-función* en cuanto son ejercidas en interés ajeno al propio del titular que la ejerce. Incluso también las puramente organizatorias que, pese a que históricamente se han considerado en interés propio de la Administración, deben responder también al interés general que es el interés común de todos.

Ello, conlleva necesariamente una doble consideración y que constituyen dos aspectos complementarios y no contrapuestos en el debate Administración-Poder judicial.

Una consideración negativa en cuanto que las potestades *no pueden ejercitarse sino en servicio del interés general* que es ajeno y absolutamente superior al que, en su caso, pudiera tener la Administración como organización. Y, una positiva, en cuanto que la Administración *está obligada a actuar* cuando ese interés comunitario lo exija.

Las potestades otorgadas a la Administración pública se configuran así, como potestades *funcionales* o potestades *fiduciarias* en cuanto en los poderes con-

feridos se disocia la titularidad formal del ejercicio (Administración pública) del beneficiario último del mismo (la comunidad como conjunto de los intereses de los ciudadanos).

La Constitución ha supuesto además la consagración al máximo nivel de la exigencia anterior existente en la normativa del fin como elemento reglado de cada actuación administrativa establecido en la norma de atribución, mediante la plena vinculación de todas las actuaciones regulatorias y aplicativas a la satisfacción de los fines de interés general, se haya establecido o no el fin concreto en la norma jurídica de atribución (art. 103.1 CE).

En este aspecto, además el Derecho positivo es muy expresivo y categórico, cuando en la propia Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 70.2, dispone: «La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

Esta desviación teleológica «es la que en definitiva subyace en el artículo 106.1 de la Constitución, al atribuir a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican», como se recoge en la jurisprudencia consolidada desde las primeras sentencias desde la entrada en vigor de la Constitución (así, por ejemplo, en STS 24 de junio de 1986, AA. 801).

La persecución del fin concreto objetivo, y, en todo caso, siempre los intereses generales deducidos del ordenamiento jurídico, señala con todo acierto y claridad GAMERO CASADO, «es lo único que legitima el ejercicio de la potestad administrativa, cuya adecuación al fin predeterminado es susceptible de control judicial, como ya hemos comprobado —art. 70.2 LJCA—»⁶.

Todo ello tiene unas consecuencias muy relevantes en orden al ejercicio de las potestades en todas las actuaciones administrativas en relación a su repercusión en los derechos e intereses de los ciudadanos, y a su adecuado control judicial.

El ejercicio de los poderes por parte del Poder Ejecutivo ha sido calificado por ello, con la categoría jurídica de *trust*, este sería un *trustee* del pueblo. Ya LOCKE señaló que el poder es *entrusted*, *power given with trust*, por lo que se trataría siempre de *a fiduciary power to act for certain ends*.

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, afirma que no se trataría «de una representación, mandato o delegación en el mecanismo de atribución de potestades, ya

6. GAMERO CASADO, E. (2021): *La potestad administrativa.....op. cit.*, p. 80.

que este se efectúa a través de la legalidad (Derecho objetivo), y no como un apoderamiento intersubjetivo definiendo facultades de obrar construidas al efecto, y no transmitiéndolas»⁷.

3. LA VINCULACIÓN DEL PODER EJECUTIVO Y DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DEBATE EXISTENTE SOBRE SU ALCANCE (ARTÍCULOS 9.3 Y 103.1 CE)

3.1. LA DOCTRINA CLÁSICA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.1.1. La gran cuestión en las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, por ello y como veremos a continuación, es determinar el alcance y la extensión del principio de legalidad, así como debería ser sus características y contenido en la atribución de las potestades.

La *doctrina clásica* en esta materia establece la necesidad de la atribución expresa por ley de la potestad al Poder ejecutivo y a la Administración, es decir que ambos solamente podrían actuar y están por ello «legitimados» para actuar en la medida que el poder legislativo les habilite expresamente para ello.

Los poderes públicos, a diferencia de los ciudadanos, solo podrían hacer aquello que la ley les permite expresamente. Esta esencial cuestión en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, como es bien conocido, se denomina la «vinculación positiva» (*positive Bindung*) del principio de legalidad (que tiene su origen en la construcción teórica de KELSEN, MERKL, y definitivamente WINKLER).

Y ello, frente a la «vinculación negativa», que constituye la otra cara de la moneda en la bien distinta posición de los poderes públicos y de los ciudadanos en su «modo de estar y actuar», partiendo del valor superior de *la libertad que* corresponde a los ciudadanos.

Así, expresado de una manera gráfica comparativamente, en la vinculación positiva al principio de legalidad «Todo lo que no le permite expresamente la ley le está prohibido por principio», mientras que, en la vinculación negativa, por el contrario, «Lo que no está expresamente prohibido, está permitido».

Esta sería la construcción más clara en el planteamiento de las consecuencias del *principio de legalidad* derivado de los artículos 9.3 y 103.1 de nuestra Constitución.

Las normas jurídicas *típicas*, dejando ahora al margen las normas cuyo objeto en parte es la regulación de planes y programas, son *proposiciones de carácter condicional*, de tal forma que si una concreta conducta realiza el supuesto de

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2022): *Curso ..., op. cit.*, p. 494.

