

2018 - 10 - 24

# Revista española de Derecho Administrativo

2017

Núm. 186 (Julio-Septiembre 2017)

Estudios

3. El control judicial de la discrecionalidad administrativa (JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ)

## 3 El control judicial de la discrecionalidad administrativa \*)

---

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid*

ISSN 0210-8461

Revista española de Derecho Administrativo 186  
Julio - Septiembre 2017

### Sumario:

- I. Introducción
- II. Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados
- III. Su sujeción a control judicial
- IV. Control judicial de los hechos y su valoración
- V. La llamada «discrecionalidad técnica»
- VI. Valoraciones económicas o técnicas complejas
- VII. Juridicidad de la decisión administrativa
- VIII. Anulación y sustitución de la decisión administrativa
- IX. «Plena jurisdicción» en materia de sanciones administrativas
- X. Conclusiones

### RESUMEN:

El control judicial de la discrecionalidad administrativa es una exigencia del Estado de Derecho. El límite está en el principio de separación de poderes, que no permite que los jueces tomen decisiones de gobierno, que constitucionalmente corresponden a la Administración. En algunos casos, los conceptos jurídicos indeterminados confieren un margen de

### ABSTRACT:

Judicial review of administrative discretionary powers is a basic requirement of the rule of law. Principle of separation of powers does not allow the Courts to make policy choices, which are constitutionally entrusted to the public Administration. Legal concepts which are not precisely defined give some leeway to the Administration, which must be respected by

apreciación o valoración, que debe ser respetado por el juez. Lo mismo sucede cuando la constatación de los hechos se realiza con ayuda de conocimientos científicos o técnicos, siempre que se mueva dentro del margen de opinabilidad propio de cada rama del saber. Con estos límites, los principios generales del Derecho permiten un control judicial efectivo del ejercicio de la discrecionalidad. Si la actuación es ilegal, el juez debe anularla. Solo podrá reconocer el derecho o determinar el contenido del acto, si -en las circunstancias concretas- no existiese ya margen de decisión.

**PALABRAS CLAVE:** Discrecionalidad - conceptos jurídicos indeterminados - discrecionalidad técnica - control judicial

Courts. The same happens with facts that have to be assessed by applying technical or scientific knowledge, provided that the decision remains within the scope of discussion that can be found in every technical and scientific field. Discretionary decisions can be reviewed by applying the general principles of law. Courts must annul illegal decisions, but only exceptionally can substitute them.

**KEYWORDS:** Discretionary powers - legal concepts which are not precisely defined - technical assessments - judicial review

## I. INTRODUCCIÓN

La discrecionalidad administrativa es una cuestión central en todos los sistemas de Derecho Administrativo. No obstante, las dificultades empiezan con su delimitación con los conceptos jurídicos indeterminados (punto II). La distinción entre ambos es útil, pero relativa. La razón está en que estos últimos, con frecuencia, dejan a la Administración un margen de apreciación o valoración, que también comporta un margen de decisión.

En una primera impresión, hay importantes diferencias en el alcance del control judicial en los distintos sistemas jurídicos (punto III). Los países anglosajones parecen más deferentes con las decisiones de la Administración. La realidad es que las disparidades son en gran medida terminológicas. En todos los países, los jueces controlan la decisión administrativa hasta donde permiten llegar los criterios jurídicos. El límite está en el principio de separación de poderes, que no consiente que los jueces tomen decisiones de gobierno, que constitucionalmente corresponden a la Administración.

En particular, los jueces deben comprobar si han quedado acreditados los *hechos* y *si es adecuada la valoración que de ellos ha hecho la Administración* (punto IV). El problema es que los conceptos jurídicos indeterminados confieren a la autoridad administrativa un margen de apreciación o valoración, que -si se mueve en la zona de incertidumbre- debe ser respetado por el juez. Lo mismo sucede cuando la constatación de los hechos se realiza aplicando conocimientos científicos o técnicos, siempre que se mueva dentro del margen de opinabilidad del saber de que se trate («discrecionalidad técnica») (punto V). A esto mismo se refiere la jurisprudencia europea, cuando destaca que en las «valoraciones económicas y técnicas complejas» el juez debe limitarse a comprobar si ha habido un manifiesto error en la apreciación o calificación de los hechos (punto VI).

Los principios generales del Derecho permiten un control judicial efectivo del ejercicio de la discrecionalidad, aunque respetando la capacidad de elección de la Administración (punto VII). Si la actuación administrativa es ilegal, el juez debe anularla, pero solo excepcionalmente podrá dictar otra en su lugar (punto VIII). Lo mismo ocurre con la potestad sancionadora, aunque su ejercicio pueda estar sujeto a un recurso de «plena jurisdicción» (punto IX).

## II. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

El principio de legalidad vincula positivamente a la Administración, cuya razón de ser es la satisfacción del interés general, en los términos definidos en la normativa. Es la ley lo que confiere legitimidad democrática a la actuación administrativa. Por eso mismo, la ley es también su límite. No obstante, en algunos casos, es inevitable que la norma confiera a la autoridad administrativa *potestades discrecionales*, que comportan un margen para decidir lo más conveniente para el interés general (modo de gestión del servicio, fomento de determinados sectores, puesta en práctica de investigaciones o inspecciones, etc.)<sup>1</sup>.

Cuando el margen de decisión es muy amplio, algunos autores hablan de *discrecionalidad conformadora*<sup>2</sup>. En estos casos, las normas se limitan a imponer la consecución de fines u objetivos, que la actuación administrativa ha de alcanzar, solucionando conflictos de intereses o de principios. Esto es lo que ocurre con la planificación urbanística<sup>3</sup> y de infraestructuras (transporte ferroviario, energía eléctrica, infraestructuras hidráulicas, etc.). No obstante, la llamada discrecionalidad conformadora no comporta diferencias cualitativas, sino de intensidad en el margen de decisión que se reconoce a la Administración. Hay que tener en cuenta que la ponderación de intereses se da en todas las variantes de discrecionalidad administrativa. Además, la discrecionalidad debe ejercerse dentro de los límites previstos en la ley, por lo que siempre es limitada. En definitiva, se trata de manifestaciones de un mismo fenómeno<sup>4</sup>, lo que explica que, en ambos casos, el control judicial deba ser tan intenso como sea posible.

Es también inevitable que las normas incorporen *conceptos jurídicos indeterminados*, para especificar fines, situaciones o estándares de comportamiento. *En sentido estricto*, los conceptos jurídicos indeterminados *no comportan discrecionalidad administrativa*<sup>5</sup>. La norma no deja a la Administración un margen para decidir la respuesta jurídica, sino para *apreciar o valorar* la presencia del supuesto de hecho, con la finalidad de aplicar las consecuencias decididas por el legislador<sup>6</sup>. La aplicación del concepto jurídico indeterminado puede ser controlada por el juez, ya que se entiende que la indefinición inicial desaparece a la vista de las circunstancias del caso concreto.

La distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa es certera<sup>7</sup>, pero *no permite una separación radical* entre ambas categorías<sup>8</sup>. A este respecto, hay que tomar en cuenta tres argumentos.

En primer lugar, en algunos casos, el supuesto de hecho (conceptos jurídicos indeterminados) está *tan interrelacionado con las consecuencias jurídicas que su mera constatación elimina cualquier margen de decisión discrecional*, ya que la potestad solo podrá ser ejercida en un sentido determinado (Koppelungsvorschriften)<sup>9</sup>. Esto es lo que, por ejemplo, sucede cuando la norma permite autorizar determinados usos del dominio público (discrecionalidad), siempre que ello no perjudique el destino principal del bien (concepto jurídico indeterminado). Hay que tener en cuenta que la Administración es la titular, no la «propietaria» del dominio público, por lo que debe gestionarlo de la forma más conforme con el interés general. En este caso, puede decirse que la «discrecionalidad» está más en la apreciación del supuesto de hecho que en la elección de las consecuencias jurídicas.

En segundo lugar, justamente por lo que acaba de avanzarse, existe una cierta *intercambiabilidad* entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad a la hora de configurar el mandato normativo<sup>10</sup>. La configuración de una potestad reglada acompañada de conceptos jurídicos indeterminados puede permitir un margen de valoración semejante al que confiere una potestad discrecional. Así, por ejemplo, la autorización de una operación de concentración empresarial se configura como una potestad reglada, cuyo ejercicio depende de la apreciación de si la operación obstaculiza de forma significativa la competencia en el mercado ([art. 2.2](#) del [Reglamento \(CE\)](#)

[139/2004](#)).

