

LA RAZONABILIDAD COMO ELEMENTO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

[Reasonableness as a control fact of public administration discretionary powers]



José Ignacio HERCE MAZA

Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano
en la Universidad de A Coruña
jignacio.herce@gmail.com

Fecha de recepción: 3/05/2017

Fecha de aceptación: 16/10/2017

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ■ III. REFERENCIAS A LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL: ESPECIAL MENCIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ■ 1. *Discrecionalidad vs. concepto jurídico indeterminado* ■ 2. *Control de los elementos reglados y desviación de poder* ■ 3. *Control de los hechos determinantes* ■ 4. *Especial mención al control de la discrecionalidad de la Administración a través de los Principios Generales del Derecho* ■ 4.1. Principio de Buena Fe ■ 4.2. Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y deber de motivación del acto o decisión administrativo ■ 4.3. Principio de igualdad ■ IV. LA RAZONABILIDAD COMO ELEMENTO DE CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL ■ 1. *Razonabilidad como principio general del Derecho* ■ 2. *Test de racionalidad y razonabilidad* ■ 3. *Razonabilidad o proporcionalidad* ■ V. CONCLUSIONES ■ VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

Una de las cuestiones fundamentales en el Derecho administrativo está relacionada con la potestad discrecional de las Administraciones Públicas.

AJV, 11 (2017)/245

Como la existencia de potestades discrecionales lleva aparejada ciertos riesgos recae en los órganos jurisdiccionales la fiscalización de los actos administrativos dictados en su ejercicio. Sobre esta materia, ni la doctrina ni la jurisprudencia han alcanzado soluciones concluyentes. No obstante, en el presente documento, defenderemos el papel del principio de razonabilidad como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa.

Abstract

One of the fundamental issues in Administrative law is the one related to the discretionary power of the Public Administrations. As the existence of discretionary powers entails certain risks, it is incumbent on the courts to supervise the administrative acts issued in their exercise. On this matter, neither doctrine nor jurisprudence has reached concluding solutions. However, in this document, we will defend the role of the principle of reasonableness as an instrument of control of discretionary powers.

Palabras clave

Potestad Discrecional, Derecho Administrativo, Principios Generales del Derecho, Principio de razonabilidad, Principio de proporcionalidad.

Keywords

Discretionary powers, Public Law, General Principles of Law, Principle of reasonableness, Principle of proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto la conceptualización teórica de la discrecionalidad administrativa como los medios que los Ordenamientos jurídicos articulan para su control forman parte de los debates vivos del Derecho administrativo, orden jurídico necesitado de un nuevo enfoque.

Este nuevo enfoque ha de ir encaminado al fortalecimiento de la dignidad de la persona y de su defensa frente al abuso del poder público, siendo ésta, lógicamente, el epicentro del Ordenamiento jurídico. No se trata de *arrumbar elementos esenciales del Derecho administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional*¹, en nuestro caso, a la luz de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y la indiscutible dignidad de la persona junto con otros muchos.

Tal y como sabemos, la aparición del control de la discrecionalidad tiene lugar en el seno de la Revolución Francesa con el surgimiento del principio de legalidad que

1. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Derecho Global – Global Law Press, 2017), p. 25.

pretendía poner freno a la arbitrariedad de los actos del Monarca. De acuerdo con este principio, es la ley quién atribuye potestades a la Administración Pública. Es por este motivo por el cual sólo podrán actuar los poderes públicos si una ley previa los faculta para ello o, dicho de otra forma, si se les atribuye una potestad. Este elemento esencial en el Derecho administrativo recibe el nombre de vinculación positiva a la ley.

Aunque lo dicho en el párrafo anterior resulta bastante claro, el debate sigue estando vigente en la medida en que, aunque tenemos claros los conceptos básicos de potestad reglada y de potestad discrecional, se plantean dos graves problemas:

- a) El grado de libertad o el **nivel de discrecionalidad** que se le concede a la Administración Pública para el ejercicio de su actividad.
- b) El **control** de los actos administrativos que se han dictado al amparo de una potestad discrecional.

El nivel de discrecionalidad que se concede a una Administración variará según cual sea la visión de ella que tenga el legislador. Para algunos, la actividad de las Administraciones Públicas debe regularse a través de una exhaustiva ordenación jurídica mediante la concesión de potestades absolutamente regladas. Para otros, la actividad discrecional es una realidad ineludible de la que no se puede prescindir, priorizando la flexibilidad frente a la exhaustividad regulatoria. Esta dualidad de posiciones puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿hay que dar libertad a la Administración Pública para el ejercicio de sus potestades? Cuando un órgano administrativo actúa con base en una potestad reglada actúa como un mero autómatas aplicador de la ley y cuando lo hace de acuerdo con una potestad discrecional puede elegir entre varias opciones, entrando en juego una serie de criterios valorativos ausentes en la ejecución de la potestad reglada². Estas afirmaciones sobre la discrecionalidad no llevan aparejada necesariamente en sus términos teóricos la arbitrariedad, porque la potestad discrecional ha de estar prevista previamente en el Ordenamiento jurídico, o dicho de otra forma, ha de estar atribuida de forma expresa a la Administración y ha de estar sometida, en todo caso, a Derecho.

En cuanto a su control, si conferimos a la Administración Pública el poder de elegir entre varias opciones y cierto margen de apreciación subjetivo o valorativo, pueden darse ciertas actuaciones ilícitas, que denominaré «fugas de la discrecionalidad». Uno de los riesgos más importantes a los que nos enfrentamos al evaluar un acto discrecional es la existencia o no de prácticas de corrupción³. Es por

2. La consideración de qué es lo más cercano al interés público, que lleva aparejada la decisión discrecional no se da en la potestad reglada, basada en la mera constatación de la realización efectiva del supuesto de hecho de la norma jurídica aplicable.

3. Es un concepto, más que jurídico, sociológico: un conjunto de prácticas entendidas como abuso del poder público para obtener una ventaja ilegítima en beneficio privado que tienen una plasmación y regulación en la legislación penal. Cfr. DELMESA BENITO SÁNCHEZ, C. «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo». *Estudios de Deusto*. (Deusto: Deusto, 2015), pp. 205-228. A estos efectos, recomiendo acudir al estudio realizado por RASILLO LÓPEZ sobre los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal del año 2015 y cuya referencia es la siguiente: RASILLO LÓPEZ, P., «Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015». *Revista de Jurisprudencia*, (España: El Derecho, 2015). Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html Recuperado el 2 de 7 de 2017.

este motivo por el que se encuentra previsto el control de los actos administrativos amparados en potestades discrecionales por la jurisdicción ordinaria y así poder enfrentarse a los posibles abusos que puedan tener lugar en el seno de la Administración⁴.

Ya sea en su otorgamiento, ya sea en su control, ha de tenerse siempre como referente la idea de interés general y la indiscutible dignidad de la persona, parámetros que deben guiar a todo el Derecho administrativo, y en este caso particular, la atribución de potestades discrecionales y encaminar de manera adecuada a los Poderes Públicos en su ejercicio.

Cuando se produce el estudio tanto de la potestad discrecional como de los instrumentos de control se formulan de manera inevitable infinidad de preguntas, todas ellas de difícil respuesta: ¿qué criterios han de emplearse para su fiscalización? ¿cuáles son los límites del órgano jurisdiccional a la hora de controlar un acto discrecional? ¿puede el juez sustituir un acto administrativo por otro? De entre todas estas preguntas estudiaremos y daremos respuesta a la siguiente: ¿existe un control de razonabilidad de los actos administrativos dictados al amparo de una potestad discrecional? Dar una merecida contestación a esta pregunta no sólo es importante a los efectos del estudio de la discrecionalidad administrativa, sino que entronca con plenitud con el papel que desempeñan los Principios Generales del Derecho, principios informadores, en el Ordenamiento jurídico y en particular en el Derecho administrativo⁵.

