

## CUARTA PARTE: DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad administrativa es uno de los temas más complejos y apasionantes del Derecho Administrativo; también, uno de los más polémicos. Al tratarse de una materia horizontal puede resultar de aplicación en cualquier ámbito sectorial. Pero incide de manera muy especial en uno de los temas que los operadores jurídicos salvadoreños más han resaltado como requeridos de estudio: las licitaciones de contratos administrativos.

La metodología seguida para exponer este módulo, con seguir el patrón general que hemos venido manteniendo hasta aquí, presenta, no obstante alguna particularidad. Lo que se pretende con este apartado del módulo instruccional es lograr que el capacitando comprenda por sí mismo la extraordinaria potencialidad que esconde la dogmática del control de la discrecionalidad administrativa oficialmente proclamada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia al objeto de extraer de ella el máximo rendimiento frente a la actuación de la Administración Pública.

Por ello, se comenzará recordando la doctrina jurisprudencial salvadoreña, que abraza literalmente los postulados teóricos más avanzados respecto a las vías de control de la discrecionalidad administrativa. Se cotejará después el rendimiento efectivo que viene dándose a dichos postulados mediante el análisis de sentencias recientes que versan sobre el ejercicio de potestades discrecionales. Y se resolverán un par de casos prácticos que permitirán familiarizarnos definitivamente con los diferentes instrumentos de control de la discrecionalidad administrativa. Después, se contrastará todo ello con una serie de sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, en las que, partiendo exactamente de los mismos planteamientos dogmáticos operativos (o cuando menos, formalmente proclamados) en El Salvador, se llega sin embargo a ejercer un control mucho más penetrante del ejercicio de la potestad discrecional, adentrándose en la entraña misma de la decisión administrativa.

Con todo ello pretende evidenciarse, una vez más, la posibilidad de introducir avances significativos en el sistema de justicia salvadoreño mediante la simple y llana aplicación del Derecho vigente, sin necesidad de modificaciones normativas. Queda en manos de los diferentes operadores jurídicos (y de manera muy señalada, en manos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia), implantar estos avances.

Por último, esta parte del módulo instruccional concluye con una serie de reflexiones acerca del actual debate académico sobre la conveniencia o no de potenciar más aun las vías judiciales de control de la discrecionalidad administrativa mediante el reconocimiento de poderes judiciales de decisión en aspectos que aun hoy la tendencia dominante confía al criterio exclusivo (discrecionalidad en sentido estricto) de la Administración.

### 1.- Teoría general del control de la discrecionalidad administrativa: Doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Lectura de la voz “potestad discrecional” en el resumen de doctrina de la Sala que se aporta como material de apoyo del módulo instruccional. Repárese que la Sala recuerda repetidamente que discrecionalidad no equivale a inmunidad ni permite la arbitrariedad.

Lectura de la voz “conceptos jurídicos indeterminados”, del mismo resumen de doctrina. Insistase muy especialmente en la circunstancia de que la interpretación de un concepto jurídico indeterminado conduce a una sola solución justa, y no es exponente de discrecionalidad alguna.

Distinción entre discrecionalidad pura y discrecionalidad técnica, derivada de la atribución de potestades administrativas mediante conceptos jurídicos indeterminados. La discrecionalidad pura entrega libremente la decisión a la Administración, con cláusulas de apoderamiento tales como “podrá...”; la discrecionalidad técnica es realmente una discrecionalidad impropia, que se confiere mediante la definición del presupuesto de hecho de la potestad administrativa a través de conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados por el aplicador de la potestad. Opera en muchos ámbitos, como el urbanismo. Pero también es posible observarla cuando la propia Administración Pública autolimita su discrecionalidad ofreciendo criterios decisorios que se articulan mediante conceptos jurídicos indeterminados: es el caso de las licitaciones públicas, en las que las convocatorias de los concursos de contratación sientan una serie de criterios específicos de adjudicación de los contratos que constituyen conceptos jurídicos indeterminados, lo que contrae extraordinariamente la discrecionalidad para convertirla en una discrecionalidad técnica, provocando, correlativamente, un control judicial mucho más intenso.

## 2.- Rendimiento efectivo de la teoría general en el Contencioso-Administrativo salvadoreño contemporáneo.

Análisis de la SCSJ 4/4/03, Ref.104-G-01, sobre concurso de funcionarios públicos a un puesto: entra en el fondo del asunto, y controla la discrecionalidad, declarando finalmente no haber lugar a la demanda por ser el candidato elegido efectivamente el mejor. Evidencia el manejo por la Sala de la dogmática de la discrecionalidad técnica (siquiera sea con carácter intuitivo y no completamente racionalizado en cuanto a manifestación específica de la discrecionalidad administrativa).