En tercer lugar, hasta cierto punto, *el alcance del control judicial tiende a aproximarse en ambos casos*. (i) Por una parte, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no se limita a una pura constatación de los hechos, sino que, con frecuencia, requiere su apreciación y valoración. Con frecuencia, su aplicación arroja un ámbito de certeza – positiva y negativa–, pero también un «halo de incertidumbre» (Beurteilungsspielraum)<sup>11</sup>. Muchas veces, «las valoraciones que se realizan para la aplicación de un concepto jurídico indeterminado y su resultado entran de lleno en lo que se considera opinable»<sup>12</sup>. En el fondo, éstos comportan también un *margen de decisión*<sup>13</sup>, ya que son susceptibles de interpretaciones distintas, que serían igualmente lícitas<sup>14</sup>. En términos más gráficos, el «margen de apreciación en los casos límite permite por definición que sean jurídicamente posibles una decisión y su contraria, siempre que ambas puedan presentarse como aplicaciones jurídicamente defendibles del concepto normativo en cuestión»<sup>15</sup>. Así las cosas, si la Administración «puede llegar a varias soluciones jurídicamente aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional»<sup>16</sup>. Esta discrecionalidad<sup>17</sup> no es volitiva (la decisión ha sido tomada por el legislador), sino *cognitiva o de juicio*<sup>18</sup> (kognitives Ermessen), pero discrecionalidad al fin y al cabo<sup>19</sup>. (ii) Por otra parte, la discrecionalidad ha sufrido un proceso de creciente «juridificación» (Verrechtlichung)<sup>20</sup>. El ejercicio de las potestades discrecionales solo es legítimo para alcanzar el fin perseguido por la norma, por lo que, en las circunstancias concretas, puede haber una única solución justa<sup>21</sup>.

En resumen, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es útil, ya que permite *diferenciar* los casos en que la norma confiere a la Administración capacidad de decisión de aquellos otros en los que solo ha de apreciar o valorar la presencia del supuesto de hecho. No obstante, en la práctica, *el margen de apreciación o valoración que implican los conceptos jurídicos indeterminados comporta también un margen de decisión (discrecionalidad)*, al menos en las zonas de incertidumbre.

### III. SU SUJECCIÓN A CONTROL JUDICIAL

El principal problema que plantea la discrecionalidad es asegurar que el margen de apreciación, valoración o decisión que la norma confiere a la Administración es ejercido para la consecución de los concretos objetivos de interés general para los que se asigna la potestad, con respeto a los derechos de los ciudadanos.

El control de la discrecionalidad se inserta en el proceso histórico de *juridificación del poder* y, consiguientemente, de reducción de sus inmunidades<sup>22</sup>. Solo a comienzos del siglo XX, en la mayor parte de los países, la discrecionalidad administrativa deja de considerarse un ámbito de actuación excluido *per se* del control judicial<sup>23</sup>. En Francia, HAURIOU celebró la desaparición de los actos de «pure administration»<sup>24</sup>. En España, hasta la LJCA de 1956, los actos discrecionales no podían ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, durante algún tiempo, los jueces ejercieron un control limitado sobre estos actos.

En nuestros días, el *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* ([art. 24.1 CE](#) y [art. 6.1 CEDH](#)) confía a los jueces la garantía última de los derechos de los ciudadanos. La razón está en que la Administración es una organización implicada en la gestión del día a día, que aspira a la consecución de objetivos políticos, económicos y sociales. En cambio, los jueces son órganos imparciales e independientes, cuya única tarea es la resolución de conflictos, la declaración del derecho y la protección de los legítimos intereses en juego<sup>25</sup>.

La pregunta es *cuál es el alcance del control jurisdiccional*<sup>26</sup>. En una primera impresión,

el control judicial es más limitado en los países anglosajones. No obstante, como vamos a ver, las diferencias son menores de lo que pudiera parecer.

En el Derecho *español*, el control judicial no se entiende como una segunda instancia, sino como un medio para que los jueces verifiquen en su integridad la legalidad de la actuación administrativa. El límite está en que el juez no puede sustituir a la Administración en el ejercicio de sus legítimas opciones de gobierno.

En el Derecho *alemán*, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19 IV LF) exige que los jueces lleven a cabo un control pleno de la legalidad de la actuación administrativa, que incluye el control de los hechos<sup>27</sup>. El control judicial solo podría limitarse en el caso de que una ley expresamente así lo reconociera<sup>28</sup>. No obstante –por virtud del principio de separación de poderes–, se entiende que el papel de los tribunales es revisar, no sustituir la decisión recurrida. Además, en los últimos años, la jurisprudencia alemana ha aceptado un control menos intenso de las decisiones discrecionales en el sector de las telecomunicaciones<sup>29</sup>. En este sentido, se habla de una «discrecionalidad reguladora» (Regulierungsermessens)<sup>30</sup> o de la facultad de adoptar la última decisión sobre el tema (behördliches Letztentscheidungsrechts)<sup>31</sup>, que hace que las decisiones administrativas solo puedan ser revisadas por los jueces cuando sean manifiestamente inadecuadas. Esta construcción no ha dejado de ser criticada, advirtiendo que el margen de apreciación y discreción que corresponde a las autoridades administrativas en la regulación del mercado no justifica la creación de conceptos que favorezcan la consolidación de ámbitos de actuación pública exentos de control judicial («(...) ohne sich in die Kontrollabstinentz eines holistischen Konzepts “Regulierungsermessens” flüchten zu müssen»)<sup>32</sup>.

En el Derecho *francés*, se reconoce que la potestad discrecional, por definición, permite a la autoridad administrativa decidir lo más conveniente para el interés general («(...) le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité »)<sup>33</sup>. La Administración no puede actuar como un robot, con un comportamiento completamente programado<sup>34</sup>. En el ejercicio de potestades discrecionales, está vinculada al Derecho, pero está sujeta a un «*contrôle restreint*». La Administración debe apoyar su actuación sobre hechos ciertos [ *arrêt Camino* (1916)]<sup>35</sup>. No obstante, hasta los años sesenta, la calificación jurídica de los hechos estaba excluida del control jurisdiccional en estos casos. En el recurso por exceso de poder, como es natural, se controlaban los hechos y su calificación, pero solo en la medida en que era necesario para resolver una cuestión de Derecho<sup>36</sup>. A partir de los años sesenta, la jurisprudencia acepta que el «*contrôle restreint*» se extiende también a verificar si la autoridad administrativa ha incurrido en «l’erreur manifeste d’appréciation» de los hechos, de su valoración o calificación<sup>37</sup>. Como excepción, algunos ámbitos quedan exentos de este control (decisiones de tribunales de selección de personal, ciertas cuestiones relativas a la ordenación del territorio y la organización territorial, concesión de amnistías y honores, etc.). En la jurisprudencia posterior, el control del error manifiesto se extendió también a la valoración de si la decisión adoptada por la autoridad administrativa es o no racional<sup>38</sup>. El juez también aplica un control de proporcionalidad de la decisión administrativa ( *contrôle du bilan* y *contrôle de proportionnalité* )<sup>39</sup>. Con respeto al ámbito de decisión discrecional, la jurisprudencia francesa ha avanzado, pues, en el control de la legalidad de la actuación administrativa, que se extiende a la interpretación de la norma, los hechos y su calificación jurídica, así como a la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión.

En el Derecho *italiano*, los actos dictados por la autoridad administrativa están sujetos al control de la jurisdicción administrativa (intereses legítimos) ( *Consiglio di Stato* ) o judicial (derechos subjetivos), que no solo verifica el Derecho, sino también los hechos<sup>40</sup>. En línea con el resto de la doctrina europea, se destaca que no se puede sustituir la

decisión (il «merito amministrativo»), pero sí controlar si se han respetado los principios, reglas y procedimientos que delimitan el ejercicio de la potestad<sup>41</sup>). No obstante, en términos generales, se reconoce que el control de la discrecionalidad administrativa sigue siendo periférico<sup>42</sup>. Sólo en fechas recientes los órganos jurisdiccionales han comenzado a revisar *de novo* las valoraciones de los hechos que no revisten una especial complejidad.

En el *Derecho anglosajón* ( *common law* ), tradicionalmente, los jueces han tenido una mayor deferencia hacia la actuación de las autoridades administrativas. A este respecto, hay que tener en cuenta que, en el *Reino Unido* , las apelaciones ( *appeals* ) son resueltas por órganos administrativos especializados, dotados de autonomía funcional ( *tribunals* ), mientras que los recursos judiciales corresponden a los tribunales ( *judicial review* )<sup>43</sup>. A través de las apelaciones se ejerce un control más intenso, que en algunos casos permite modificar o sustituir la decisión administrativa<sup>44</sup> (« *the merits reviewer “stands in the shoes of the primary decision-maker ”* »)<sup>45</sup>.