Ya señala Cassagne que los principios generales en el Derecho administrativo existen por sí mismos y guardan una estrecha relación con la Justicia, encontrando ahí su fundamento⁶ y *representan un freno que cumple a función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos*⁷. Siguiendo esta tesis, se defiende el valor de esos principios y en especial del de razonabilidad en el control de la discrecionalidad administrativa.

En aras de elaborar una exposición lógica y razonada de la cuestión, esto es, del papel que realiza el principio de razonabilidad en el control de la potestad discrecional, se ha estructurado este documento de la siguiente forma: en primer lugar, se elaborará una aproximación teórica al concepto de potestad discrecional, en segundo lugar, se realizará una exposición sobre los mecanismos de control de la potestad discrecional (haciendo una especial referencia a los principios generales del Derecho) para estudiar, en tercer lugar, la razonabilidad como elemento de control y finalmente, formular conclusiones.

4. No obstante, conviene matizar que, en España, la corrupción característica no es la corrupción administrativa del funcionario público, que es baja, sino la corrupción política. *Cfr.* MENDOZA CALDERÓN, S., «La lucha contra la corrupción en Europa: algunas reflexiones críticas sobre su percepción e implementación en el Código Penal español», *Revista General de Derecho Penal* (España: Iustel, 2016).

5. De esta manera, también se demuestra la importancia particular de los Principios Generales del Derecho, como elementos inspiradores del Ordenamiento jurídico y en este caso, del Derecho administrativo, así como su relevancia práctica a través del control de los actos discrecionales de la administración.

6. CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, (Barcelona: Reus, 2016), p. 75.

7. CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público*. óp. cit. p. 77.

II. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien es cierto todos los sujetos del Ordenamiento jurídico reciben potestades, las particularidades su atribución a la Administración Pública son muy visibles. En especial se pone de manifiesto el conocido como interés público y es el lugar donde entra en juego, de manera principal, el principio de legalidad. Como señala García de Enterría, este principio es *el instrumento adecuado para efectuar la conversión del interés público en técnicas jurídicas precisas*⁸. Señala este mismo autor que gracias a la técnica de la potestad se atribuye un poder de actuar frente a círculos sometidos, permitiendo producir efectos jurídicos que el sometido está obligado a soportar. Estos efectos pueden desplegarse de maneras diferentes, a saber: cargas, obligaciones o restricciones⁹.

Estas potestades administrativas pueden definirse de la siguiente manera: *aquellas prerrogativas que corresponden a la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines, y que le permiten ejercer sus funciones desde una posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción, general o especial, de los administrados a los actos que la Administración dicta en ejercicio de estas potestades*¹⁰ estando especialmente vinculadas al principio de legalidad, en la medida en que la vinculación positiva de las Administración a las normas jurídicas las permite actuar conforme a Derecho únicamente en el supuesto de que se encuentren habilitadas por ley gracias a una potestad.

Sin perjuicio de la amplia variedad de potestades de la administración, debemos distinguir en el presente trabajo entre la potestad reglada y la potestad discrecional. A estos efectos nos resulta especialmente interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 3.º), núm. 4127/2015 de 7 de octubre, que establece una diferenciación entre ambas: *la ley puede, atendida la naturaleza de las funciones que ha de cumplir, atribuir a la Administración la libertad de decisión precisa para alcanzar esos fines propuestos por el ordenamiento jurídico. Esta libertad de elección, entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente justas, es lo que denominamos discrecionalidad administrativa*, contraponiendo la denominada potestad reglada, que se encuentra presente cuando *la propia Ley establece una serie de requisitos a cuya concurrencia se anuda la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico*. En la primera la norma se delimita un marco legal dentro del cual la Administración podrá elegir entre varias alternativas y en la segunda la norma establece de manera concreta la conducta que deberá realizar la Administración en la resolución del asunto¹¹.

Esta discrecionalidad deriva como hemos visto de una atribución legal, por lo que en ningún caso es ajena a la idea de Estado de Derecho o *Rule of Law*. Es

8. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 1, (España: Civitas, 2013), pp. 488-489.

9. *Ibidem*, pp. 488-489.

10. MANTECA VALDELANDE, V., «Las potestades administrativas: régimen general», *Actualidad Administrativa*, (España: Wolters Kluwer, 2011), p. 5 y ss.

11. ARIAS GAYOSO, G., «A vueltas con la discrecionalidad administrativa», *Revista de Derecho*. (Uruguay: Universidad Católica de Uruguay, 2010), p. 14.

la propia Ley la que establece la existencia de márgenes de discrecionalidad para tomar ciertas decisiones¹². Es punto de vista lo reafirma la jurisprudencia en sentencias como la STS de 28 de febrero de 1989, que aclara que la discrecionalidad existe *en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnimoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario*.

Aunque al amparo de potestades discrecionales se han cometido muchos abusos y en ocasiones se ha abierto las puertas de Troya a la corrupción (en especial cuando nos ubicamos dentro de los parámetros de la denominada discrecionalidad técnica¹³), la realidad nos ha mostrado que *eliminar la discrecionalidad es imposible y que, además, de ser posible resultaría perjudicial para el interés público*¹⁴. Muchos problemas de las Administraciones Públicas necesitan soluciones políticas, técnicas o políticas por razones técnicas que se valoran atendiendo a criterios de oportunidad, siendo conveniente que las Administraciones tengan capacidad suficiente dentro del marco de la ley¹⁵. Esto quiere decir que la realidad práctica de la Administración necesita flexibilidad dentro del respeto a la ley y el Derecho.

No debe confundirse nunca la discrecionalidad con la arbitrariedad. Un acto es arbitrario cuando procede contrario a la Justicia, la razón y las leyes habiéndose dictado sólo por voluntad o capricho. La arbitrariedad se relaciona con lo injusto, irrazonable e ilegal¹⁶. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos se encuentra consagrada en nuestro art. 9.3 CE de la que se despliega el deber de motivación de los actos administrativos. La motivación del acto no es otra cosa que la justificación de los motivos y razonamientos que han llevado a la Administración a tomar una determinada decisión, siendo un fundamento objetivo capaz de sostener y fundamentar la mencionada resolución¹⁷.

Si ya es importante observar como el deber de motivación es un auténtico principio general del Derecho administrativo, más importante aún es el principio de razonabilidad en el control del acto discrecional. Señala el prestigioso jurista argentino

12. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, (España: Tecnos, 2015), págs. 92-93.

13. Sobre la discrecionalidad técnica resulta muy interesante acudir al estudio elaborado por DESDENTADO DAROCA, cuya referencia es la siguiente: DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, (Madrid: Civitas, 1997).

14. CALLEJA PUEYO, P., «¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad?» *Legal Prestigia*, (España: Aranzadi, 2016), disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx> Recuperado el 1 de 12 de 2016.

15. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, óp. cit. pp. 92-93.

16. CASSAGNE, J.C., «La prohibición de la arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial» *La Ley* (3 de septiembre de 2008), Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf Recuperado el 15 de 12 de 2016.

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, óp. cit., p. 524.

Cassagne, que la irrazonabilidad lleva siempre aparejada una actuación injusta, en el sentido de afectar a la Justicia o a los principios generales del Derecho o bien, en otro sentido, una actuación contraria a la razón, siendo contradictoria o absurda en el plano lógico¹⁸.

Sentadas las bases sobre la potestad, la potestad discrecional y su diferenciación con la arbitrariedad, se hará en el siguiente capítulo un breve estudio de los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa y se hará especial hincapié en el control derivado de los principios generales del Derecho, ya que el reconocimiento de su importancia reafirma las premisas necesarias para analizar el principio de razonabilidad.

III. REFERENCIAS A LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL: ESPECIAL MENCIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La actuación de la Administración bajo el paraguas de la discrecionalidad puede desembocar en una serie de irregularidades, a las que me refiero como «fugas de la discrecionalidad». A modo de ejemplo nos pueden servir los siguientes: valoraciones diferentes de un supuesto de hecho, la persecución de fines diferentes al interés público o incluso la vulneración del procedimiento legalmente establecido.