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

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

El proceso de aplicación de la norma jurídica *se desarrolla así en cuatro fases*, que están recíprocamente relacionadas, y destacando ya aquí que para la adecuada interpretación y aplicación de la norma es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, como destaca MAURER⁸:

(i) Averiguación y comprobación del hecho o conducta: ¿qué ha sucedido efectivamente?, ¿qué existe realmente?

(ii) Concreción, interpretación y comprobación del contenido del supuesto de hecho previsto legalmente: ¿qué expresa el supuesto de hecho legal?

(iii) Subsunción: ¿se corresponde el hecho o conducta con los elementos del supuesto de hecho establecido en la ley?

(iv) Constatación de las consecuencias jurídicas: ¿qué rige pues?

GARCÍA DE ENTERRÍA al abordar el estudio de las potestades administrativas afirmaba que la acción administrativa es el ejercicio de tales potestades: «Toda acción administrativa se nos presenta así, como ejercicio de un *poder atribuido previamente* por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente».

Y, a continuación, señala: «La legalidad define, pues, y atribuye, con normalidad, potestades a la Administración. La acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas. La dinamicidad inacabable de la vida administrativa tiene su causa en este mecanismo técnico»⁹.

En relación a la postura clásica como «principio estricto de vinculación positiva» (*positive Bindung*), posteriormente se han postulado diferentes planteamientos muy diversos, que veremos en el siguiente apartado, y que conllevan una cierta relajación de dicha postura, y que habitualmente coinciden en una

8. MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte general* (traducción coordinada por DOMÉNECH, G.). Marcial Pons, p. 166.

9. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R. (2022): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 20 ed. pp. 489 y 493.

cuestión que podemos denominar la «naturaleza de las cosas», es decir, la realidad de lo que sucede.

Unos, de antiguo cuño procedentes del Derecho público francés o del Derecho anglosajón, como los dos primeros que señalamos a continuación, y el cuarto procedente de una parte minoritaria de la doctrina administrativista alemana. Así,

(i) la autoatribución de potestades por parte del Poder ejecutivo;

(ii) las potestades inherentes o implícitas y las cláusulas generales de apoderamiento;

(iii) su flexibilización cuando se trata de actuaciones favorables o ampliatorias de los derechos de los ciudadanos;

(iv) y, más recientemente, procedente de una parte de la doctrina alemana, la doctrina de la «vinculación estratégica del Poder ejecutivo y de la Administración a la Ley», como lo que *presuntamente* debería ser el *adecuado instrumento* en el otorgamiento de muy amplias potestades al mismo para la consecución de un Estado social de Derecho, y que es la que ha tenido más predicamento por sus consecuencias en relación con el control judicial.

Y que consistiría en la mera sujeción a unas genéricas «directrices» del legislador, por lo que ante la ausencia de «densidad normativa» *presuntamente* permitiría un margen muy amplio de actuación sin dicho control efectivo en la práctica.

3.1.2. En definitiva, en relación con estos planteamientos, señalar aquí que la realidad de lo que sucede o denominada incluso doctrina «naturaleza de las cosas», no parece que sea un buen argumento, y que en lo que deberíamos fijarnos en la Doctrina de derecho administrativo es en otro planteamiento muy distinto relativo a lo que las cosas «deberían ser».

En efecto, lo que venga sucediendo desde hace algunos años en estas cuestiones y en las relaciones entre los poderes legislativo-ejecutivo «y los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos» y «combate contra el control del poder judicial», es una cuestión bien distinta de lo que en un Estado de Derecho debería suceder, y que sea llevado consecuentemente a la práctica.

Así, de una forma «manifiestamente intencionada» —lo que se olvida y no se combate por la Doctrina salvo excepciones—, bien en numerosas ocasiones las potestades administrativas específicas no se encuentran detalladas en cuanto a sus requisitos y determinaciones en la Ley, o bien es la propia Ley —por influjo decisivo previo del verdadero Poder que se encuentra en el Ejecutivo-Gobierno—, quien permita que sea el Ejecutivo y la Administración quienes desarrollen objetivos programáticos para la consecución de resultados muy genéricos.

Como veremos, en el siguiente apartado del presente capítulo I, las críticas doctrinales tan genéricas de estos planteamientos ponen de manifiesto como modulación a la doctrina estricta clásica, que cuando las leyes permitan que el Ejecutivo complete la acción del legislativo por vía reglamentaria, únicamente debe ser «siempre que ello no sea una innovación respecto de la Ley», y como también establece la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia.

De esta abusiva realidad en un saludable Estado de Derecho, sin embargo, sí nos quejamos de forma contundente en las épocas de grandes crisis, como la reciente pandemia de la COVID donde surgen muchas voces sobre la vulneración del principio de legalidad por parte de los poderes legislativo-ejecutivo, en relación con los derechos, precisamente la restricción del ejercicio de libertades sin el rango normativo de la ley y la casi exclusividad de gobernar a base de decretos-leyes, así como en relación a otras cuestiones que tienen que ver con los derechos de los ciudadanos en relación con la Administración (p.ej. la generalización abusiva de la cita previa...).