En cambio, en general, se acepta que la función de los jueces es controlar la legalidad de la decisión recurrida<sup>46</sup>. En concreto, el control judicial de la discrecionalidad administrativa se realiza en base a tres parámetros (« *Wednesbury test* »): (i) si la decisión ha sido adoptada tomando en cuenta factores irrelevantes (despido de profesora por el color de su pelo); (ii) si la decisión ha sido adoptada sin tomar en cuenta todos los factores relevantes; (iii) si la decisión es tan irrazonable que no hubiera sido adoptada por ninguna autoridad (« *Wednesbury unreasonableness* »).

En su versión inicial, el test de razonabilidad representaba un instrumento limitado de control («literally interpreted, would almost never give a claimant any protection»)<sup>47</sup>. No obstante, el control se fue haciendo más intenso con el tiempo<sup>48</sup>. El juez ha de entrar en el fondo de la decisión administrativa, aunque solo a efectos de verificar su legalidad, no de imponer su visión acerca de cuál debería ser la actuación más correcta («A consideration of the merits is not the same as a decision on the merits»)<sup>49</sup>. No puede anular la decisión administrativa, simplemente, porque entienda que podía haber habido otras soluciones racionales<sup>50</sup>. Además, el control de razonabilidad varía en función de los intereses en juego («variable *Wednesbury unreasonableness*»), lo que hace que sea más intenso cuanto mayor sea la afectación a los derechos individuales (anxious scrutiny). En cambio, en actuaciones que comportan decisiones políticas, de ordenación del sector o macroeconómicas, los jueces dejan un considerable margen de apreciación a la autoridad administrativa («super-*Wednesbury test*»)<sup>51</sup>, por lo que solo anulan la decisión en los casos en los que la ilegalidad es más evidente<sup>52</sup>. A ello hay que añadir que los jueces aplican el control de *proporcionalidad* cuando se ven afectados los derechos fundamentales (Human Rights Act 1998) y cuando está en juego la normativa comunitaria europea.

En este contexto, en los últimos años, se ha generado un *debate* en el Reino Unido sobre el estándar de control judicial que debe aplicarse, que separa a los partidarios del mantenimiento del criterio de razonabilidad de los que proponen la generalización del control de proporcionalidad. El control de proporcionalidad es más intenso que el de razonabilidad<sup>53</sup>. Este último solo exige que el juez compruebe si la solución adoptada es una de las posibles, mientras que el principio de proporcionalidad exige valorar la ponderación que ha hecho el órgano administrativo. No puede negarse que se trata de dos parámetros de control distintos. Lo que ocurre es que, en su aplicación, tienden a aproximarse. La razón está en que la aplicación estricta del principio de proporcionalidad comporta el riesgo de que, en la ponderación de intereses, el juez sustituya a la Administración. Por su parte, la aplicación laxa del control de razonabilidad puede producir indefensión<sup>54</sup>. De ahí que, en las circunstancias concretas, los jueces valoren hasta dónde pueden llegar. Esto explica que, en la práctica, la intensidad del control

judicial sea muy similar a la que se ejerce en la Europa continental.

Es un tópico considerar que en *EEUU los jueces son deferentes con la apreciación de los hechos* realizada por la autoridad administrativa (agency). En general, se entiende que la Administración está en mejor posición institucional para valorar las cuestiones de hecho, mientras que lo propio de los jueces es la interpretación del Derecho<sup>55</sup>. Hay que tener en cuenta que en la actuación de las agencias casi siempre intervienen funcionarios independientes (administrative law judges), que refuerzan la objetividad e imparcialidad de su actuación<sup>56</sup>.

Más aún, a partir de la doctrina *Chevron* se entiende que, dentro de ciertos límites, los jueces también deben ser *deferentes con la interpretación del Derecho* realizada por la autoridad administrativa. De acuerdo con esta jurisprudencia, cuando un tribunal controla la legalidad de una actuación administrativa, (i) debe preguntarse si la cuestión ha sido claramente resuelta por la ley, en cuyo caso debe aplicarla. (ii) Si la ley no resuelve la cuestión o es ambigua, el juez no puede imponer su propia comprensión, sino que debe limitarse a verificar si la interpretación de la Administración es razonable (a permissible construction of the statute). En otros términos, la atribución a una agencia de la competencia para aplicar una ley comporta también la facultad de llevar a cabo un desarrollo normativo (reglamentario) y aplicar una determinada política, dentro del espacio de decisión que la ley permite («policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges»). Así las cosas, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el desarrollo normativo (reglamentario) realizado por la autoridad administrativa era razonable. La función del juez es controlar, pero no suplir a la Administración en el ejercicio de sus tareas de gobierno («But if a court were to decide every question afresh, we would lose many of the advantages of having administrative agencies»<sup>57</sup>). Las delegaciones legislativas suelen estar hechas en términos amplios, por lo que los jueces reconocen a las agencias una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Este es el aspecto que no debe olvidarse al valorar la jurisprudencia *Chevron*, que se enfrenta con el control de lo que podríamos llamar ejercicio de la potestad reglamentaria, que tiene naturaleza discrecional. Además, la jurisprudencia ha desarrollado efectivos parámetros de control de la actuación administrativa, como el deber de motivar sus actos, la prohibición de discriminación, así como la protección de las expectativas legítimas<sup>58</sup>. El resultado es que, en la mayor parte de los casos, los jueces llevan a cabo un control pleno de la decisión administrativa.

#### IV. CONTROL JUDICIAL DE LOS HECHOS Y SU VALORACIÓN

No se puede verificar la legalidad de la actuación administrativa sin tomar en cuenta los hechos que sirven de base a la decisión, las pruebas que los avalan, su calificación jurídica y valoración. Los hechos son, pues, un elemento *reglado* del ejercicio de la potestad, por lo que deben ser controlados por el juez<sup>59</sup>. La actuación administrativa es ilegal, si parte de supuestos fácticos equivocados o no toma en cuenta todos los hechos relevantes (por ejemplo, no se puede clasificar como *suelo urbano* el terreno que no reúna las características propias de este tipo de suelo)<sup>60</sup>.

Con todo, la distinción entre hechos y normas es *relativa*, ya que ambos están interconectados<sup>61</sup>. En la práctica es muy difícil deslindarlos. La interpretación de la norma (prohibición del abuso de posición dominante) está en función de los hechos (precios predatorios en el mercado relevante) y de su valoración (con efectos de exclusión de los competidores), por lo que, en realidad, se trata de dos caras de la misma moneda<sup>62</sup>. En el proceso de aplicación de la norma, se trata más bien de un «ir y venir de la mirada» (Hin- und Herwandern des Blicks) de los hechos a la norma y a la inversa<sup>63</sup>.

En la constatación de los hechos, la principal dificultad radica en los *conceptos jurídicos*

*indeterminados* , que requieren una labor de apreciación o valoración. Su aplicación es controlable por el juez. Así lo exigen el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de interdicción de la arbitrariedad ( [art. 9.3 CE](#))<sup>64</sup>). Más aún, de acuerdo con la doctrina tradicional, la indeterminación que presenta el concepto en su formulación abstracta desaparece en el momento de su aplicación, por lo que –en las circunstancias concretas– solo cabría *una solución justa* <sup>65</sup>). La consecuencia es que su aplicación debe poder ser *plenamente fiscalizada por el juez* <sup>66</sup>), ya que la niebla que los hace inicialmente indeterminados se disipa al volcarlos sobre el caso concreto<sup>67</sup>).

Es verdad que, en algunos casos, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados se mueve en el margen de certeza, positiva o negativa, lo que permite el pleno control judicial. La cuestión es que existe también una *zona de incertidumbre* , en la que el margen de apreciación o valoración que comporta la aplicación de estos conceptos deja a la autoridad administrativa un *margen de decisión* , que *limita el control judicial* <sup>68</sup>).