Análisis de la SCSJ 3/12/99, Ref.129-C-97, sobre adjudicación de contrato: concurso declarado desierto. Este fallo, en cambio, es exponente de un caso en el que la Sala no extrae toda la potencialidad de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa que ritualmente proclama en sus sentencias. La licitación se declara desierta, y la Sala entiende que las normas reguladoras del concurso lo permiten. Ciertamente es así, pero habrá de motivarse las razones por las que el concurso queda desierto. La motivación de la Administración se reduce a expresar que existía inconveniencia para los intereses de la Administración en las ofertas presentadas. Pero tal motivación es una fórmula ritual carente de concreción, sin resultar expresiva de las razones que amparan la decisión adoptada, lo que vulnera el derecho a la protección jurisdiccional por impedir al interesado la articulación de una defensa coherente. Falta, pues, un elemento reglado en el ejercicio de la potestad discrecional: la motivación de la decisión. A mi juicio, la Sala debía haber condenado a la Administración a motivar el acuerdo por el que se declaraba desierto el contrato.

Resuélvase a continuación el caso práctico sobre subvenciones de industrias agroalimentarias. En él confluyen todas las técnicas de control de la discrecionalidad:

- Elementos reglados: faltan informes técnicos y otros elementos de la motivación.
- Hechos determinantes: emplazamiento de la empresa en el ámbito rural: realidad fáctica o material que se sobrepone a cualquier apreciación subjetiva por parte de la Administración.
- Interpretación de conceptos jurídicos indeterminados: viabilidad técnica de la empresa; potencial para generar riqueza; impacto ambiental; etc.

Insístase en el hecho de que el juez contencioso-administrativo puede revisar la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados llevada a cabo por la Administración y reemplazarla por la suya propia,

pues si la Administración ha realizado una interpretación errónea, la misma puede ser corregida judicialmente, toda vez que no se produce una discrecionalidad administrativa en la interpretación de los conceptos jurídicos; antes al contrario, tal interpretación obedece a los mismos patrones que el resto de cuestiones técnico-jurídicas, de tal manera que un órgano judicial puede perfectamente corregir una interpretación errónea llevada a cabo por la Administración. Para hacerlo, puede que le resulte preciso acudir al dictamen de peritos o expertos, pero para lograrlo basta con que recabe de oficio tales instrumentos probatorios, en el caso de que el juez carezca de la calificación técnica precisa para efectuar la interpretación (cuando el concepto indeterminado, como es habitual, proceda de una ciencia metajurídica y por consiguiente se precise el concurso de un experto, como sucede, por ejemplo, en la medición del impacto ambiental). Esto no supone un embate contra los poderes de la Administración (que no son omnímodos ni arbitrarios, como la Sala de lo Contencioso se cuida mucho de repetir cuando recuerda la teoría general del control de la discrecionalidad mediante la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados), sino que constituye, sencillamente, una manifestación del protocolo habitual en la aplicación del Derecho, que se apoya en decisiones adoptadas en el tráfico jurídico que luego son susceptibles de control judicial. El máximo intérprete jurídico del ordenamiento jurídico es la Corte Suprema de Justicia, y si la interpretación de un concepto jurídico indeterminado no significa la atribución de una potestad discrecional, la consecuencia inevitable de ello es que la Corte Suprema de Justicia puede (y debe) revisar la interpretación del concepto jurídico que ha realizado la Administración, y sustituirla por la interpretación judicial en el caso de que la administrativa se revele incorrecta a la luz del arsenal probatorio aportado al proceso.

Resuélvase caso práctico sobre potestad sancionadora de la Administración (negocio de cosméticos) (Ejercicio No.3). Obsérvese especialmente que la graduación de la infracción ha de acordarse mediante la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, y por consiguiente, que resulta susceptible de control judicial.

3.- Contraste con la aplicación de la misma dogmática jurídica en el Contencioso-Administrativo español.

Lectura y comentario de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español de 10/6/02, Matadero Municipal de Paredes de Nava. Control de discrecionalidad en adjudicación de contrato. Anula la adjudicación de un contrato administrativo, pero al haberse ejecutado ya por otra empresa, siendo la situación irreversible, condena a la Administración al abono de una indemnización económica por el daño patrimonial sufrido.

Lectura y comentario de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español de STS 5/3/02, editorial Aranzadi. Entra en el fondo del ejercicio de la discrecionalidad, pero confirma el acto impugnado por entenderlo conforme a derecho. Ejemplo de que el control minucioso de la discrecionalidad (como el que lleva a cabo esta sentencia) no supone necesariamente que se anule el acto administrativo. Es más, de los fundamentos jurídicos se desprende un notable esfuerzo argumental del ponente por revalidar la actuación administrativa, incluso en un aspecto que se presenta dudoso y es el que más insistentemente señalan los demandantes: la determinación por la mesa de contratación de criterios de selección adicionales a los que se estipularon en la convocatoria de la contratación. La Sala insiste en que tales criterios se formularon en el marco de los previamente establecidos, y no al margen de ellos, por lo que no desvirtúa el pliego de contratación, sino que reduce más aún la discrecionalidad técnica de la Administración aportando de manera objetiva los elementos de juicio que empleó para adjudicar el contrato. Las “tablas” actúan, pues, como cauce de motivación de la decisión, en el marco de los criterios de adjudicación previamente establecidos, por lo que no hay lugar a reproche en la actuación administrativa.

