

El control jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa en Italia

CARLO EMANUELE GALLO¹
GABRIELA CREPALDI²

RESUMEN

En la búsqueda del interés general, la Administración escoge y toma decisiones a partir de una imprescindible actividad de apreciación de los hechos y de valoración de los intereses públicos y privados en juego. De este modo, sus decisiones pueden caracterizarse por la discrecionalidad administrativa, técnica o técnico-administrativa. El presente trabajo de investigación ilustra las distintas formas de la discrecionalidad, para luego reflexionar acerca de los modos de control por parte del juez administrativo y proponer, en una parte final, el estudio de su alcance en relación con algunos sectores y áreas de intervención específicos.

Palabras clave: función administrativa, fuentes del derecho, derecho administrativo, discrecionalidad administrativa, control jurisdiccional, planificación, buen gobierno.

- 1 Doctor en Derecho, Persona y Mercado de la Universidad de Torino, Torino, Italia. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Torino, Torino, Italia. Correo-e: carloemanuele.gallo@unito.it. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0999-633X>
- 2 Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Torino, Torino, Italia. Profesora asociada de Derecho Administrativo en la Universidad de Bérgamo, Bérgamo, Italia. Correo-e: gabriella.crepaldi@unibg.it. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1307-4266>. Fecha de recepción: 7 de marzo de 2022. Fecha de modificación: 8 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 11 de mayo de 2022. Para citar el artículo: GALLO, CARLO EMANUELE y CREPALDI, GABRIELLA, "El control jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa en Italia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 53-88. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.03>

Judicial Control Over Administrative Discretion in Italy

ABSTRACT

In serving the general interest, the Public Administration make choices and take decisions based on a mandatory examination of the facts and on the assessment of both public and private interests in stake. Such decisions may be characterized by administrative, technical, or technical-administrative discretion. This research works aims to illustrate the different types of discretion, it then reflects on the methods employed for judicial review by Italian administrative judges, and proposes, in a final section, the study of the scope of judicial control in a number of specific sectors and areas of administrative action.

Keywords: Administrative Function, Sources of Law, Administrative Law, Administrative Discretion, Jurisdictional Review, Planning, Good Government.

INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DISCRECIONALIDAD

La discrecionalidad es una connotación necesaria para la Administración pública, tanto en términos de organización como en términos de actividad³. La Administración pública es una estructura de servicio del poder político⁴, que es necesaria en la medida en que las decisiones que este poder político debe tomar requieran para su implementación una actividad compleja, cuya finalidad es concretar las decisiones de carácter general que el poder político asume⁵. Esta concretización es en realidad una contextualización de las decisiones del poder político y requiere inevitablemente apreciaciones de hecho y valoraciones no solo según derecho, sino también de valor, que deben ser efectuadas por esta estructura específica. El poder político, de hecho, no

3 Así, literalmente, MARCELLO CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna: Il Mulino, 2015, p. 118.

4 CARLO EMANUELE GALLO, "Il diritto amministrativo", en Carlo Emanuele Gallo (coord.), *Manuale di diritto amministrativo*, Turín: Giappichelli, 2020, p. 3.

5 VINCENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Turín: Giappichelli, 2017, p. 288.

podría en modo alguno tomar directamente todas estas decisiones⁶, ya sea por razones prácticas, habida cuenta de la gran pluralidad de resoluciones que la Administración adopta cada día, como por razones jurídicas; es decir, habida cuenta de que las decisiones concretas deben adoptarse tras una atenta reconstrucción de la situación de hecho, así como de los intereses, variados y a menudo en conflicto, que pueda haber en juego. Solamente un aparato dedicado a ello puede, por tanto, desempeñar esta función: la presencia y la actividad de la Administración pública constituyen, por tanto, una protección para los destinatarios de la actividad de estas, es decir, para los ciudadanos, que de ese modo tienen mayores garantías sobre la consideración detallada de cada decisión y pueden también, en todos los regímenes, pero con mayor motivo en un régimen democrático, hacer oír su propia voz.

Se trata de una situación de la que ya se ha cobrado conciencia, si bien, en Italia, el texto constitucional, aprobado inmediatamente después de la caída del régimen fascista, dedica poco espacio a la actividad administrativa que, de hecho, se presupone en el artículo 97, en el que se identifican los principios que deben regir la organización de la Administración pública⁷: el principio de legalidad, es decir, el respeto a la ley, y los principios de imparcialidad y buen desempeño⁸. La disciplina de la organización, sin embargo, trae consigo la disciplina de la actividad, ya que una Administración imparcial y bien organizada inevitablemente producirá una actividad imparcial y bien organizada. El constituyente, al dictar las normas sobre la Administración pública, probablemente ha tenido presente la necesidad de dar el máximo valor al papel del Parlamento, razón por la cual no ha dedicado a la actividad de la Administración, ni en el artículo 97 ni en ningún otro artículo, una atención específica. Esto ha llevado a la literatura jurídica, en los primeros años a partir de la entrada en vigor de la Constitución, a subrayar el papel omnipresente del legislador y a reducir el ámbito de la discrecionalidad administrativa, que se ha visto como una especie de supervivencia de un sistema basado en el totalitarismo o que, en cualquier caso, no respetaba la soberanía popular. Sin embargo, con el tiempo nos hemos dado

6 ENRICO FOLLIERI, *“L’attività amministrativa e la sua disciplina”*, en Franco Gaetano Scoca (coord.), *Diritto amministrativo*, Turín: Giappichelli, 2015, p. 189.

7 Una relectura al respecto la propone FULVIO CORTESE, *“Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo”*, *Rivista Diritto amministrativo*, vol. 2, 2020, pp. 329 y ss.

8 Una ilustración actualizada de estos tres principios es la realizada por GUIDO CORSO, *“Il principio di legalità”*; MARIO ROSARIO SPASIANO, *“Il principio di buon andamento”* y LUCA ANTONINI, *“Il principio di imparzialità”*, en Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milán: Giuffrè, 2020, pp. 43 y ss. La importancia de estos principios también para la responsabilidad administrativa la ilustra FABRIZIO TIGANO, *“Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti”*, *Diritto e processo amministrativo*, vol. 15, 2021, pp. 127 y ss.

cuenta de que este tipo de interpretación de los hechos y de reconstrucción del sistema no era correcto porque, como se ha visto, el poder discrecional evita inútiles rigideces y las consiguientes distorsiones y, a su vez, permite a la Administración, obviamente si esta es escrupulosa y bien orientada, el perseguir de la mejor manera las finalidades que le han sido confiadas. En los últimos tiempos, por tanto, las valoraciones ante el poder discrecional de la Administración han resultado más favorables⁹.

En el presente artículo revisaremos los límites que la jurisprudencia y doctrina han introducido para el ejercicio de las potestades discrecionales, con la finalidad de dotar las actuaciones de mayor transparencia y hacerlas revisables en caso de reclamación. En consecuencia, el problema principal que se abordará será el de la aparente riña o contradicción entre la discrecionalidad y la conformación democrática de la ordenación. De esta manera, se propone ilustrar las formas de discrecionalidad, abordará las modalidades de supervisión de parte del juez administrativo y, finalmente, se propondrá un análisis especial en relación con algunos sectores específicos.

1. EL ESQUEMA NORMA-HECHO/NORMA-PODER-HECHO

Para aclarar el papel de la discrecionalidad administrativa en la configuración de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos, se ha difundido –y se ha aceptado generalmente– una particular teórica que identifica dos tipos de esquemas, en relación con los cuales puede la Administración pública llevar a cabo sus actividades¹⁰. El primero es el esquema norma-hecho: en este caso, el legislador define directamente cuál es la configuración jurídica del hecho al que quiere hacer referencia y la Administración simplemente debe comprobar que la decisión del legislador corresponda a la situación factual que el legislador ha imaginado como destinataria de dicha decisión. En este caso, por tanto, la actividad de la Administración pública es una actividad vinculada: se trata solamente de constatar que la realidad factual sobre la que se incide corresponde exactamente a la norma jurídica de referencia, con el resultado de que cuando no sea así no se podrá intervenir o se deberá intervenir sobre la base de otra norma. Se trata, en efecto, de una actividad vinculada.

El segundo esquema es el de norma-poder-hecho: en este caso entre la norma, es decir, la regla dictada por el legislador, y la realidad factual sobre

9 Reconstruye el cuadro FRANCESCO DE LEONARDIS, "Principi generali dell'azione amministrativa", en Alberto Romano (coord.), *L'azione amministrativa*, Turín: Giappichelli, 2016, pp. 1 y ss.

10 Por ejemplo, en ELIO CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán: Giuffrè, 2019, pp. 306 y ss.

la que esta quiere incidir o quiere regular, necesariamente debe interponerse el ejercicio del poder de la Administración, entendido como poder de decisión que trae consigo para la parte pública la posibilidad de imponerse al ciudadano particular y de obligarlo a adecuarse. Es precisamente en este caso donde se abre el espacio del poder discrecional, que se concibe como poder, precisamente en cuanto hay que valorar cómo puede definirse su alcance en la ley a fin de permitir la realización del objetivo de interés público que el legislador ha asignado a la Administración. Y precisamente en esto es donde el poder es discrecional, es decir, es un poder de decisión pero que está condicionado por su finalidad, el interés público, que el legislador ha identificado¹¹.

2. LA VALORACIÓN DE LOS INTERESES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

El esquema norma-poder-hecho identifica la relación entre la ley y el resultado de la actividad de la Administración, reconociendo el espacio asignado a la valoración discrecional de estas, pero no dice nada en relación con los criterios a partir de los que se debe hacer efectiva y ejecutarse la decisión de la Administración: el único elemento que surge de la situación antes descrita es el hecho de que el poder administrativo es un poder que deriva de las decisiones del legislador y que está además condicionado por ellas, en el sentido de que las decisiones del legislador orientan necesariamente la actividad de la Administración. Esta orientación, sin embargo, para poder concretizarse y hacerse así específica requiere todavía una valoración, que debe ser precisamente la valoración indicada al comienzo, es decir, la concretización o contextualización en el ejercicio del poder y de los intereses¹². Dado que se debe tomar una decisión, de hecho, la Administración debe identificar cuáles de los perfiles que se presentan se debe preferir. Con la expresión perfil se hace referencia a la existencia de una pluralidad de intereses, que pueden también entrar en conflicto, con respecto a los cuales la actividad de la Administración pasa a ser significativa.

En la ordenación tradicional, también en Italia, cada poder atribuido a la Administración, y por tanto cualquier función que el legislador atribuya a la Administración, corresponde a un interés específico.

11 Es conforme a ello la opinión más extendida: para todos, BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, "Il procedimento", en Sabino Cassese (coord.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milán: Giuffrè, 2015, p. 297.

