Manual de Dereito administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 139-159
Madrid, 2026
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L05
© Mariano Bacigalupo Saggese
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 5

A VINCULACIÓN DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Á LEI E AO DEREITO

Mariano Bacigalupo Saggese
UNED

SUMARIO: 1. A VINCULACIÓN DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Á LEI E O DEREITO E O CONTROL XURISDICIONAL DA LEGALIDADE DA SÚA ACTUACIÓN: 1.1. Densidade normativa e alcance do control xurisdicional; 1.2. Normas de programación condicional e potestades administrativas regradas; 1.3. Conceptos xurídicos indeterminados, potestades discrecionais e programación finalista da actuación administrativa; 1.4. Intensidade do control xurisdicional: control positivo *versus* control negativo; 1.5. Control do exercicio e control da atribución das potestades que lle confiren á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión.—2. A DISCRECIONALIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROL XUDICIAL DO SEU EXERCICIO: 2.1. Concepto e clases de potestades discrecionais; 2.2. Límites xurídicos e control xurisdicional da actividade administrativa discrecional.—3. A APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS XURÍDICOS INDETERMINADOS E O CONTROL XURISDICIONAL DA SÚA LEGALIDADE: A MARXE DE APRECIACIÓN DA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Conceptos xurídicos indeterminados; 3.2. A marxe de apreciación; 3.3. Límites xurídicos da marxe de apreciación e alcance do seu control xurisdicional; 3.4. Distinción entre marxe discrecional e marxe de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidade; 3.5. A *discrecionalidade técnica* da Administración.—4. BIBLIOGRAFÍA; 4.1. Bibliografía citada; 4.2 Bibliografía complementaria recomendada.

1. A VINCULACIÓN DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Á LEI E O DEREITO E O CONTROL XURISDICIONAL DA LEGALIDADE DA SÚA ACTUACIÓN

1. A función constitucional da Administración pública consiste en servir con obxectividade os intereses xerais, actuando para ese efecto con sometemento **pleno á lei e ao dereito** (art. 103.1 da Constitución española, CE). Este sometemento é unha das manifestacións máis relevantes do Estado de dereito (art. 1.1 CE) e, máis concretamente, dun dos seus principios fundamentais, é dicir: o principio de legalidade (art. 9.1 CE). A actividade administrativa atópase, polo tanto, plenamente xuridificada; ou, o que é o mesmo, non se desenvolve nunca nun ámbito enteiramente libre de regras ou, polo menos, de principios xurídicos. Por iso é polo que a actuación administrativa sexa sempre tamén aplicación (ou observancia) da lei e o dereito.

2. O correlato necesario do anterior é o sometemento da enteira actividade administrativa ao **control xurisdicional**. En efecto, os órganos xurisdicionais controlan a legalidade da actuación administrativa (incluído o exercicio da potestade regulamentaria), así como o sometemento desta aos fins que a xustifican (art. 106.1 CE). Non existen, por conseguinte, ámbitos da actividade administrativa subtraídos de entrada ao control xudicial (*infra* § 34.1). Alá onde haxa vinculación da actuación administrativa á lei e o dereito (e sempre a haberá, como se dixo, aínda que sexa en maior ou menor medida), caberá o control xurisdicional da súa legalidade ou conformidade a dereito. Obviamente, sempre que se interpoña contra aquela un recurso admisible que permita ou habilite un pronunciamento xurisdicional sobre o fondo deste, xa que sen recorrente non é posible o control xudicial.

1.1. Densidade normativa e alcance do control xurisdicional

3. O sometemento da Administración ao control xurisdicional é un correlato necesario da súa vinculación á lei e ao dereito. O control xudicial é, polo tanto, un control en dereito, un **control xurídico**. Este só ten por obxecto comprobar que a actuación administrativa impugnada se axusta á lei e ao dereito; ou, o que é o mesmo, que non infrinxe o ordenamento xurídico. Pola contra, se o ordenamento non regula esgotadoramente todos os aspectos dunha determinada actuación administrativa, conferíndolle polo tanto á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión, o control xurisdicional non se estende á **oportunidade ou acerto** desta, máis aló da súa estrita conformidade coa lei e o dereito. Neste sentido, o artigo 70.1 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso–administrativa (LXCA) dispón que "a sentenza desestimará o recurso cando se axusten a dereito a disposición, acto ou actuación impugnados", e o artigo 70.2 LXCA que "a sentenza estimará o recurso contencioso–administrativo cando a disposición, a actuación ou o acto incorresen en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder". En todo caso, o artigo 71.2 LJCA recalca que "os órganos xurisdicio-

nais non poderán determinar a forma en que han de quedar redactados os preceptos dunha disposición xeral en substitución dos que anulasen nin poderán determinar o contido discrecional dos actos anulados".

4. Todo control presupón un parámetro, e os parámetros do control xurisdicional son, como se dixo, exclusivamente **parámetros xurídicos**, isto é, a lei e o dereito. Por conseguinte, non é viable o control xurisdicional en ausencia de parámetro xurídico. En ausencia de parámetro non hai control senón decisión. Dito doutro xeito, se o xuíz contencioso–administrativo carece dun parámetro xurídico para axuizar a actuación administrativa impugnada e, con todo, pronúnciase sobre a mesma, non xulga senón que administra. Sucede, emporiso, que isto lle está constitucionalmente vedado ao xuíz (art. 117.4 CE). Por iso é polo que exista, polo tanto, unha correlación necesaria entre o grao de vinculación da Administración ao ordenamento xurídico e a **intensidade do seu control xudicial**. Canto máis intensa é a programación polo ordenamento xurídico da actividade administrativa, máis intenso é tamén o control xurisdicional desta. E viceversa, se o ordenamento programa a actividade administrativa con menor intensidade, o control xudicial desta será tamén necesariamente menos intenso. Convén recalcar, con todo, que —como se dixo— a actividade administrativa non se produce nunca nun ámbito enteiramente libre de normas ou, polo menos, de principios xurídicos, polo que sempre será posible contrastala con estes. Con todo, a intensidade do control non poderá ser maior que a intensidade coa que o ordenamento xurídico programe en cada caso a actuación administrativa impugnada.

5. Con todo, algúns autores consideran que a densidade da programación normativa da actuación administrativa non é —ou non debe ser— o único factor (nin sequera o determinante) para establecer a intensidade debida do control xurisdicional. Para iso propóñense os seguintes **criterios alternativos** (ou, polo menos, complementarios): (i) a diferenza existente entre a autoridade administrativa e o órgano xurisdicional revisor en punto á **capacidade** para alcanzar no caso considerado a mellor solución para os intereses públicos; (ii) a **incerteza** existente acerca de se a decisión cuestionada é a que máis convén ao interese público; (iii) a **plausibilidade** substancial da decisión administrativa axuizada, entendida esta como a distancia existente entre a solución á que chegou a Administración ao apreciar os feitos, interpretar o dereito e aplicalo ao caso considerado e a solución á que chegaría o órgano xurisdicional revisor á vista da información dispoñible se tivese que decidir *ex novo* (canto menos plausible sexa a decisión revisada, menor debería ser a deferencia coa que os tribunais a xulguen); (iv) as **garantías organizativas**, procedementais e formais observadas no caso concreto pola Administración para decidir (canto máis rigorosas fosen, maior haberá de ser a marxe de apreciación); (v) a **lexitimidade democrática** do órgano administrativo autor da decisión axuizada (cuanto maior sexa esta lexitimidade, máis aceptables polos cidadáns serán as súas decisións e, adicionalmente, mellor aliñados estarán as súas preferencias coas da maioría deles, polo que o risco de que incorran en certas desviacións será menor e, en consecuencia, a marxe de manobra que se lle outorgue á Administración haberá de ser máis amplo); (vi) o **risco** de que a Administración, ao levar a cabo a actuación cuestionada, se desvíe da solución máis conveniente para o interese público e prescrita polo dereito (canto maior sexa ese risco, menor haberá de ser a deferencia xudicial); (vii) os **custos** dos erros nos que os órganos xurisdicionais poidan incorrer ao revisar unha actuación administrativa, que difiren en función de se a decisión xudicial declara a súa ilegalidade (falso positivo) ou a súa legalidade (falso negativo). Canto máis custosos sexan os falsos positivos en relación cos falsos negativos, maior habería de ser a deferencia outorgada á Administración; (viii) o feito de que o lexislador, de **maneira explícita** ou polo menos inequívoca, establecese que a Administración dispón de discrecionalidade para adoptar certas decisións sería tamén un factor determinante, na medida que a

lei reduce o arbitrio que os órganos xurisdicionais teñen para determinar a existencia e a amplitude do espazo decisorio outorgado á Administración (DOMÉNECH, 2018: 145 e ss.).