Pero, es curioso que ello solo suceda en momentos de grandes crisis, al igual que en los atentados terroristas, por ejemplo, a raíz de los atentados en NY en el año 2000 en donde se lesiona gravemente sin más, ni más matices, el valor superior del ordenamiento jurídico de libertad (art. 1.1 CE) que se «arrumba» en relación con el de seguridad que no es un valor superior.

Para algunos autores, la construcción de la vinculación positiva de la actuación administrativa a la Ley tiene tantos matices en la práctica o excepciones que no resuelve doctrinalmente la esencial cuestión o incluso se llega al extremo sorprendente de considerarla «falsa», en gruesa afirmación.

Esta radical afirmación, reiteramos, sigue obviando, en nuestra opinión, una cuestión elemental y es que su dificultad en llevarla a la práctica se produce por la concentración del poder legislativo y del ejecutivo en realidad en uno solo (formando el verdadero Poder), lo que dificulta la que viene considerándose por la mayoría de la Doctrina, como la mejor construcción doctrinal sobre dicha cuestión.

Frente a tales críticas a la doctrina clásica, que ya se habían formulado hace varias décadas, de forma certera y meridiana, hace ya años GARCÍA DE ENTERRÍA manifestaba que todas esas cuestiones no suponían una quiebra de la construcción de la vinculación positiva de la Administración a la Ley, ni del principio de legalidad, invocando el interesante recurso a la «coherencia del sistema legal» y el ordenamiento como un concepto mucho más amplio que la mera ley escrita.

Así, señala que cualquier tipo de potestad de la Administración debe estar siempre previamente atribuida por la ley o el ordenamiento jurídico como sistema legal coherente, ejerciéndose además en el ámbito propio de sus compe-

tencias (p.ej. las relativas a la autonomía municipal o los poderes excepcionales de policía como casos extremos) de conformidad con dicho ordenamiento jurídico.

Así, afirma que: «Es obvio, sin embargo, que este proceso deductivo *no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración*; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio. Se trata, simplemente, de *hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego* lo cual, por otra parte, está claro desde la *doctrina general del ordenamiento que* más atrás se ha expuesto y que impide identificar a este con la Ley escrita»¹⁰.

Por otra parte, GAMERO CASADO señala, como una de las necesidades más urgentes que presenta nuestro ordenamiento en relación con las potestades, la elaboración de un catálogo o inventario que determine claramente qué concretas actuaciones lo son con el fin de «someterlas a la aplicación de las leyes de procedimiento y régimen jurídico, así como al resto de determinaciones pertinentes de nuestro sistema jurídico».

Y, destaca este autor, que la indefinición del concepto de potestad, la diferente carga semántica que le otorgan los diversos operadores jurídicos, y la inexistencia de dicho inventario «introducen en esta materia una fabulosa inseguridad jurídica»¹¹.

Por el momento, existen una catalogación de procedimientos en «familias» que vienen desarrollando las consultoras del sector público, y algunas CCAA como Andalucía que tiene identificadas hasta 19 familias de procedimientos como lotes de procedimientos que presentan grandes similitudes¹², empleando la técnica de simplificación administrativa, en cuanto al mismo esquema de tramitación (así, por ejemplo, todos los procedimientos sancionadores) con independencia del ámbito sectorial objeto de aplicación.

3.2. LA DOCTRINA SOBRE EL PRESUNTO ESPACIO EXCLUSIVO Y RESERVADO AL PODER EJECUTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN AL MARGEN DEL CONTROL JUDICIAL: ¿UNA NUEVA REALIDAD?

3.2.1. Frente a la posición clásica debidamente detallada, nos encontramos básicamente a partir de los años 80-90 con otro planteamiento opuesto que busca claramente otorgar *un espacio propio al Poder ejecutivo*, y que no sea necesaria-

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R. (2022): *Curso ..., op. cit.*, p. 497.

11. GAMERO CASADO, E. (2021) (Dir.): *La potestad administrativa..., op. cit.*, pp. 114-118.

12. En su *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites* de la Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública, 2010, p. 62.

mente atribuido expresamente por el poder legislativo, sino mediante «directrices» genéricas, y que, se afirma, se situaría» en el marco de la Ley».

Ello evidentemente, digámoslo así claramente, «*conviene*» *mucho más al Ejecutivo*, por dos motivos evidentes: a) por su amplio margen en su contenido y sus facultades, b) como por su consiguiente relajado control judicial que se produciría de forma negativa con los denominados «estándares básicos» que no dejan de ser estándares mínimos anudándose a otros conceptos como «error inequívoco», «deferencia» hacia el Poder y la Administración, o incluso «auto-restricción judicial».

Como iremos viendo, a lo largo de la presente Parte primera de la obra, ninguna de estas cuestiones relativas al «relajamiento» del control judicial que plantea y «exige» este planteamiento tienen base ni fundamento constitucional alguno.