12 Para todos, VINCENZO CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari: Laterza, 2021, pp. 13 y ss.

Esta referencia al interés es lo que justifica la atribución de una competencia: así, la Administración que se ocupa de las carreteras debe perseguir el interés de la seguridad y la rapidez del tráfico; la Administración que se ocupa de la educación debe perseguir el interés en la existencia de edificios para escuelas seguros e idóneos para su función educativa; la Administración que se ocupa de la distribución de la energía debe preocuparse por organizar una red que distribuya la energía en todo el territorio del modo más rápido y económico posible.

En el pasado –y no era raro el caso–, cuando los distintos intereses se entrecruzaban, la solución se encontraba en la implicación de las distintas autoridades interesadas a través de la promulgación de las medidas concretas que son competencia de cada una; para poder realizar una intervención era necesario tener a disposición las manifestaciones de consentimiento de todas las autoridades en quienes recaía la titularidad de los intereses implicados. Esta solución estaba justificada en una situación en la que, en cualquier caso, los intereses relevantes eran pocos y las autoridades que tenían que participar no eran, por tanto, muchas.

Con el paso del tiempo, sin embargo, hemos llegado a entender que este modo de proceder podía generar una gran lentitud en la maquinaria administrativa, al requerir la celebración de una serie de procedimientos, y podía además conducir a resultados que, en realidad, eran de estancamiento y de conflicto permanente, en el supuesto de que cada una de las autoridades cerrase el procedimiento que se les había asignado de un modo no coordinado. Este tipo de solución olvidaba además las exigencias que planteaban los intereses de los particulares, ya se tratase de particulares favorables al procedimiento o contrarios al mismo, particulares individuales u organizados en grupos, o exponentes de intereses más amplios.

Se ha optado así por atribuir a cada Administración la obligación de tener en cuenta todos los intereses públicos y privados relevantes y de acomodarlos, para llegar a una solución que fuera adecuada a las exigencias de cada uno. Obviamente, por lo demás, cada Administración, al poner en marcha el procedimiento de su competencia, legítimamente ponía particular consideración en la función suya propia, la que debía realizar.

Esto significaba que había una distinción entre el interés primario, propio de la Administración que pone en marcha la iniciativa y la quiere concluir, y los intereses secundarios, propios de otras Administraciones o incluso de particulares interesados.

Sin embargo, una rígida diferenciación en términos cualitativos muy pronto resultó imposible¹³, ya que los intereses secundarios podían tener mayor entidad que el interés primario, y que esta relevancia especial no se puede pasar

13 Como bien muestra ENRICO FOLLIERI, *L'attività amministrativa*, op. cit., p. 191.

por alto solo porque la Administración que procede es otra Administración: pensemos, por ejemplo, en la importancia del patrimonio histórico, artístico, cultural o paisajístico, con respecto a la necesidad de realizar distintas obras públicas. El patrimonio histórico, artístico, paisajístico o cultural prevalece con respecto a la necesidad de realizar cualquier calzada pública. De ese modo, cada Administración ha tenido que contemporizar con todos los intereses en juego y, en última instancia, ha tenido que desistir de su propio interés primario ante los intereses secundarios prevalentes: esto ha llevado a decir que, a decir verdad, no hay intereses primarios o secundarios, sino que es necesario acomodar todos los intereses, atribuyendo a cada uno su relevancia específica.

3. LA NECESIDAD DE QUE LA VALORACIÓN SEA RAZONABLE Y COHERENTE

La falta de un criterio de prevalencia ligado a la competencia propia de la autoridad que procede ha hecho que la valoración acerca de la corrección de la decisión discrecional dependa de un juicio conjunto de esta, considerado en términos de su carácter razonable y coherente¹⁴. Lo razonable se refiere a que la decisión sea adecuada con respecto a la realidad factual existente y con los intereses en juego, mientras la coherencia depende de la relación entre la decisión tomada y los valores y reglas dictadas en general por la ordenación. Una decisión inadecuada con respecto a la realidad o desequilibrada con respecto a los intereses en juego, o bien una decisión que olvida el cuadro normativo de valores en el que se inserta, no puede ser considerada correcta. Esto significa, además, que la valoración discrecional está condicionada por las decisiones anteriores de la misma Administración o de otra Administración que haya operado en un sector próximo o en cualquier modo condicionado por la nueva decisión que se debe tomar.

El carácter, en resumidas cuentas, genérico, de la fórmula de lo razonable y lo coherente se completa con la referencia a las decisiones precedentes de las distintas Administraciones.

Entre los elementos a considerar están también los principios de proporcionalidad y adecuación: la decisión debe tomarse de modo que no perjudique excesivamente a ninguno de los intereses públicos o privados en juego, pese a que no puedan verse satisfechos, y debe ser también adecuada a su finalidad, es decir, capaz de permitir perseguir el fin que se debe alcanzar.

14 Como bien aclara DIANA URANIA GALETTA, "I principi di proporzionalità e ragionevolezza", en Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milán: Giuffrè, 2020, pp. 107 y ss.

4. EL APORTE COLABORATIVO DE LOS PARTICULARES

Una importante contribución para que la valoración de la Administración sea razonable y coherente es la derivada del aporte colaborativo de los particulares. Este aporte, previsto ya en 1865 pero no implementado si no en supuestos particulares (el procedimiento de expropiación o los procedimientos de planificación urbanística), generalizado más tarde, en 1990, por la ley sobre el procedimiento administrativo permite, no solo a los destinatarios de la disposición sino también a todos los sujetos en alguna medida efectivamente interesados por las disposiciones, favorable o desfavorablemente, presentar a la Administración la propia posición al respecto¹⁵. El uso de esta posibilidad en realidad no está particularmente extendido y sobre todo no se hace en modo particularmente útil, en concreto, porque los particulares muy a menudo se limitan a mostrar su malestar con las intenciones de la Administración o a manifestar la más viva oposición, pero sin aportar elementos jurídicos o de hecho que sostengan sus propias tesis. Y a la inversa, la colaboración es útil si pone bajo la atención de la Administración, introduciéndolos así en el procedimiento elementos que esta no haya considerado o si representa soluciones alternativas que la Administración no haya valorado, a fin de posibilitar el logro del interés público sin perjuicio de quien participa en el procedimiento. Una participación de este tipo tiene la capacidad de condicionar la tarea de la Administración, que debe expresarse sobre ella en la disposición final: una participación que represente solamente una oposición genérica no es, obviamente, de ninguna utilidad.

La participación es sustancialmente individual incluso cuando el individuo está constituido por un sujeto colectivo o por una asociación que expone intereses más extensos; son raros los supuestos en que la participación puede realizarse en forma distinta, es decir, plural, como cuando se organizan las definidas como foros públicos: de estas instituciones no se tiene una experiencia concreta¹⁶.

5. LA CONSTATACIÓN TÉCNICA

La utilidad de la colaboración del particular, con un nexo con la representación de elementos de hecho no considerados por la Administración, conduce

15 Sobre el tema, SERGIO FOÀ, "Il Manuel", en Carlo Emanuele Gallo (coord.), *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 193 y ss.; PAOLA CHIRULLI, "La partecipazione al procedimento", en *Principi e regole dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 291.

16 EMILIANO FREDIANI, "Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una relazione problematica", *Dir. amm.*, 2020, pp. 399 y ss.; y VIVIANA MOLASCHI, *Le arene deliberative*, Nápoles: Editoriale Scientifica, 2018, pp. 110 y ss.

a evaluar la importancia, en el ejercicio de la discrecionalidad, de las constataciones efectivas, sobre todo cuando estas constataciones efectivas sean complejas, es decir, cuando requieran una valoración técnica de la realidad material. Tanto los elementos de hecho de por sí como la valoración técnica, ciertamente deben ser considerados por la Administración y en alguna medida se oponen a ella por su presencia incontestable. Cuando se trata de efectuar una toma de posición sobre estos elementos, la decisión de la Administración solamente puede ser objetiva y no puede estar condicionada por la contemporización con los intereses y por la consideración de un interés público específico, que es la característica de la valoración discrecional propiamente dicha. La consideración de los intereses contrapuestos y del interés público debe, de hecho, efectuarse, pero después de haber resuelto la cuestión factual o la cuestión técnica, en última instancia junto con la solución de la cuestión factual y de la cuestión técnica, en la medida en que estas dos últimas cuestiones presenten márgenes de opinabilidad que pueden verse condicionados por una valoración en términos del interés público.

Es esta la valoración que se considera expresión de discrecionalidad técnica, una discrecionalidad técnica que, en su día, era considerada de todos modos expresión de poder discrecional, es decir, de una valoración presentada exclusivamente a la Administración para su toma de decisiones. Sin embargo, después se ha visto que la evaluación de la situación factual o la evaluación de perfiles técnicos tiene, como se ha dicho, su objetividad, por lo cual no puede ser distinta si quien la lleva a cabo es la Administración o cualquier otro sujeto: la valoración en términos de discrecionalidad técnica ha sido así considerada una valoración técnica, incluso descontando los elementos de complejidad y por tanto de incertidumbre que la diferencian de las constataciones técnicas propiamente dichas con respecto a las cuales no hay posibilidad de discusión (y mucho menos no es razonablemente posible ninguna discusión ya que los expertos son prácticamente unánimes en la misma conclusión).

El discurso sobre la discrecionalidad técnica es indudablemente más complejo ahora, en el momento en que muchas decisiones de la Administración inciden en campos en los que hay técnicas¹⁷, pero no técnicas consolidadas, o en cualquier caso técnicas que dan lugar a resultados no compartidos por todos: solo hay que pensar en los muchos perfiles de interés de las ciencias sociales y de las ciencias económicas, en las cuales hay un notable debate entre los expertos. En este caso, la Administración tendrá la posibilidad de elegir entre varias soluciones, aunque siempre deberá identificar aquella que,

17 Sobre la estrecha relación entre ciencia y derecho, ROSARIO FERRARA, "Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica", *Diritto e processo amministrativo*, 2021, pp. 63 y ss.

de por sí, es decir, técnicamente, es la preferible, o bien aquella que, con la misma calidad técnica de las demás, parezca corresponder más al interés público que se quiere alcanzar: en este segundo caso, sin embargo, las dos valoraciones son lógicamente distintas a nivel temporal, porque primero hay que identificar la decisión técnica preferible y después ponerla en relación con un interés público que se quiere alcanzar.

Lo cual permite, de todos modos, efectuar una clara distinción entre la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad administrativa propiamente dicha¹⁸.

6. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA NO ES LIBERTAD

A partir de cuanto hasta aquí se ha dicho es evidente que, como ya adelantamos al comienzo, la discrecionalidad administrativa no puede ser considerada una manifestación de libertad¹⁹, a no ser que la consideremos la manifestación de una posibilidad de decisión de la Administración dentro de un cuadro normativo predeterminado por la ley y por los principios jurídicos que se derivan de esta, de la Constitución y de las fuentes supranacionales. Sin embargo, llegados aquí es más correcto considerar el poder discrecional un poder no solo limitado por anticipado por el legislador o incluso limitado por las anteriores decisiones de la misma Administración, sino también limitado por la necesidad de perseguir necesariamente el interés público que es el fin natural de la Administración pública. De ello se deriva que toda decisión de discreción puede valorarse *ex post*, ya que pueden identificarse *a priori* los criterios que la deben connotar.