6. Non cabe negar que, na práctica, estes factores explican, explícita ou implicitamente, a inclinación dos órganos xurisdicionais a revisar a actividade administrativa impugnada con maior ou menor intensidade, pero —elevados a categoría dogmática— comportan o risco de que a determinación polos órganos xurisdicionais da intensidade do control xudicial da actuación administrativa se transforme abertamente nunha **cuestión de política ou discrecionalidade xudicial** non necesariamente rexida por criterios normativos. É dicir, a intensidade do control xudicial da actividade administrativa non estaría, no esencial, heterodeterminada polo lexislador e os titulares da potestade regulamentaria (mediante a gradación da densidade da programación normativa), senón autodeterminada polo propio xuíz contencioso–administrativo (conforme a unha cesta de criterios orientadores ou indicadores como os anteriormente mencionados). Calquera control da actividade administrativa que, dada a estrutura e densidade da norma de conduta ofrecida polo ordenamento xurídico, se aparte —en máis ou en menos— do control posible en dereito é problemático desde o punto de vista do Estado de dereito. Se se aparta en menos (por defecto), ponse en dúbida o mandato constitucional de plena xusticiabilidade da actuación administrativa (art. 24 e 106 CE), e se se aparta en máis (por exceso), os tribunais desbordan a función xurisdicional e invaden a esfera decisoria reservada ao poder executivo (en lugar de xulgar, administran).

1.2. Normas de programación condicional e potestades administrativas regradas

7. Como se acaba de indicar, o ordenamento xurídico pode programar a actividade administrativa con intensidade diversa. Tradicionalmente considerouse que a vinculación óptima da actuación administrativa —desde o punto de vista do ideal europeo do Estado de dereito que se impuxo, despois de finalizada a Segunda Guerra Mundial, a mediados do século pasado— é aquela que presenta a **maior intensidade posible**. Se a vinculación da Administración ao ordenamento é moi intensa, o principio de legalidade cúmprese con plenitude, a actuación da Administración resulta altamente previsible e, ademais, lógrase que o control xudicial desta poida ser tamén especialmente intenso, profundo e incisivo.

8. O grao máximo de vinculación da Administración ao ordenamento xurídico alcánzase cando este programa a súa actuación a través de normas **de estrutura condicional dotadas dunha alta densidade normativa**. Son normas de programación condicional aquelas que xuntan a adopción dunha determinada consecuencia xurídica á concorrencia dun determinado suposto de feito, descrito na norma ("A Administración adoptará a consecuencia xurídica X se concorre o suposto de feito E"). Nestes casos, a potestade é regulada cando a norma describe con precisión o suposto de feito e, ademais, obriga a Administración, no caso de que concorra o mesmo, a adoptar unha consecuencia xurídica determinada. A aplicación de tales normas lévase a cabo mediante un elemental siloxismo e consiste, no esencial, na subsunción ou inclusión da realidade á que se pretende aplicar a norma no suposto de feito descrito nesta. Se esta realidade encaixa no suposto de feito normativo, a Administración debe —sen máis— adoptar a consecuencia xurídica prevista na norma, é dicir, debe actuar (sen marxe de decisión de ningunha clase) conforme ao esixido pola norma habilitante. Cando o ordenamento lle atribúe á Administración unha potestade mediante normas de semellante estrutura, podemos afirmar que esta potestade é unha potestade regrada.

9. Por exemplo, o artigo 53 da Lei 24/2013, do 6 de decembro, do sector eléctrico, que regula a **autorización de instalacións** de transporte, distribución, produción e liñas directas, dispón no seu apartado 6 que "(l)os procedementos administrativos de autorización terán carácter regrado (…)" e, no seu apartado 7, que "(l)a Administración Pública competente unicamente poderá denegar a autorización cando non se cumpran os requisitos previstos na normativa aplicable ou cando teña unha incidencia negativa no funcionamento do sistema".

10. En consecuencia, dado que cando a potestade actuada pola Administración é regulada a súa actuación atópase sometida a unha elevada densidade de programación normativa —porque a norma detalla con precisión o que debe facer a Administración—, o control xurisdicional daquela poderá ser, correlativamente, un **control de máxima intensidade**: poderá mesmo condenar a Administración para adoptar unha concreta decisión administrativa, co contido específico predeterminado na norma xurídica. Por exemplo, o xuíz contencioso–administrativo poderá condenar a un concello para outorgar unha licenza de edificación, se o proxecto construtivo presentado polo promotor é conforme co plan urbanístico.

1.3. Conceptos xurídicos indeterminados, potestades discrecionais e programación finalista da actuación administrativa

11. Como se sinalou, a función constitucional da Administración consiste en servir eficazmente os intereses xerais (art. 103.1 CE). Esta función non a pode cumprir, con todo, unha Administración cuxa actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional dotadas dunha alta densidade normativa ("se se dá a situación X a decisión administrativa debe ser E"). A realidade á que se debe enfrontar a Administración co fin de servir os intereses xerais é complexa e cambiante, polo que precisa dispoñer de **potestades flexibles e facilmente adaptables** ás peculiaridades de cada caso para poder tutelar estes intereses eficazmente, como é o seu deber constitucional. Así como o ideal do Estado de dereito tende a esixir que a vinculación da Administración ao ordenamento sexa particularmente intensa, o principio de Estado social (art. 1.1 e 9.2 CE) e a lexitimación democrática (directa ou indirecta) da propia Administración inciden en certo xeito na dirección oposta, e esíxenlle ao lexislador que dote a Administración de potestades flexibles que lle permitan intervir eficazmente sobre unha realidade social crecentemente complexa e mudable en defensa dos intereses xerais. As potestades regradas non ofrecen sempre, con todo, esa necesaria flexibilidade. Por iso é polo que resulte plenamente acorde co Estado social e democrático de dereito o feito de que **o lexislador atenúe de maneira crecente** —aínda que sempre dentro dos límites que impón o principio constitucional de reserva de lei— a intensidade da vinculación da Administración á lei. Así, na STC 6/2026, do 15 de xaneiro, o Tribunal Constitucional recalca que a "discrecionalidade non é unha anomalía do Estado de dereito, senón un elemento que pode ser necesario e idóneo para lograr, en certos casos, unha actuación administrativa eficaz, xa sexa pola natureza da materia sobre a que versa, que pode esixir un xuízo de valor cuxo acerto resulta incompatible coa predeterminación lexislativa, xa sexa pola posición institucional que a administración pública ten atribuída na orde

constitucional, no que lle corresponde certa función conformadora da orde social para a salvagarda dos intereses xerais (art. 103.1 CE)" [FJ 4.3.2.b)].