Bien, al contrario, nuestro ordenamiento constitucional «exige» lo opuesto, el pleno control judicial de todas las actuaciones administrativas y en algunas cuestiones también de «los actos de gobierno», como desde las primeras sentencias ha establecido claramente nuestro Tribunal Constitucional.

En efecto, este planteamiento se complementa con la verdadera cuestión esencial para el mismo, y es que su control judicial sea mucho más difícil al «buscar» intencionadamente por el binomio legislativo-ejecutivo que no exista la denominada «predeterminación normativa» o «densidad normativa» suficiente con los criterios detallados para su control.

Es entonces, cuando los partidarios de este segundo planteamiento introducen como corolario de lo anterior y permanente invocación el denominado «activismo judicial». Y así, afirman que, si no hay «densidad normativa» suficiente, el control judicial es meramente subjetivo y por lo tanto arbitrario al no atenerse al estricto contenido de la ley de atribución, desconociendo con ello el relevante concepto de «Derecho», que está constitucionalizado en el artículo 103.1 de nuestra Constitución y de otras de nuestro entorno.

Este planteamiento no es, evidentemente, original en una parte de la Doctrina española, sino que «*bebe*» principalmente de la influencia de una doctrina minoritaria alemana.

3.2.2. En España, como exponentes de este segundo planteamiento nos encontramos, desde hace años de forma más relevante, con una serie de autores, en concreto desde sus iniciales obras surgidas en la década de los 90, como PAREJO, SÁNCHEZ MORÓN y BELTRÁN DE FELIPE, y que conviene desarrollar con detalle ya que está en juego la cuestión central de nuestra obra que es el pleno control constitucional judicial del Poder ejecutivo y de la Administración.

PAREJO ALFONSO, desde una posición claramente centrada en la consecución de un modelo de Estado social y los derechos sociales¹³, mientras que SÁNCHEZ MORÓN¹⁴ y BELTRÁN DE FELIPE¹⁵ lo hacen desde el objetivo principal de la preservación de un ámbito de discrecionalidad inmune al control judicial.

A estos autores, han seguido en los últimos años una parte minoritaria en la doctrina, con diversos matices en su formulación, aunque no en el objetivo final de limitar o preservar en la práctica el pleno control judicial de las actuaciones administrativas del Poder ejecutivo y de la Administración.

La crítica de los tres autores mencionados a la postura clásica tradicional parte de lo que entienden que es una situación que asumen, y no critican, en relación con el tipo de leyes que se viene aprobando en las últimas décadas. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de una situación nada deseable como han puesto de manifiesto, y vienen denunciado, un gran número de autores de la doctrina administrativista.

Y de ahí, que manifiesten que la postura clásica tradicional de las leyes ya no responde a la realidad, por los siguientes motivos, mezclando diversas consideraciones que podríamos resumir así, pese a los diversos matices mencionados existentes entre ellos:

(i) Las leyes habrán perdido sus características clásicas dogmáticas de generalidad y abstracción.

(ii) Las leyes habrían dejado de responder ya, cada vez en mayor medida, al esquema mandato general-deber de obediencia directo del ciudadano.

(iii) Las nuevas leyes tendrían como contenido, de forma cada vez más habitual, simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada.

(iv) Las nuevas leyes, afirma PAREJO ALFONSO, permitirían así mayores márgenes de acción a la Administración (incluso defienden la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la Ley), con lo que llegan a denominar «una cierta capacidad de opción entre alternativas para la realización de los fines legales y hasta determinadas posibilidades de disposición sobre y desviación de estos últimos».

13. PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC.

14. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos.

15. BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Ed. Tecnos.

(v) Esos márgenes de acción es lo que, en definitiva, se sigue denominando discrecionalidad en el sentido de arbitrio, es decir, un espacio reservado y exclusivo no controlable por los órganos judiciales ya que, argumenta SÁNCHEZ MORÓN, «los Gobiernos y Administraciones Públicas han de enfrentarse cotidianamente a problemas que el legislador no ha podido prever o que solo ha podido prever y regular de manera general, sin consideración de las circunstancias cambiantes».

Tales problemas requieren una respuesta, ya sea política o técnica (o política en función de consideraciones técnicas, como es frecuente) que puede ser diferente en cada caso y en cada momento», es decir, una respuesta extrajurídica¹⁶.

(vi) Para llegar a este planteamiento, SÁNCHEZ MORÓN parte de una consideración previa, que no está justificada ni fundamentada en el ordenamiento constitucional, y es que «corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad, política o técnica, pues esa es su función»¹⁷.

(vii) Y en un intento de buscar una referencia como justificación constitucional de ese presunto espacio reservado o exclusivo, se llega a sostener por parte de BELTRÁN DE FELIPE que dicho ámbito propio se encontraría en el propio artículo 103.1 de la Constitución, es decir, en el servicio a los intereses generales.