7. EL MÉRITO ADMINISTRATIVO

Todo lo hasta aquí señalado no puede hacer perder de vista, por lo demás, que hay perfiles, y ya se ha dicho, con respecto a los cuales ni el legislador ni la técnica tienen la capacidad de identificar soluciones obligadas: se trata precisamente de los perfiles que justifican el poder discrecional, que es la atribución a la Administración, único sujeto titular de este poder, de la

18 Posición unánimemente compartida: SIMONE TORRICELLI, "Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle autorità indipendenti", *Diritto amministrativo*, 2020, pp. 97 y ss.

19 Concuerdan VINCENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, op. cit., p. 283; BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, *Il procedimento*, op. cit., p. 299.

posibilidad de ejercer el deber de decidir concretamente el interés que hay que perseguir y cómo lograrlo. Es esto, como se ha visto al comienzo, el eje de la actividad administrativa, y es esta la razón de la existencia de la Administración pública. Este espacio de decisión de la Administración, que en todo caso permanece después de haber aplicado todos los criterios jurídicos y extrajurídicos antes mencionados, es el que normalmente se considera el mérito administrativo²⁰. El mérito administrativo es el contenido de la decisión específica de la Administración pública que se remite para su puntual valoración y que no se puede reexaminar jurídicamente. Se trata, como es evidente, de supuestos extremadamente específicos, puntuales y delicados porque, sobre la base de todo lo antes dicho, es bien fácil que casi toda la actividad de la Administración pueda reexaminarse. Sin embargo, existen ciertamente espacios donde lo que debe mantenerse intacto es el poder de decisión de la Administración como aparato de servicio al poder político, que a su vez responde únicamente a los ciudadanos. Es la decisión de los ciudadanos, por consiguiente, la que pasa a ser el parámetro de valoración del mérito administrativo, razón por la cual esta decisión solo puede ser evaluada por dichos ciudadanos con ocasión de las sucesivas convocatorias electorales y que, a su vez, no puede ser reexaminada por un juez. El juez, de hecho, no tendría semejante legitimación. Por todo lo antedicho, sin embargo, el ámbito del mérito se reduce progresivamente o, por mejor decir, se reconduce a su dimensión lógica, dado que el mérito ha sido excesivamente ampliado durante mucho tiempo, no solo por la Administración y sus defensores, sino también por el juez administrativo, con la reconducción al mérito incluso de cuestiones meramente factuales que, a su vez, pueden ser tranquilamente reexaminadas en ámbito jurisdiccional precisamente porque carecen de cualquier connotación de valoraciones de carácter político.

8. LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA GENERAL

El poder discrecional, como se ha visto, es inherente a la posición de la Administración pública, y precisamente por esa razón no ha sido expresamente definido por el legislador que, es más, durante mucho tiempo ni siquiera introdujo la denominación en los textos normativos.

20 Véase, por ejemplo, ELIO CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 358; ENRICO FOLLIERI, *L'attività amministrativa*, op. cit., p. 192; MARCELLO CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 124; VICENZO CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, op. cit., p. 293.

En la Constitución de la República Italiana la referencia a la discrecionalidad es una referencia indirecta que deriva de lo dispuesto en el artículo 97, donde se establece que las oficinas públicas se organicen conforme a disposiciones legales de modo que queden asegurados el buen desempeño y la imparcialidad de la Administración. Esta expresión encierra en sí todas las características del poder discrecional: su limitación por parte de la ley, en aplicación del principio de legalidad, y su connotación intrínseca al logro del interés público de modo correcto y eficaz, en aplicación de los principios de imparcialidad y de buen desempeño.

Ya se ha indicado como la referencia del artículo 97 a la organización signifique implícitamente la referencia a la actividad, porque si una organización respeta los principios de imparcialidad y eficiencia y se mueve en el marco de lo establecido por la ley, inevitablemente la actividad será coherente con los mismos valores. Todo lo dicho surge, por lo demás, literalmente de la consideración de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley n.º 241 del 7 de agosto de 1990, modificada posteriormente varias veces, que establece que la actividad administrativa persigue los fines determinados por la ley y se rige por criterios de economía, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia según las modalidades establecidas por la propia ley y por otras disposiciones que regulan procedimientos concretos, así como los principios de la ordenación comunitaria. Más allá de subrayar el límite de la actividad administrativa también en cuanto a contenidos, según se deriva de la ley, es decir, de la consideración de un principio de legalidad en sentido sustancial, está claro en el artículo 1.º de la Ley n.º 241 de 1990 que la actividad administrativa tiene por objeto y finalidad el interés público y que es necesario que la misma respete los criterios que constituyen la traducción actualizada, es decir, el desarrollo explícito de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución: no solo el criterio de imparcialidad, enriquecido con los criterios de publicidad y de transparencia subordinados al mismo, sino también los criterios de economía y eficacia que traducen en términos más comprensibles, tomados de las ciencias empresariales, la referencia genérica al buen desempeño recogida en el artículo 97. Precisamente la referencia a conceptos tomados de disciplinas no jurídicas muestra la estrecha conexión entre la actividad de la Administración pública y las reflexiones de otras ciencias que la parte pública debe tener presentes en el momento en que toma sus decisiones e incluso antes, en el momento en que identifica los elementos factuales necesarios para la toma de decisiones, incluyendo en los elementos factuales también los elementos que la técnica revele y que, en cualquier caso, son distintos de los elementos jurídicos.

Puede, por tanto, decirse que el sistema normativo en vigor confirma la interpretación del concepto de discrecionalidad administrativa antes ilustrado, que es el que sustancialmente ha sido compartido de forma unánime en la literatura y la jurisprudencia.

9. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN 2020

El planteamiento de la legislación recordado, que se remonta a grandes rasgos a algunas décadas atrás, fue confirmado con posterioridad, y ha vuelto a ser confirmado en 2020 en particular con lo establecido en el Decreto Ley n.º 76 del 16 de julio de 2020, convertido en la Ley n.º 120 del 11 de septiembre de 2020^[21].

El artículo 12 de este decreto-ley ha introducido entre los principios establecidos en el artículo 1.º de la Ley n.º 241 de 1990 recordados también el principio de colaboración y de buena fe en las relaciones con los ciudadanos, poniendo así en valor la importancia de la participación que ya arriba se ilustró. La participación viene a ser un principio guía de toda la actividad de la Administración, lo cual demuestra que la Administración no es por sí sola depositaria de los saberes ni de las valoraciones técnicas o jurídicas necesarias para identificar cómo procurar el interés público.

La misma ley ha hecho todavía más relevante la relación entre la Administración y los ciudadanos en el marco del procedimiento, estableciendo que la Administración, que debe adelantar al ciudadano que ha presentado una instancia los motivos que puedan justificar la negativa a su aprobación, no puede, después de la participación del ciudadano derivada de esta comunicación, introducir nuevas justificaciones de la negativa, que reducirían a nada la participación.

Una vez más, por tanto, el poder discrecional no solo perdura, sino que resulta estar todavía más definido.

10. LA SUPERVISIÓN DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

El carácter limitado del poder de la Administración, si bien discrecional, previsto por la ley, lo es en concreto por la experiencia consolidada del juez administrativo, que es la autoridad jurisdiccional que debe supervisar el poder discrecional en sí, que encuentra su punto de referencia en la posición subjetiva del interés legítimo que, conforme a la Constitución, se pone en manos del complejo TAR - Consejo de Estado.

21 Véase el comentario de MAURO MACCHIA, "Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale", *Giornale diritto amministrativo*, 2020, pp. 697 y ss.; se han efectuado otras modificaciones en 2021: FEDERICO CAPORALE, "Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo", *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, p. 772; BENEDETTA LUBRANO, "Il provvedimento amministrativo quale espressione del potere e della volontà della pubblica amministrazione (e quel che ne è rimasto, tra semplificazioni varie)", en *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Turín: Giappichelli, 2021, p. 195.

Del juez administrativo puede decirse que, desde el comienzo de su experiencia, es decir desde finales del siglo XIX, ha valorado lo correcto del uso de la discrecionalidad administrativa bajo el perfil del exceso de poder. El exceso de poder, de hecho, ha sido utilizado por el Consejo de Estado precisamente para someter la actividad administrativa a un control adicional con respecto a la simple violación de la ley o a la violación de las reglas de reparto de la competencia. La confirmación está en los veredictos originarios del Consejo de Estado, por entonces en forma de pareceres acerca del recurso extraordinario al rey, que supervisaban las disposiciones de la Administración pública basándose en expresiones del tipo "no es justo" o bien "no es correcto", que parecían precisamente típicas de un control sobre la discrecionalidad. La identificación de los distintos aspectos sintomáticos del exceso de poder constituye una jurisdiccionalización de este control que tiene por objeto limitar la falta de supervisión del poder discrecional, que se le reconoce a la Administración incluso en aquellas disposiciones que no son propiamente expresión de poder político y que, como tales, quedan de hecho excluidas del control por parte del juez administrativo²². Hay que decir, sin embargo, que el control jurisdiccional, dado que en parte es inevitable, a menudo está condicionado por los hechos concretos de que se trata, tanto en lo que se refiere a la situación de hecho, como en lo que se refiere al interés público implicado en el juicio. Juzgar a la Administración, de hecho, comporta problemas muy delicados, tal como demuestra el hecho de que el juez ordinario no puede hacerlo de forma satisfactoria, porque comporta para el juez la necesidad de confrontarse con intereses públicos que pueden ser extremadamente importantes y significativos, y respecto a los cuales es difícil poder ejercer severamente una valoración negativa, por la preocupación de que esta valoración negativa pueda perturbar la actividad de máxima importancia de la Administración pública. Así, el control sobre la discrecionalidad, si bien se expresa por lo general en los términos arriba recordados, a veces se ha reducido significativamente por la falta de voluntad de juez administrativo de efectuar revisiones. Esto ha ocurrido por ejemplo reconociendo la imposibilidad de supervisar perfiles de hecho o reconociendo a la Administración una posibilidad de valoración autónoma que no puede reexaminarse en juicio incluso cuando se trata simplemente de consideraciones de naturaleza técnica. Y esta es una conclusión que no es aceptable²³. Los perfiles de hecho y las valoraciones técnicas deben ser

22 Encontramos un desarrollo puesto al día en NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO, "Riflessioni in tema di sindacabilità dell'atto politico", *Diritto e processo amministrativo*, n.º 4, 2020, pp. 1085 y ss.