Es necesario garantizar que la Administración Pública actúe de conformidad con la ley y, sobre todo, con el Derecho (art. 103.1 CE). Para ello, y desde el recurso por *excès de pouvoir* del *Conseil d'État* francés se han ido articulando una serie de criterios o instrumentos de control de los actos dictados al amparo de una potestad discrecional. Resulta lógico construir mecanismos de control en un Estado constitucional y de Derecho para que el Poder Judicial pueda fiscalizar el ajuste de los actos discrecionales no sólo a la ley sino al Derecho¹⁹. Dicho control judicial aspira a evitar que se traspase los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta en fuentes de decisiones injustificadas, considerando la jurisprudencia

18. CASSAGNE, J.C., «La prohibición de la arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial», *óp. cit.*

19. Resulta, a estos efectos, realmente interesante, acudir a la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 29/1998, ya que pone de manifiesto con claridad la *voluntas legislatoris* que ha inspirado a la norma en lo relativo al control de los actos de la Administración amparados por una potestad discrecional. Se encuentra, no sólo argumentado por cuestiones de razonabilidad el control de la discrecionalidad de la Administración, sino efectivamente establecido en este cuerpo legal.

Se señalan en términos positivos, *una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución*: derechos fundamentales, elementos reglados del acto y determinación de indemnizaciones procedentes. El recurso contencioso-administrativo tiene un marcado carácter de control y por ello, no pueden los órganos jurisdiccionales sustituir el contenido discrecionalidad de los actos que anulen, limitando su control *hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad*.

Podemos comprobar, por tanto, un establecimiento legal de un control pleno de los actos discrecionales de la administración, pero no de la consagración de un control jurisdiccional en el que el acto del Juez pueda sustituir el acto administrativo anulado, por otro, conforme a Derecho, a su arbitrio. No debemos olvidar que el Juez no es Poder Ejecutivo y que su control es de legalidad, no pudiendo, en ningún caso, arrogarse funciones ejecutivas y tomando decisiones sobre el interés público, por una cuestión,

que la potestad discrecional no es, en ningún caso, *una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas* (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 4.º) de 8 de julio de 1992 y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 5.º), ROJ 2916/2015, de 24 de junio)²⁰.

Estos instrumentos de control además resultan del trabajo elaborado de la doctrina y de las directrices que, poco a poco, ha ido instaurando la jurisprudencia de forma evolutiva. Estos instrumentos, se encuentran iluminados gracias a la doctrina *a partir del principio de plenitud de control judicial de la Administración* y se encuentran asumidas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y viendo como camino para su desarrollo por el carácter del Estado de Derecho²¹.

El control de la discrecionalidad va mucho más allá del control de los elementos reglados de la potestad, encontrándonos límites de carácter sustantivo y límites de carácter formal. Sánchez Morón indica algunos límites a la potestad discrecional, como los siguientes:

- I. La potestad discrecional está reconocida para actuar ante determinadas situaciones de hecho.
- II. Sólo puede la Administración actuar al amparo de una potestad discrecional para fines de interés público y atender al fin previsto por las normas jurídicas.
- III. Como la Administración está sometida a la Ley y al Derecho, este límite opera incluso en normas jurídicas de gran amplitud. De tal manera que cualquier decisión discrecional es ilícita si actúa contra algún Principio General del Derecho.
- IV. También hay que respetar los elementos de carácter organizativo y procedimental, debiendo actuar la Administración por medio del órgano competente y el procedimiento legalmente establecido.
- V. El respeto de las garantías del procedimiento es crucial cuando se ejercen facultades discrecionales.
- VI. Finalmente, el deber de motivación²² se configura como un elemento fundamental para controlar la actividad discrecional²³.

1. Discrecionalidad vs. concepto jurídico indeterminado

Para determinar qué tipo de control del acto administrativo ha de aplicarse es importante detenerse en la diferenciación que hay entre concepto jurídico indetermi-

20. Aquí encontramos un primer esbozo de la *razonabilidad* como medio de control de la discrecionalidad.

21. CORDÓN MORENO, F., «Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales». *Revista Jurídica de Castilla y León*, (Junta de Castilla y León, España, 2003), p. 150.

22. De hecho, el art. 35.1. i de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas determina que habrán de motivarse *Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa*.

23. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, óp. cit. pp. 98-102.

nado y potestad discrecional. Si no se establece una adecuada diferenciación conceptual entre ambas figuras, pueden darse indeseadas confusiones.

Los conceptos jurídicos indeterminados forman parte de los denominados elementos reglados del acto, admitiendo una única solución justa. El problema que surge se encuentra relacionado con la determinación de dicho concepto en la realidad práctica y, sobre todo, en el caso concreto (cuantía de un justiprecio o la valoración de la concurrencia de la necesidad de *urgencia*). En la potestad discrecional cabe adoptar varias soluciones diferentes, todas ellas en principio justas. Otra cosa es que dentro de todas las opciones justas exista un deber de elegir la opción más encaminada a satisfacer el interés público y destinada a alcanzar el interés general. Para ello deberá además seguir la senda marcada por el deber de los poderes públicos de buscar la decisión que fomente en mayor medida la dignidad de la persona. Por tanto, habiendo una pluralidad de soluciones, justas, la más justa de todas será la más cercana al interés público y dirigida con más fuerza a la dignidad de la persona, ya sea por un influjo directo o indirecto.

La jurisprudencia, en su sabiduría, delimita, en resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, Sec. 7.º), ROJ 5434/2013, de 13 de noviembre conceptualmente ambas categorías: *la primera, como ha declarado la jurisprudencia que la propia demanda cita, permite varias soluciones igualmente justas y por tanto jurídicamente indiferentes, mientras que los segundos no otorgan esa libertad alternativa y lo que reclaman es una operación valorativa que individualice en un caso concreto una previsión normativa definida en términos de excesiva imprecisión (lo que, por conllevar dificultades, ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia haya admitido en tal valoración un cierto margen de duda y apreciación que hace tolerables o legítimas dentro de él las discrepancias.*

2. Control de los elementos reglados y desviación de poder

El primer instrumento de control que ha de aplicarse es el denominado control a través de los elementos reglados del acto, derivación inmediata y directa del principio de legalidad. Si las potestades discrecionales provienen de una atribución asignada por el Ordenamiento jurídico, es lógica consecuencia defender su respeto en la medida en que no son otra cosa que condicionantes para su ejercicio. Por lo tanto, la discrecionalidad, debe atenerse a dichos elementos *entre los que se pueden mencionar los requisitos de competencia, procedimiento, adecuación al fin* (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 5.º), ROJ 347/2015, de 28 de enero).

Un buen ejemplo del control de los elementos reglados puede encontrarse en las concesiones o denegaciones de indulto, indica la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 6.º), rec. 109/2004, de 16 de febrero de 2005 que *el acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados*, limitándose, por tanto el control del órgano jurisdiccional única y exclusivamente a los aspectos formales, esto es, elementos reglados como el que enumera la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, Sec. 6.º), rec. 541/2008, de 7 de mayo de 2010, *concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no*

resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto. Otro ejemplo se refiere al control del cumplimiento de las Bases de la Convocatoria para un proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, debiendo ponderar el Tribunal si ese elemento reglado concurre o no (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [en adelante, **STSJ**], Sala de lo Contencioso-Administrativo (sec. 3.º), núm. 1855/2013, de 4 de noviembre).

Destaca dentro del control de los elementos reglados el denominado control del fin. Si un órgano administrativo se aparta del fin previsto por el Ordenamiento jurídico para un acto o decisión tiene lugar la desviación de poder²⁴. Ésta surge como una reacción frente al formalismo jurídico, especialmente manifiesto en el Derecho administrativo, respondiendo a una invasión de competencias por parte de la administración, teniendo lugar una extralimitación de sus funciones respecto a: 1) sus potestades y 2) en la regulación de una actividad o competencia determinada²⁵. Es especialmente importante en esta técnica de control la hermenéutica jurídica en la medida en que es necesario examinar la consecución del fin al que se dirige la actividad administrativa. *Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adapten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado*²⁶.