12. No **Dereito administrativo liberal** (preconstitucional) español, que deixou a súa pegada na ciencia xurídico–administrativa española ata os nosos días, a discrecionalidade foi unha institución bastante estigmatizada e sospeitosa da dogmática *iusadministrativa*, fronteiriza e, polo tanto, só tenuemente separada da arbitrariedade. Abórdase preferentemente desde a perspectiva garantista do seu control xurisdicional e da súa necesaria redución, non desde a perspectiva funcional do cumprimento dos fins da actuación administrativa. Nos últimos vinte e cinco–trinta anos a doutrina española empezou a revisar a perspectiva ata o de agora predominante, pero na praxe do Dereito administrativo español a inercia doutrinal dos anos sesenta a oitenta segue sendo moi forte e o **halo da patoloxía**, a sospeita e o resentimento seguen acompañando a discrecionalidade administrativa. A superación definitiva deste estado de cousas é unha materia aínda pendente do Dereito administrativo español.

13. A **atenuación** da vinculación administrativa á lei lógrase reducindo a densidade coa que as normas programan o contido da actividade administrativa. Á súa vez, este obxectivo pódese alcanzar, con intensidade crecente, vinculando a Administración mediante algún dos seguintes tipos de norma: de programación condicional con conceptos xurídicos indeterminados; de atribución de potestades discrecionais; e de programación final. Como segue.

14. A vinculación da Administración á lei atenúase, en primeiro lugar, mediante normas de programación condicional cuxo suposto de feito se describe coa axuda de **conceptos xurídicos indeterminados**. Formalmente, a doutrina aínda hoxe maioritaria entende que as potestades que se outorgan mediante tales normas son potestades regradas, pero —como veremos máis adiante— admite de forma practicamente unánime que á hora de aplicalas a Administración goza (ou pode gozar polo menos nalgúns supostos) dunha *marxe de apreciación*, non moi distinto da marxe de decisión do que indiscutiblemente se dota a Administración cando se lle atribúen xenuínas potestades discrecionais.

15. En segundo lugar, a lei tamén pode servirse de normas de programación condicional que, comprobada a concorrencia do suposto de feito, non obrigan con todo a Administración para adoptar a consecuencia xurídica prevista na norma (a adopción é facultativa), ou lle permiten a esta elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles. Serían estas as **potestades discrecionais** en sentido estrito, que poden atribuír dous tipos de discrecionalidade, é dicir: ou ben discrecionalidade **de actuación** (a adopción pola Administración da consecuencia xurídica prevista pola norma é facultativa, é dicir, non obrigatoria), ou ben discrecionalidade **de elección** (cando a norma obriga a adoptar unha consecuencia xurídica, pero permítelle á Administración elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles). Tamén é posible que unha mesma norma lle atribúa á Administración ambas as clases de discrecionalidade á vez (a norma prevé unha variedade de consecuencias xurídicas posibles, pero non obriga á adopción de ningunha delas).

16. Un exemplo paradigmático de norma habilitante que atribúe ambas as clases de discrecionalidade (e con conceptos xurídicos indeterminados no suposto de feito normativo) sería o artigo 7.2 da Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico: "O Goberno poderá adoptar, para un prazo determinado, as **medidas necesarias** para garantir a subministración de enerxía eléctrica cando concorra **algún dos seguintes supostos**: a) Risco certo para a prestación da subministración de enerxía eléctrica; b) Situacións de desabastecemento dalgunha ou algunhas das fontes de enerxía primaria (…)

17. Finalmente, naqueles casos en que a realidade regulada resulta particularmente complexa ou mudable, é dicir, cando **non é posible describir o suposto de feito normativo** cun mínimo grao de precisión (nin sequera coa axuda de conceptos xurídicos indeterminados), o ordenamento renuncia a unha programación condicional da actuación administrativa e opta por programala meramente por fins ou obxectivos (programación finalista ou teleolóxica). Este tipo de programación normativa é o que dá lugar ao máis amplo das marxes de decisión que o ordenamento lle pode outorgar á Administración, tendo en conta que o ordenamento non predetermina os medios que a Administración deba ou poida empregar para lograr os fins ou obxectivos que a lei lle obriga a perseguir. As **normas de programación final** difiren a elección dos medios á discrecionalidade da Administración. A manifestación máis clara da marxe de decisión que comporta este modo de programación é a chamada **discrecionalidade de planificación**. Fálase nestes casos dunha "discrecionalidade de configuración" (PAREJO, 2017: 11).

18. Un exemplo da discrecionalidade planificadora pódese atopar na lexislación urbanística, onde se regula o contido e elaboración dos **plans urbanísticos**. Segundo o artigo 3.3 do texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana, aprobado por Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro: "Os poderes públicos formularán e desenvolverán, no medio urbano, as políticas da súa respectiva competencia, de acordo cos principios de competitividade e sustentabilidade económica, social e medioambiental, cohesión territorial, eficiencia enerxética e complexidade funcional, procurando que estea suficientemente dotado, e que o solo se ocupe de maneira eficiente, combinando os usos de forma funcional. En particular: a) Posibilitarán o uso residencial en vivendas constitutivas de domicilio habitual nun contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidade adecuada e integrado socialmente, provisto do equipamento, os servizos, os materiais e produtos que eliminen ou, en todo caso, minimicen, por aplicación da mellor tecnoloxía dispoñible no mercado a prezo razoable, as emisións contaminantes e de gases de efecto invernadoiro, o consumo de auga, enerxía e a produción de residuos, e melloren a súa xestión; b) Favorecerán e fomentarán a dinamización económica e social e a adaptación, a rehabilitación e a ocupación das vivendas baleiras ou en desuso (…)". Reiterada xurisprudencia vén afirmando que estas normas legais conceden unha ampla discrecionalidade de opción a cada concello (por exemplo, STS do 8 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1473).

19. Como é lóxico, a atenuación da vinculación da Administración ao ordenamento xurídico comporta sempre un efecto ineludible: a **intensidade do control xurisdicional diminúe**; canto máis ampla sexa a marxe de apreciación ou de decisión atribuída á Administración, menos intenso poderá ser o seu control xudicial.

1.4. Intensidade do control xurisdicional: control positivo *versus* control negativo

20. Como se acaba de lembrar, a intensidade do control xurisdicional varía segundo o grao de vinculación da Administración ao ordenamento. Este control é de máxima intensidade cando o ordenamento predetermina de maneira exhaustiva e esgotadora o sentido ou contido da actuación administrativa, é dicir, cando a Administración exerce potestades enteiramente regradas. O control do exercicio deste tipo de potestades é un **control positivo**. Non se limita a determinar se a actuación impugnada adoece dalgún vicio xurídico, senón que ten por obxecto comprobar se esta

actuación se corresponde precisamente coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico. Nestes casos, o xuíz contencioso–administrativo reconstrúe, en certo xeito, a decisión administrativa que procedía adoptar no caso conforme o ordenamento. Isto significa que, se a actuación administrativa impugnada non coincide coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico, o xuíz poderá non só anulala, senón ordenar tamén, no seu caso, a substitución daquela pola que proceda en dereito.

21. O control xurisdicional da actuación administrativa é, pola contra, dunha intensidade sensiblemente menor cando a Administración goza dunha **marxe de apreciación ou de decisión** no exercicio da potestade actuada. É dicir, cando (i) goza dunha marxe de apreciación á hora de subsumir a realidade do caso concreto no suposto de feito dunha norma que o describe mediante conceptos xurídicos indeterminados; (ii) cando exerce unha potestade que lle atribúe discrecionalidade de actuación ou de elección (ou ambas á vez); ou, en fin, (iii) cando realiza unha actuación cuxa programación normativa é meramente finalista.

22. En calquera destes casos o control xurisdicional, aínda que de intensidade diversa (pois a amplitude da marxe de apreciación ou de decisión non é a mesma en todos eles), é un **control negativo**. Inversamente ao que sucede no caso do control do exercicio das potestades regradas, o control dunha marxe de apreciación ou de decisión da Administración non ten por obxecto comprobar se a actuación impugnada se corresponde coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico. Pola sinxela razón de que, se a Administración goza dunha marxe de apreciación ou de decisión, o normal será que non exista unha única actuación conforme a dereito no caso concreto.