Para ello, se lleva a cabo una interpretación inadmisibles de su redacción otorgándole a la Administración una «posición constitucional» como función para autodeterminar los intereses generales, y convirtiendo una «obligación o mandato» claramente establecido en su actuación: 1.º servir con objetividad y 2.º con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, nada menos que en una «presunta atribución» constitucional a la Administración de un ámbito reservado y exclusivo de actuación frente a los tribunales, afirmando por este autor lo siguiente:

«Ello, es del todo incompatible con la posición constitucional de la Administración que deriva del artículo 103.1 CE, posición que incluye, a efectos del control judicial, la discrecionalidad, es decir, un espacio de valoración o de apreciación de los intereses generales reservado o exclusivo —al menos frente a los tribunales— para autodeterminar cómo ha de desempeñar su función de gestión de intereses ajenos. Sencillamente, la definición del interés general como un concepto jurídico indeterminado anula la posición constitucional de la Administración»¹⁸.

16. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2023): *Derecho Administrativo. Parte general*, 16.ª ed. Tecnos. pp. 88 y ss.; y también (1994) *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos.

17. SÁNCHEZ MORÓN, M., sigue señalando esta cuestión a continuación del mismo párrafo de la cita anterior.

18. BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995): *Discrecionalidad administrativa ...op. cit.*, p. 250.

Y continúa él mismo, señalando con claridad porqué esta posición doctrinal está en contra de la consideración del interés general como concepto indeterminado. Según afirma, ello anularía la posición constitucional de la Administración en el 103.1 por tres razones:

- (i) niega su función de gestión de intereses ajenos,
- (ii) niega la esencia de la discrecionalidad «entendida como independencia de la Administración respecto de los poderes legislativo y judicial» (en remisión a Bullinger),
- (iii) y, sobre todo, afirma, niega el hueco normativo o margen decisional que le garantizaría el artículo 103.1.

Nos interesa no dejar de comentar de forma muy escueta el tipo de argumentación que se emplea en una cuestión tan relevante. Así, en relación con el segundo y tercer motivo, 1.º) *se realiza una mera «presunción» que no tiene ningún sustento en relación con la mera interpretación literal del 103.1 ya comentada*, y 2.º) *se alude a la esencia de la discrecionalidad como «un deseo» de algo que tampoco tiene ninguna justificación constitucional, sino todo lo contrario, ya que nuestra Norma suprema establece el sometimiento al control pleno de los tribunales de todas las actuaciones administrativas.*

Y, en relación con el primer motivo, como defendemos y estamos reiterando, en efecto la Administración tiene como única función la gestión de intereses ajenos, no se entiende que precisamente por dicho motivo se diga que ello supone ir en contra de la Constitución.

Bien, al contrario, su única función como administradora de bienes ajenos que son de los ciudadanos obliga a que busque, encuentre, y justifique debidamente la Administración la mejor solución en cada caso para servir el interés público/general, y por ello no tiene ningún ámbito reservado inmune al control judicial.

Destacaremos con mayor extensión la transcripción de la posición de PAREJO ALFONSO que es el autor que inicia este planteamiento, y que se refleja con claridad en el siguiente párrafo de su inicial obra en 1991 sobre estos temas:

«La propia "programación" de la actividad administrativa a través de la Ley está sufriendo profundas transformaciones. La Ley no responde hoy ya a la configuración dogmática establecida. No se trata tan solo del surgimiento de nuevos tipos de leyes, como fundamentalmente en razón a la pérdida de las notas clásicas de la generalidad y la abstracción, sino también y muy especialmente de una radical diversificación de los contenidos propios del mandato legal. La Ley está dejando de responder ya, cada vez en mayor medida, al esquema mandato general-deber de obediencia directo del ciudadano; establece con progresiva normalidad simples

apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada. Estos cambios en la Ley repercuten, como es natural, en el comportamiento de sus destinatarios y, especialmente, de la Administración. Surgen así para esta mayores márgenes de acción (incluida, en su caso, la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la Ley), una cierta capacidad de opción entre alternativas para la realización de los fines legales y hasta determinadas posibilidades de disposición sobre y desviación de estos últimos»¹⁹.

Para terminar con esta Doctrina, igualmente no podemos dejar de mencionar que la misma de forma totalmente contrapuesta a la propiamente clásica y a la que a continuación desarrollaremos también, aprovecha la no atribución expresa del elemento discrecional para entender que existe una atribución implícita de dicho «margen de decisión» *per se*.

Pero, además, como iremos reiterando en esta Parte de la obra, extienden otro margen bien distinto, que es el «margen de apreciación» en los conceptos legales (jurídicos) indeterminados para asimilarlo a un margen de discrecionalidad, como expresamente recoge SÁNCHEZ MORÓN incluso en el propio apartado de su monografía titulada *Conceptos jurídicos indeterminados y margen de apreciación discrecional*.

