

2019

TELEOPOSICIONES

[Avda. Maisonnave 28. bis 4º Planta. Alicante](#)

temarios@teleoposiciones.es



TEMA 18. La posición jurídica de la Administración Pública. El principio de legalidad administrativa.

Las potestades administrativas: Potestades regladas y potestades discrecionales. El control de la discrecionalidad: La desviación de poder.

La posición jurídica de la Administración Pública. El principio de legalidad administrativa.

La Administración, además de encontrarse sometida a la Ley en sentido amplio (leyes y normas con fuerza de ley), tal y como se infiere del apartado 1 del Art. 103 ,Constitución Española, también se halla sujeta al Derecho en general, y por tanto, y como consecuencia, a las demás fuentes del ordenamiento jurídico.

El Diccionario del español jurídico de la RAE y el CGPJ ofrece la siguiente definición de legalidad: “Reglas y principios contenidos en las normas”. Por otra parte, y conectado con lo anterior, se refiere al principio de legalidad, en el ámbito administrativo, como aquel “ principio conectado con la idea de que los poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y, en particular, la Administración, en los términos concretos en que la ley se lo permite, parámetro del que se sirven los jueces y tribunales para controlar las decisiones de la Administración”.

Cobrando una especial relevancia en el ámbito Administrativo, el apartado 1 del Art. 103 ,Constitución Española señala que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Por tanto, la Administración se encuentra sometida a la Ley en sentido formal, lo cual no significa otra cosa más que el sometimiento del Poder Ejecutivo y, por tanto, de la Administración, al Poder Legislativo. Pero en el concepto de legalidad parece que se encuentra inherente, además de la ley en sentido estricto, las normas con fuerza de ley emanadas del Gobierno y, puesto que aquélla se encuentra sometida también al Derecho en general, ha de entenderse que ese sometimiento es más amplio y se refiere también a las demás fuentes del ordenamiento jurídico. En palabras de Garrido Falla, todo lo anterior significa, “de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la sumisión de los órganos que dictan

disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho”.

Por otro lado, además de tener en cuenta los Art. 9, Art. 103, Art. 106 ,Constitución Española; se pueden analizar diversos preceptos concretos de la Carta Magna de los que se derivan los mecanismos necesarios para garantizar el respeto al referido principio de legalidad. Estos mecanismos son, por ejemplo:

La previsión de que la ley ha de regular el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos (Art. 105 ,Constitución Española).

Una organización de la administración que habrá de servir con objetividad a los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (apartado 2 del Art. 103 ,Constitución Española: “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”).

Un sistema de revisión por medio de recursos.

Control previo de la actuación administrativa por parte de los Tribunales. Tal y como dispone el Art. 106 ,Constitución Española: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica”.

En cuanto al alcance de dicho control por parte de los Tribunales, cabe recordar que el Art. 2 ,Ley 29/1998, de 13 de julio señala que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.

Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.

Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Las potestades administrativas:

A falta de una definición "legal", el Diccionario del español jurídico de la RAE y el Consejo General del Poder Judicial entiende la potestad administrativa como "la facultad de actuación reconocida por el ordenamiento jurídico a los órganos de las Administraciones

Públicas”. Se trata del ejercicio de un poder que la ley, de forma previa, atribuye a una Administración concreta, habilitándola para actuar y ejercer ese poder pero siempre bajo los límites establecidos por aquélla. Puesto que el apartado 1 del Art. 103 ,Constitución Española señala que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, se puede sostener que éstos son los límites bajo los cuales ha de ejercer sus facultades-potestades la Administración Pública.

Sentado lo anterior, existen preceptos que otorgan potestades concretas a concretas Administraciones, pero que permiten determinar en mayor o menor medida en qué consisten estas. Así, por ejemplo, el apdo. 1 del Art. 4 ,Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que señala lo siguiente:

En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

- a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.
- b) Las potestades tributaria y financiera.
- c) La potestad de programación o planificación.
- d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.

f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.

g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

h) Las prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas ; así como la inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes.

En cuanto a la clasificación de las potestades administrativas, podría estarse a lo que se deriva de los siguientes criterios:

1. De supremacía general y de supremacía especial:

De supremacía general: Son aquellas potestades que vinculan o afectan a la totalidad de los ciudadanos.

De supremacía especial: Sólo afectan a un destinatario o generalidad concreta e individualizada.

2. Regladas y discrecionales:

Regladas: Son aquellas potestades cuyo ejercicio viene totalmente delimitado por una norma sin que quepa la posibilidad de que la Administración realice de forma subjetiva la facultad o poder que se le confiere.

Discrecionales: aquí la potestad de la Administración, puede ser ejercida de forma "libre" (dicho sea esto con todas las reservas) por parte de la Administración que la tiene conferida.