23 En este sentido, también FRANCO GAETANO SCOCA, "Processo amministrativo e giusto processo", *Diritto e processo amministrativo*, vol. 15, 2021, pp. 1 y ss.

reexaminados por el juez, el cual se puede detener solamente allí donde no sea posible una consideración en términos jurídicos porque se trata de valoraciones que remiten a una esfera distinta, la esfera política, como los actos políticos, de por sí ajenos a la supervisión, o los actos administrativos, para los cuales sí se admite supervisión, pero no allí donde la cuestión se refiera al mérito. Lo que se ha dicho es particularmente significativo también hoy porque el Código del Proceso Administrativo recoge previsiones que parecen limitar la posibilidad de intervención del juez administrativo en hechos cruciales, como por ejemplo los referidos al silencio de la Administración pública. El Código, de hecho, en el artículo 31^[24] limita para el juez administrativo la posibilidad de pronunciarse sobre el fundamento deducido en juicio de la reclamación del demandante ante el silencio de la Administración pública ante los supuestos en que se trate de actividad vinculada, o cuando resulte que no restan márgenes para el ejercicio de la discrecionalidad o que no son necesarias medidas instructoras que la Administración deba llevar a cabo. Según una lectura que es compartida incluso en cierta literatura, esto significa que es necesario que en el procedimiento la discrecionalidad se haya ejercido cumplidamente y no reste por tanto ninguna otra valoración a realizar, y que las comprobaciones efectivas se hayan llevado a cabo todas y no se requiera de ninguna otra valoración factual a realizar en juicio que no sea la corroboración de que las comprobaciones de la Administración sean correctas.

Un modo de proceder de este tipo, evidentemente, hace que el juez no pueda reexaminar los perfiles de discrecionalidad no utilizados por la Administración, lo cual hace que no pueda someterse a control la omisión de la constatación del hecho o de los perfiles técnicos que la Administración no haya efectuado en el procedimiento. Se trata de limitaciones que son injustificadas, precisamente porque el juez puede reexaminar todo lo que la Administración ha hecho o habría podido hacer desde el punto de vista del poder discrecional y puede constatar plenamente el hecho: tanto el juicio sobre el poder discrecional ejercido o no ejercido como la constatación del hecho constituyen valoraciones que se remiten a la competencia del juez administrativo y que deben llevarse a cabo en juicio. Si las mismas pueden realizarse, es decir, si en el juicio dan resultados que puedan ser considerados ciertos, sobre la base de estos resultados la controversia debe definirse y por tanto basándose en estos resultados el juez puede adoptar medidas que fuercen a la Administración a dictar una determinada disposición, tal y

24 Afronta el tema ALESSANDRO SQUAZZONI, "L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza", *Diritto processuale amministrativo*, 2021, pp. 735 y ss.

como se establece a continuación en el artículo 34^[25]. El poder discrecional, por tanto, no se sustrae a la valoración del juez administrativo excepto en los perfiles referidos exclusivamente al mérito que arriba se han identificado: perfiles que van más allá de control del juez administrativo precisamente porque con respecto a ellos no hay valoraciones de hecho o jurídicas que puedan efectuarse con objetividad.

El poder de decisión de la Administración debe preservarse, para evitar que el juez sustituya a la Administración en tareas para las cuales no tiene la legitimación política, pero esto no significa que las valoraciones administrativas no puedan, en su mayor parte, estar sujetas a un profundo control de su corrección. En todo caso, si no se puede identificar cuál será la siguiente decisión más correcta, el juez se limitará a la anulación y no irá más allá para identificar la disposición a adoptar (según un cierto concepto, el juez se limitará a un control débil y no a un control fuerte).

Este tipo de actitud vale ante cualquier Administración, incluso de aquellas que gozan de una posición de mayor relevancia, como las autoridades independientes: también las autoridades independientes son, de hecho, autoridades administrativas. Hay que decir, ciertamente, que el Consejo de Estado, ante las autoridades independientes, siempre ha tenido una actitud de cierta desenvoltura, evaluando también con mucho rigor sus disposiciones, a la vez que ha protegido más a la Administración pública, sobre todo estatal, en sus decisiones individuales, tal vez porque estas últimas decisiones, si bien más modestas en cuanto al contenido específico, son más significativas en su conjunto para el funcionamiento de la máquina pública. Sin embargo, lo cierto, como se ha visto, es que tanto las decisiones de las autoridades independientes como las decisiones de la Administración y sus disposiciones puntuales deben ser reexaminadas por el juez bajo todos los perfiles con respecto a los cuales pueda expresarse una verificación objetiva, es decir, una verificación que corresponda directamente a un control en términos de legitimidad, o bien que corresponda indirectamente a un control en términos de legitimidad en la medida en que se refiera a un hecho que se abstrae de la norma en la forma concreta, con respecto a la cual reconstruye la categoría factual abstracta. Ciertamente, el juez deberá estar muy atento a la hora de efectuar la revisión cuando el legislador remita la evaluación técnica o la evaluación factual a órganos particulares, que gozan de competencia específica y que, por tanto, han recibido una preparación y una capacidad de valoración muy particular (pensemos, por ejemplo, en las superintendencias para los bienes culturales o en determinados aparatos ministeriales u organismos nacionales

25 Al respecto, PAOLO CERBO, "Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?", *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, 2020, pp. 94 y ss.

que tienen una connotación técnica particular). Será el juez quien deba co-tejar sus valoraciones con las de un técnico que él mismo podrá nombrar en el juicio y que podría ser, de hecho, mucho menos competente y estar mucho menos preparado que la autoridad administrativa cuya valoración se somete a juicio. Pero el juez tiene la capacidad de llevar a cabo su valoración también en relación con la actividad técnica del sujeto al que ha asignado el encargo de verificar la corrección de la actividad de la Administración, llegando, si así lo considera, a considerar la decisión de la Administración no criticada con fundamento por el demandante, o bien considerar ilegítima la decisión tomada por la Administración aunque no sea posible identificar la decisión legítima derivada de la anulación por la existencia de un espacio de valoración que debe remitirse a la propia Administración. A fin de cuentas, también el juez goza de un poder discrecional, aunque se trate de un poder discrecional que no es como el de la Administración, de contenido volitivo, es decir, de elección entre intereses públicos, sino que es un poder discrecional simplemente derivado de la interpretación de la norma.

11. LA SUPERVISIÓN JURISDICCIONAL EXTRÍNSECA E INTRÍNSECA, DÉBIL Y FUERTE

La posibilidad de que el juez pueda verificar las apreciaciones técnicas realizadas por la administración ha sido objeto de varias soluciones en jurisprudencia y, todavía hoy, la intensidad de la supervisión sobre las decisiones técnico-discrecionales se plantea en modos muy distintos en los distintos sectores, en función de la complejidad de los hechos y de la intensidad de los intereses y de los valores que están en juego²⁶. A veces, incluso en el mismo ámbito sectorial, la jurisprudencia ha manifestado planteamientos no uniformes.

En algunos sectores el juez se ha asentado en una modalidad exclusivamente extrínseca de la supervisión, es decir, un control formal y exterior sobre el procedimiento lógico seguido por la Administración a fin de interceptar errores macroscópicos o aspectos manifiestamente ilógicos²⁷. Como ya se

26 Sobre este punto, véase CRISTINA VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica, La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Nápoles: Jovene, 2008, p. 325; FABIO CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milán: Giuffré, 2005, p. 290. En jurisprudencia, véase FABRIZIO FRACCHIA y CRISTINA VIDETTA, "La tecnica come potere", nota a Consejo de Estado, sec. VI, 23 de abril de 2002, n.º 2199, en *Foro italiano*, III, 2002, p. 482.

27 Sobre este tipo de supervisión, consúltese LORENZO IEVA, "Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi", *Foro amministrativo - CdS*, 2002, p. 2673.

indicó (véase apartado 6), este planteamiento, que se basa en la asimilación entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad administrativa, ha sido ampliamente criticado en la literatura por causa de la sustancial diferencia entre los dos tipos de discrecionalidad y por la pertinencia de la primera a los hechos²⁸. Aun así, hay que tener en cuenta que hay sectores en los que dicha distinción no es tan perceptible, es decir, casos en los que la valoración técnica y la ponderación de los intereses están indisolublemente fundidos en un procedimiento lógico unitario, y dicha mezcla se acentúa aún más si la valoración presenta características de complejidad objetiva, vinculada con la relevancia de intereses de rango primario destinados a prevalecer en el ámbito del juicio de compensación, que contraponen dichos intereses con los del demandante que pone en marcha el juicio.

Y a la inversa, hay sectores en que el juez lleva a cabo una supervisión de las apreciaciones técnicas de tipo intrínseco pero débil, según la enseñanza consolidada con la resolución del Consejo de Estado, de la sección cuarta del 9 de abril de 1999 número 601^[29], que ha admitido la verificación directa de la fiabilidad de las operaciones técnicas bajo el perfil de su corrección en relación con el criterio técnico y con el procedimiento de aplicación, sin, pese a ello, dar al juez la posibilidad de sustituir su valoración por la de la Administración³⁰.

Lo que normalmente se excluye es, por tanto, el control fuerte. En jurisprudencia a veces se ha admitido este tipo de supervisión en relación con la actividad de valoración acerca de hechos simples³¹.

La distinción entre la supervisión débil y la fuerte se debe a dos resoluciones del Consejo de Estado, la número 1247 del 5 de marzo de 2001 y la número 5287 del 6 de octubre de 2001^[32], de la de la sección quinta, tomadas inmediatamente después de una importante reforma del proceso

28 FRANCO LEDDA, "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica", *Diritto processuale amministrativo*, 1983, p. 371; DARIA DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua: Cedam, 1995, p. 140.

29 En LUCA ROBERTO PERFETTI, "Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica", nota a Consejo de Estado, sección IV, 9 de abril de 1999 n.º 601, en *Foro amministrativo*, 2000, p. 422, con nota de LUCA ROBERTO PERFETTI, "Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica" y en DARIA DE PRETIS, "Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale", nota a Consejo de Estado, sección IV, 9 de abril de 1999 n.º 601, *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, p. 1179.

30 En relación con los efectos de la resolución en la jurisprudencia posterior, véase ALDO TRAVI, "Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni", *Diritto pubblico*, 2004, p. 439.

31 En estos términos, véase Consejo de Estado, sección IV, 6 de octubre de 2001 n.º 5287; TAR Campania, sec. I, 26 de junio de 2003, n.º 7808, en *Foro amministrativo - TAR*, 2003, p. 3290.

32 Respectivamente en *Foro italiano*, 2003, III, p. 159 y ROBERTO LEONARDI, "Le osservazioni

administrativo –Ley 205 de 21 de julio de 2000– que cuya finalidad, entre otras novedades fundamentales, es mejorar la eficacia de la protección, ha extendido el uso del asesoramiento técnico a todos los juicios ante el juez administrativo, eliminando así un límite que durante mucho tiempo había sido considerado la causa de que para el juez fuese imposible la supervisión de las valoraciones técnico-discrecionales.

En los apartados que siguen se tomarán en consideración algunos casos en los que la administración tiene que tomar decisiones técnicas objeto de una postura diferente por parte del juez administrativo a la hora de supervisarlas.