En estos casos, en primer lugar, el juez debe controlar si la Administración ha llevado a cabo las actuaciones necesarias para verificar el supuesto de hecho <sup>69</sup>). La Administración debe tomar en consideración todos los factores relevantes que han de ser tenidos en cuenta para adoptar la decisión. Esto puede requerir la realización de actuaciones materiales (comprobación) o jurídicas (fijación de criterios de selección, participación de los interesados y adecuada valoración de las alegaciones, informes o pruebas presentadas por el interesado, solicitud de asesoramiento o dictamen técnico, etc.). En segundo lugar, el juez debe controlar si la aplicación del concepto jurídico indeterminado es *adecuada* , a la vista de las circunstancias concurrentes (por ejemplo, si es correcta la negativa a clasificar una parcela como urbana, por no estar integrada en la malla urbana<sup>70</sup>). Ahora bien, si se trata de conceptos que comportan un margen de apreciación, el juez solo podrá anular la decisión administrativa cuando resulte *claramente errónea* <sup>71</sup>). Si se trata de criterios valorativos<sup>72</sup>), para que el juez pueda rectificar la apreciación de la Administración tiene que acreditar que ha obrado de manera *arbitraria o no razonable* <sup>73</sup>) . El órgano judicial sólo debe constatar el abuso de la discrecionalidad cuando el error sea claro y suficientemente probado<sup>74</sup>). En resumen, *si la concreción del concepto, aunque discutible, es una más de las posibles y entra dentro de lo aceptable, el juez no puede sustituir la apreciación de la Administración por la suya propia* .

## V. LA LLAMADA «DISCRECIONALIDAD TÉCNICA»

Los conceptos jurídicos indeterminados pueden remitir a apreciaciones o valoraciones basadas en conocimientos *científicos o técnicos* (edificio en estado de ruina, justiprecio expropiatorio, mérito y capacidad, mejor tecnología disponible, bien de interés cultural, etc.). En muchos casos, su aplicación resulta incontrovertida, por lo que puede ser plenamente controlada por el juez, si es necesario, con ayuda de la prueba pericial correspondiente. No obstante, en otros casos, existen zonas de incertidumbre, que la técnica y la ciencia no consiguen despejar del todo. Esto hace que la autoridad administrativa disponga de un margen de apreciación. Así se explica que la doctrina italiana tradicionalmente haya calificado estos supuestos como « *discrecionalidad técnica* »<sup>75</sup>).

Esta construcción fue incorporada por la doctrina y jurisprudencia españolas, aplicándola sobre todo a la selección de personal. En cambio, la doctrina francesa ha reconducido estos supuestos a la *actuación discrecional sujeta a un control judicial limitado* , por la dificultad técnica de su fiscalización y, quizá también, para evitar el riesgo de la multiplicación de recursos abusivos<sup>76</sup>). La doctrina alemana habla en estos casos de un *margen de apreciación* (Beurteilungsspielraum), propio de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>77</sup>).



La expresión discrecionalidad técnica es contestada en Italia<sup>78)</sup> y España<sup>79)</sup>, por su carácter equívoco. A este respecto, se ha puesto de manifiesto la dificultad para definir lo que se entiende por técnica. No hay que olvidar que la mayor parte de las actuaciones administrativas precisan de la aplicación de algún tipo de conocimientos especializados. Además, la constatación del supuesto de hecho basada en juicios técnicos no difiere de las valoraciones basadas en la percepción, la interpretación de la conducta humana, la realización de juicios de valor o de experiencia<sup>80)</sup>. Se ha dicho también que no hay razón para que el juez administrativo no pueda controlar valoraciones técnicas, mientras que, en un proceso entre partes, el juez civil está obligado a hacerlo, directamente o con ayuda de peritos<sup>81)</sup>. En realidad, no estamos en presencia de discrecionalidad, sino de conceptos jurídicos indeterminados<sup>82)</sup>. En este sentido, se reconoce que no es la expresión más apropiada («(...) tale “discrezionalità tecnica” non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina (...) però che la locuzione è ormai entrata nell’uso comune, e anzi chi la impiega, di solito sa bene che essa è totalmente diversa dalla discrezionalità “pura” o “amministrativa” (...)»<sup>83)</sup>.

No puede negarse que la actuación administrativa basada en juicios técnicos está sujeta a *control judicial*, ya que «si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el [art. 24.1 CE](#), vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial»<sup>84)</sup>. La propia jurisprudencia reconoce que la discrecionalidad técnica solo puede actuar como «presunción *iuris tantum* que se deriva de la especial preparación de los Tribunales Calificadores, lo que en modo alguno excluye el control jurisdiccional»<sup>85)</sup>, que es una exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De hecho, el *control judicial de las actuaciones administrativas basadas en criterios técnicos se ha ido haciendo más intenso* con el tiempo.

De entrada, la norma obliga a *motivar* sus apreciaciones realizadas en base a criterios o conocimientos técnicos<sup>86)</sup>, como exigencia del principio de proscripción de la arbitrariedad de la Administración ([art. 9.3 CE](#)). La autoridad administrativa debe justificar las actuaciones necesarias para la formulación del juicio técnico<sup>87)</sup>. En concreto, debe<sup>88)</sup>: (i) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (ii) consignar los criterios de valoración; (iii) y justificar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado<sup>89)</sup>. La falta de motivación determina la anulación de la decisión administrativa<sup>90)</sup>.

La Administración debe llevar a cabo un particular esfuerzo probatorio cuando no se trata de decidir sobre hechos pasados, sino de manera prospectiva, como en el control de concentraciones empresariales<sup>91)</sup>.

Además, los jueces deben poner en juego « *todos los medios disponibles* » para controlar la adecuación de la actuación administrativa<sup>92)</sup>. En particular, podrán admitir o acordar la *prueba pericial*<sup>93)</sup>, que valorarán con arreglo a las reglas de la sana crítica, es decir, comprobando la solidez y fundamentación racional de las pruebas presentadas, sin vinculación a las apreciaciones del perito<sup>94)</sup>. De hecho, con normalidad, los jueces llevan a cabo un control de decisiones basadas en criterios técnicos<sup>95)</sup>, como el justiprecio, el estado ruinoso de la vivienda<sup>96)</sup> o la delimitación del mercado relevante<sup>97)</sup>.

No obstante, la jurisprudencia –constitucional<sup>98)</sup> y del TS<sup>99)</sup>– también reconoce que los conceptos jurídicos indeterminados de carácter científico o técnico *solo son controlables judicialmente en la medida en que existan parámetros jurídicos de control*. Así, por ejemplo, el [art. 24.1.a\) TRLHL](#) dispone que, con carácter general, el importe de las tasas por la utilización privativa o especial del dominio público local se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización, si los bienes afectados no fuesen demaniales. Pues bien, al cuantificar la tasa, «son

admisibles todos los métodos que, cualquiera que sea el camino seguido, desemboquen en un valor que represente la utilidad en el mercado obtenida por el sujeto pasivo. Al controlar esa elección *los tribunales de justicia no podemos sustituir la opción municipal por nuestro subjetivo criterio*. Tan sólo nos compete comprobar que la elección conduce al resultado querido por la Ley y lo hace aplicando, motivada y razonadamente, criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, determinados con transparencia y publicidad (...) *En un juicio estrictamente técnico, se podrá discutir si otros parámetros distintos de los elegidos hubieran sido más adecuados para determinar el valor de esa utilidad*, pero en un juicio estrictamente jurídico, como el que nos incumbe, se debe concluir que el Ayuntamiento de Arteixo ha aplicado para determinar la base imponible y las tarifas de la tasa que regula la Ordenanza impugnada unos parámetros objetivos, proporcionados y no discriminatorios que respetan las exigencias del [artículo 24.1.a\) TRLHL](#), ejerciendo así su potestad conforme a los criterios que dimanar de la jurisprudencia» (la cursiva es nuestra)<sup>100</sup>.

La razón está en que, en algunos casos, existe un margen de apreciación que no puede ser controlado con arreglo a criterios jurídicos, ni con la realización de pruebas o la solicitud de otros informes, que –por regla general– no añadirían mayor certeza al análisis, sino que simplemente ofrecerían una valoración alternativa. A este respecto, no puede dejar de reconocerse que las respuestas que ofrece la técnica no siempre son unívocas. La solución puede variar en función del método aplicado o, en último término, de la escuela de pensamiento a la que se adscriba su autor, sin que exista un consenso científico que permita reputar unos u otros resultados como equivocados. Esto explica que el juez deba respetar el inevitable margen de discrepancia que existe en todos los sectores de saber, siempre que la solución técnica, aunque discutible, resulte aceptable para un porcentaje significativo de la comunidad científica de que se trate<sup>101</sup>.

En la práctica, si la actuación está debidamente motivada, existe una cierta presunción de corrección del criterio técnico de la Administración, que traslada al recurrente la carga de probar que concurre una patente ilegalidad o una aplicación no razonable o arbitraria de la norma<sup>102</sup>. La consecuencia es que la actuación administrativa basada en el juicio técnico puede ser anulada<sup>103</sup>, con ayuda de la prueba pericial, en caso de «*inequívoco y patente error técnico*», no manifestando una «simple opinión técnica diferente»<sup>104</sup>. Esto explica que «las posibilidades reales de combatir con éxito las decisiones de la Administración sean en estos casos limitadas»<sup>105</sup>.