Ha de entenderse la desviación de poder en un sentido amplio. No solo tiene lugar cuando se persigue una finalidad personal o privada ya que lo que es necesario es que el fin sea diferente al interés público o al fin concreto previsto por la norma para ese supuesto. Señala la jurisprudencia que, *aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo, se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico* (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, Sec. 5.º), ROJ 3599/2015, de 17 de julio [en adelante, **STS**]).

3. Control de los hechos determinantes

Una vez hemos comprobado el cumplimiento de los elementos reglados y de la adecuación o no del acto administrativo a la finalidad prevista por la norma jurídica hay que analizar si la realidad fáctica se corresponde con la interpretación realizada por la Administración. La constatación de un hecho no depende de la interpretación de la Administración: los hechos son los que son y no los que la Administración quiere que sean.

El control de los hechos determinantes está firmemente relacionado con la actividad probatoria, reconocida en el proceso contencioso-administrativo²⁷. Se controla

24. Se encuentra regulada en el art. 70.2 de la LJCA

25. PINTO FONTANILLO, J.A., *La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho: marco normativo de los actos ilícitos atípicos y valoración dentro del sistema*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.), *Raíces de lo ilícito y razones de ilicitud*, (España: Dykinson, 2006), pp. 50-53.

26. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, óp. cit., pp. 488-489.

27. Por otro lado, y en la Ley 29/1998, ahora vigente, regula en los arts. 60 y 61 la prueba gracias a la cual, se podrá verificar la conformidad a la realidad de los hechos alegados por la Administración y ajus-

la exactitud de los hechos determinantes considerados por la Administración para la opción de una determinada decisión. Solamente podrá aplicarse una consecuencia jurídica para el caso de que se haya cumplido el supuesto de hecho previsto en la norma²⁸. En este punto se ha dado un paso importante en el esquema clásico de control gracias al denominado error manifiesto de apreciación²⁹.

Este sistema de control basado en la prueba se pone de manifiesto en sentencias como la STS (Sala 3.º, sec. 5.º), ROJ 1625/2013, de 8 de abril en la que el juzgador no comparte una afirmación expuesta en un Plan General *de que en el terreno concurren valores agrícolas, paisajísticos o ambientales que determinan su clasificación como no urbanizable de especial protección*. Pues bien, considerando que la Administración creadora del Planeamiento quiso *cargarse de razón*, asignando de forma artificiosa a unos terrenos unos valores que comportan su inclusión en alguna otra categoría o modalidad a la que realmente tenía. *Pero la realidad de esos pretendidos valores no queda suficientemente explicada ni, menos aún, justificada en la Memoria del Plan General, que se limita a hacer genéricas referencias a los valores ambientales y paisajísticos*.

4. Especial mención al control de la discrecionalidad de la Administración a través de los Principios Generales del Derecho

Pese a las inquietudes del positivismo legalista por suprimir el valor de los principios generales del Derecho como pilar de la riqueza del Ordenamiento jurídico, éstos son fundamentales para su plenitud y el *oxígeno del que respiran las normas jurídicas*³⁰. Grandes clásicos del Derecho, como Karl Larenz, señalaban como el margen de potestad discrecional concedido a la administración está siempre limitado, ya sea por la propia ley que restringe dicha potestad o por las barreras que resultan *de la Constitución y de los Principios Generales del Derecho*³¹. Ya hemos visto también como Cassagne defiende su papel como elementos de control de poder³².

Estos principios no sólo operan en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración, sino que imbuven la totalidad del Ordenamiento jurídico y en especial, el Derecho administrativo. El principio de confianza legítima está especialmente relacionado con el principio de buena fe, y el principio de legalidad (sobre el que ya hemos hablado) opera en estrecho contacto con la interdicción de la arbitrariedad de

tar su valoración a la realidad. el art. 60.3 determina que *se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.*, pudiendo, el Juez o Tribunal en virtud del art. 61.1 de la citada Ley acordar de oficio el recibimiento a prueba, así como disponer la práctica de cuantas estime pertinentes.

28. No obstante, el control a través de los hechos determinantes se ejercita de forma muy prudente, por sus riesgos. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, *op. cit.* pp. 154.

29. BERMÚDEZ SOTO, J. «El control de la discrecionalidad administrativa», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (Chile: Universidad Católica de Valparaíso, 1996), p. 279.

30. STS (Sala 3.º, sec. 6.º), rec. 5938/2005, de 9 de febrero de 2009.

31. LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 2010), p. 291.

32. CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, *op. cit.*, p. 77.

los poderes públicos, y ésta, se apreciará en mayor o menor medida en que se haya motivado la resolución. También hay que tener en cuenta el deber de observar la equidad o el principio de igualdad.

El Derecho administrativo se ve imbuido por la técnica de los principios generales del Derecho, debido a su insuficiencia de su sumisión *a la simple legalidad formal, para que su enfrentamiento con los administrados, supuesta su formidable potenciación actual, pueda discurrir por cauces de justicia*³³.

Los órganos jurisdiccionales pueden revisar las actuaciones administrativas, aun siendo discrecionales, y determinar si cumplen o no las exigencias que derivan de los principios generales del Derecho, que forman parte de nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CC). Además, muchos de ellos tienen reconocimiento constitucional³⁴.

Que se atribuyan potestades discrecionales a las Administraciones Públicas no implica un arbitrio absoluto, sino que se encuentra la actividad discrecional circunscrita por los límites sustanciales y formales, pero en especial, por los principios generales del Derecho, que actúan como garantías que impiden el abuso del poder público³⁵.

Con este breve repaso al papel de los principios generales en el control de la discrecionalidad administrativa se acredita su importancia en la actualidad, de tal manera que se pueda analizar en el siguiente epígrafe el papel del principio de proporcionalidad o razonabilidad.

4.1. Principio de Confianza Legítima

Este principio, nacido del Tribunal Administrativo de Prusia y posteriormente ratificado por el Derecho comunitario opera de una forma muy liviana. Los requisitos aplicables en Europa para considerar su aplicación son diferentes a los de España³⁶, así que, con objeto de no extendernos demasiado, hablaremos de qué es necesario para que dicho principio se aplique en nuestro país. A grandes rasgos, son necesarios los siguientes requisitos:

- No es suficiente que la Administración Pública realice insinuaciones o promesas, sino que ha de ofrecer seguridades específicas respecto de la regularidad de la conducta que se quiere consolidar,
- Las esperanzas en una decisión deben ser debidamente fundadas.

33. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, (Madrid: Civitas, 1984), p. 40.

34. DOMENECH PASCUAL, G., *El principio de legalidad y las potestades administrativas*, en RECUERDA GIRELA, M.A. & AGOUÉS MENDIZABAL, C. *Lecciones de derecho administrativo con ejemplos*, (España: Tecnos, 2014), p. 124.

35. CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, *óp. cit.*, p. 111.

36. Tiene para su apreciación desde la perspectiva comunitaria como requisito objetivo, el que la institución comunitaria actúe en ejercicio de potestades regladas estrictas, no discrecionales. Cfr. LEÓN CAVERO, R., *Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia Española y Comunitaria* (España: El Derecho, 2011), disponible en: http://www.elderecho.com/administrativo/Principio-Confianza-Legitima-Jurisprudencia-comunitaria_11_312805002.html Recuperado en 20 de 8 de 2017

- La posición que se espera adquirir debe ser legal, no contraria a Derecho. En definitiva, que no haya cambios bruscos sin una actuación previa de la Administración que anuncie y justifique esa modificación inesperada³⁷.