12. EL GOBIERNO DEL TERRITORIO Y LA PLANIFICACIÓN

La administración italiana goza de una amplia discrecionalidad administrativa en materia de urbanística y de gobierno del territorio, sobre todo en el ámbito de la actividad de planificación que tiene por objeto disponer y programar cualquier actividad de transformación del territorio, no solo en el campo de la construcción³³. Es la ley misma la que reconoce este poder prácticamente libre en cuanto al fin y los medios³⁴, capaz de poner en manos de la Administración la posibilidad de tomar decisiones que se aproximan a las de naturaleza política y de definir libremente las prescripciones más adecuadas para gobernar el territorio de referencia, con la posibilidad de intervenir con medidas urbanísticas de conformación o con medidas que incidan directamente sobre la propiedad, incluso en sentido sustancialmente expropiativo.

La amplia discrecionalidad debe considerarse intrínseca a la materia porque en urbanística se afrontan intereses privados de los propietarios inmobiliarios e intereses públicos de distintos tipos³⁵, estos últimos a menudo en conflicto entre sí, en relación con una determinada decisión de uso del

del privato nell'attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell'azione amministrativa si "opacizza", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2002, p. 1292.

- 33 Véase GIORGIO URBANI, "Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica", *Rivista giuridica dell'edilizia*, n.º II, 2020, p. 327; PATRIZIA MARZARO, "Governo del territorio, interessi differenziati e tecniche di regolazione degli interessi", *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2019, p. 190; PAOLO URBANI, "Oltre il culto dei piani", *Rivista giuridica foro dell'edilizia*, 2017, p. 367.
- 34 La disciplina normativa está constituida por la Ley Urbanística n.º 1150, del 17 de agosto de 1942. Sobre la importancia de que dicha ley se limite a nombrar los procedimientos de planificación sin definir los contenidos, véase PAOLO STELLA RICHTER, *L'articolazione del potere di piano*, *Diritto amministrativo*, 2000, p. 657.
- 35 Sobre el sistema de los intereses públicos en la planificación, véase CRISTINA VIDETTA, "Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, p. 393.

territorio y, como se ha notado³⁶, sin que pueda comprenderse con certeza cuál es el interés público concreto en función del cual actúa el poder de planificación urbanística, dado que el legislador no lo define y, si se hace coincidir con el interés del uso ordenado del territorio, adopta connotaciones de indeterminación³⁷.

El urbanismo es también un tema extremadamente técnico³⁸, dado que las decisiones que la Administración tiene que realizar requieren valoraciones complejas de los hechos, como la morfología, el estado y la vocación de los territorios a la luz de ciencias especializadas inexactas³⁹.

El planteamiento más común en la literatura considera la denominada discrecionalidad mixta, es decir, la discrecionalidad técnico-administrativa⁴⁰, ya que las decisiones tomadas por el planificador requieren valoraciones técnicas⁴¹ y valoraciones de orientación política⁴² y de oportunidad administrativa⁴³.

La contención de esta amplia discrecionalidad en el plano procesal es más bien débil. Ante todo, la jurisprudencia tiende a no dar valor a la capacidad

36 Esto pone en crisis el concepto mismo de discrecionalidad como búsqueda del interés público primario a través de una comparación y ponderación de los distintos intereses implicados en la decisión planificadora. FRANCESCA CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Turín: Giappichelli, 2012, p. 52.

37 Sobre los distintos intereses públicos implicados en las decisiones urbanísticas, véase MARCO ANTONIOLI, "Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, p. 201.

38 En este sentido, véase Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 1966, n.º 38, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 686, según el cual la decisión urbanística (en este caso en relación con la oposición del vínculo de no edificabilidad) está condicionada por elementos de valoración de carácter técnico, y esto comporta que la actividad asignada a la administración deba llevarse a cabo dentro de determinados límites de carácter objetivo que por tanto limitan la libertad de la apreciación.

39 FABIO CINTIOLI, "Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Milán: Giuffrè, 2008, p. 471; PAOLO LAZZARA, "Discrezionalità tecnica", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín: Utet, 2008, p. 146.

40 PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milán: Giuffrè, 2012, p. 131.

41 LORENZO IEVA, "Pianificazione del territorio e valutazioni tecniche", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, p. 127 ss., considera que las apreciaciones subyacentes a la actividad de planificación territorial implican solo excepcionalmente valoraciones de tipo político-administrativo.

42 PAOLA CHIRULLI, "Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata", *Diritto amministrativo*, 2015, p. 106; PAOLO STELLA RICHTER, *L'articolazione del potere di piano*, op. cit., p. 659, afirma que la propia naturaleza política de los órganos municipales y regionales a los que se asignan las decisiones en tema de planes reguladores parece excluir la aptitud para una simple verificación de naturaleza técnica.

43 GERARDO SORICELLI, "Il "governo del territorio": nuovi spunti per una ricostruzione sistematica?", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, p. 688.

de los particulares de incidir en las decisiones de la Administración a través del depósito de las observaciones en el marco del procedimiento de adopción del plan urbanístico. Contrariamente a las posiciones manifestadas en la literatura que subrayan la función y el valor de la participación⁴⁴, la jurisprudencia administrativa considera que si bien subsiste para la Administración una obligación de examinar y evaluar las observaciones en relación con el interés público, estas pueden ser rechazadas simplemente porque se consideran en conflicto con los intereses y las consideraciones generales que constituyen el fundamento de la formación del plan urbanístico⁴⁵.

En segundo lugar, hay que dar cuenta de una actitud muy prudente en la supervisión jurisdiccional sobre las decisiones planificadoras, capaz de hacer percibir la sustancial imposibilidad de supervisarlas⁴⁶.

La afirmación del juez administrativo que se repite constantemente, de hecho, insiste en que las decisiones tomadas por la Administración en el contexto de la planificación urbanística general son consecuencia de apreciaciones de mérito, sustraído al control de legitimidad, excepto en perfiles de manifiesta falta de lógica y consideraciones poco razonables⁴⁷. El defecto debe ser manifiesto porque el juez debe poder percibirlo *ictu oculi*; el juez no repetirá las valoraciones realizadas por la Administración para comprobar si pueden compartirse⁴⁸. El control sobre la discrecionalidad es, por tanto, solo de tipo extrínseco.

Esta actitud del juez permite a la Administración operar de forma desenvuelta justificando las propias decisiones con referencias genéricas al interés público que debe procurar. El juez no exige motivaciones específicas de las decisiones urbanísticas: es suficiente una referencia a los criterios generales,

44 ROBERTO LEONARDI, "Le osservazioni del privato nell'attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell'azione amministrativa si 'opacizza'", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2002, p. 1292.

45 Entre muchas otras, véanse por último TAR Lombardía, Milán, sección II, 22 de octubre de 2021, n.º 2333; TAR Lombardía, Brescia, sección I, 9 de noviembre de 2020, n.º 780; Consejo de Estado, sección IV, 4 de noviembre de 2020, n.º 6803. Disponibles en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 25 de enero de 2022].

46 LEOPOLDO MAZZAROLLI, "Piano regolatore generale", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Turín: Utet, 1996, p. 414.

47 La jurisprudencia está consolidada. Por último, véase Consejo de Estado, sección VI, 10 de junio de 2021, n.º 4454; Consejo de Estado, sección IV, 22 de marzo de 2021, n.º 2412; Consejo de Estado, sección IV, 30 de enero de 2020, n.º 751; Consejo de Estado, sección IV, 5 de junio de 2020, n.º 3551. Disponibles en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 25 de enero de 2022].

48 Para un estudio sobre los casos en que el juez administrativo se autoimpone un límite a la supervisión, consúltese CRISTINA VIDETTA, "Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self restraint del giudice amministrativo", *Foro amministrativo - Tar*, 2005, p. 1359.

de orden técnico-discrecional, seguidos del planteamiento del plan que subyacen en el ejercicio del poder planificadorio⁴⁹.

En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia afirma que la clasificación cartográfica de las distintas áreas del territorio (urbanas, rurales, residenciales, industriales, etc.) depende de decisiones planificadorias y discrecionales conectadas con "evidentes fines de protección del territorio" que, como tales, no requieren de una motivación específica adicional con respecto a la que ya se puede inferir de las orientaciones generales subyacentes al ejercicio del poder planificadorio⁵⁰.

Una motivación puntual se impone solo cuando subsiste para el particular una posición jurídica cualificada, capaz de crear una particular seguridad y no también cuando su interés radica simplemente en una anterior previsión urbanística que permite un uso del área de un modo que suponga más beneficios para él⁵¹. Esta particular seguridad de la que surge una puntual obligación de justificación podría estar determinada por las indicaciones de un anterior plan urbanístico ejecutivo (plan de parcelación, plan detallado o plan de actuación)⁵².

13. LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES Y LO TÉCNICAMENTE RAZONABLE

Las autoridades administrativas independientes (o *authorities*) son administraciones instituidas principalmente para el ejercicio de funciones de regulación, garantía y control, en particulares sectores considerados críticos o sensibles por la presencia de derechos constitucionalmente protegidos (como la libertad económica, el derecho a la confidencialidad o la libertad

49 Esta es la orientación constante de la jurisprudencia en lo administrativo. Entre las más recientes, véase Consejo de Estado, sección II, 24 de junio de 2020, n.º 4040; Consejo de Estado, sección IV, 24 de febrero de 2020, n.º 1355; Consejo de Estado, sección IV, 2 de septiembre de 2019, n.º 6050. Disponibles en: www.giustizia-amministrativa.it (última consulta: 25 de enero de 2022). En literatura, sobre este planteamiento, véase GAETANO ARMAO, "Il 'netto storico' nella pianificazione urbanistica", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, p. 555.

50 Consejo de Estado, sección IV, 6 de abril de 2020, n.º 2284.

51 La orientación está consolidada: entre las más recientes, véase Consejo de Estado sección II, 2 de diciembre de 2020, n.º 7636; Consejo de Estado, sección IV, 25 de junio de 2019, n.º 4343; Consejo de Estado, sección IV, 3 de julio de 2018 n.º 4071; Consejo de Estado, sección IV, 17 de marzo de 2017, n.º 1191; Consejo de Estado, sección IV, 18 de octubre de 2016, n.º 1907. Disponibles en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 25 de enero de 2022].

52 Consejo de Estado, sección II, 10 de marzo de 2021, n.º 2056. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 27 de enero de 2022].

de comunicación)⁵³. Este particular papel requiere una elevada cualificación técnica y el sustraerse a la orientación política y al control del Gobierno a fin de asegurar una mayor imparcialidad o neutralidad con respecto a los intereses implicados.