23. O anterior non significa, con todo, que se acomode ao ordenamento xurídico calquera decisión ou actuación imaxinable e, polo tanto, que resulte inviable calquera control en dereito do exercicio que a Administración faga da súa marxe de apreciación ou de decisión. Porque aínda que a lei lle outorga unha marxe de apreciación ou de decisión á Administración, a elección que esta adopte no exercicio da devandita marxe non debe respectar tan só os límites —formais ou materiais— que ao mesmo lle impoña a propia lei que o outorga (os aspectos regrados de toda potestade incluídos os "conceptos xudicialmente alcanzables" dos que tamén fala a xurisprudencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo en relación co control da discrecionalidade dos actos de goberno), senón tamén o conxunto de **principios que integran o ordenamento xurídico** e que deben ser sempre observados, con independencia de que a lei programe a actuación da Administración con maior ou menor intensidade (*infra* § 6.66). Lembrar unha vez máis que a Administración non só está sometida á lei, senón tamén ao dereito (art. 103.1 CE). Polo tanto, a elección que adopte a Administración no exercicio da marxe de apreciación ou de decisión que lle outorga a lei deberá, aínda cando se manteña dentro dos límites que legalmente acouten esta marxe, observar os principios constitucionais e xerais do dereito que vinculan a Administración na súa enteira actividade, calquera que sexa a densidade normativa coa que esta se atope programada pola lei. Eses principios son, fundamentalmente,

o principio de interdición da arbitrariedade (art. 9.3 CE), o principio de igualdade (art. 14 CE), o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE) —e, como manifestación deste último, o principio de protección da confianza lexítima—, así como o principio de proporcionalidade (*infra* §§ 4.37, 28, 33, 35 e 36).

24. Con todo, o control en dereito que permiten tales principios non é, como se dixo, un control positivo senón **meramente negativo**. Non ten por obxecto comprobar se a actuación impugnada se corresponde coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico (que, cabe insistir, non adoita habela cando a lei lle outorga á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión), senón que se limita a comprobar se a actuación impugnada adoece dalgún vicio xurídico, consistente precisamente na infracción dalgún dos devanditos principios (para o plan urbanístico, por exemplo: STSX Madrid do 3 de febreiro de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:62). Se a actuación impugnada non adoece de ningún vicio, será plenamente conforme a dereito e deberá ser confirmada polo xuíz contencioso–administrativo, aínda que poida haber outras alternativas que o serían igualmente. A elección entre estas non pode ser revisada en sede xurisdicional, pois sendo todas elas inobxectables desde un punto de vista xurídico, calquera pretensión revisora desbordaría os límites propios dun control en dereito, penetrando de cheo no ámbito do xuízo sobre a oportunidade ou o acerto da decisión adoptada pola Administración, cuxa revisión lle está vedada á xurisdición. Como enfatiza o Tribunal Constitucional na STC 6/2026: "resulta sempre exixible que os órganos xudiciais exerzan o dito control con suxeición estrita aos parámetros constitucional e legalmente previstos, sen substituír a autoridade pública competente no xuízo de discrecionalidade que a lei reserva exclusivamente a esta" [FJ 4.3.2.d)].

25. Con todo, un mesmo estándar ou canon de control pode conducir a unha maior ou menor intensidade no control da decisión administrativa impugnada en función do **tipo de intereses que estean en xogo** ou da evolución experimentada polo devandito parámetro co paso do tempo. Por exemplo, o canon da interdición da arbitrariedade (art. 9.3 CE) utilizado polo Tribunal Supremo para controlar a discrecionalidade da decisión sobre o plan urbanístico pasou de obxectar ou descartar só as decisións irracionais a considerar inválida calquera decisión non convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022). Pero non se ha de perder de vista que o control negativo —mediante principios xurídicos— das actuacións administrativas discrecionais e, en xeral, de todas as debilmente programadas polo ordenamento xurídico (incluído o control da ponderación dos bens e intereses en conflito e o dos tres vicios xurídicos en que pode incorrer a ponderación, é dicir: ponderación ausente, ponderación deficiente ou insuficiente e ponderación desproporcionada) é sempre un control delicado porque é fronteirizo entre o control da xuridicidade e o da oportunidade. Por tanto, é un control propicio para a extralimitación xurisdicional. Polo que se refire, en particular, ao **control da proporcionalidade**, procede salientar que nos dous primeiros chanzos deste control (idoneidade ou adecuación e necesidade da medida elixida: *supra* § 4.25) correspóndelle á Administración unha marxe de apreciación, inherente ao carácter prospectivo tanto do xuízo de idoneidade ou eficacia da medida adoptada como do de necesidade (ausencia de medidas alternativas menos restritivas pero, previsiblemente, tamén idóneas ou eficaces para a consecución do fin lexítimo perseguido). Advírtase, en todo caso, que a observancia destes límites do control xurisdicional non é unha cuestión de deferencia cara ao poder executivo como opción de política xudicial. Ao contrario, trátase de límites intrínsecos do control xurídico (polo tanto, de **deferencia debida**), so pena de facer indistinguible o control de xuridicidade do de oportunidade e, en definitiva, de diluír a delimitación dos ámbitos propios e reservados da potestade executiva e da xurisdicional.

26. Neste sentido, só excepcionalmente os principios xurídicos esgotan a marxe de apreciación ou de decisión legalmente outorgado á Administración. Ocasionalmente pode darse algún caso en que, con todo gozar a Administración inicial ou formalmente dunha marxe de apreciación ou de decisión, proceda entender que tan só unha única actuación non estaría incursa en infracción dalgún principio xurídico, por apreciarse que calquera outra imaxinable no caso concreto infrinxiría necesariamente algún destes principios. Nestes casos a doutrina fala dun esgotamento ou, en terminoloxía acuñada pola dogmática alemá, dunha **redución a cero** da marxe de apreciación ou de decisión. Tal esgotamento da marxe de apreciación ou de decisión determina que a potestade actuada se transforme no caso concreto nunha potestade regrada (dado que no caso só unha única solución se axusta a dereito). En consecuencia, o control xurisdicional da actuación impugnada será tamén nestes casos un control positivo (e non meramente negativo, como sucede normalmente cando a lei lle outorga á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión), e por iso terá por obxecto comprobar se esta actuación se corresponde ou non coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico.

1.5. Control do exercicio e control da atribución das potestades que lle confiren á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión

27. Finalmente, procede distinguir aínda entre o **control do exercicio e o control da atribución** das potestades que lle confiren á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión. O primeiro é un control concreto, o segundo, pola contra, un control abstracto.

28. O control ao que nos viñemos referindo ata o de agora é o primeiro, é dicir, o control xurisdicional concreto sobre o **exercicio** das devanditas potestades, que, como se viu, é —polo xeral— un control negativo ou de intensidade limitada. Hai control xurisdicional de exercicio, por exemplo, cando un tribunal comproba se a Administración lle aplicou correctamente a un concreto profesor universitario os criterios normativos que rexen a avaliación da súa actividade investigadora (STS do 12 de xuño de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2524)

29. O outro posible control xurisdicional é abstracto, **sobre a norma mesma** que lle atribúe á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión. O alcance limitado que ten o control xurisdicional do exercicio das potestades que lle confiren á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión pode expor dúbidas sobre a licitude da atribución á Administración de tales potestades, sobre todo cando se lle outorgan **en ámbitos especialmente sensibles** da intervención administrativa na realidade social.

30. Nestes ámbitos, cuxa regulación a Constitución reserva normalmente á lei (por exemplo, a regulación das condicións de exercicio dos dereitos fundamentais, art. 53.1 CE), cabería pensar que o principio de **Estado de Dereito esixe que o lexislador programe** as decisións administrativas cun maior grao de densidade normativa, é dicir, vincule a Administración preferentemente a través de potestades regradas, de tal forma que o control xurisdicional da actuación administrativa poida ser un control de máxima intensidade (isto é, un control positivo).