## VI. VALORACIONES ECONÓMICAS O TÉCNICAS COMPLEJAS

La llamada discrecionalidad técnica encuentra su equivalente en lo que la jurisprudencia europea califica como *valoraciones económicas o técnicas complejas* (complex economic or technical assessments). En estos casos, los tribunales europeos solo revisan si la autoridad administrativa ha incurrido en un «*manifiesto error*»<sup>106</sup> en la apreciación de los hechos y en su calificación jurídica<sup>107</sup>. En un primer momento, los jueces llevaron a cabo un control somero («a very light touch»), que hacía muy difícil que prosperase la demanda<sup>108</sup>, pero el control se ha hecho más intenso con el tiempo<sup>109</sup>. En la actualidad, los jueces llevan a cabo un control efectivo de la legalidad de la actuación administrativa<sup>110</sup>, que se extiende a los hechos y a las consecuencias que se infieren de ellos<sup>111</sup>. El margen de apreciación de la Comisión Europea se ha visto también reducido por décadas de jurisprudencia, de la que resultan detallados criterios de interpretación, así como la exigencia de precisos estándares de prueba. No obstante, una vez más, la cuestión es que los *saberes técnicos no siempre llegan a formulaciones indubitadas, soportadas por el acuerdo unánime (o ampliamente mayoritario)* de los miembros de la correspondiente comunidad científica. En estos casos, la solución adoptada puede ser discutible, como también lo sería la solución alternativa, pero no infundada. Existe, pues,

un margen de apreciación, que impide que la valoración de los hechos que realice la Administración pueda ser desvirtuada por pruebas o análisis técnicos alternativos. Así, por ejemplo, se reconoce a la Comisión Europea un margen discrecional en la elección de los instrumentos econométricos o en la definición del mercado relevante, siempre que no actúe de manera contraria a las reglas económicas generalmente aceptadas<sup>112</sup>). En estos casos, los jueces controlan si se ha producido un *manifiesto error de apreciación de los hechos* <sup>113</sup>). De ahí que el recurrente deba hacer un esfuerzo especial para demostrar que la decisión administrativa no se basa en un razonamiento económico aceptable. De no hacerse así, el juez estaría sustituyendo la apreciación de la Administración por la suya propia<sup>114</sup>).

## VII. JURIDICIDAD DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad deja libertad a la Administración para escoger los medios, pero está vinculada a los fines, que no pueden ser otros que el servicio objetivo a los intereses generales, con la debida protección de los derechos de los particulares<sup>115</sup>). Esto explica que, respetando el legítimo ámbito de apreciación y decisión que corresponde a la Administración, *los jueces deban llevar a cabo un control del fondo de la decisión* . La potestad de planeamiento urbanístico, por ejemplo, es enormemente discrecional, pero su ejercicio no puede ser caprichoso. Esto explica que los jueces controlen si las determinaciones administrativas son racionales y no arbitrarias, en el caso de que el nuevo plan amplíe la anchura de un camino<sup>116</sup>), o limite la altura de los edificios, con la finalidad de reducir la elevada densidad residencial<sup>117</sup>), etc.

La *motivación* resulta una exigencia esencial en el ejercicio de la potestad discrecional (art. 35.1.i)LPC, [art. 296 TFUE](#))<sup>118</sup>). La expresión de las razones que justifican la decisión de la Administración constituye una de las mejores garantías para la efectividad del control judicial<sup>119</sup>). En otro caso, resultaría difícil descubrir y probar la desviación administrativa y, en consecuencia, ejercer el derecho de defensa<sup>120</sup>). La motivación es, pues, condición de *validez* del acto administrativo. Esta exigencia no cede, ni siquiera en relación con las actuaciones administrativas más discrecionales, como la potestad de indulto<sup>121</sup>). La prerrogativa de gracia no puede ejercerse de manera caprichosa, sino apoyada en las razones de justicia, equidad y utilidad pública exigidas por la legislación. Corresponde al juez controlar si la autoridad administrativa ha incurrido en error material patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad lógica<sup>122</sup>).

No obstante, la motivación debe *adecuarse* al tipo de acto de que se trate<sup>123</sup>). En este sentido, no siempre tendrá que detenerse en todos los hechos y fundamentos jurídicos<sup>124</sup>). La motivación puede entenderse completada (no sustituida) con los informes y propuestas que constan en el expediente. En el caso de medidas de general aplicación, puede limitarse a indicar la situación que justificó su adopción, así como los objetivos generales que trata de alcanzar<sup>125</sup>). En todo caso, ha de justificarse la razón de la actuación administrativa, que –de no hacerlo– habría que considerar ilegal. Esto es lo que, por ejemplo, ocurre cuando la memoria no justifica suficientemente las soluciones urbanísticas contenidas en el plan<sup>126</sup>). Además, la motivación ha de ser más intensa cuando la intervención pública resulte *innovadora o prevea un régimen singular* <sup>127</sup>).

Los *principios generales del Derecho* son el principal parámetro de control de la juridicidad de la actuación administrativa. En este sentido, las decisiones discrecionales solo son válidas si respetan las exigencias del principio de *proporcionalidad* <sup>128</sup>). No obstante, este control no puede ser tan intenso que lleve al juez a sustituir a la Administración en el ejercicio de sus funciones. Esto explica que, en algunos casos, el juez se limite a verificar si la decisión administrativa es manifiestamente desproporcionada<sup>129</sup>). Las actuaciones públicas también deben respetar el principio de *igualdad* . La dificultad radica en que este

principio permite el trato diferenciado, siempre que existan razones objetivas para ello<sup>130</sup>). La jurisprudencia tiende a reconocer una amplia discrecionalidad a la autoridad administrativa de cara a la justificación de tratamientos diferenciados<sup>131</sup>). La discrecionalidad administrativa es mayor cuando se aplican principios como el de *precaución* (art. 191.2 TFUE)<sup>132</sup>). En su virtud, cabe la adopción de medidas de protección (ambiental) antes de que exista una completa evidencia científica sobre el riesgo y sus posibles efectos adversos<sup>133</sup>). En cualquier caso, la actuación pública no puede basarse en meras conjeturas, sino en datos científicos, aunque no sean concluyentes<sup>134</sup>). La intervención pública puede también considerarse ilegal, si infringe el principio de *confianza legítima*. Las autoridades administrativas no pueden defraudar las expectativas que ellas mismas han creado<sup>135</sup>), que son tanto más intensas cuanto más concretas sean las medidas adoptadas<sup>136</sup>). No obstante, es preciso trazar la divisoria entre la protección de las legítimas expectativas y la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico. El legislador y la autoridad administrativa podrán modificar la normativa vigente, o su aplicación, cuando ello sea necesario para adaptarse a las nuevas circunstancias o para rectificar decisiones equivocadas<sup>137</sup>). En algunos casos, ello entrañará una lesión patrimonial singular, que deberá venir acompañada de la correspondiente indemnización, pero –en otros– el cambio tendrá que ser soportado por el particular.

Como vemos, los jueces deben llevar a cabo un control de la juridicidad de la actuación administrativa hasta el límite que permitan los principios jurídicos, pero respetando el ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa<sup>138</sup>). Los límites al control judicial no están en el principio democrático, que no sitúa a las autoridades administrativas por encima del Derecho, sino en el principio de separación de poderes, que protege el ámbito de actuación de la Administración<sup>139</sup>). El juez no puede sustituir las legítimas opciones de gobierno, cuya adopción corresponde al Ejecutivo<sup>140</sup>). No se puede trasladar el ámbito de decisión de la Administración al juez<sup>141</sup>). No estaría justificado que anulase la actuación administrativa, simplemente, porque él hubiera hecho una composición distinta de los intereses en juego<sup>142</sup>), siempre que la decisión se mueva dentro de la pluralidad de respuestas razonables<sup>143</sup>). Lo contrario supondría una alteración del reparto constitucional de poderes<sup>144</sup>).