Toda autoridad está regulada, en la organización y en la actividad, por una ley institutiva concreta; estas, por tanto, no pueden remitirse a un modelo unitario. Aun así, pueden reconocerse rasgos comunes: de hecho, se caracterizan por un régimen muy riguroso de las incompatibilidades de los encargos y de la adopción de determinadas medidas de garantía de no interferencia política. En cuanto a las funciones, las autoridades independientes normalmente están dotadas de poderes normativos de tipo reglamentario⁵⁴, de poderes de control y sanción, así como de poderes de resolución extrajudicial de los conflictos.

Las principales *authorities* son la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, la Autoridad para las Garantías en las Comunicaciones, el Garante para la Privacidad, la Autoridad Nacional Anticorrupción, la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas.

La particular posición institucional y funcional de las autoridades independientes permite situarlas en un plano distinto con respecto a otras administraciones. La literatura, de hecho, ha mostrado que la actividad administrativa llevada a cabo por las autoridades independientes no comportaría la adopción de decisiones sobre la base de la acomodación de los intereses, sino sobre la base de valoraciones técnicas de hechos complejos. Precisamente la necesidad de ese tipo de valoraciones está en la base de la institución de sujetos dotados de una competencia técnica específica, sectorial, de alto nivel.

La cuestión es si dicha forma de especialidad incide en la relación entre la *authority* y el juez administrativo⁵⁵.

En un sentido, se ha mostrado que los particulares modos de toma de decisiones de los responsables de los encargos (tanto en relación con los requisitos como en relación con los procedimientos), el régimen de las incompatibilidades, así como la particular independencia que la ordenación

53 Sobre el origen de las *authorities*, consúltese a ALBERTO PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Florencia: Passigli, 1997, pp. 7 y ss. Para un estudio reciente, PASQUALE PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Nápoles: Editoriale Scientifica, 2018, pp. 7 y ss.

54 FRANCESCO ZAMMARTINO, *Il modello molteplici, La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Turín: Giappichelli, 2020, pp. 10 y ss.

55 Sobre el tema hay muchas contribuciones. Entre las más recientes, véase SIMONE TORRICELLI, "Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti", *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 97.

reconoce requerirían una actitud al menos de *self-restraint* por parte del juez administrativo⁵⁶.

En sentido contrario, se ha considerado que la supervisión jurisdiccional plena y efectiva de la actividad de las autoridades independientes es necesaria, precisamente a fin de asegurar la particular independencia y neutralidad, así como el ejercicio legítimo de actividades que tienen por objeto cuestiones complejas y técnicas⁵⁷.

La jurisprudencia no es siempre uniforme⁵⁸ pero, en líneas generales, se orienta hacia una supervisión de la actividad de las autoridades independientes que se extiende a la verificación directa de los hechos puestos como fundamento de las decisiones, y dicha verificación debe tener en cuenta también los perfiles técnicos, en el sentido de que se debe comprobar que la autoridad no haya tomado decisiones que vayan en contra del principio de lo técnicamente razonable⁵⁹.

Cuando, sin embargo, las valoraciones presentan un margen objetivo de opinabilidad, la supervisión debe limitarse a un control de no extralimitación, ya que el juez no puede sustituir su propia apreciación por la de la Autoridad en implementación del principio constitucional de separación de los poderes⁶⁰.

56 SABINO CASSESE, "Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali", *Foro italiano*, n.º V, 1996, p. 7.

57 FRANCO GAETANO SCOCA, "Giudice amministrativo ed esigenze del mercato", *Diritto amministrativo*, 2008, p. 277; FABRIZIO FRACCHIA y CRISTINA VIDETTA, "La tecnica come potere", *op. cit.*, p. 497.

58 Para un análisis del estado de la jurisprudencia en el tema, consúltese FABIO SAITTA, "Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e 'preferenza di amministrazione'", *Il Processo*, 2020, pp. 749 y ss.; MARIO SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Milán: Giuffrè, 2019, p. 222; MARIO FILICE, "Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti", *Giornale diritto amministrativo*, 2018, p. 787.

59 Consejo de Estado, sección VI, 30 de marzo de 2021, n.º 2672, en *Foro administrativo*, 2021, p. 504; Consejo de Estado, sección VI, 15 de diciembre de 2020, n.º 8061, en *Foro administrativo*, 2020, p. 2269; Consejo de Estado, sección VI, 15 de diciembre de 2014, n.º 6153, en *Foro administrativo*, 2014, p. 3119. La jurisprudencia administrativa reconoce que "también las disciplinas connotadas por un fuerte tecnicismo sectorial se rigen por reglas que, por elásticas u opinables que puedan ser, están siempre determinadas por un carácter lógico intrínseco y una coherencia íntima, a la que también la Administración pública, igualmente, y es más, más que cualquier otro sujeto de la ordenación en razón del interés público asignado a su cuidado, no puede sustraerse sin pisar el territorio del error" (Consejo de Estado, sección III, 2 de abril de 2013, n.º 1856, en *Foro administrativo – Consejo de Estado*, 2013, p. 899).

60 Cass. civ., sez. un., 3 de noviembre de 2021, n.º 31311, en *Giust. civ. Mass.*, 2021; Consejo de Estado, sección VI, 5 de agosto de 2019, n.º 5559, en *Foro administrativo*, 2019, p. 1252.

Así descrito, resulta evidente que la jurisprudencia administrativa procede a un control de tipo intrínseco porque es llevado a cabo por el juez, apoyado por un asesor especializado⁶¹, en función de esos mismos conocimientos técnicos pertenecientes a la ciencia especializada aplicada por la Administración⁶²; aun así, el control es de tipo débil porque el juez no sustituye su valoración por la de la autoridad si esta última es plausible, razonable y proporcionada, a la luz de la ciencia relevante y de todos los elementos de hecho⁶³.

En una reciente decisión, el Consejo de Estado ha considerado no fiable la decisión de la AIFA (Agencia Italia del Fármaco) de suspender la autorización para el uso *off-label* de la hidroxiclороquina para el tratamiento del virus SARS-CoV-2, excluyendo con ello la posibilidad de que el Servicio Sanitario Nacional lo reembolse⁶⁴. El juez, de hecho, ha comprobado que la aifa había tomado la decisión en ausencia de un sólido fundamento científico, a partir de datos científicos no pertinentes porque se referían únicamente a pacientes graves. En una situación que el juez ha comprobado que se caracterizaba por ausencia de certezas científicas y en ausencia de estudios clínicos más completos (así como de alternativas válidas para curar a los pacientes menos graves) se ha suspendido la decisión del AIFA y se ha remitido a los médicos de base la valoración del caso concreto y la decisión de suministrar (o no) el fármaco a sus pacientes.

Otro debate es el que se abre acerca de las sanciones impuestas por las autoridades independientes que, conforme a los artículo 134, apartado 1.º, letra c, del Código del Proceso Administrativo, están sujetas a una jurisdicción particularmente penetrante que es la que se extiende al mérito. En ese caso, el juez puede no solo anular los actos impugnados total o parcialmente, sino también modificar, sobre la base de una valoración propia, la medida de las sanciones pecuniarias con ellos impuestas por la autoridad⁶⁵.

61 Consúltase FEDERICO CAPORALE, "L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, p. 429.

62 En estos términos, entre las más recientes, véase Consejo de Estado, sección VI, 22 de diciembre de 2020, n.º 8225, en *Foro amministrativo*, 2020, p. 2269; Consejo de Estado, sección VI, 30 de enero de 2020, n.º 779, *Foro amministrativo*, 2020, pp. 1-51.

63 Consejo de Estado, sección VI, 22 de diciembre de 2020, n.º 8225, en *Foro amministrativo*, 2020, p. 2269.

64 Se trata de la resolución del Consejo de Estado, sección III, ord. 11 de diciembre de 2020, n.º 7097, en *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 397, con nota de ALFREDO MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, op. cit.

65 PAOLA CHIRULLI, *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta?*, en *Studi in onore di Franco Gaetano Scoca*, Nápoles: Editoriale Scientifica, 2021, p. 781; FRANCESCO SCLAFANI, "Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e

Precisamente en relación con las controversias que tienen por objeto las sanciones impuestas por las autoridades independientes, el Consejo de Estado ha afirmado que el control debe inspirarse en el canon de la *full jurisdiction* elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶, que permite al juez reexaminar la valoración realizada por la Administración de todos los elementos relevantes con vistas a la adopción de la sanción y adoptar la propia en sustitución de la impugnada.

En estos casos no se toman en consideración intereses: la Administración no ha llevado a cabo decisiones caracterizadas por la discrecionalidad administrativa porque se ha limitado a comprobar que subsistan los hechos que conducen a la adopción de la sanción. Esto abre al juez la vía para poder ejercer una supervisión de fiabilidad de la decisión más penetrante y de carácter sustitutivo⁶⁷.

Por último, también podría ser objeto de la supervisión del juez administrativo la actividad de tipo normativo, es decir, los reglamentos que la Autoridad independiente adopta para la determinación de las reglas de comportamiento destinadas a orientar los comportamientos de los sujetos que operan en el sector. En ese caso, la jurisprudencia afirma que la eventual acomodación de la legalidad en sentido sustancial, justificada por el valor atribuido a los objetivos públicos que la autoridad debe perseguir en el sector, impone como contrapeso el reforzamiento de las garantías de legalidad en términos de procedimiento, que se realiza a través de la previsión de formas de participación más incisivas de los operadores del sector en el procedimiento de formación de los actos normativos⁶⁸.

merito", *Rivista regolazione dei mercati*, 2021, p. 148; FRANCESCO GOISIS, "La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri", *Diritto amministrativo*, 2018, pp. 1 y ss. En jurisprudencia, véase Consejo de Estado, sección VI, 5 de marzo de 2015, n.º 1104, en *Foro amministrativo*, 2015, p. 752.

66 Se hace referencia a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección II, 27 de septiembre de 2011, recurso n.º 43509/08, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 414.

67 Sobre los umbrales de fiabilidad, véase MONICA DELSIGNORE, "I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?", *Diritto processuale amministrativo*, 2020, p. 747.

68 Consejo de Estado, sección VI, 24 de mayo de 2016, n.º 2182, en *Foro amministrativo*, 2016, p. 1206; Consejo de Estado, sección VI, 1.º de octubre de 2014, n.º 4874, en *Foro amministrativo*, 2014, p. 2565, se ha mostrado además que cuanto menos garantizada resulta la legitimación en sentido representativo de los órganos de las autoridades independientes, más deberá aumentarse el perfil correspondiente a la legalidad en términos de procedimiento. CLAUDIO CONTESSA, "Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti", 2018. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 24 de enero de 2022].

14. LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

Un particular ámbito en el que la Administración pública tiene que tomar decisiones técnico-discrecionales es el representado por los concursos para la asignación de contratos de licitación (de servicios, trabajos y suministros), así como de los concursos para la contratación en los empleos públicos⁶⁹. Se trata de procedimientos administrativos de valoración comparativa concursal caracterizados por la necesidad de nombrar un comité de selección dotado de específicas competencias, conocimientos y profesionalidades técnicas, el cual se encarga de elegir la mejor oferta o el candidato con más méritos según criterios predeterminados.