3. Potestades innovativas y conservativas:

Innovativas: facultan a la Administración para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Conservativas: facultan a la Administración para ejercer la tutela o preservación de una relación jurídica.

El control de la discrecionalidad: La desviación de poder.

Siguiendo a García de Enterría en este punto, el control de la discrecionalidad administrativa ("Ámbito o margen de libertad de acción concedido por el legislador a quien ejerce la potestad ejecutiva, para que pueda adoptar la decisión más idónea ad casum para el cumplimiento de la Ley", Diccionario del español jurídico de la RAE y el CGPJ) se puede realizar a través de varias técnicas: control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, control de los hechos determinantes y control por los principios generales del Derecho.

El Diccionario del español jurídico de la RAE y del CGPJ, ofrece la siguiente definición de discrecionalidad administrativa: "Ámbito o margen de libertad de acción concedido por el legislador a quien ejerce la potestad ejecutiva, para que pueda adoptar la decisión más idónea ad casum para el cumplimiento de la Ley".

Señalado esto, lo anterior no significa que esa libertad de acción de la Administración no tenga límites; de modo genérico, estos vienen dados por lo que establece el apartado 1 del Art. 106 ,Constitución Española: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica". La discrecionalidad de la Administración estará permitida siempre que ésta no vulnere la legalidad; esto es, todas las potestades administrativas, e incluso las discrecionales, tienen elementos reglados que habrán de observarse

en todo caso. Así, por ejemplo, la TS, Sala de lo Contencioso, de 05/10/1989 establece como doctrina asentada la siguiente:

“Los órganos administrativos (...) gozan de un margen de discrecionalidad técnica (...), pero ello no excluye que los tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generalmente impuestos a la actividad no técnica de la Administración, referidos a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación del fin y juego de los principios generales”.

Con todo, no se puede perder de vista lo dispuesto por el apartado 2 del Art. 71 ,Ley 29/1998, de 13 de julio: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”, es decir, los Tribunales no podrán decidir los mismos en lugar de la Administración, pues en caso contrario, como es obvio, se vulneraría el principio de la división de poderes. Sentado esto, el referido control de las potestades discrecionales de la Administración puede realizarse, (siguiendo en este punto, como la práctica generalidad de la doctrina), a Eduardo García de Enterría, a través de las siguientes técnicas: control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, control de los hechos determinantes y control por los principios generales del Derecho.

Control de elementos reglados del acto discrecional

Como ya se ha dicho, toda potestad discrecional contiene elementos reglados. Así, el ejercicio de la potestad discrecional será legítimo siempre que se respeten tales elementos (la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación del fin y juego de los principios generales). A este respecto merece especial atención el control del fin para el que se otorga la potestad ejercida, puesto que su inobservancia puede dar lugar a lo que la jurisprudencia

administrativa francesa denomina *détournement de pouvoir*, esto es, la desviación de poder, situación que se produce cuando la actividad administrativa se aparta de la consecución del fin querido por la ley.

En consonancia con lo anterior, y consagrando expresamente la técnica referida, el apartado 2 del Art. 70 ,Ley 29/1998, de 13 de julio señala lo siguiente: “La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Sobre la prueba de lo que sea "desviación de poder", la TS, Sala de lo Contencioso, de 10/10/1987 se pronuncia del siguiente modo: “siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil- de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano - artículo 1253 del Código Civil- derive la persecución de un fin no previsto en la norma”.

Control de los hechos determinantes

La TS, Sala de lo Contencioso, de 01/06/2010, Rec. 2405/2006 aporta una definición clara de ésta técnica de control de la discrecionalidad: “el control jurisdiccional de la Administración, tan precisamente explicitado en el artículo 106.1 de nuestra Constitución se extiende a estos aspectos discrecionales, a través de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, pues los hechos son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración desfigurarlos o incluso inventarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración y también puede ejercerse tal control a través de los principios generales del derecho, que - apartado 4 del artículo 1 del

Código Civil - informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos, al estar sometida la Administración -artículo 103.1 de la Constitución- no sólo a la Ley sino también al Derecho. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -artículo 9.3 de la Constitución-, que en definitiva aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta, en fuente de decisiones que no resulten justificadas (...)" . Se entiende entonces, de algún modo, que la discrecionalidad puede operar sobre la "consecuencia," pero nunca sobre el hecho fijado por la norma habilitante.

Control de los principios generales del derecho

El apartado 4 del Art. 1 ,Código Civil establece que "los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". Pero, tal y como bien expresa Eduardo García de Enterría, "el control a través de los principios generales no consiste en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio (...)" De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general".