En dicho apartado, da una explicación muy reveladora y significativa de porqué entiende que los conceptos indeterminados no pueden tener una única solución justa, la más adecuada, que como veremos constituye la misma base de su construcción. El razonamiento es que el órgano judicial no es capaz de ello, de señalar cuál sería la solución justa, la más adecuada, por el siguiente motivo:

«Pues esta idea se apoya en un concepto trascendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano, idealismo que no es fácil de compartir. No obstante, no se trata aquí de entrar en la polémica filosófica acerca de lo que sea la Verdad y de si el hombre puede alcanzarla siempre. (...) Es decir, la aplicación de los conceptos indeterminados es cuestión que entra habitualmente dentro de esa categoría que la doctrina italiana denomina *fatti opinabili* (...) Entonces el problema real se reduce a determinar quién declara cuál es la solución que ha de estimarse no ya «la» justa y verdadera, sino simplemente la solución conveniente (o más conveniente) entre las válidas en derecho (...) Dado que esta operación comporta de ordinario una valoración de los hechos a la luz del concepto legal correspondiente y en atención al interés público a tutelar en cada caso, no se puede dudar de que está atribuida a la Administración. Y, si esta puede llegar a varias soluciones distintas jurídicamente aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional»²⁰.

19. PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, p. 23.

20. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994) *Discrecionalidad administrativa y control ...*, op. cit., pp. 117-119.

Entendemos que es muy reveladora la lectura de este párrafo en relación con la posición doctrinal de entonces y de la que siga manteniéndose en la actualidad y en el futuro por diversos autores respecto a esta esencial cuestión relativa a evitar el control judicial. En definitiva, se intenta explicar en un relativismo expreso y notable, en que prácticamente todas las cuestiones serían cuestiones opinables que permiten por ello muchas y diversas soluciones.

Por ello, en definitiva, estos autores defienden que casi todo es discrecional, porque todo es opinable.

Este planteamiento se convierte en una muy problemática e inasumible cuestión entonces en el mundo jurídico, que requiere, bien al contrario, de seguridad jurídica y de certezas para el ciudadano.

Y ello sin dejar de mencionar, como es notorio, que no se entiende entonces por qué esa decisión «tan opinable» se otorga a la Administración, y sin embargo se rechaza «a priori» que el órgano judicial no pueda llegar a declarar cuál debiera haber sido dicha solución hurtándole entonces el control en Derecho bien de dicha apreciación y determinación («margen de apreciación»), o bien de dicha decisión en definitiva (si se entiende que es una potestad discrecional resolver sobre el «margen de decisión» de la Administración).

3.2.3. Posteriormente, y ya en la actualidad con diferentes matices, existen otros autores que se enmarcan en estas posiciones, como, BACIGALUPO SAGESSE, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, VELASCO CABALLERO que defienden planteamientos relativos a consideraciones sobre el principio de legalidad y una rebaja sustancial del control judicial en torno a los conceptos que denominan que debería ser sustituido por otros controles diferentes *ex post* «sobre la eficacia de las actuaciones administrativas más que el control de legalidad sobre las mismas», y que giran en torno a las siguientes expresiones literales que utilizan:

(i) la construcción de una Administración de resultados, señalan, que precisa por ello de amplios márgenes de opción, de facultades discrecionales.

(ii) la desprogramación normativa de la actuación administrativa, que permita a la Administración actuar, en expresión literal que utilizan, «sin programas legales condicionales» decidiendo, se afirma, «lo procedente en cada caso... decidiendo con amplia libertad en cada caso concreto».

Sin embargo, este tipo de afirmaciones sobre *una supuesta realidad* se pretenden basar, para su acreditación que la realidad es así, en ejemplos como el de «las decisiones administrativas ambientales», así el relativo a las evaluaciones ambientales que, se dice, «cada vez menos predeterminadas de forma sus-

tantiva (pues dependen de contextos científicos y tecnológicos muy cambiantes)²¹.

Pues bien, ello no es así. Simplemente, diremos que en las evaluaciones ambientales existen unos criterios y requisitos perfectamente delimitados en la normativa y en la jurisprudencia, que incluso ya desde 2016 por parte del Tribunal Supremo, como detallaremos más adelante, califica a dichas evaluaciones de «proceso reglado», y anula muchas de ellas porque no se atienen a los requisitos perfectamente establecidos.

(iii) la reducción de la eficacia legitimadora de la ley, que se contentaría con una regulación organizativa y procedimental.

El objeto de la regulación legal, señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, deja de ser la decisión administrativa y pasa a ser la creación de formas orgánicas y procedimentales que aseguren la calidad de la actuación (tendencialmente discrecional) de la Administración²².

(iv) el *selfrestraint* judicial ante la falta de programación sustantiva, ya que como manifiesta BACIGALUPO, el alcance del control judicial vendría en gran medida definido por la densidad con la que una norma previa dirige la actuación administrativa²³. Es decir, el control solo por la ley, pero no por el Derecho en contra del art. 103.1 CE.

(v) formas de control de la Administración que no ralenticen o dificulten la acción pública, «dirigidos a un control de resultados más que a la legalidad o ilegalidad de cada concreta actuación administrativa» como defiende VELASCO CABALLERO²⁴.

(vi) un control *ex post* sobre la eficacia de las decisiones en lugar de un control de legalidad sobre ellas, como ha propuesto DOMÉNECH en cuanto a que manifiesta que deberían tener más sentido las evaluaciones *ex post* y el seguimiento sobre la eficacia de las decisiones administrativas, que el control analítico y de legalidad de cada concreta actuación o decisión administrativa²⁵.