Esto explica que, como decimos, el ejercicio de la *discrecionalidad administrativa solo pueda ser objeto de un control judicial limitado* o. No podemos olvidar que muchos problemas admiten una pluralidad de respuestas razonables. La discrecionalidad significa la posibilidad de optar<sup>145</sup>) entre más de un resultado<sup>146</sup>). En otros términos, hay valoraciones o decisiones que no son jurídicamente objetables (aparece tan razonable una decisión como la alternativa), porque expresan opciones de gobierno. Las distintas alternativas se basan en criterios extrajurídicos, en los que no puede entrar el juez, cuyo único parámetro de control es el Derecho<sup>147</sup>). Se puede discrepar del acierto de la decisión administrativa (por ejemplo, del nuevo régimen de retribución de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos)<sup>148</sup>), lo que –en sí mismo– no la convierte en ilícita. En resumen, el papel del juez no es preguntarse si la decisión es correcta, o si él hubiera adoptado una decisión distinta, sino si la decisión adoptada es lícita. Así las cosas, si el acto está debidamente motivado, la presunción de legalidad de la actuación administrativa hace que, en muchos casos, corresponda al *recurrente la carga de probar su carácter arbitrario o irracional*, como exige la jurisprudencia europea<sup>149</sup>) y española<sup>150</sup>).

## VIII. ANULACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

Si el juez llega a la conclusión de que la actuación administrativa es ilegal, debe anularla. Lo que *el juez no puede es sustituir a los órganos administrativos en el ejercicio de potestades discrecionales*, lo que supondría hacer la composición de los intereses en

juego<sup>151</sup>).

En este sentido, la *normativa española* dispone que el juez no puede determinar el contenido discrecional de los actos anulados (art. 71.2 LICA)<sup>152</sup>. Como excepción, el juez podrá *sustituir la decisión administrativa*, cuando en las circunstancias concretas se elimine el margen de discrecionalidad (Ermessensreduzierung auf Null<sup>153</sup>): «porque cuando el tribunal tiene todos los datos en su mano así lo exige el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24 de la Constitución»<sup>154</sup>. Ahora bien, esto será más bien excepcional<sup>155</sup>.

Lo mismo sucede en la UE<sup>156</sup>. Así, por ejemplo, en la aplicación de la excepción a los acuerdos y prácticas colusorios (art. 101.3 TFUE)<sup>157</sup>, el juez puede anular la decisión administrativa ilegal, pero no puede sustituir la apreciación realizada por la Comisión por la suya propia<sup>158</sup>. En los casos de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE), el Tribunal controla la adecuación del método de cálculo de la tasa de recuperación de costes escogido por la Comisión Europea<sup>159</sup>, así como su aplicación (operaciones matemáticas)<sup>160</sup>. Sin embargo, ni sugiere un método alternativo, ni sustituye el análisis de costes realizado por la Comisión. Cuando el Tribunal anula una decisión de concentración empresarial, el caso debe ser de nuevo examinado por la Comisión, con vistas a la adopción de una nueva decisión<sup>161</sup>. Así, en el asunto CEAHR (TJCE 2010, 388), el Tribunal anuló la decisión de la Comisión que negaba que la tramitación de la denuncia fuese de interés comunitario, pero no declaró positivamente la existencia de dicho interés<sup>162</sup>. Por la misma razón, el Tribunal declaró que la Comisión había incurrido en un manifiesto error de apreciación en la definición del mercado relevante<sup>163</sup>, pero no dio el paso de ofrecer su propia delimitación del mercado<sup>164</sup>. En el caso EDF, el Tribunal anuló la decisión de la Comisión, por no haber aplicado el test del inversor privado para valorar si las medidas fiscales podían calificarse como ayudas estatales<sup>165</sup>. Sin embargo, el Tribunal no asumió esta tarea, sino que dejó a la Comisión la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo. Lo mismo ocurrió en el asunto ING, en el que el Tribunal declaró que la Comisión no había probado que las condiciones de refinanciación acordadas por el Estado holandés no habrían sido asumidas por un inversor privado que hubiera estado en la misma situación<sup>166</sup>. El Tribunal anuló la decisión recurrida, pero no realizó por sí mismo el análisis correspondiente. En el asunto Deutsche Post, el Tribunal anuló la resolución administrativa, ya que la Comisión no había llevado a cabo comprobación alguna acerca de si las aportaciones estatales excedían el coste neto de prestación de la obligación de servicio público<sup>167</sup>. Sin embargo, el Tribunal no se pronunció acerca de la existencia o no de ayuda estatal. No es tarea del Tribunal sustituir a la Comisión en la realización de unas comprobaciones que ésta debió haber hecho, ni tampoco extraer las conclusiones que podrían haber sido deducidas<sup>168</sup>.

## IX. «PLENA JURISDICCIÓN» EN MATERIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE reconocen el derecho a la tutela judicial, ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, en causas civiles y «penales». En esta línea, en materia de sanciones administrativas, la normativa europea prevé la posibilidad de que las normas atribuyan al TJUE una «competencia jurisdiccional plena» (art. 261 TFUE)<sup>169</sup>. En su virtud, el juez no solo puede anular la sanción, sino también sustituir la apreciación de la autoridad administrativa por la suya propia (*control on the merits*)<sup>170</sup>.

Así, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia, los tribunales europeos están también legitimados para reducir o incrementar la cuantía de la sanción, tomando en

cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes ([art. 31 del Reglamento 1/2003](#))<sup>171</sup>). De esta forma, *los jueces modifican la cuantía de la sanción, cuando es evidente que la resolución debió haber sido otra*. En el asunto Ventouris, el Tribunal redujo el importe de la sanción, ya que –contraviniendo el principio de proporcionalidad– la Comisión había sancionado por igual a las empresas que habían participado en dos infracciones y a las que solo habían participado en una<sup>172</sup>). En el asunto Chalkor, el Tribunal redujo el montante inicial de la sanción, ya que la empresa solo había participado en una de las tres ramas del cártel<sup>173</sup>). En el asunto Basf, el Tribunal llevó a cabo un nuevo cálculo de la sanción, con el propósito de reflejar la duración exacta de la participación de la empresa en la infracción<sup>174</sup>). En el asunto GDF Suez, el Tribunal redujo la sanción, para corregir el error de la Comisión en relación con la duración de la infracción, aunque no lo hizo de manera proporcional, por la necesidad de valorar el conjunto de circunstancias concurrentes<sup>175</sup>).

No obstante, en la práctica<sup>176</sup>), *los jueces tienden a no sustituir las decisiones de la autoridad administrativa* <sup>177</sup>). No han faltado voces que critican lo que se considera deferencia judicial<sup>178</sup>). Sin embargo, hay una serie de razones que explican la contención del juez. En primer lugar, el recurso de plena jurisdicción es un proceso *inter partes*. Con excepción de las cuestiones de orden público, que los tribunales persiguen de oficio (por ejemplo, la ausencia de motivación), corresponde al interesado plantear los motivos del recurso, formular las razones en las que base su pretensión y aportar las pruebas correspondientes<sup>179</sup>). Más aún, cabe dudar de que la posibilidad de incrementar la cuantía de la sanción sea conforme con la finalidad última del recurso, que es ser un medio para tutelar los derechos de los ciudadanos, debido al efecto disuasorio que siempre acompaña a la *reformatio in peius*. En segundo lugar, la aplicación de la normativa deja un cierto *margin de apreciación a la Administración*, que podrá ajustar el montante de la sanción para fortalecer el efecto de prevención general o por otras razones de interés público (por ejemplo, para recompensar la cooperación del interesado en un programa de clemencia)<sup>180</sup>). Esta valoración debe hacerla la autoridad administrativa, no el juez. En tercer lugar, *plena jurisdicción no significa que los jueces devengan autoridades administrativas*. Su papel es controlar la legalidad de la medida<sup>181</sup>), verificando si la información y las pruebas presentadas son suficientes<sup>182</sup>). Es verdad que el Tribunal tiene facultades para completar la información o la prueba (arts. 24 y 32 Protocolo)<sup>183</sup>). Sin embargo, en la mayoría de los casos, se basa en la información contenida en el expediente y en las pruebas presentadas por el recurrente, verificando si los hechos son fiables y consistentes<sup>184</sup>). En muchos casos, la sustitución de la sanción requeriría que el tribunal asumiese tareas de investigación y prueba<sup>185</sup>). Sólo como excepción, los tribunales – además de anular la decisión– podrán también sustituirla, siempre que el expediente ofrezca suficientes elementos de prueba para ello y no exista margen de valoración o de discrecionalidad administrativa. Desde esta perspectiva, es comprensible que los jueces tiendan a no sustituir el criterio de la Comisión en la determinación del nivel adecuado de las sanciones<sup>186</sup>).