31. Precisamente neste sentido, o **Tribunal de Xustiza da Unión Europea** (TXUE) estableceu na súa doutrina xurisprudencial que as potestades que lle per-

miten ás autoridades dos Estados membro adoptar **medidas restritivas dalgunha liberdade fundamental** comunitaria (por exemplo, das liberdades de circulación de capitais e de establecemento, recoñecidas nos artigos 63 e 49 TFUE, respectivamente) só poderán entenderse compatibles coas devanditas liberdades se, entre outras esixencias, o ordenamento nacional regula as condicións de exercicio desas potestades de tal maneira (é dicir, cun grao de densidade normativa tal) que a xurisdición poida someter a súa aplicación nos casos concretos a un control xudicial efectivo; ou, o que é o mesmo, a un control xurisdicional de máxima intensidade. A xuízo do TXUE, iso non sucede cando o lexislador nacional lle atribúe á Administración do Estado membro unha **marxe de apreciación ou de decisión demasiado amplo**, xa que nestes casos o control xurisdicional só poderá ser un control negativo de intensidade mínima.

32. Así, por exemplo, se pronunciou o Tribunal de Xustiza Europeo nunha sentenza do 17 de xullo de 2008 (asunto C–207/07) que estimou o recurso por incumprimento interposto pola Comisión Europea contra o Reino de España en relación cos termos en que a Lei española do **sector de hidrocarburos** (Lei 34/1998, do 7 de outubro) lle atribuía á Comisión Nacional de Enerxía (CNE), naquel momento o organismo regulador dos sectores enerxéticos en España (*infra* § 8.29 e § 9), a potestade de autorizar a adquisición de participacións por ou en empresas que desenvolvan nos devanditos sectores actividades que teñan a consideración de reguladas ou outras suxeitas a unha intervención administrativa que implique unha relación de suxeición especial. Na súa sentenza, que conclúe declarando parcialmente a incompatibilidade de tal requisito autorizatorio coas liberdades comunitarias de circulación de capitais e de establecemento, o Tribunal de Xustiza Europeo argumenta que "as disposicións que establecen as razóns polas que a CNE está facultada para denegar ou someter a determinadas condicións unha autorización de adquisición dunha participación nunha empresa que realice actividades reguladas no sector enerxético ou dos activos precisos para desenvolver as devanditas actividades están redactadas en **termos xerais e imprecisos**. Faise referencia aos supostos de existencia de riscos significativos ou de efectos negativos, directos ou indirectos, sobre as actividades das empresas que operan no sector enerxético, ou ben á necesidade de protexer o interese xeral no sector enerxético, sen precisar de que modo se caracterizan tales supostos ou tal necesidade. Estes conceptos non lles permiten aos interesados coñecer de antemán as condicións a que poden supeditarse as operacións suxeitas a autorización previa nin distinguir con certeza os diferentes supostos nos que esta autorización pode denegarse (…). Diso séguese que tal réxime de autorización previa lle confire á Administración unha **facultade discrecional dificilmente controlable** polos órganos xurisdicionais que entraña un risco de discriminación". Repárese, polo tanto, en que neste suposto o Tribunal de Xustiza Europeo non controlou o exercicio da potestade atribuída á Administración nacional nun caso concreto, senón que controlou en abstracto a legalidade europea da atribución a un organismo administrativo nacional dunha potestade que lle confería ao devandito organismo unha marxe de apreciación ou de decisión que o tribunal xulgou excesivamente amplo.

2. A DISCRECIONALIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROL XUDICIAL DO SEU EXERCICIO

33. Como se puido comprobar, o lexislador dispón de diversos instrumentos para atenuar a vinculación da Administración á lei a prol de garantir a eficacia da súa actuación ao servizo dos intereses xerais (é dicir, co fin de dotar a Administración de flexibilidade e capacidade de adaptación a unha realidade crecentemente complexa e mudable). O máis coñecido e clásico dos devanditos instrumentos consiste na atribución a esta **de potestades discrecionais**. Para un exame do réxime xurídico destas potestades habemos de referirnos aos seguintes aspectos: (i) concepto e clases de

potestades discrecionais; (ii) os límites xurídicos que acoutan a marxe de decisión do que goza a Administración no exercicio destas potestades, e o alcance correlativo do **seu control xurisdicional.**

2.1. Concepto e clases de potestades discrecionais

34. Como xa foi sinalado, as potestades que lle confiren á Administración unha marxe de decisión discrecional atribúense a esta mediante os seguintes tipos de normas: **normas de programación condicional** que, comprobada a concorrencia do suposto de feito, non obrigan con todo a Administración para adoptar a consecuencia xurídica prevista na norma (a adopción é facultativa), ou lle permiten a esta elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles; e **normas de programación final**, é dicir, normas que, en lugar de unir consecuencias xurídicas á concorrencia dun determinado suposto de feito descrito na propia norma (normas de programación condicional), vinculan a actuación administrativa fixándolle tan só **fins ou obxectivos**, pero sen predeterminar os medios para alcanzalos.

35. Estes tipos de norma dan lugar, á súa vez, a tres clases de discrecionalidade:

a) **Discrecionalidade de actuación**: a adopción pola Administración da consecuencia xurídica prevista pola norma é facultativa (isto é, non obrigatoria). É dicir, comprobada a concorrencia do suposto de feito normativo, a Administración goza de discrecionalidade para decidir se actúa ou non actúa.

b) **Discrecionalidade de elección**: comprobada a concorrencia do suposto de feito, a norma obriga a Administración para adoptar unha consecuencia xurídica, pero lle permite elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles.

c) Finalmente, unha **discrecionalidade medial** (ou de elección de medios) especialmente ampla confírenlle á Administración as normas que se limitan a programar a súa actuación mediante a mera fixación de fins ou obxectivos (normas de programación final). Nestes casos, e a diferenza do que sucede no suposto anterior, a actuación administrativa non esixe previa comprobación da concorrencia dun determinado suposto de feito normativo, e a elección dos medios non se acha constrinxida, ademais, por un elenco de medidas legalmente acoutado.

36. As primeiras dúas clases de discrecionalidade poden darse **simultaneamente** no exercicio dunha mesma potestade. Iso ocorre cando a norma prevé unha variedade de consecuencias xurídicas posibles, pero non obriga a Administración para adoptar ningunha delas ("Se concorre o suposto de feito X, a Administración poderá adoptar as consecuencias xurídicas Y ou Z"). Deste xeito, a Administración non só goza de discrecionalidade para decidir se actúa ou non actúa, senón tamén para elixir a consecuencia xurídica (de entre as distintas previstas pola norma) se opta por actuar.

37. Tradicionalmente, na doutrina discutiuse sobre **que parte da norma xurídica** atribúe lle á Administración unha potestade discrecional. Considerouse inicialmente por algúns autores, e aínda é hoxe unha doutrina moi estendida, que a discrecionalidade se atopa nos concretos termos autorizatorios da norma. Isto é, en se a norma di que a Administración "poderá" ou "deberá" adoptar tal ou cal decisión

ou consecuencia xurídica (por exemplo, MOZO, 1985: 406). Máis recentemente vai gañando terreo a tese de que a discrecionalidade se define no **suposto de feito normativo** (BACIGALUPO, 1997: 191). O exercicio da discrecionalidade consiste entón en que a Administración completa, en sede de aplicación, o suposto de feito imperfecto da norma habilitante, creando criterios de decisión (adicionais) que non están preestablecidos polo lexislador no suposto de feito normativo pero que é preciso establecer para que a decisión administrativa de actuar ou non actuar (e/ou de actuar nun sentido ou outro) non sexa o resultado do puro arbitrio da Administración (interdición da arbitrariedade). En consecuencia, e contrariamente ao que veu sostendo a doutrina maioritaria durante moito tempo, a discrecionalidade non é un fenómeno vinculado ás consecuencias xurídicas das normas habilitantes da acción administrativa senón ao suposto de feito normativo (incompleto ou directamente inexistente nos supostos de mera programación final). Así, por certo, asúmese xa de forma inequívoca na xurisprudencia do Tribunal Constitucional; véxase a STC 6/2026, FJ 4.3.2.b): "O lexislador pode, por iso, conferir á Administración ámbitos de discrecionalidade, xa sexa esta de carácter normativo, xa sexa de carácter executivo ou aplicativo. Este segundo tipo de escenarios (…) caracterízanse porque o lexislador deixa deliberadamente aberto ou incompleto o suposto de feito normativo dunha concreta actuación administrativa para que sexa a Administración a que determine cales son os criterios máis idóneos para preservar e promover, a través dela e de acordo coas circunstancias concorrentes, a realización do interese xeral. A misión do órgano administrativo que exerce unha potestade discrecional é, por tanto, a de determinar os criterios obxectivos que deben servir para completar o suposto de feito normativo que o lexislador decidiu deixar aberto ou incompleto".