En caso de que el concursante impugne la actividad de valoración ejercida por la Administración, el juez tiene que llevar a cabo una supervisión de la discrecionalidad técnica, cuya profundidad depende del objeto concreto de valoración (por ejemplo títulos, pruebas, actitudes, etc.) y de los criterios establecidos en la convocatoria de licitación o de concurso que pueden ser más o menos exigentes.

En líneas generales, se puede observar que el juez se demuestra poco propenso a supervisar el juicio operado por el comité de selección, limitándose a un control solo externo⁷⁰.

Así, en materia de concursos públicos, la jurisprudencia administrativa suele afirmar que las valoraciones expresadas por los comités de selección en relación con las pruebas realizadas por los candidatos, si bien pueden cualificarse con el mismo criterio de los análisis de hechos (corrección de la presentación del candidato con atribución de una puntuación o un juicio), constituyen una expresión de amplia discrecionalidad, cuya finalidad es establecer en concreto la idoneidad técnica, cultural o incluso de actitud de los concursantes; la consecuencia es que dichas valoraciones no están sujetas a la supervisión del juez administrativo, a no ser en los casos en que subsisten

69 El ámbito es más amplio porque las valoraciones comparativas se extienden a muchos otros casos, como la elección del concesionario, del asignatario de servicios públicos, del beneficiario de contribuciones económicas.

70 Sobre la oportunidad de introducir una supervisión intrínseca, remítase a STEFANO VINTI, "Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale", *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 520. Favorable a la supervisión solo externa, véase CRISTINA VIDETTA, "Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa", *Diritto amministrativo*, 1996, p. 539, allí donde afirma que la Administración no actúa según los dictámenes de una cierta ciencia, ni aplica una regla técnica, sino que debe comprobar que el candidato conozca una cierta disciplina y por tanto faltaría el parámetro para la verificación de lo razonable de la valoración efectuada. Al respecto, véase FRANCO LEDDA, "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica", *op. cit.*, p. 442, nota n.º 176, que excluye la supervisión porque faltan reglas técnicas objetivas comúnmente aceptadas.

elementos idóneos para señalar una desviación lógica o un error factual, o incluso un aspecto contradictorio que puede percibirse a simple vista⁷¹.

El mismo planteamiento vale para la comprobación de los requisitos psicofísicos de los candidatos a alistarse en las fuerzas del orden por parte de la comisión de selección del concurso; dicho juicio admite control únicamente en casos de resultados anormales o manifiestamente ilógicos. Se trata por lo demás de una comprobación que debe referirse en el momento en que se lleva a cabo el procedimiento de selección y, como tal, tiene una naturaleza no repetible, ya que no puede ponerse en discusión sobre la base de eventuales resultados de signo opuesto adquiridos en una época posterior⁷².

En el contexto diferente de la evaluación de las ofertas presentadas por las empresas al concurso para la asignación de contratos con la Administración pública, la jurisprudencia efectúa las mismas afirmaciones: la valoración técnico-discrecional de las ofertas, así como la atribución de puntuaciones por parte del comité de selección, pueden estar sujetas a supervisión en caso de anomalía de la decisión técnica; la consecuencia es que si el juez considera correctas, razonables, proporcionadas y fiables la valoraciones realizadas, no puede ir más allá, hasta expresar las decisiones autónomas propias, dado que, de no ser así, asumiría él mismo la titularidad de un poder reservado a la Administración. No es suficiente con mostrar que no se comparten las decisiones de la Administración: hay que demostrar la notoria falta de fiabilidad y la evidente insostenibilidad del juicio técnico⁷³.

En ambos tipos de procedimientos concursales, el juez normalmente considera suficiente que el comité de selección exteriorice el juicio a través de la atribución de la puntuación en relación con los criterios de valoración predeterminados: esto se considera idóneo para reconstruir el procedimiento lógico seguido por los comisarios y, por tanto, para hacer comprender las razones de la preferencia acordada a un concursante en lugar de a otro y a

71 La configuración está consolidada. Entre muchas otras, véanse Consejo de Estado, sección II, 23 de febrero de 2021, n.º 1568 y Consejo de Estado, sección V, 30 de septiembre de 2020, n.º 5743. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 26 de enero de 2022]; Consejo de Estado, sección IV, 29 de diciembre de 2014, n.º 6387, en *Foro amministrativo*, 2014, p. 3093.

72 Entre las más recientes, véase TAR Lazio, Roma, sección I, 24 de agosto de 2021, n.º 9385 y Consejo de Estado, sección IV, 20 de abril de 2020, n.º 2497. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 26 de enero de 2022].

73 La configuración está consolidada. Se presentan algunas de las referencias más recientes: Consejo de Estado, sección V, 14 de junio de 2021, n.º 4620; Consejo de Estado, sección V, 4 de octubre de 2021, n.º 6619 y TAR Lazio, Roma, sección II, 7 de octubre de 2021, n.º 10332. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 26 de enero de 2022].

permitir un control a posteriori sobre la lógica y la coherencia de los juicios expresados⁷⁴.

Nótese que el juez tiene que ejercer su supervisión sobre la discrecionalidad técnica también cuando el objeto de la controversia surgida en el marco de un procedimiento concursal se refiera a los mismos criterios de valoración definidos por la Administración en vista de la selección.

La jurisprudencia administrativa es unánime al afirmar que las comisiones examinadoras, que tienen que fijar primero los parámetros de valoración y solo entonces juzgar las pruebas realizadas por los candidatos, "no efectúan una ponderación de intereses, sino que ejercen una amplísima discrecionalidad técnica, sobre la cual el control de legitimidad del juez administrativo se limita a detectar el defecto del exceso de poder en particulares supuestos límite, que pueden identificarse desde el exterior y de forma inmediata con la sola lectura de los actos"⁷⁵. Por consiguiente, ante la decisión acerca de la definición de los criterios generales para la evaluación de las pruebas, puede ejercerse un control solo si parece evidente que el ejercicio del poder discrecional se ha excedido, incurriendo en uno o más defectos sintomáticos del exceso de poder, como errores sobre los presupuestos, distorsión de los hechos, manifiesta falta de lógica o consideraciones poco razonables.

Igualmente, en tema de concursos para la asignación de contratos de licitación, la jurisprudencia administrativa reconoce amplia discrecionalidad en la determinación de los criterios para elegir la oferta económicamente más ventajosa⁷⁶, en la articulación en subcriterios (y subpuntuaciones) o bien en la determinación de las fórmulas en función de las cuales atribuir la puntuación⁷⁷. De ello deriva, según el planteamiento que se ha ya señalado, la posibilidad de un control únicamente externo.

74 En tema de concursos para el acceso al empleo, véase TAR Lazio, Roma, sección I, 7 de octubre de 2021, n.º 10242, y Consejo de Estado, sección II, 24 de mayo de 2021, n.º 4018. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 29 de enero de 2022]. En tema de licitaciones, véase TAR Toscana, Florencia, sección I, 19 de enero de 2022, n.º 54, y Consejo de Estado, sección III, 12 de marzo de 2021, n.º 2118. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 29 de enero de 2022].

75 Por último, véase TAR Lombardía, Milán, sección III, 4 de enero de 2021, n.º 4; TAR Lombardía, Milán, sección III, 19 de junio de 2020, n.º 1118; TAR Lazio, Roma, sección I, 5 de diciembre de 2019, n.º 13945; Consejo de Estado, sección V, 24 de septiembre de 2019, n.º 6358. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 28 de enero de 2022].

76 TAR Lazio, Roma, sección II, 10 de diciembre de 2020, n.º 11630. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 28 de enero de 2022].

77 TAR Lazio, Roma, sección III, 21 de diciembre de 2018, n.º 12484, y Consejo de Estado, sección V, 2 de diciembre de 2015, n.º 5468. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 28 de enero de 2022].

Por último, con referencia específica a los requisitos para la participación en concursos públicos, se genera un particular contencioso ante el juez administrativo en relación con la valoración técnico-discrecional del requisito de admisión de la moralidad profesional del participante en la licitación⁷⁸.

Tras una larga lista de causas de exclusión del concurso, el artículo 80, apartado 5.º, letra c, del Código de Contratos Públicos y Concesiones (D. Lgs. 18 de abril de 2016, n.º 50) introduce una fórmula residual y de cierre, que es el haber cometido una "falta profesional grave", que permite dar relevancia a una pluralidad no tipificada de conductas ilícitas en diversos modos relacionadas con el ejercicio de la actividad profesional y de las cuales la Administración puede inferir la falta de fiabilidad del operador económico.

La jurisprudencia considera que la valoración de la gravedad de la falta profesional cometida por el concursante puede ser de tipo discrecional⁷⁹ o bien técnico-discrecional⁸⁰, ya que la ley dispone un "concepto jurídico indeterminado"⁸¹ que asigna a la Administración pública la tarea de valorar en forma concreta las cuestiones profesionales que puedan comprometer la integridad y fiabilidad del concursante, más allá de los supuestos expresamente previstos⁸². Cualquier que sea el planteamiento seguido⁸³, el control

78 ANGELO GIUSEPPE OROFINO y FABIOLA CIMBALI, "Sull'onere di motivazione dei provvedimenti di ammissione in gara delle imprese concorrenti", nota a TAR Catania, sección I, 8 de abril de 2021, n.º 1094, *Il Processo*, 2021, p. 355.

79 Esta orientación es prevalente. Entre las últimas resoluciones, véase TAR Toscana, Florencia, sección III, 19 de julio de 2021, n.º 1064, y TAR Puglia, Lecce, sección III, 14 de junio de 2021, n.º 912. Disponibles en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 30 de enero de 2022].

80 Consejo de Estado, sección V, 2 de julio de 2020, n.º 4253. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it [última consulta: 30 de enero de 2022] y Consejo de Estado, sección V, 14 de octubre de 2014, n.º 5063, en *Foro amministrativo*, 2014, p. 2546.

81 En ese caso, el legislador no describe el hecho abstracto de forma exhaustiva y remite, a fin de determinar el hecho que produce efectos jurídicos, a la integración por parte de la administración recurriendo a elementos o criterios extrajurídicos. Consejo de Estado, sección V, 24 de enero de 2019, n.º 591, y Consejo de Estado, sección III, 27 de diciembre de 2018, n.º 7231. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it (última consulta: 30 de enero de 2022).

82 Una resolución bastante reciente de la Reunión Plenaria del Consejo de Estado, 28 de agosto de 2020, n.º 16, en *Guida al diritto*, 2020, 38, p. 24, ha excluido que la presentación de declaraciones falsas o engañosas por parte de los operadores económicos que participan en las licitaciones pueda comportar una exclusión automática. También en este caso es la Administración quien debe valorar las que pueden incidir en la integridad y la fiabilidad.