En el *Derecho español*, cuando el juez tiene suficientes elementos de juicio, no se limita a anular la sanción, sino que la modifica, por ejemplo, para tomar en cuenta circunstancias atenuantes<sup>187</sup>) o por aplicación del principio de proporcionalidad<sup>188</sup>). Con todo, como decimos, los jueces no pueden tomar decisiones que comporten un margen de apreciación o valoración, sino que éstas han de ser adoptadas por la autoridad administrativa, previa tramitación del procedimiento correspondiente, en el que se ponderen todas las circunstancias concurrentes. La modificación de la sanción solo es admisible si existen elementos reglados, que –en la situación concreta– inequívocamente conduzcan a un resultado distinto. En otro caso, lo que corresponde es la anulación de la sanción, que deberá ser fijada de nuevo por la Administración. Así, por ejemplo, cuando la multa ha sido determinada aplicando un método de cálculo no ajustado a Derecho, la sentencia

anula la resolución sancionadora y ordena a la Administración su nueva fijación (con el límite de la sanción ya impuesta, para que el recurso no pueda comportar una *reformatio in peius*)<sup>189)</sup>. La autoridad administrativa debe calcular de nuevo la sanción, cuando no ha tomado debidamente en cuenta las circunstancias concurrentes<sup>190)</sup>. Lo mismo sucede cuando la sanción es impuesta por la comisión de varias infracciones, mientras que el tribunal solo aprecia una de ellas, en cuyo caso se ordena a la autoridad administrativa que vuelva a calcular la sanción solo respecto de la infracción constatada<sup>191)</sup>.

## X. CONCLUSIONES

1. En todos los países, el juez debe llevar a cabo un control pleno de la legalidad de la actuación administrativa, hasta donde se puede controlar con criterios jurídicos. A estos efectos, los principios generales del Derecho son la principal herramienta de control. El límite está en el principio de separación de poderes, que no permite que los jueces tomen decisiones de gobierno, que constitucionalmente corresponden a la Administración.
2. El juez debe controlar los hechos que sirven de base a la decisión administrativa, las pruebas que los avalan y su calificación jurídica. Ahora bien, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, con frecuencia, deja a la Administración un margen de apreciación o valoración, que también comporta un margen de decisión. En estos casos, el juez solo podrá anular la resolución administrativa, cuando la Administración no haya llevado a cabo las actuaciones necesarias para verificar el supuesto de hecho o la decisión sea claramente errónea, arbitraria o no razonable.
3. En el control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que remiten a saberes científicos o técnicos («discrecionalidad técnica»), el juez debe respetar el inevitable margen de discrepancia que existe en todas las ramas saber, siempre que la solución adoptada por la Administración, aunque discutible, sea aceptada por un porcentaje significativo de la comunidad científica de que se trate.
4. En esta línea, en las valoraciones económicas y técnicas complejas, los jueces europeos tienden a controlar solo si la autoridad administrativa ha incurrido en un manifiesto error en la apreciación de los hechos.
5. Si la actuación administrativa es ilegal, en general, el juez deberá limitarse a anularla. La sentencia solo podrá declarar el derecho, reconocer una situación jurídica individualizada o determinar el contenido que debe tener la resolución administrativa cuando, en las circunstancias concretas, no exista ya margen de discrecionalidad. Esta misma regla se aplica al ejercicio de la potestad sancionadora. La modificación de la sanción solo es admisible si existen elementos reglados que inequívocamente conduzcan a un resultado distinto.

---

## NOTAS AL PIE DE PÁGINA

---

1

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 17.ª edic., Civitas, Madrid, 2015, págs. 496-497.

---

2

A. GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH, *Actos y procedimiento administrativo* , Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 85 y ss.

---

3

J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», en L. ARROYO JIMÉNEZ, M. BELADIEZ ROJO, C. ORTEGA CARBALLO y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *El juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio* , Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 155.

---

4

M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)* , Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 203-206.

---

5

O. BACHOFF, «Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», *Juristen Zeitung*, 4, 1955, págs. 97 y ss.

---

6

H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* , 18. Aufl, C.H. Beck, München, 2011, pág. 151.

---

7

Es una distinción elaborada por la dogmática alemana, que se generaliza después en el Derecho español, pero que no está presente en el resto de las tradiciones jurídicas, que se refieren a la discrecionalidad de la Administración en general. M. KMENT y S. VORWALTER, «Beurteilungsspielraum und Ermessen», *Juristische Schulung*, 3, 2015, pág. 196.

---

8

J.C. LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo Económico* , Civitas, 2016, págs. 177 y ss.

---

9

H. MAURER (2011: 163-164).



---

10

H. MAURER (2011: 164).

---

11

H. MAURER (2011: 153-162).

---

12

M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General* , 11.<sup>a</sup> edic., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 97.

---

13

A. BETANCOR RODRÍGUEZ, «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», en L. ARROYO JIMÉNEZ, M. BELADIEZ ROJO, C. ORTEGA CARBALLO y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *El juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio* , Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 123.

---

14

F. SÁINZ MORENO, «La intervención administrativa en la actividad empresarial pública», en M. BAENA DEL ALCÁZAR, *La reforma del Estado y de la Administración española* , INAP, Madrid, 2013, pág. 117.

---

15

M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes* , INAP, Madrid, 2000, pág. 270.

---

16

M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* , Tecnos, Madrid, 1994, págs. 119-120.

---

17

J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015: 150-151).

---

18

A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH (2001: 85 y ss.).

---

19

P. CRAIG, *EU Administrative Law* , 2nd Edition, Oxford University Press, 2012, págs. 403-405.

---

20

H. MAURER (2011: 165).

---

21

H.H. RUPP, «Ermessensspielraum un Rechtsstaalichkeit», NJW, 1961, págs. 1273 y ss.

---

22

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», RAP, 38, 1962, págs. 159 y ss.

---

23

M. SÁNCHEZ MORÓN (1994: 91).

---

24

M. WALINE, *Droit Administratif* , 7.<sup>a</sup>, Sirey, Paris, 1957, págs. 389-390, marg. 680.

---

25

No obstante, también hay posturas que dudan acerca de la conveniencia de extender el control judicial: «There is no *a priori* reason why the courts' view on the legal meaning of a statutory term should necessarily and always be preferred to that of the agency (...) The court's interpretation may not necessarily be better than that of the agency and adequate control may be maintained through a rationality test rather than substitution of judgement». P. CRAIG, «Judicial review of questions of law: a comparative perspective», en S. ROSE-ACKERMAN y PETER LINDSETH, *Comparative Administrative Law* , E. Elgar, 2010, pág. 453.

---

26

J.C. LAGUNA DE PAZ (2016: 182-189).

---

27

M. KMENT y S. VORWALTER (2015: 194).

---

28

«[g]erichtliche Kontrolle [könne] nicht stattfinden, soweit das materielle (Gesetzes- oder Richter-) Recht der Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Vorgaben (Entscheidungsprogramme) zu enthalten» (BVerfGE 88, 40/61). A. PROELSS, «Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letzentscheidungsrechts?», Archiv des öffentlichen Rechts, 136, 3, 2011, pág. 415.

---

29

BVerwG, NVwZ 2008, 575-577; BVerwG, NVwZ 2008, 798-799; BVerwG, NVwZ 2008, 1359-1364; BVerwG, NVwZ 2009, 653-658; BVerwG, MMR 2009, 786-789; BVerwG, 27.1.2010 –6 C 22.08–, BeckRS 2010, Nr. 47973, Rn. 16. A. PROELSS (2011: 402).

---

30

J.P. SCHNEIDER, «German Traditions in Administrative Law. Obstacles to a Common Legal Framework?», en M. Ruffert, *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishing, 2013, 59.

---

31

A. PROELSS (2011: 424-425).

---

32

K.F. GÄRDITZ, «Regulierungsermessen im Energierecht», Deutsches Verwaltungsblatt, 6, 2016, págs. 403 y ss. (406).

---

33

R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 3.<sup>a</sup>, Montchrestien, Paris, 1987, pág. 740.

---

---

34

R. CHAPUS (1987: 740).

---

35

P. SERRAND, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration a través la jurisprudence récente», *Revue du Droit Public* , 4, 2012, pág. 902.

---

36

M. WALINE (1957: 413), marg. 726.

---

37

R. CHAPUS (1987: 744-748).

---

38

P. SERRAND (2012: 908-909).

---

39

P. SERRAND (2012: 916-922).

---

40

R. CARANTA y B. MARCHETTI, «Judicial Review of Regulatory Decisions in Italy. Changing the Formula and Keeping the Substance?», en O. ESSENS, A. GERBRANDY y S. LAVRIJSEN, *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation* , Europa Law Publishing, 2009, págs. 153-168.