La jurisprudencia, en sentencias como la STS (Sala 3.º, Sec. 3.º), rec. 2434/1991, de 28 de julio de 1997, nos recuerda cómo opera el principio de confianza legítima y en qué momento ha de aplicarse: *cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar.*

Una situación en la que se aplica el control a través del principio de confianza legítima tiene lugar cuando se crea expectativas a opositores a través de una reiterada y continua convocatoria de procesos selectivos a la función pública, en el caso de que la Administración decida no convocar oposiciones sin aviso previo o comunicación general. También opera este principio en el caso, por ejemplo, de un funcionario que lleva disfrutando mucho tiempo de un derecho o situación de hecho creándole una expectativa legítima que revocada con posterioridad³⁸.

No olvidemos tampoco el deber de motivación previsto en el art. 35 de la Ley 39/2015 de los actos *que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.*

4.2. Principio de Buena Fe

El principio de buena fe es un mandato general para la Administración. Este mandato la obliga a actuar sobre las bases de la legalidad y sin hacer incurrir al administrado en un error o a emplear mecanismos que vayan en detrimento de su posición o sus derechos³⁹. Su valoración y apreciación como medio de control se encuentra en relación muy estrecha con el de confianza legítima y, sobre todo, con la doctrina de los actos propios.

Es uno de los elementos más importantes a la hora de tener en cuenta cuando se enjuicia una actuación amparada en una potestad discrecional. Hay que tener presente que su carácter de principio general del Derecho le convierte en una pieza informadora de la interpretación de la norma o del acto que reglamente la actividad, así como la imposición del cumplimiento de obligaciones y deberes conforme a sus exigencias⁴⁰.

37. LORENZO DE MEMBIELA, J. B. «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública» *Revista de Administración Pública*, (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006).

38. LORENZO DE MEMBIELA, J. B. «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública», *óp. cit.* 263.

39. ARIAS GAYOSO, G., «A vueltas con la discrecionalidad administrativa», *óp. cit.*, pp. 21-22.

40. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio de buena fe en el Derecho administrativo*, (Madrid: Civitas, 1983), p. 34.

4.3. *Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y deber de motivación del acto o decisión administrativo*

La interdicción de la arbitrariedad, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, está reconocida en el art. 9.3 CE y tiene por cometido enfrentarse a las actuaciones de la Administración Pública que carecen de motivación o justificación.

Del deber de la Administración de justificar sus decisiones derivan dos fundamentos: I) la Administración ha de razonar los motivos que la han llevado a decidir en un determinado sentido y II) y en referencia a la discrecionalidad, deberán motivarse los actos dictados al amparo de una potestad discrecional⁴¹. Las razones a las que se hace referencia han de ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad y sólidas.

La jurisprudencia ha señalado con rotundidad que el deber de motivar los actos administrativos no es ni mucho menos un rito sacramental, sino que es una medida instrumental para que se conozcan las razones de la voluntad de la Administración, facilitando el control judicial de sus actos⁴².

4.4. *Principio de igualdad*

El principio de igualdad requiere una aplicación igual de la Ley⁴³, siendo este principio el foco de tensión entre el legislador y el juez, entre la política y el Derecho, siendo una fuente de suspicacias y acusaciones de activismo judicial⁴⁴. Éste se encuentra recogido en el art. 14 CE.

En virtud de este principio se evitan desigualdades discriminatorias, lo que no quiere decir que no pueda haber lugar a un trato diferenciado, siempre que en aquellos casos se fundamente con base en una justificación de carácter objetivo y razonable⁴⁵. Se han de tratar de igual manera situaciones idénticas.

Este principio opera en materia de control de discrecionalidad de manera muy relevante, por ejemplo, en materia de empleo público o en el control de la actuación de los órganos calificadoros. La STS (Sala 3.º), núm. 627/2017, de 5 de abril, que considera el margen de discrecionalidad para determinar una edad máxima o mínima en una convocatoria para cubrir plazas deberá sujetarse a criterios de razonabilidad debiendo estar éstos justificados, impidiéndose una aplicación de un trato jurídico diferenciado al no estar asentado en una justificación objetiva y razonable y, por otra parte, la STS (Sala 3.º, Sec. 7.º), ROJ. 5341/2014 de 16 de diciembre de 2014 extiende el control de la actuación de los órganos calificadoros en el ámbito material de una decisión técnica valorando el respeto del principio de igualdad.

41. El art. 35.1.i) de la Ley 39/2015 establece el deber de motivar *Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales*.

42. STS (Sala 3.º, Sec. 4.º), de 2 de junio de 1987.

43. RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991), pág. 12)

44. *ibid.*, pp. 35-36

45. STS (Sala 3.º, sec. 7.º), ROJ 3965/2006, de 28 de junio.

IV. LA RAZONABILIDAD COMO ELEMENTO DE CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL

1. Razonabilidad como principio general del Derecho

Los principios generales del Derecho tienen una función fundamental en el Derecho administrativo, el control del poder. Por lo tanto, en materia de control de la discrecionalidad actúan como una garantía auténtica y real que impiden el abuso de la discrecionalidad administrativa por parte de la Administración Pública. *Si aquellos son la causa o base del ordenamiento jurídico, no puede concebirse que el ejercicio de poderes discrecionales pudiera llegar a controvertirlos*⁴⁶.

Si ya hemos defendido, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los principios generales del Derecho son el oxígeno que respiran las normas jurídicas, es indudable su alcance y significado. Son los exponentes del solar jurídico, del ambiente general que ha de presidir el Ordenamiento jurídico, así como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas⁴⁷.

La norma jurídica no puede regular todos los supuestos de hecho posibles ni el ejecutor de la norma jurídica aplicarla sin interpretar el Derecho positivo⁴⁸. Todo aplicador de la norma jurídica tiene que emplear la hermenéutica jurídica y en particular, el órgano jurisdiccional que trabaja con los medios de control de la discrecionalidad administrativa. Nuestro Ordenamiento jurídico no sólo se encuentra constituido por el Derecho escrito, sino por unos principios que denotan una serie de valores y unas circunstancias históricas. Se trata de tener presente que el Derecho *excede necesariamente de la ley, y esto, antes que, como cuestión de principio, volvemos a decir, como hecho de común experiencia de la vida jurídica real*⁴⁹.

Los Ordenamientos jurídicos en muchas ocasiones positivizan estos principios. Gracias a su positividad podemos emplearlos en la hermenéutica jurídica atendiendo siempre a la razonabilidad y la búsqueda de la Justicia en su aplicación, con toda seguridad⁵⁰. Además, gran parte de estos principios han adquirido relevancia constitucional, tanto en nuestra Constitución como en otros ejemplos que podemos encontrar en el Derecho comparado.

En especial, el principio de razonabilidad imbuje todo el Ordenamiento jurídico, desde siempre y ha de ser y seguir siendo guía para el intérprete a la hora de aplicar una norma jurídica y, sobre todo, graduarla y adaptarla al caso concreto.

46. CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, óp. cit., p. 111.

47. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, (España: Netbiblo, 2008), p. 59.

48. Precisamente, por este motivo, se acude a los principios generales del Derecho como, tal y como señalaba Federico de Castro, dado que ejercen una triple función: interpretativa, integradora e informadora. Cfr. DE CASTROYBRAVO, F., *Derecho Civil de España*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949)

49. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, óp. cit. p. 52.

50. Este tema lo traté con profundidad en: HERCE MAZA, J.I., «La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo». *Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (España: Castilla-La Mancha, 2017), p. 148.

No todos los criterios empleados para controlar la discrecionalidad han de ser técnicas de control de acomodación al Derecho positivo. Es por esto por lo que la jurisprudencia española ha instaurado el principio de proporcionalidad o razonabilidad, llevándonos a una aproximación *a su utilización como principio general del Derecho Administrativo y, en cuanto tal, importante límite jurídico de las potestades administrativas y garantía de las situaciones jurídicas de los particulares*⁵¹.