Sin embargo, reiteramos que todas estas afirmaciones no tienen un fundamento constitucional como ya hemos ido detallando y argumentando, chocando

21. VELASCO CABALLERO, F. (2020): *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, p. 182.

22. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, p. 27.

23. BACIGALUPO SAGESSE, M. (1997) La discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, p. 221.

24. VELASCO CABALLERO, F. (2020) *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, p. 184.

25. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2005) «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública* n.º 167, p. 103.

con el modelo constitucional conformado con la clara triada en su contenido de los artículos 9, 103.1 y 106.1 de la Constitución. Por el contrario, llevan a cabo un planteamiento basado exclusivamente en la eficacia, en los resultados, con una manifiesta difuminación del control judicial y del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE).

Y prácticamente como sustitución del mismo, proponen un control *ex post* de las actuaciones administrativas, de enorme riesgo y consecuencias para los derechos de los ciudadanos que ven lesionados los mismos sin que exista un control judicial, que como está demostrado es el único que puede frenar, y con muchas dificultades, los abusos del Poder y de la Administración, que en definitiva se convierte en la arbitrariedad prohibida en el art. 9.3 CE.

Esta crítica ya tuvimos oportunidad de desarrollarla con detalle en la recensión que llevamos a cabo del libro de VELASCO CABALLERO citado *Administraciones públicas y Derechos administrativos* (2020), donde se recogen todas las cuestiones comentadas de este planteamiento por los autores mencionados²⁶.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: DESDE EL PLANTEAMIENTO DE SANTAMARÍA PASTOR

4.1. POTESTADES EN RAZÓN DE SU FORMA DE ATRIBUCIÓN, DE MANIFESTACIÓN, ÁMBITO Y MARGEN DE DECISIÓN

Para terminar este apartado, mencionaremos los tipos de potestades y la clasificación que tradicionalmente se ha realizado de las mismas. Lo haremos, desde el planteamiento que lleva a cabo SANTAMARÍA PASTOR, con sus diversos matices y precisiones, y que nos resultan muy acertados.

Este prestigioso autor —que reúne la doble condición de Catedrático de derecho administrativo y de Letrado de las Cortes Generales con la gran experiencia en consecuencia que conlleva en el proceso de elaboración y aprobación de las leyes—, señala que, como cualquier otro concepto jurídico complejo, la potestad es susceptible de tantas clasificaciones cuantos elementos cabe distinguir en la misma.

Destaca que las clasificaciones más usuales son en función de cuatro parámetros:

- (i) su forma de atribución,
- (ii) su forma de manifestación,

26. FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ, C. (2021), recensión al libro de VELASCO CABALLERO, F. (2020) *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, en la *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43, pp. 229-234.

(iii) su ámbito,

(iv) y el margen de decisión de la Administración,

Desarrolla en su exposición unas precisiones y matices de enorme interés en orden al cumplimiento de los reiterados principios constitucionales, como el de legalidad y reserva de ley, seguridad jurídica, o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²⁷.

1.º) Así, para este autor, por su forma de atribución, las potestades pueden clasificarse en *heteroatribuidas* y *autoatribuidas*, destacando sobre estas últimas que son creadas por el mismo destinatario de ellas. En este caso, son autoatribuidas mediante normas reglamentarias en favor de la Administración²⁸.

Pero sobre ello, realiza una matización clarificadora muy importante de alcance práctico sobre los límites de la atribución reglamentaria, y es que esta posibilidad «se encuentra estrictamente limitada por el juego de los principios de legalidad y de reserva de ley: la Administración no puede mediante regla-

27. SANTAMARÍA PASTOR, JA (2009): *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2.ª ed., Iustel, pp. 334-340.

28. Sobre esta relevante cuestión en el que el Reglamento puede crear poderes administrativos donde antes no existían, los dos pioneros trabajos de GARCÍA ENTERRÍA, E. (1958): «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», *RAP* núm. 27, pp. 82-83; y (1959): «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP* núm. 30, pp. 131-166. En este último, destaca especialmente la importancia del control sobre el fondo de los reglamentos en sus aspectos discrecionales poniendo de manifiesto, ya desde aquél momento, su conexión con el concepto «interés general», el control más amplio por los principios generales que no solo al principio de subordinación formal a la Ley, y en el que ya destaca el de «interdicción de la arbitrariedad», con la referencia al detallado análisis que lleva a cabo de las Sentencias de 20 de febrero y 6 de julio de 1959 cuyo contenido «debe, en efecto, ser celebrado como uno de los más significados en la historia de nuestra justicia administrativa». Conexión en el control con el *interés general* ya que «De una manera explícita se declara que el ejercicio de la potestad discrecional «debe basarse» en «normas y principios objetivos», lo que en concreto se aplica a la necesidad de una recta consideración del «interés general», que no debe ser «despreciado» y «abandonado» frente a los intereses particulares, supuesto genérico razonado a contrario como hipótesis dialéctica («de emplear —las facultades discrecionales— en otra forma... entrañaría la existencia de una causa torpe en la resolución cual sería»), sin prueba concreta, aunque con una alusión a su carácter «implícito» en determinadas actuaciones administrativas». Y, destaca asimismo que la Sentencia de 6 de julio de 1959 es la primera en la que se aplica en España la técnica de la desviación de poder, del fin para el que se tiene que ejercer la potestad, y que declara la nulidad de las Órdenes recurridas sobre clasificación de plantillas y partidos veterinarios, recogiendo ya el avanzado argumento sobre los elementos discrecionales que, «partiendo de esta supuesta facultad discrecional, la misma habría sido manifiestamente mal aplicada, como resulta claramente del estudio de los documentos aportados», ya que dichas facultades no suponen una libre estimación de los hechos de que se parte para su ejercicio, debiendo ser la estimación de los hechos rigurosamente objetiva y sometida a la exigencia de una rigurosa «constatación sobre su realidad o certeza» por parte de la propia Administración, a la que no se acepta que «dé por buenas» meras «afirmaciones» no comprobadas y que juegan, sin embargo, como determinantes del criterio adoptado.