Lectura y comentario de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español de STS 4/6/02, Cantsegur-Treinta y Ocho, SA. MUY IMPORTANTE. Entra en análisis de la discrecionalidad, pronunciamiento general acerca de cómo debe controlarse, estima el recurso, anula el acto impugnado y adjudica el contrato a la otra empresa, sin devolver el expediente a la Administración para que dicte un nuevo acto de adjudicación: la sentencia tiene efectos constitutivos.

Desarrollo de la doctrina contenida en esta última sentencia acerca de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados: concede a la Administración un margen de apreciación en la interpretación de tales conceptos, pero el juez despliega sobre dicho margen de apreciación un “test de razonabilidad”, en cuya virtud considera injusta o arbitraria la interpretación cuando resulta no razonable, carece de motivación o la motivación ofrecida es errónea. Léase con detenimiento el fundamento jurídico cuarto de la sentencia. La jurisprudencia contencioso-administrativa española, como se acredita en dicho párrafo, tolera a la Administración “un marco de racionalidad o ponderación”, y le confía por tanto cierto margen en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y en el ejercicio de potestades discrecionales. Pero corrige la interpretación administrativa y anula el acto en que se hubiera plasmado cuando el mismo evidenciara irracionalidad o falta de ponderación. Estos criterios judiciales de

control son de carácter abstracto, y por tanto es preciso descender a cada caso concreto para comprobar cómo operan en la práctica. El asunto en examen es particularmente expresivo de ello.

En efecto, la situación encausada fue la siguiente: la Universidad de Cantabria convocó un concurso para adjudicar el servicio de seguridad de la institución; se presentaron dos empresas: Cantsegur y 38; la primera hizo una oferta más beneficiosa, pero la Universidad adjudicó el contrato a la segunda motivando la decisión mediante un informe pedido a una federación de empresas de seguridad a la que estaba afiliada la empresa 38, pero no Cantsegur; el juez considera que tal informe, emitido por una entidad privada a la que además no pertenece la empresa sobre la que se informa pero sí su oponente en la licitación, se encuentra contaminado por interés de parte y no constituye un elemento de juicio susceptible de consideración para modificar la decisión de adjudicar el contrato. Entiende, por tanto, que no se ha efectuado una adecuada ponderación del interés público y que el ejercicio de la potestad discrecional de adjudicación del contrato ha tenido lugar incorrectamente. (Para mayor claridad, diremos que la sentencia aportada al material del curso es del Tribunal Supremo, ante el que se presentó recurso de casación por la Universidad de Cantabria frente a la sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que declaró haber lugar al recurso y modificó la adjudicación del contrato: la sentencia del Supremo, en casación, confirma la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria).

Por otra parte, en el fundamento jurídico quinto la sentencia reprocha un “favoritismo subjetivista”, lo que supone una acusación de desviación de poder, técnica de control de la discrecionalidad que se apoya en meros indicios o conjeturas del juez y no precisa prueba irrefutable.

En el fundamento jurídico sexto se señala, además, una infracción de elementos reglados, consistente en la necesidad de que la empresa Cantsegur hubiera conocido en vía administrativa el informe de la Federación Española de Seguridad, antes de la adjudicación del contrato, para que pudiera plantear pruebas en su defensa frente a las afirmaciones que en el mismo se contenían.

Como se nota, habiéndose presentado dos empresas a la licitación, y ciñéndose el objeto litigioso a determinar cuál de ellas debe resultar adjudicataria, la pretensión deducida por Cantsegur era de cognición, pura de condena. El fallo es directamente ejecutivo, sin necesidad de un nuevo acto administrativo de adjudicación. Si serán precisos otros actos diferentes, como la firma del contrato y el

comienzo de su ejecución: pero interesa notar que no se devuelve el expediente a la Administración para que dicte un nuevo acuerdo de adjudicación, sino que el juez penetra por entero en la entraña de la decisión y resuelve que debe ser Cantsegur la adjudicataria del contrato. Subyace en todo ello el principio de economía procesal, y es un signo muy plástico de la intensidad del control de la discrecionalidad administrativa al que se ha llegado en España, con los mismos argumentos dogmáticos que operan en el Derecho salvadoreño: la única diferencia es que, en El Salvador, no se ha llegado a extraer de estas construcciones todo su potencial.