No podemos obviar que la aplicación del principio de razonabilidad puede suscitar polémicas, en especial por el miedo a una suerte de activismo judicial, con lo que es necesario conciliar en esta materia, por un lado, el interés de certidumbre jurídica y por otro el interés de la movilidad y adaptabilidad del derecho a las circunstancias de cada caso⁵². Una seguridad excesivamente rígida, esto es, un Ordenamiento jurídico inmóvil y ajeno a las nuevas realidades del Derecho *es un motivo de inseguridad, ya que es connatural al hombre la tendencia al cambio y a la perfección*⁵³.

Los órganos judiciales no deben convertirse en un Poder Ejecutivo, sino verificar si la Administración, en el ejercicio de la discrecionalidad, ha actuado de conformidad al Ordenamiento jurídico, atendiendo a estos dos requisitos:

- Que el acto se haya adoptado dentro de los límites impuestos por el Derecho a ese actuar discrecional.
- Que la decisión sea racional y justificada, no fruto de la mera voluntad del órgano que haya adoptado la decisión⁵⁴.

Señala Karl Larenz la necesidad de atenerse a las *decisiones valorativas subyacentes a las leyes, especialmente a la Constitución; y que la Jurisprudencia haya de explicarlas y desarrollarlas ulteriormente*⁵⁵. Las necesidades de la vida práctica y la evolución de las estructuras jurídicas, llevan a aplicar el Derecho atendiendo a criterios de una amplitud mayor a la interpretación exclusivamente literal⁵⁶, por lo que es necesario acudir a criterios extrapositivos de interpretación para lograr una hermenéutica que alcance la Justicia al caso concreto⁵⁷, esto es, acudir a criterios razonables de aplicación e interpretación, debiendo éstos estar suficientemente motivados.

Se puede verificar si las decisiones discrecionales de la Administración han violentado el Ordenamiento jurídico y abusado, en consecuencia, de la libertad valorativa otorgada por la Ley no sólo a través de los elementos de control que hemos estudiado con anterioridad, sino también empleando el principio de razonabilidad.

51. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. «El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo», Cuadernos de Derecho Público (Madrid: INAP, 1998), p. 157.

52. CASTÁN TOBEÑAS, J. «La actividad modificativa o correctora en la interpretación del Derecho». Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS en el paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1946.

53. REALE, M. «Teoría Tridimensional del Derecho», (Madrid: Tecnos, 1997), p. 95.

54. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, óp. cit., p. 527.

55. LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, óp. cit. p. 149.

56. CASTAN TOBEÑAS, J. «La actividad...», óp. cit.

57. HERCE MAZA, J.I., «La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo», óp. cit., p. 78.

Este principio ha sido reconocido en la jurisprudencia, tanto de *motu proprio* como de forma implícita a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Se manifiesta a través de un doble test que podría entenderse como equivalente a la *reasonableness* originario del mundo anglosajón y comprende un primer test de racionalidad y un segundo test de razonabilidad⁵⁸.

La Sentencia del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo (sec. 2.º), n.º 238/2015 de 11 de mayo hace referencia a este doble test: *La valoración de este planteamiento impugnatorio ha de hacerse desde la perspectiva de la exigencia de una suficiente y razonable motivación, y en lo que interesa en relación con el ejercicio de potestad discrecional bajo el prisma de los denominados test de la racionalidad y principio de proporcionalidad.*

Se entiende la razonabilidad a través de su opuesto. La *irrazonabilidad de esencia*, se da cuando *el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto o los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales*. Además, también un acto administrativo es irrazonable cuando tiene lugar una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue, así como una falta de coherencia. Esta razonabilidad se alude, en definitiva, a los actos que no cuentan con un fundamento de Justicia⁵⁹. Hay razonabilidad cuando se está actuando con los patrones decisoriales que hubiera empleado una persona *sensata*.

2. Test de racionalidad y razonabilidad

Cuando nos encontramos ante el control de un acto administrativo discrecional, señala Enterría un doble test: el de racionalidad y el de razonabilidad.

La racionalidad es un sistema previo al análisis de razonabilidad, enfocado a la realidad de los hechos, así como al empleo (o no) de factores jurídicamente relevantes. Para comprender este sistema de control, García de Enterría indica de manera ejemplificativa dos sentencias muy importantes: las del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986 y de 3 de mayo de 1985.

En la primera se establece una guardería infantil en la misma manzana en la que se halla una industria insalubre y peligrosa, algo poco *racional* o *razonable*, pese a que la Administración ha actuado bajo el manto de la discrecionalidad y, en la segunda, se deniega la posesión de un arma para cazar porque el solicitante cometió delitos contra la seguridad vial.

Por otra parte, y con manifiesta cercanía al denominado juicio de ponderación señalado por la doctrina (en estrecha relación con la expansión de la aplicación del principio de proporcionalidad), destaca la ponderación de la relevancia concedida por el Ordenamiento jurídico ante ciertos bienes jurídicos⁶⁰, esto es a la búsqueda

58. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, óp. cit., p. 564.

59. CASSAGNE, J.C. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, (Argentina: Marcial Pons, 2009), p. 202.

60. ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *InDret: revista para el análisis del Derecho*. Universidad Pompeu Fabra (España, 2009). Disponible en: <http://www.raco>.

del bien jurídico prioritario señalado por el Ordenamiento jurídico para el caso concreto.

Pudiéramos entender que este sistema de control está altamente relacionado con los primeros que ya hemos estudiado, siendo la razonabilidad un paso más y de mayor profundidad en aras de atender a la Justicia como conformidad real a Derecho, en sentido amplio.

Si este test se supera, el órgano jurisdiccional con independencia de que esté o no de acuerdo con la decisión, deberá confirmar y declarar la conformidad a Derecho del acto administrativo, salvo que la decisión no sea razonable en los términos en los que señalaremos a continuación. Aquí es dónde nos encontramos con la operatividad del principio de razonabilidad.

El test de razonabilidad puede llegar a justificar la anulación de un acto administrativo si la solución adoptada por el órgano administrativo padece de *incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada (...), no ya a sus ojos, sino a los de cualquier persona sensata*, teniendo en cuenta un *standard* similar a los que se establecen con carácter general para el Derecho privado y que, en contra del temor de parte de la doctrina, es perfectamente objetivo⁶¹. Esta idea no deja de recordarnos a la doctrina alemana sobre la proporcionalidad.

Sentencias como las que señala García de Enterría, ponen de manifiesto la existencia y relevancia de este principio a la hora de controlar la actuación de la Administración Pública y acotando los parámetros de libertad establecidos por el Ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los parámetros de ese *logos de lo razonable* defendido ya por Recasens Siches y otros muchos autores⁶². Pues bien, procedemos ahora a señalarlas:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1988, en la que se estrecha el trazado de una calle, generando graves problemas de circulación sin que la decisión estuviera justificada.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, en la que la apertura de un nuevo vial que el Ayuntamiento consideró como innecesario y que, además, partió en dos una importante industria impidiendo su funcionamiento.

Ya el Tribunal Supremo en su STS (Sala 3.º, sec. 5.º), rec. 3657/2013 de 24 de junio de 2015 mencionando a su vez la STS de 8 de junio de 1992 defiende como el control judicial *aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas*. También nos recuerda como *la discrecionalidad no supone una permisividad para*

cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683&a=bi&pagenumber=1&w=100 Recuperado en 10 de 1 de 2017.

61. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, óp.cit., p. 527.

62. RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1956).

actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas.

Además, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.º, sec. 5.º), rec. 3579/2013, de 26 de junio, se nos indica lo siguiente, *no niega que la Administración municipal tenga potestad discrecional para trazar los viales, sino que exige que lo haga conforme a los parámetros que rigen la discrecionalidad técnica, entre ellos la razonabilidad de la solución propuesta que, en el caso enjuiciado, no existe por las razones ya expuestas repetidamente.*

3. Razonabilidad o proporcionalidad

Cuando el Juez comienza a estudiar la conformidad o no a Derecho de un acto amparado en una potestad discrecional entra a valorar la fijación de hechos y consecuencia jurídica. Resulta interesante comprobar como en esta materia nos encontramos ante una dualidad: por un lado, la aspiración general a la seguridad jurídica que requiere una respuesta precisa (certeza del Derecho) y por otro lado, única (unidad de solución justa) son alternativas que lleva aparejada la potestad discrecional⁶³.