38. O exercicio da discrecionalidade produce *pro*–futuro unha **"autovinculación"** relativa (non absoluta) da Administración titular da potestade discrecional. Se no futuro desexa apartarse dos criterios de decisión conforme os cales actuou en casos anteriores análogos ou similares, debe xustificalo, descartando así que o afastamento poida reputarse arbitrario (art. 35.1 c) LPAC). Así mesmo, a Administración pode reforzar a súa autovinculación, contribuíndo á transparencia da súa actuación e á seguridade xurídica, dando publicidade preventiva aos criterios que guíen o exercicio da súa discrecionalidade mediante a publicación de **comunicacións**, **guías técnicas** ou outros instrumentos equivalentes de soft *law* (*infra* § 16.28).

2.2. Límites xurídicos e control xurisdicional da actividade administrativa discrecional

39. Como xa se explicou, o exercicio de potestades discrecionais non se produce nun ámbito libre de dereito e, polo tanto, non é tampouco inmune ao control en dereito que corresponde á xurisdición. Con todo, dado que a actuación administrativa realizada no exercicio de potestades discrecionais se atopa sometida a unha programación normativa de baixa densidade, o control xurídico do exercicio destas potestades é necesariamente un **control de intensidade limitada**, isto é, polo xeral, un control meramente negativo. A doutrina e a xurisprudencia desenvolveron canons que fan posible impoñerlle límites ao exercicio da discrecionalidade administrativa ao mesmo tempo que se mantén o dogma de que o control polo xuíz se cingue ao exame da legalidade das decisións do executivo: o principio de proporcionalidade, a doutrina dos defectos da ponderación (no sistema alemán), a desviación de poder nos sistemas francés, italiano e europeo, a interdición da arbitrariedade no español etc. A transcendencia dos defectos procedementais (e a súa eventual consideración

como irregularidades non invalidantes) tamén varía nos seus detalles conforme a criterios ou canons establecidos máis ou menos solidamente en cada un dos sistemas (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

40. Vexamos entón de maneira algo máis detida cales son concretamente os **límites xurídicos** que a Administración debe respectar á hora de exercer unha potestade discrecional, e cuxa observancia pode —e debe— fiscalizar o xuíz contencioso–administrativo en caso de impugnación. Se a Administración infrinxe algún destes límites, a súa decisión discrecional adoecerá dun vicio xurídico que determinará a súa anulación. Así, na STC 6/2026, o Tribunal Constitucional recorda que "os parámetros de control xudicial da discrecionalidade deben ser (…) tanto os tradicionalmente acuñados pola lexislación e xurisprudencia administrativas (relativos ós feitos determinantes, a competencia, o procedemento e a desviación de poder) como aquees que derivan dos principios característicos do noso ordenamento constitucional, como é o caso, en particular, da proscrición da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3 CE)" [FJ 4.3.2.d)].

41. O primeiro límite vén dado polos **feitos determinantes** da actuación administrativa. A determinación destes non é discrecional. Polo tanto, o xuíz determina os feitos sen vinculación á determinación efectuada pola propia Administración. Isto significa tamén que a comprobación da concorrencia do suposto de feito normativo que habilita a Administración para actuar discrecionalmente é, en principio, plenamente revisable xudicialmente. Esta afirmación debe ser matizada, con todo, nos casos en que a norma describe o suposto de feito mediante conceptos xurídicos indeterminados, xa que, como veremos máis adiante, nestes supostos a Administración pode gozar dunha marxe de apreciación para subsumir a realidade no suposto de feito da norma e, por conseguinte, para apreciar se o suposto de feito descrito na norma concorre ou non no caso.

42. En segundo lugar, o control xurisdicional é igualmente pleno ou de máxima intensidade en relación cos aspectos formais de carácter regrado de toda potestade discrecional. Estes aspectos inclúen a observancia da **competencia e do procedemento** legalmente establecido. Tamén comprende o cumprimento da obriga legal de **motivación** das decisións discrecionais (*infra* § 17.42). Esta última esixencia non posúe só unha relevancia meramente formal senón tamén **material** para o control —que mencionaremos enseguida— que ten por obxecto comprobar se a decisión infrinxe ou non algún principio constitucional ou principio xeral do dereito.

43. En terceiro lugar, as decisións discrecionais adoecen dun vicio xurídico se incorren en **desviación de poder**. Lembrar que o artigo 106.1 CE establece que os órganos xurisdicionais controlan non só a legalidade da actuación administrativa, senón tamén o sometemento desta aos fins que a xustifican. Neste sentido, o artigo 48.1 LPAC dispón que "son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder". Igualmente, o artigo 70.2 LXCA, xa citado anteriormente, establece que "a sentenza estimará o recurso contencioso–administrativo cando a disposición, a actuación ou o acto incorresen en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desvia-

ción de poder". Este precepto legal define así mesmo o concepto de desviación de poder. Conforme ao que establece no seu parágrafo segundo, "enténdese por desviación de poder o exercicio de potestades administrativas para **fins distintos** dos fixados polo ordenamento xurídico".

44. Aínda que a lei non limita expresamente a desviación de poder ás potestades discrecionais, é este un vicio típico do exercicio desta clase de potestades. Ter en conta que se se trata dunha **potestade regrada** e a actuación administrativa correspóndese puntualmente coa única permitida polo ordenamento xurídico, resulta do todo **irrelevante** desde o punto de vista xurídico se a Administración actuou animada ou non polo fin para o que a potestade exercida foille atribuída. Pola contra, se a potestade actuada é discrecional e a decisión da Administración adóptase en aparencia dentro dos límites da marxe de decisión que lle confire esta potestade, si resulta plenamente relevante saber se a decisión foi adoptada ou non para o fin para o que a potestade discrecional foille atribuída á Administración. Con todo, trátase dun vicio normalmente **difícil de probar** na práctica procesual.

45. Finalmente, o límite xurídico máis importante que o ordenamento xurídico impón ao exercicio de potestades discrecionais é o deber de observancia dos **principios constitucionais e principios xerais do dereito** aos que se achan sometidos na súa actuación todos os poderes públicos. Como xa se dixo, son estes, no esencial, o principio de interdición da arbitrariedade (art. 9.3 CE), o principio de igualdade (art. 14 CE), o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE) —e, como manifestación deste último, o principio de protección da confianza lexítima—, así como o principio de proporcionalidade e o mandato de ponderación que lle é inherente.

46. Lembrar, con todo, que o control que permiten tales principios é un **control meramente negativo**. Non ten por obxecto comprobar se a actuación fiscalizada correspóndese coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico (que, como xa nos consta, non adoita habela cando a lei outorga á Administración unha marxe de decisión), senón que se limita a comprobar se a actuación discrecional impugnada se atopa ou non incursa na infracción dalgún dos devanditos principios. O recurso só prosperará se a actuación discrecional impugnada se revela arbitraria, irracional, irrazoable, discriminatoria ou desproporcionada. Se, pola contra, ningunha de tales tachas concorre na actuación fiscalizada, esta será conforme a dereito e procederá a desestimación do recurso.