mentos, autoatribuirse potestades que incidan en materias reservadas a la ley o que supongan una *limitación o ablación de las posiciones jurídicas de los sujetos privados*».

2.º) Por su forma de manifestación en la norma de atribución, pueden distinguirse entre las *expresas* y las *implícitas o inherentes*.

Estas últimas son las que sin constar de manera explícita en la norma podría deducirse racionalmente de la misma mediante una interpretación sistemática o finalista. Sin embargo, sobre ellas, SANTAMARÍA PASTOR alerta que deben admitirse de forma muy restrictiva ya que, «es un portillo peligroso que puede posibilitar la creación no querida por el legislador de *poderes ablatorios de la libertad de los particulares*».

3.º) En razón de su ámbito, las potestades pueden ser *específicas o genéricas*.

Aunque, como venimos reiterando, en virtud del principio de legalidad, la atribución de las facultades administrativas debiera ser de modo específico, tasado y concreto con el mayor detalle posible, nos encontramos habitualmente en las últimas décadas con —«lo que es una *amarga herencia* de nuestra tradición política autoritaria» en expresión de SANTAMARÍA PASTOR—, es decir, con potestades genéricas, mediante cláusulas generales de apoderamiento, en las que se lleva a cabo una descripción vaga e imprecisa del supuesto de hecho, de los fines y de las medidas en que consisten.

Nuevamente, este autor destaca que estas cláusulas generales de competencia solo resultarían admisibles bajo dos condiciones de gran relevancia saliendo al paso de algunas posiciones doctrinales que ya hemos refutado con detalle en los apartados anteriores:

a) que se hallen expresamente establecidas por la ley, sin que sea admisible cláusulas implícitas «basadas en una supuesta *naturaleza de las cosas* o en unos pretendidos poderes *normales o naturales* de la Administración»; y

b) que no resulte posible o conveniente un grado de precisión normal en la definición de los términos del apoderamiento «habida cuenta de la gravedad o indeterminación de los supuestos a que se refiere. En otro caso, deben reputarse inconstitucionales».

Inconstitucionalidad, por infracción de los principios constitucionales que venimos reiterando.

4.2. POTESTADES EN RAZÓN DEL MARGEN DE DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Dada su relevancia para la presente obra, situamos en un apartado especial la clasificación de las potestades en función del denominado *margen de decisión*



ARANZADI
DERECHO
ADMINISTRATIVO

La presente monografía tiene un objetivo general muy delimitado, de carácter doble. Por un lado, determinar si es posible la plena justiciabilidad de las decisiones del poder regulador, especialmente en el sector eléctrico, al que se le ha intentado atribuir un margen de decisión notablemente amplio. Y por otro, especificar los diversos parámetros jurídicos desde los que puede realizarse ese control, que se ofrecen de manera sistematizada y contrastada con la jurisprudencia más reciente plenamente actualizada, y que contribuyen sin resquicios a hacer posible el pleno control judicial de las decisiones del poder regulador.

Así, se levanta el velo de la deferencia con el que se ha construido durante decenios un muro injustificado para impedir que el examen judicial de las actuaciones del poder público regulador pudiese penetrar hasta el fondo de las cuestiones planteadas por los recurrentes, empresas y ciudadanos. Ni la complejidad técnica ni los amplios márgenes de configuración de las reglas de juego en los sectores regulados deben cerrar el paso a ese control.

El test del control judicial a realizar en cada actuación administrativa –tanto regulatoria como aplicativa–, debe comprender todos los elementos reglados junto con los hechos determinantes, los principios del ordenamiento jurídico que sean aplicables en cada caso, y el cumplimiento de los requisitos relativos a la adecuada motivación-justificación del interés público/interés general que sea necesaria en cada caso como objetivo y finalidad última de la actuación administrativa.

Todos ellos constituyen así los parámetros y determinaciones que deben formar parte del contenido tanto de la Norma de conducta de la Administración como de la Norma de control judicial, y que deben entenderse como coincidentes con el fin de hacer cumplir los principios constitucionales y el mandato del artículo 103.1 CE, así como superar las injustificadas críticas y barreras a la intensidad y extensión del control del regulador.

ISBN: 978-84-1085-371-3



9 788410 853713



ER-0280/2005



GA-20076/2000