Es en este punto donde hay que valorar la razonabilidad de la decisión y su orientación hacia la Justicia y el interés general. Aunque la discrecionalidad administrativa admite cierta libertad de decisión, no escapa a su fiscalización atendiendo a la razonabilidad. Esta razonabilidad, no reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico de forma expresa, se encuentra orientada por la jurisprudencia a través del principio de proporcionalidad.

Con esto se quiere decir que el actuar de la Administración no solo ha de ser legal, sino también razonable, lo que tiene una multiplicidad de manifestaciones. Podrá anularse un acto administrativo cuando, recordemos, el acto no esté adecuado al fin de la norma, esto es, no tenga aptitud para satisfacer sus fines o que resulte claramente desproporcionado a cualquier persona sensata.

La aplicación del principio de proporcionalidad está ampliando de forma cuantitativa y cualitativa el control de la discrecionalidad. Sobre todo, en medidas de poder público que restringen libertades individuales y en las que hay diferentes niveles de ejercicio de poder político territorial o decisiones públicas limitativas de igualdad⁶⁴.

El poder discrecional ha de ser ejercido siempre de forma proporcional, teniendo lugar una adecuación entre *la entidad del hecho y la respuesta que la Administración articula; o el que determina que ésta ha de elegir, de entre las soluciones posibles, la menos restrictiva para derechos y libertades de particulares*⁶⁵. Esto es, atenuar el rigor de la discrecionalidad, imponiendo el deber a la Administración de, entre todas las soluciones posibles, seleccionar la menos dañina para el particular.

El empleo de la proporcionalidad y razonabilidad no es incompatible con la estabilidad y la seguridad jurídica. Tengamos en cuenta, como señala Arroyo Jiménez,

63. MORELL OCAÑA, L. *Curso de Derecho Administrativo*. 4.º Edición. Aranzadi (España: 1999). Pág. 224.

64. ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *Óp. cit.* p. 18.

65. MORELL OCAÑA, L. *Curso de Derecho Administrativo*., *óp. cit.*, p. 224.

que la aplicación del principio de proporcionalidad no amplía el alcance de las competencias que derivan de la función de control sino más bien al contrario, racionaliza su ejercicio mediante su sometimiento a un procedimiento formalizado. En los Estados constitucionales modernos la proporcionalidad se *erige en el instrumento fundamental del control de la actividad de los poderes públicos, y ello con independencia de su reconocimiento formal como un principio jurídico general*⁶⁶.

Si hemos visto que los principios generales del Derecho son elementos fundamentales, que contribuyen a la plenitud del Ordenamiento jurídico y encaminan la aplicación de la ley hacia la Justicia, el principio de proporcionalidad convenientemente aplicado y organizado en la práctica judicial, ayuda a racionalidad el ejercicio de la función de control⁶⁷. Algunos ejemplos en la práctica judicial pueden ser los siguientes:

- STS (Sala 3.º) de 2 de julio de 1982 determina cómo la actividad discrecional de la Administración, *con independencia de los límites derivados del fin para cuya consecución se le otorgaron las correspondientes potestades y cuya vulneración puede implicar una desviación de poder, viene, también, limitada por los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico y como principios informadores del mismo, debiendo destacarse, entre ellos, el de proporcionalidad consagrado por constante jurisprudencia.*
- STJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo (sec. 1.º), núm. 975/2002, de 5 de julio en relación con la disciplina urbanística, además de recordar que puede ser fiscalizada por los órganos jurisdiccionales, pese a ser una potestad discrecional, recordó cómo *las coordinadas del interés general se cierran con la exigencia de racionalidad de las nuevas decisiones urbanísticas, que las situaciones fácticas estén valoradas correctamente, que la utilización del suelo sea coherente con las necesidades objetivas de la comunidad y se formule una adecuada ordenación territorial y un correcto ajuste a las finalidades perseguidas, que la decisión planificadora guarde coherencia con la realidad de los hechos racionalidad que es a la postre proporcionalidad u optimización de medios, de modo que las previsiones actualicen un mínimo coste para la obtención de un máximo beneficio.*
- La STS (Sala 3.º, sec. 5.º) ROJ. 1723/2016, de 19 de abril, se refiere también al planeamiento, mencionando como *La revisión, en definitiva, no se ajusta a los parámetros exigibles de proporcionalidad de las cesiones obligatorias, principio de proporcionalidad que actúa como necesario límite a la potestad discrecional de planeamiento, sin mantenerse, de un lado, la proporción entre aprovechamientos y cesiones ya alcanzado por la ordenación urbanística cuya modificación pretende llevarse a efecto –como afirma el perito judicial en su informe– ni obedecer la nueva proporción a un reajuste en función de la mayor edificabilidad, densidad o nuevos usos, como se ha dicho, y sin ajustarse, en fin, el porcentaje de cesión previsto a las prescripciones legales y reglamentarias aplicables...*

66. ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *Óp. cit.* pp. 22-23.

67. ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *Óp. cit.* pp. 22-23.

- Este principio de proporcionalidad también entra en juego en la jurisprudencia relativa a la función pública. La STSJ de la Comunidad de Madrid (Sec. 7.º), núm., 780/2013, de 28 de junio hace referencia al respeto de la proporcionalidad en este sentido: *En otras palabras, pese al carácter irrenunciable del derecho a vacaciones anuales retribuidas, ello no quiere decir que tanto el legislador como la Administración no puedan poner límites al disfrute efectivo de tales vacaciones, siempre y cuando, claro está, los límites impuestos sean derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos lo sean por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo y sean respetuosos con el principio de proporcionalidad.*
- Finalmente, también sirve para controlar la actividad administrativa dedicada a la corrección de disfuncionalidades territoriales. La STSJ de Cataluña (sec. 5.º), núm. 541/1999 de 25 de mayo analiza y somete a control un Decreto que integra un núcleo poblacional en un municipio, y en relación a esto, el órgano considera que *A asentada pues la oportunidad y necesidad de corregir la disfuncionalidad territorial, es preciso ahora establecer si el referido Decret responde a criterios de racionalidad, legalidad y proporcionalidad, en la ponderación de los referidos criterios básicos, considerando que el control judicial del margen de discrecionalidad ha de ceñirse a cuestiones tales como el respeto y afectación de la decisión administrativa al interés público perseguido (el reequilibrio territorial, corrigiendo la disfuncionalidad), la fiscalización de los hechos determinantes de la decisión administrativa, así como al respeto a los principios generales del Derecho por constituir la expresión sintética de los valores materiales del Ordenamiento Jurídico.*

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el marco del *logos de lo razonable* y en contra de la mera aplicación silogística de la norma, derivan de la exigencia de Justicia real y del Derecho, siempre dentro de los márgenes del Derecho positivo, adaptando la ley en el caso concreto gracias a un juicio de ponderación, racional y razonable. En consecuencia, actúan como un mecanismo adecuado de control, atendiendo no sólo al voluntarismo que analiza la voluntad del legislador y el fin de la norma, sino también las condiciones del ejercicio de la potestad discrecional y, sobre todo, sus consecuencias.

V. CONCLUSIONES

Como ya hemos hecho referencia, los Principios Generales del Derecho desempeñan un papel esencial dentro de la estructura del Derecho. Trascienden del Derecho positivo e informan y dan plenitud a todo el Ordenamiento. Forman parte de un sistema superior e ideal que se va descubriendo.

Se dirigen a la Justicia e informan todo el Derecho positivo. Dentro del Derecho administrativo actúan como medios de control de poder y como mecanismos interpretativos e integradores de Derecho, proporcionando coherencia en el sistema y dirigiendo al intérprete en la aplicación de la norma.