47. Ter presente, con todo, que, como xa se sinalou, un mesmo estándar ou canon de control pode conducir a unha maior ou menor intensidade no control da decisión administrativa impugnada en función do tipo de intereses que estean en xogo ou da **evolución** experimentada polo devandito parámetro co paso do tempo. Por exemplo, o canon da interdición da arbitrariedade (art. 9.3 CE) utilizado polo Tribunal Supremo para controlar a discrecionalidade da decisión sobre o plan urbanístico pasou de obxectar ou descartar só as decisións irracionais a considerar inválida calquera decisión non convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

48. Habemos de lembrar, con todo, que **excepcionalmente** os principios xurídicos si poden chegar a esgotar a marxe de decisión discrecional atribuído á Administración. Como xa explicamos, esta situación prodúcese naqueles casos en que se dá unha **redución a cero da discrecionalidade**. Nestes casos, xa mencionados, o control xurisdicional da actuación fiscalizada é un control positivo, e por iso terá por obxecto comprobar se esta actuación se corresponde ou non coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico.

3. A APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS XURÍDICOS INDETERMINADOS E O CONTROL XURISDICIONAL DA SÚA LEGALIDADE: A MARXE DE APRECIACIÓN DA ADMINISTRACIÓN

49. A vinculación normativa da Administración non só resulta atenuada cando o ordenamento lle atribúe potestades discrecionais. Como xa foi sinalado, tamén se atenúa cando, malia atoparse a actuación administrativa vinculada mediante normas de programación condicional que unen a adopción dunha determinada consecuencia xurídica á concorrencia dun determinado suposto de feito, este descríbese mediante **conceptos xurídicos indeterminados** (por exemplo, conceptos como "utilidade pública", "interese social", "razóns de interese público", "risco significativo", "usos tradicionais", "interese artístico, histórico, científico ou técnico", "oferta máis vantaxosa" etc.). Como se dixo, a doutrina aínda hoxe maioritaria entende que as potestades que se outorgan mediante tales normas son, a pesar da indeterminación na que incorre a descrición normativa do suposto de feito, **potestades regradas**, pero, como veremos enseguida, admite inmediatamente —de forma practicamente unánime— que á hora de aplicalas a Administración goza (ou pode gozar polo menos nalgúns supostos) dunha **marxe de apreciación**, non susceptible dun control xurisdicional de máxima intensidade (ou positivo). Nos apartados seguintes analizaremos brevemente: a noción de concepto xurídico indeterminado; o concepto de marxe de apreciación; os límites xurídicos que acoutan esta marxe e o alcance correlativo do seu control xurisdicional; a proximidade entre a discrecionalidade administrativa e a marxe de apreciación da que goza a Administración cando aplica conceptos xurídicos indeterminados, e a similitude do alcance do seu respectivo control xurisdicional; a chamada discrecionalidade técnica da Administración, que en realidade é, no esencial, unha manifestación da marxe de apreciación que comporta a aplicación de conceptos xurídicos indeterminados.

3.1. Conceptos xurídicos indeterminados

50. Os conceptos que aquí nos ocupan son **conceptos vagos** (como se denominan na teoría da linguaxe) que, cando se empregan na redacción dunha norma xurídica, a doutrina denomínaos conceptos xurídicos indeterminados. O característico de tales conceptos, aos que necesariamente han de recorrer con suma frecuencia os titulares de potestades normativas no exercicio da súa función reguladora (que é, por definición, unha tarefa abstracta e xeral), reside en que o xuízo sobre a subsunción do caso concreto no suposto de feito normativo non adoita ser un xuízo seguro senón, na maioría dos casos, un xuízo dubidoso e, polo tanto, opinable.

51. O xuízo sobre a subsunción só é (relativamente) seguro cando o caso concreto se incardina nalgunha das dúas **zonas de certeza** do concepto, é dicir: ben na súa zona de certeza positiva (o caso se subsume, sen lugar a dúbida algunha, no

concepto), ben na súa zona de certeza negativa (o caso non se subsume, sen lugar a dúbida algunha, no concepto).

52. Por exemplo, o artigo 1.2 da **Lei do patrimonio histórico español** (Lei 16/1985, do 25 de xuño) establece que integran este patrimonio "os inmobles e obxectos mobles de interese artístico, histórico, paleontolóxico, arqueolóxico, etnográfico, científico ou técnico". Pois ben, ningunha dúbida cabería de que un palacio do século XVII deseñado por un arquitecto famoso da época é un "inmoble de interese histórico–artístico" (zona de certeza positiva), e tampouco cabería ningunha dúbida de que un edificio de recente construción que aloxa as oficinas administrativas do reitorado dunha universidade nunca podería merecer tal consideración (zona de certeza negativa). Con todo, se a pregunta é se, para os efectos novamente da Lei do patrimonio histórico español, cabe predicar a calidade de "inmoble de interese científico" dun edificio que alberga uns modernos laboratorios dun centro de investigación do Consello Superior de Investigacións Científicas (CSIC) a resposta pode parecer dubidosa. Este caso situaríase, polo tanto, na chamada zona de incerteza (ou zona de penumbra) do concepto indeterminado, que é aquela na que o concepto, por carecer nela de case toda densidade semántica, apenas lle ofrece ao aplicador un parámetro ou criterio que lle permita discernir cal sexa a subsunción procedente do caso concreto. En consecuencia, nestes casos a decisión sobre a aplicación do concepto que proceda ha de adoptala o propio aplicador (a Administración) conforme criterios necesariamente alleos ao concepto (criterios extras semánticos) e, polo tanto, conforme a **criterios extraxurídicos**.

3.2. A marxe de apreciación

53. A **marxe de apreciación** que se lle recoñece á Administración á hora de aplicar conceptos xurídicos indeterminados limítase, en todo caso, ao xuízo sobre a subsunción procedente nos casos comprendidos na **zona de incerteza** do concepto. Loxicamente, non se estende á aplicación do concepto nas súas zonas de certeza. Aquí a aplicación do concepto reviste un carácter estritamente regrado, polo que pode ser revisada plenamente polo xuíz contencioso–administrativo mediante un control de máxima intensidade (control positivo).

54. Na doutrina académica é obxecto de discusión se todos os conceptos xurídicos indeterminados habilitan unha marxe de apreciación. A resposta a este interrogante non é unívoca. Na **doutrina alemá**, por exemplo, na que ten a súa orixe dogmática a teoría dos conceptos xurídicos indeterminados, considérase aínda hoxe de forma maioritaria que estes conceptos non habilitan unha marxe de apreciación en todos os casos, senón só en determinados supostos (por exemplo, en relación con decisións de avaliación no ámbito escolar ou académico ou da función pública, decisións de órganos especializados cuxa adopción requira valoracións, apreciacións ou xuízos prospectivos de carácter técnico ou científico, ou outras decisións análogas). Estes supostos aseméllanse moito, por certo, a aqueles nos que a doutrina española advirte a existencia dunha específica modalidade da marxe de apreciación da Administración á que enseguida nos referiremos, é dicir: a chamada discrecionalidade técnica. Na nosa doutrina, en cambio, adóitase admitir a marxe de apreciación cun **alcance máis xeral**. Isto é, pártese en principio da base de que na zona de incerteza de calquera clase de concepto xurídico indeterminado a Administración goza dunha marxe de apreciación. En efecto, segundo o Tribunal Supremo, a "libre apreciación (…) é inherente á individualización dos conceptos xurídicos indeterminados" (STS do 12 de decembro de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097), e ao facer esta afirmación non introduce modulación ou excepción de ningún tipo.

3.3. Límites xurídicos da marxe de apreciación e alcance do seu control xurisdicional

55. Como xa nos consta, o exercicio de potestades que lle outorgan á Administración unha marxe de apreciación non se produce nunca nun ámbito libre de dereito e, polo tanto, non é de entrada inmune ao control xurisdicional. Con todo, dado que a programación normativa que ofrecen os conceptos xurídicos indeterminados na súa zona de incerteza é de moi baixa densidade, o control xurídico da súa aplicación na devandita zona (que é no que opera a marxe de apreciación) é necesariamente un control de intensidade limitada, isto é, un **control meramente negativo**.