83 La literatura manifiesta dudas sobre lo correcto de la ordenación seguida por la jurisprudencia. Véase DARIO CAPOTORTO, "Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in 'corto circuito' tra discrezionalità

del juez administrativo sobre tales valoraciones sigue el modelo del exceso de poder y nunca es sustitutivo.

CONCLUSIONES

Como se desprende de las páginas anteriores y de los resultados del estudio correspondiente, el poder discrecional es un poder típico de la Administración pública, pero la jurisprudencia, de acuerdo con la reflexión de la literatura, lo ha sometido en el decurso temporal a estrictas limitaciones cuya finalidad es dotarlo de transparencia en su ejercicio y hacerlo revisable en caso de reclamación. El poder discrecional así no entra en contradicción con la conformación democrática de la ordenación. Estas consideraciones de carácter general encuentran un reflejo significativo en la verificación que el juez administrativo lleva a cabo sobre todo en lo que se refiere a los actos de las autoridades independientes, que se evalúan de forma muy detallada; y a la inversa, en otros casos, de menor importancia desde el punto de vista general pero mucho más numerosos en la práctica, el juez administrativo apunta a permitir que la Administración pueda tomar libremente sus propias decisiones, siempre que la motivación sea adecuada y tras completar una actividad instructora detallada. Es evidente el contraste entre las dos orientaciones, que se debe equilibrar con la afirmación, también en el caso de las decisiones urbanísticas, de los procedimientos para la asignación de contratos o en los procedimientos concursales, de la regla en virtud de la cual la actividad de la Administración debe ser juzgada siempre en modo intrínseco por parte del juez administrativo, sin perjuicio de la obvia imposibilidad de reexaminar los momentos de valoración que inevitablemente se han disipado con el paso del tiempo (es el caso, por ejemplo, de las pruebas orales de un concurso, con respecto a las cuales, excepto en casos muy excepcionales, no se puede llevar a cabo una supervisión intrínseca porque no hay posibilidad de reexaminar exactamente lo verificado, ya que, por lo general, no existen registros de la prueba).

Si, en consecuencia, la valoración conjunta se hace en el sentido del carácter democrático de la discrecionalidad y de su control, es igualmente evidente la necesidad de que ese carácter democrático aumente, a través de una mayor eficacia de la supervisión jurisdiccional: la más amplia serie de instrumentos dispuesta en el Código del Proceso Administrativo permite sin duda esta evolución, en cuya afirmación es necesario que la literatura y los operadores profesionales insistan.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONINI, LUCA. "Il principio di imparzialità". En Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 2020.
- ANTONIOLI, MARCO. "Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio". *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019.
- ARMAO, GAETANO. "Il "netto storico" nella pianificazione urbanistica". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016.
- CANGELLI, FRANCESCA. *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*. Turín: Giappichelli, 2012.
- CAPORALE, FEDERICO. "Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo". *Giornale di diritto amministrativo*, 2021.
- CAPORALE, FEDERICO. "L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020.
- CAPOTORTO, DARIO. "Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in 'corto circuito' tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale". *Diritto processuale amministrativo*, 2021.
- CASSETTA, ELIO. *Manuale di diritto amministrativo*. Milán: Giuffrè, 2019.
- CASSESE, SABINO. "Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali". *Foro italiano*, n.º V, 1996.
- CERBO, PAOLO. "Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?". *Diritto processuale amministrativo*, 2020.
- CERULLI IRELLI, VINCENZO. *Prima lezione di diritto amministrativo*. Bari: Laterza, 2021.
- CERULLI IRELLI, VINCENZO. *Lineamenti del diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli, 2017.
- CHIRULLI, PAOLA. *Provvedimenti sanzionatori antitrust e sindacato giurisdizionale: è davvero tempo di una svolta? En Studi in onore di Franco Gaetano Scoca*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2021.
- CHIRULLI, PAOLA. "La partecipazione al procedimento". En Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 2020.

CHIRULLI, PAOLA. "Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata". *Diritto amministrativo*, 2015.

CINTIOLI, FABIO. *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*. Milán: Giuffrè, 2005.

CINTIOLI, FABIO. "Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)". En *Enciclopedia del diritto*, vol. II, *Annali*. Milán: Giuffrè, 2008.

CLARICH, MARCELLO. *Manuale di diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2015.

CONTESSA, CLAUDIO. "Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti", 2018. Disponibile en: www.giustizia-amministrativa.it.

CORSO, GUIDO. "Il principio di legalità". En Maria Alessandra Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 2020.

CORTESE, FULVIO. "Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo". *Diritto amministrativo*, 2020.

D'ALESSANDRO, NICCOLÒ MARIA. "Riflessioni in tema di sindacabilità dell'atto politico". *Diritto e processo amministrativo*, 2020.

DE LEONARDIS, FRANCESCO. "Principi generali dell'azione amministrativa". En Alberto Romano (coord.), *L'azione amministrativa*. Turín: Giappichelli, 2016.

DE PRETIS, DARIA. *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*. Padua: Cedam, 1995.

DE PRETIS, DARIA. "Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale", nota a Cons. de Estado, sec. IV, 9 de abril de 1999, n.º 601. *Giornale di diritto amministrativo*, 1999.

DELSIGNORE, MONICA. "I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?". *Diritto processuale amministrativo*, 2020.

FILICE, MARIO. "Gli sviluppi del controllo giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti". *Giornale diritto amministrativo*, 2018.

FOLLIERI, ENRICO. "L'attività amministrativa e la sua disciplina". En Franco Gaetano Scoca (coord.), *Diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli, 2015.

FRACCHIA, FABRIZIO, Y CRISTINA VIDETTA. "La tecnica come potere", nota a Cons. de Estado, sec. VI, 23 de abril de 2002, n.º 2199. *Foro italiano*, III, 2002.

- GALETTA, DIANA URANIA. "I principi di proporzionalità e ragionevolezza". En Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 2020.
- GALLO, CARLO EMANUELE. "Il diritto amministrativo". En Carlo Emanuele Gallo (coord.), *Manuale di diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli, 2020.
- GOISIS, FRANCESCO. "La fulljurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri". *Diritto amministrativo*, 2018.
- FERRARA, ROSARIO. "Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica". *Diritto e processo amministrativo*, 2021.
- FOÀ, SERGIO. "Il procedimento amministrativo e la partecipazione". En Carlo Emanuele Gallo, *Manuale di diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli, 2020.
- FREDIANI, EMILIANO. "Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una relazione problematica". *Dir. amm.*, 2020.
- IEVA, LORENZO. "Pianificazione del territorio e valutazioni tecniche". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001.
- IEVA, LORENZO. "Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi". *Foro amministrativo - CdS*, 2002.
- LAZZARA, PAOLO. "Discrezionalità tecnica". En *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Turín: Utet, 2008.
- LEDDA, FRANCO. "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica". *Diritto processuale amministrativo*, 1983.
- LEONARDI, ROBERTO. "Le osservazioni del privato nell'attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell'azione amministrativa si 'opacizza'". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2002.
- LOMBARDI, PAOLA. *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*. Milán: Giuffrè, 2012.
- LUBBRANO, BENEDETTA. "Il provvedimento amministrativo quale espressione del potere e della volontà della pubblica amministrazione (e quel che ne è rimasto, tra semplificazioni varie)". En *Scritti in onore di Bruno Cavallo*. Turín: Giappichelli, 2021.
- MACCHIA, MAURO. "Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale". *Giornale diritto amministrativo*, 2020.
- MARZARO, PATRIZIA. "Governo del territorio, interessi differenziati e tecniche di regolazione degli interessi". *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2019.

- MATTARELLA, BERNARDO GIORGIO. "Il procedimento". En Sabino Cassese (coord.), *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milán: Giuffrè, 2015.
- MAZZAROLLI, LEOPOLDO. "Piano regolatore generale". En *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI. Turín: Utet, 1996.
- MOLASCHI, VIVIANA. *Le arene deliberative*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2018.
- MOLITERNI, ALFREDO. "Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare", nota a Cons. de Estado, sec. III, ord. 11 de diciembre de 2020, n.º 7097. *Dir. proc. amm.*, 2021.
- OROFINO, ANGELO GIUSEPPE, Y FABIOLA CIMBALI. "Sull'onere di motivazione dei provvedimenti di ammissione in gara delle imprese concorrenti", nota a TAR Catania, sec. I, 8 de abril de 2021, n.º 1094. *Il Processo*, 2021.
- PANTALONE, PASQUALE. *Autorità indipendenti e matrici di legalità*. Nápoles: Editoriale scientifica, 2018.
- PERFETTI, LUCA ROBERTO. "Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica", nota a Cons. de Estado, sec. IV, 9 de abril de 1999, n.º 601. *Foro amministrativo*, 2000.
- PREDIERI, ALBERTO. *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*. Florencia: Passigli, 1997.
- SAITTA, FABIO. "Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e 'preferenza di amministrazione'". *Il Processo*, 2020.
- SANINO, MARIO. *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*. Milán: Giuffrè, 2019.
- SCLAFANI, FRANCESCO. "Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti: l'attendibilità delle scelte tecniche tra legittimità e merito". *Rivista regolazione dei mercati*, 2021.
- SCOCA, FRANCO GAETANO. "Processo amministrativo e giusto processo". *Diritto e processo amministrativo*, 2021.
- SCOCA, FRANCO GAETANO. "Giudice amministrativo ed esigenze del mercato". *Diritto amministrativo*, 2008.
- SORICELLI, GERARDO. "Il "governo del territorio": nuovi spunti per una ricostruzione sistematica?". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016.

- SPASIANO, MARIO ROSARIO. "Il principio di buon andamento". En Maria Alessandra Sandulli (coord.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*. Milán: Giuffrè, 2020.
- SQUAZZONI, ALESSANDRO. "L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza". *Diritto processuale amministrativo*, 2021.
- STELLA RICHTER, PAOLO. "L'articolazione del potere di piano". *Diritto amministrativo*, 2000.
- TIGANO, FABRIZIO. "Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti". *Diritto e processo amministrativo*, 2021.
- TORRICELLI, SIMONE. "Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso delle autorità indipendenti". *Diritto amministrativo*, 2020.
- TRAVI, ALDO. "Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni". *Diritto pubblico*, 2004.
- URBANI, GIORGIO. "Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica". *Rivista giuridica dell'edilizia*, II, 2020.
- URBANI, PAOLO. "Oltre il culto dei piani". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017.
- VIDETTA, CRISTINA. "Interessi pubblici e governo del territorio: l'ambiente' come motore della trasformazione". *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016.
- VIDETTA, CRISTINA. *L'amministrazione della tecnica, La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*. Napoli: Jovene.
- VIDETTA, CRISTINA. "Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self restraint del giudice amministrativo". *Foro amministrativo - Tar*, 2005.
- VIDETTA, CRISTINA. "Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa". *Diritto amministrativo*, 1996.
- VINTI, STEFANO. "Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale". *Diritto processuale amministrativo*, 2002.
- ZAMMARTINO, FRANCESCO. *Il modello molteplice, La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*. Turín: Giappichelli, 2020.