En este trabajo, los esfuerzos se han concentrado en demostrar la importancia de estos principios en la vertiente del control del poder, en la discrecionalidad admi-

nistrativa. La gran mayoría de ellos tiene un reconocimiento constitucional, y además de esto, no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia acude a ellos para controlar la discrecionalidad de la Administración, principios como el de legalidad, buena fe, interdicción de la arbitrariedad o confianza legítima operan para constatar si la actuación de los poderes públicos ha sido conforme a Derecho o no.

Dentro de todos estos principios, que ya hemos analizado, resulta especialmente importante el denominado principio de razonabilidad. Este principio no se encuentra positivizado pero sí es inherente a la idea del Derecho, completando la ley escrita y orientando al intérprete (en este caso órgano jurisdiccional) como un criterio a la hora de tener en cuenta al aplicar la norma al caso concreto.

Este principio viene a enunciar que la norma jurídica ha de interpretarse no sólo atendiendo a su tenor literal, sino a la totalidad de elementos interpretativos, permitiendo graduar la norma al caso concreto. Este principio también recibe el nombre de proporcionalidad.

Aunque la aplicación de este principio genera ciertos temores, sobre todo, el que desencadene un subjetivismo judicial que olvidara la ley para aplicar la Justicia material, este temor ha de disiparse en la medida en que no definiendo una tesis extrema. Con ello quiero decir que un acto discrecional puede tener en cuenta cuestiones jurídicas, económicas, sociales, técnicas... que pueden ser susceptibles de control judicial. En estos casos generan una actividad de valoración mucho más amplia para el órgano jurisdiccional, actuando el citado órgano no como administrador, sino como verificador a la hora de determinar si la Administración Pública en el ejercicio de una potestad discrecional, ha actuado dentro de los límites impuestos por el Derecho y que la decisión sea racional y justificada, siendo, por lo tanto, *razonable*.

La aplicación del principio de razonabilidad y su vertiente, el principio de proporcionalidad, no contribuyen en ningún caso a una suerte de activismo judicial. Más bien, otorgan una seguridad real al particular frente a las injerencias o abusos de la Administración Pública cuando actúa amparada por una potestad discrecional, ya que le permite atender no sólo a la ley, incompleta e imperfecta, sino al Derecho en su vertiente más profunda y sincera. De hecho, es empleado por los órganos jurisdiccionales para atenuar el rigor del positivismo estricto y poder evaluar y fiscalizar la discrecionalidad administrativa atendiendo no sólo a la abstracción jurídica sino a la realidad no sólo de los hechos, sino del actuar *per se*.

Esta aplicación del denominado *logos de lo razonable* o principio de razonabilidad no propugna en ningún caso una ruptura a la obediencia del Derecho positivo o una defensa de la arbitrariedad, sino que pretende interpretar en cada caso concreto una verdadera voluntad de lo deseado por el Derecho, analizándolo y comprendiéndolo en su sentido más profundo.

La jurisprudencia aplica el principio de proporcionalidad como elemento que nace de la razonabilidad para atender a la relación entre la entidad del hecho y la respuesta que articula la Administración, teniendo como premisa que la Administración, entre todas las opciones posibles amparadas por la discrecionalidad, ha de elegir la más cercana al interés general y la menos lesiva para los particulares.

Gracias a este principio se puede atenuar el rigor de la Ley escrita y alcanzar una solución justa para cada caso concreto, evaluando realmente el actuar discre-

cional en situaciones como la graduación de una sanción, la organización territorial o el acceso a la función pública. Es, por lo tanto, junto a los Principios Generales del Derecho, una clave para graduar y fiscalizar los actos efectuados por la Administración amparados por una potestad discrecional, actuando como un mecanismo que atiende no sólo a la voluntad del legislador o el fin de la norma, sino todos los factores que rodean al actuar discrecional y sus consecuencias.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS GAYOSO, G., «A vueltas con la discrecionalidad administrativa», *Revista de Derecho*. (Uruguay: Universidad Católica de Uruguay, 2010).
- ARROYO JIMÉNEZ, L. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *InDret: revista para el análisis del Derecho*. Universidad Pompeu Fabra (España, 2009). Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683&a=bi&pagenumber=1&w=100> Recuperado en 10 de 1 de 2017.
- BERMÚDEZ SOTO, J. «El control de la discrecionalidad administrativa», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (Chile: Universidad Católica de Valparaíso, 1996).
- CALLEJA PUEYO, P., «¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad?» *Legal Prestigia*, (España: Aranzadi, 2016), disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx> Recuperado el 1 de 12 de 2016.
- CASSAGNE, J.C., *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*. (Barcelona: Reus, 2016).
- CASSAGNE, J.C. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, (Argentina: Marcial Pons, 2009).
- CASSAGNE, J.C., «La prohibición de la arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial» *La Ley* (3 de septiembre de 2008), Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf Recuperado el 15 de 12 de 2016.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. «La actividad modificativa o correctora en la interpretación del Derecho». *Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS en el paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1946*.
- CORDÓN MORENO, F., «Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (Junta de Castilla y León, España, 2003).
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949).
- DELMESA BENITO SÁNCHEZ, C. «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo». *Estudios de Deusto*. (Deusto: Deusto, 2015).

- DOMENECH PASCUAL, G., *El principio de legalidad y las potestades administrativas*, en RECUERDA GIRELA, M.A. & AGOUÉS MENDIZABAL, C. *Lecciones de derecho administrativo con ejemplos*, (España: Tecnos, 2014).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 1, (España: Civitas, 2013), pp. 488-489.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, (Madrid: Civitas, 1984), p. 40.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio de buena fe en el Derecho administrativo*, (Madrid: Civitas, 1983), p. 34.
- HERCE MAZA, J.I., «La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo». *Revista Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (España: Castilla-La Mancha, 2017), p. 148.
- LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 2010), p. 291.
- LEÓN CAVERO, R., *Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia Española y Comunitaria* (España: El Derecho, 2011), disponible en: http://www.elderecho.com/administrativo/Principio-Confianza-Legítima-Jurisprudencia-comunitaria_11_312805002.html Recuperado en 20 de 8 de 2017
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. «El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo», Cuadernos de Derecho Público (Madrid: INAP, 1998), p. 157.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública» *Revista de Administración Pública*, (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006).
- MANTECA VALDELANDE, V., «Las potestades administrativas: régimen general», *Actualidad Administrativa*, (España: Wolters Kluwer, 2011), p. 5 y ss.
- MENDOZA CALDERÓN, S., «La lucha contra la corrupción en Europa: algunas reflexiones críticas sobre su percepción e implementación en el Código Penal español», *Revista General de Derecho Penal* (España: Iustel, 2016).
- MORELL OCAÑA, L. *Curso de Derecho Administrativo*. 4.º Edición. Aranzadi (España: 1999). Pág. 224.
- RASILLO LÓPEZ, P., «Los delitos de corrupción tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015». *Revista de Jurisprudencia*, (España: El Derecho, 2015). Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delitos-corrupcion-reforma-Codigo-Penal_11_1021180001.html Recuperado el 2 de 7 de 2017.
- REALE, M. «*Teoría Tridimensional del Derecho*», (Madrid: Tecnos, 1997), p. 95.
- RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1956).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Derecho Global – Global Law Press, 2017), p. 25.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, (España: Netbiblo, 2008), p. 59.

- RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Revista Española de Derecho Constitucional*. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991).
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, (España: Tecnos, 2015), págs. 92-93.
- DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, (Madrid: Civitas, 1997).
- PINTO FONTANILLO, J.A., *La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho: marco normativo de los actos ilícitos atípicos y valoración dentro del sistema*, en SÁNCHEZ DELA TORRE (coord.), *Raíces de lo ilícito y razones de ilicitud*, (España: Dykinson, 2006), pp. 50-53.