56. Segundo o Tribunal Supremo, "a liberdade de que goza a Administración aparece referida na marxe de apreciación que necesariamente comporta a individualización da única actuación legalmente autorizada para atender aquel interese, e que só xenericamente foi definida. E para esa marxe de apreciación —prosegue o Tribunal— adoita aceptarse a ampla extensión que existe ata o límite que representa a irracionalidade ou a ostensible equivocación". Con todo, iso "non significa o recoñecemento dunha omnímoda liberdade, nin unha imposibilidade de control", tendo en conta que —matiza o Tribunal— "sempre haberá de ser respectado o mandato constitucional de interdición da arbitrariedade e sempre poderán facerse valer, a través da correspondente impugnación, aqueles feitos e circunstancias que evidencien que se incorreu en ostensible erro ou clara irracionalidade, e que, por isto último, aquel mandato non foi observado" (STS do 12 de decembro de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097).

3.4. Distinción entre marxe discrecional e marxe de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidade

57. A doutrina aínda hoxe maioritaria en España (aínda que crecentemente cuestionada) sostén que a marxe de apreciación que os conceptos xurídicos indeterminados habilitan na súa zona de incerteza non altera a natureza regrada da potestade (nin, polo tanto, a unidade de solución xusta que se predica do exercicio desta clase de potestades) e que, por iso, a **marxe de apreciación e a discrecionalidade administrativa non comparten a mesma natureza**. Segundo esta tese, a discrecionalidade consiste nunha verdadeira marxe de volición ou vontade, mentres que a marxe de apreciación sería unha mera marxe de cognición ou coñecemento. Neste sentido, sinala o Tribunal Supremo que "adoita (…) admitirse a diferenciación entre potestades discrecionais e potestades regradas a través de conceptos xurídicos indeterminados. Nestas últimas hai un só interese público, e a liberdade de que goza a Administración aparece referida na marxe de apreciación que necesariamente comporta a individualización da única actuación legalmente autorizada para atender aquel interese, e que só xenericamente foi definida" (STS do 12 de decembro de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097, xa citada).

58. Ao meu xuízo, a tese anterior non resulta convincente. Non se sostén a afirmación de que a marxe de apreciación é unha mera marxe de cognición. Como se sinalou, na zona de incerteza os conceptos xurídicos indeterminados non lle ofrecen ao aplicador ningún parámetro ou criterio que lle permita discernir cal sexa a subsunción procedente do caso concreto. Por tanto, nesta zona do concepto a decisión sobre a aplicación que proceda do mesmo acábaa adoptando o propio aplicador conforme

criterios necesariamente alleos ao concepto e, polo tanto, conforme a criterios extraxurídicos. En consecuencia, trátase —do mesmo xeito que sucede cando se exerce unha potestade discrecional— dunha decisión volitiva que de ningún xeito emana dun xuízo meramente cognitivo. En ambos os casos **a Administración completa, en sede de aplicación, o suposto de feito imperfecto** da norma habilitante, creando criterios de decisión adicionais que non están preestablecidos polo lexislador no suposto de feito normativo pero que é preciso establecer para que a decisión administrativa non sexa o resultado do puro arbitrio da Administración. En suma, tanto a marxe de apreciación como a discrecionalidade administrativa operan no ámbito do suposto de feito normativo e integran, en consecuencia, un concepto unitario de discrecionalidade. Ademais, resulta notoria a similitude que existe entre a "ampla extensión" que se predica da marxe de apreciación e a da marxe de decisión que ofrecen as xenuínas potestades discrecionais, así como a proximidade dos canons do control xurisdicional de ambas as marxes. En ambos os casos o control posible é un típico control negativo, de intensidade limitada e baseado en canons moi similares (BACIGALUPO, 1997, 203).

3.5. A discrecionalidade técnica da Administración

59. Na xurisprudencia e a doutrina española fálase de "discrecionalidade técnica" para facer referencia a decisións tomadas por órganos administrativos compostos por expertos, técnicos ou científicos e cuxas decisións, precisamente por ser "técnicas", **non poden ser plenamente revisadas** pola xurisdición contenciosa. Hai discrecionalidade técnica, por exemplo, cando nun procedemento de selección de empregados públicos da Universidade de Córdoba a correspondente comisión avalía os coñecementos e méritos dos distintos candidatos (por exemplo, STS do 18 de maio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:3505).

60. En xeral, son moitos os casos nos que a adopción dunha decisión administrativa esixe complexas apreciacións, xuízos prospectivos e valoracións de riscos de carácter técnico, económico ou científico. Tales xuízos **non se atopan predeterminados** —nin resultan en puridade predeterminables— polo dereito, polo que un control positivo do fondo destes desbordaría necesariamente os límites propios dun control xurídico.

61. O control en dereito dos xuízos técnicos da Administración responde ao modelo dun **control negativo de intensidade limitada**. Segundo o Tribunal Constitucional, o control xurisdicional "pode atopar nalgúns casos límites determinados. Así ocorre en cuestións que han de resolverse por un xuízo fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que só pode ser formulado por un órgano especializado da Administración e que en si mesmo escapa pola súa propia natureza ao control xurídico, que é o único que poden exercer os órganos xurisdicionais, e que, naturalmente, deberán exercelo na medida en que o xuízo afecte o marco legal en que se encadra, é dicir, sobre as cuestións de legalidade" (STC 219/2004, FX 6). En definitiva, o control xurisdicional dos xuízos técnicos da Administración redúcese, no esencial, a dous supostos: dun lado, o control da observancia dos aspectos formais de carácter regrado (competencia, procedemento e motivación), e, doutro, o control da arbitrariedade e do erro ostensible ou manifesto na apreciación técnica.

62. É obxecto de discusión o verdadeiro significado da tradicional "discrecionalidade técnica". Na miña opinión, e tal e como pon de manifesto a doutrina alemá xa aludida, a chamada discrecionalidade

técnica é no esencial, e malia a súa tradicional denominación (equívoca e por iso controvertida), unha manifestación da marxe de apreciación. Concretamente, da marxe de apreciación que provocan na súa zona de incerteza aqueles **conceptos xurídicos indeterminados que remiten a regras, criterios ou parámetros propios de coñecementos especializados**, alleos tanto ao saber xurídico como á experiencia común do home medio. Así sucede, en particular, no ámbito da lexislación que regula a intervención administrativa en **sectores especialmente complexos** da realidade social, tales como o medio ambiente, os sectores enerxéticos, as telecomunicacións ou o sector financeiro. Por exemplo, o artigo 239 da nova Lei 6/2023, do 17 de marzo, dos mercados de valores e dos servizos de investimento (LMVSI) dispón que "a CNMV poderá introducir límites e condicións á actividade das súas entidades supervisadas coa finalidade de evitar un endebedamento excesivo do sector privado que poida afectar a estabilidade financeira". Determinar a partir de que limiar un endebedamento debe considerarse "excesivo" (porque "poida afectar a estabilidade financeira") esixe coñecementos económicos altamente especializados que transcenden ao saber xurídico.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Bibliografía citada

Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad Administrativa", *Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 100 (2018), pp. 131-164.

Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.

Luciano PAREJO ALFONSO, "El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza", *Práctica Urbanística*, núm. 144 (2017), pp. 1-35.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

4.2. Bibliografía complementaria recomendada

María José ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, 2.ª ed. (2.ª reimp.), Thomson–Civitas, Madrid, 2004.

Javier DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.

Tomás–Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Civitas, Madrid,1995.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid 2009.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "El control judicial de los planes administrativos", *Blog de la Facultad de Derecho de la UAM*, 5/10/2022 (https://www.blog.fder.uam.es/2022/10/05/el-control-judicial-de-los-planes-administrativos/).

Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.