Estas técnicas de control se aplican en todos los procesos selectivos o competitivos, determinando el juez contencioso-administrativo quién debió vencer y obtener el derecho que solicitaba: la ayuda o subvención; el puesto de funcionario público; el contrato administrativo; etc.

También operan en ámbitos sectoriales fuertemente caracterizados por la concurrencia de una profusión de conceptos jurídicos indeterminados, como el urbanismo, el medio ambiente, la protección del patrimonio, las sanciones administrativas, o tantos otros.

#### 4.- Nuevas tendencias dogmáticas acerca de la discrecionalidad administrativa.

Existen supuestos en los que el juez no se anima aún a penetrar en la entraña misma de la discrecionalidad administrativa. Como mejor se entenderá el problema es mediante un ejemplo.

Si en un proceso de licitación al que se presentan tres empresas una de ellas (A) fue inadmitida, y el procedimiento continúa respecto de las otras dos (B y C), cuyas ofertas son valoradas en el expediente, adjudicándose motivadamente el contrato a una de ellas (B), y habiéndose impugnado su exclusión por A, cuando el juez conoce del caso, en el expediente obra la valoración del concurso respecto de B y C, pero no respecto de A. Si la sentencia entiende que ha lugar a la demanda, y considera que la empresa A debió ser admitida, el efecto del fallo es reenviar el expediente a la Administración, para que proceda a valorar la oferta de A, y decida nuevamente cuál de las presentadas es la mejor. En este caso, pues, el juez no sustituye ni suplanta la previa interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (o más llanamente, el ejercicio de la discrecionalidad técnica) por la Administración: antes al contrario, le concede a la Administración ese margen de tolerancia (de ponderación y racionalidad) que mencionábamos en el apartado anterior, y por tanto, le invita a ejercer

su discrecionalidad técnica, valorando la oferta de A. Tal valoración será, naturalmente, susceptible de revisión judicial; pero dado que dicha revisión reconoce a la Administración su margen de apreciación, dentro de lo razonable –de lo ponderado, de lo motivado–, es preciso que sea la propia Administración quien efectúe la valoración en primer término al objeto que después el juez despliegue sobre ella su juicio de ponderación y razonabilidad, sin que pueda el juez, por consiguiente, ejercer la discrecionalidad administrativa, sino controlando el modo en que lo hace la Administración.

Este orden de cosas ha suscitado en España un intenso debate doctrinal durante la última década. Un sector doctrinal, encabezado principalmente por los profesores T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, considera que el juez contencioso-administrativo se encuentra capacitado y habilitado para resolver todos esos asuntos en cuanto al fondo, adentrándose en el ejercicio directo de la potestad discrecional. Por el contrario, otro sector doctrinal, del que son máximos exponentes M. SÁNCHEZ MORÓN y L. PAREJO ALFONSO, postula, por el contrario, que la discrecionalidad administrativa no puede devenir en discrecionalidad judicial y por consiguiente, que no le es dado al juez dictar en tales casos un pronunciamiento sobre el fondo de la decisión. El mayor grado de intensidad de este debate se alcanzó en los años 90 durante la tramitación parlamentaria de varios proyectos de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alguno de los cuales no llegó a aprobarse definitivamente por disolución de las Cortes Generales; finalmente, se aprobó la nueva Ley de 1998, que se posicionó expresamente en la materia con el siguiente precepto (Art. 71.2): “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”. Parece, por tanto, que el segundo de los sectores doctrinales anteriormente expuestos ha resultado triunfador en la batalla normativa.

Ahora bien, el tema es de enorme interés y las consideraciones que lo han acompañado han resultado de extraordinaria riqueza. Acercarse a este debate y conocerlo en profundidad resulta muy formativo y esclarecedor. Por ello, se aportaron a la Escuela de Capacitación Judicial algunas monografías que reflejan los posicionamientos de los diferentes sectores doctrinales, de manera que cualquier capacitando pueda acceder a su contenido. Estas monografías fueron reproducidas por la Escuela y se encuentran a disposición de los eventuales interesados. Son las siguientes:

- SÁNCHEZ MORÓN, M.: Discrecionalidad administrativa y control judicial, Tecnos, Madrid, 1994 (162 págs.).



- PAREJO ALFONSO, L.: Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, 1993 (131 págs.).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, Madrid, 2002 (267 págs.).
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Civitas, Madrid, 1998 (165 págs.).
- DESDENTADO DAROCA, E.: Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia), Civitas, Madrid, 1997 (160 págs.).

Además de las obras anteriores, son de enorme interés las siguientes:

- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E.: Democracia, jueces y control de la Administración, Civitas, Madrid, 1997 (340 págs.).
- BACIGALUPO, M: La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, 1997 (338 págs.).