---

41

D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche* , Il Mulino, Bologna, 2000, págs. 260-263.

---

42

R. CARANTA, «Cultural Traditions and Policy Preferences in Italian Administrative Law», en M. RUFFERT, *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions* ,

European Law Publishing, 2013, pág. 78.

---

43

P. LEYLAND y G. ANTHONY, *Administrative Law* , 6th edition, Oxford University Press, 2009, págs. 154-174.

---

44

C. GRAHAM, «Judicial Review of the Decisions of the Competition Authorities and the Economic Regulators in the UK», en O. ESSENS, A. GERBRANDY y S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the Standard of Review in Comparative Law and Economic Regulation* , Europa Law Publishing, 2009, pág. 244.

---

45

P. CANE, «Judicial review and merits review: comparing administrative adjudication by courts and tribunals», en S. ROSE-ACKERMAN y P. L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law* , Edward Elgar, 2010, 429 y 432-433.

---

46

P. LEYLAND y G. ANTHONY (2009: 272-273, 205, 208-211).

---

47

P. CRAIG, *Administrative Law* , 7 th edition, Sweet&Maxwell, 2012, pág. 641.

---

48

J. GOODWIN, «The Last Defence of Wednesbury», *Public Law*, 2012, pág. 447.

---

49

P. DALY, «Wednesbury's Reason and Structure», *Public Law*, 2, 2011, págs. 258-259.

---

50

P. CRAIG (2012: 641 y ss.).

---

51

J. GOODWIN (2012: 447).

---

52

R. MOULES, *Environmental Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 200 y 215.

---

53

J. GOODWIN (2012: 448-449).

---

54

P. CRAIG, «Judicial Review and Anxious Scrutiny: Foundations, Evolution and Application», *Public Law*, 1, 2015, pág. 77.

---

55

T.W. MERRIL, «The origins of the American-style judicial review», en S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, pág. 389.

---

56

Existe una previsión de la intervención de «administrative law judges» en la APA (1946). No obstante, las leyes federales que regulan cada una de las agencias introducen variables. F. VELASCO CABALLERO, «Los “Administrative Law Judges” norteamericanos: imparcialidad administrativa y control judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, 101, 2015, págs. 129 y ss.

---

57

S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A.VERMEULE y M. E. HERZ, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, Seventh Edition, Wolters Kluwer, New York, 2011, pág. 235.

---

58

S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A.VERMEULE, M. E. HERZ (2011: 429).

---

59

J.C. LAGUNA DE PAZ, «Understanding the limits of judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2, 1, 2014, págs. 203-224.

---

60

STS de 24.7.2014 (RJ 4152), FJ 5.º.

---

61

D. GERADIN y N. PETIT, «Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment», TILEC Discussion Paper n.º 2011-008, 2011, pág. 19.

---

62

A. MEIJ, «Judicial Review in the EC Courts: Tetra Laval and Beyond», en O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Europa Law Publishing, Groningen, 2009, pág. 20.

---

63

K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Auflage, Winter, Heidelberg, 1963, pág. 15; J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015: 160), nota 29.

---

64

 [STC 97/1993](#) (RTC 1993, 97), de 22.3;  [STC 353/1993](#) (RTC 1993, 353), de 29.11, FJ 5.º.

---

65

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP*, 38, 1962, pág. 172.


---

66

H. MAURER (2011: 116-117).

---

67

 [STS de 21.11.2000](#) (RJ 2000, 10267): incidencia visual negativa de la edificación proyectada sobre un bien de interés cultural (FJ 9.º).



---

68

L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 26.ª edic., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, págs. 343-344.

---

69

 [STC 215/1991](#) (RTC 1991, 215); STS de 11.2.1992;  [STS de 17.12.2012](#) (RJ 2013, 802).

---

70

 [STS de 23.12.2014](#) (RJ 2014, 6714), FFJJ 4.º y 5.º.

---

71

L. COSCULLUELA MONTANER (2015: 344).


---

72

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 499).

---

73

 [STS de 25.5.1998](#) (RJ 1998, 4486);  [STS de 19.7.2000](#) (RJ 2000, 7428).

---

74

M. SÁNCHEZ MORÓN (1994: 99).

---

75

«Si può parlare di discrezionalità tecnica quando occorre fare delle scelte per dare soluzione ad una questione sulla base di regole o criteri tecnico-scientifici, in mancanza di consenso universale della comunità scientifica (...) o professionale (...) di riferimento su quali regole o criteri siano da applicare o su quale sia il risultato essato dato dalla loro applicazione». D. SORACE (2000: 256).

---



76

R. CHAPUS (1987: 746).

---

77

M. KMENT y S. VORWALTER (2015: 198).

---

78

F. VOLPE, «Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo», *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2008, págs. 791 y ss.

---

79

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, págs. 211 y ss.

---

80

E. DESDENTADO DAROCA, «Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1997, págs. 118-119.

---

81

F. VOLPE (2008: 792-793 y 802).

---

82

F. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 460.

---

83


M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. Secondo, Terza Edizione, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 55-56.

---

84

 [STC 219/2004](#) (RTC 2004, 219), de 29.11, FJ 6.º.





---

 [STS de 27.5.2014](#) (RJ 2014, 3881).



---

E. DESDENTADO DAROCA (1997: 62).







---

 [STC 215/1991](#) (RTC 1991, 215), de 14.11; STS de 28.1.1992;  [STS de 11.12.1995](#) (RJ 1995, 9595);  
 [STS de 15.1.1996](#) (RJ 1996, 354);  [STS de 1.7.1996](#) (RJ\1996\5588).




---

 [STS de 27.11.2007](#) (RJ 2008, 794): nombramientos de altos cargos jurisdiccionales; STS de 19.5.2008 (recurso 4049/2004): concursos de personal docente universitario; STS de 10.10.2007 (recurso 337/2004): convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos;  [STS de 18.12.2013](#) (RJ 2013, 8214): procesos selectivos en las Administraciones públicas.


---

STS de 28.1.1992;  [STS de 11.12.1995](#) (RJ 1995, 9595);  [STS de 15.1.1996](#) (RJ 1996, 354);  [STS de 1.7.1996](#) (RJ 1996, 5588);  [STS de 27.11.2007](#) (RJ 2008, 794);  [STS de 19.5.2008](#) (RJ 2008, 7924);  
 [STS de 10.10.2007](#) (RJ 2007, 7051): convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos.

---

 [STS de 31.7.2014](#) (RJ 2014, 5300): en un proceso de selección de personal, se anula el acto por falta de motivación de las calificaciones numéricas;  [STS de 29.1.2014](#) (RJ 2014, 1292);  [STS de 10.5.2007](#) (RJ 2007, 5833) (recurso 545/2002).

---

Asunto C-12/03 P,  [Tetra Laval](#) (TJCE 2005, 39), EU:C:2005:87, margs. 42-45, 85 y 125 y ss .

---

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 215).

---

93

M.J. SARMIENTO ACOSTA, *En los límites del Estado de Derecho: un análisis de la justicia administrativa*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, pág. 145.


---

94

E. DESDENTADO DAROCA (1997: 122-138).


---

95

 [STS de 25.11.2014](#) (RJ 2014, 6011) FJ 14.º.

---

96

 [STS 18.11.2014](#) (RJ 2014, 6187)).

---

97

STS 2186/2015, ES:TS:2015:2186, FJ 2.º.


---

98

 [STC 39/1983, de 16.5](#) (RTC 1983, 39);  [STC 219/2004](#) (RTC 2004, 219), FJ 6.º.

---

99

 [STS de 7.3.2016](#) (RJ 2016, 1192), FJ 5.º.

---

100

STS 1505/2017, ES:TS:2017:1505, FJ 2.º.




---

101

STS de 10.5.2007 (recurso 545/2002);  [STS de 23.12.2014](#) (RJ 2014, 6641), FJ 7.º.

---

102

 [STS de 22.6.1998](#) (RJ 1998, 5676);  [STS de 29.7.2000](#) (RJ 2000, 7428);  [STS de 15.9.2009](#) (RJ 2010, 805).


---

103

J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Vol. I, 12.<sup>a</sup> edic., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016, págs. 307-310.

---

104

 [STS de 23.12.2014](#) (RJ 2014, 6641), FJ 7.º.






---

105

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 215).









---

106

Asunto C12/03 P,  [Tetra Laval](#) (TJCE 2005, 39), EU:C:2005:87, marg. 39; asunto T-201/04,  [Microsoft v. Comisión](#) (TJCE 2004, 410), EU:T:2007:289, marg. 89; asunto T-301/04,  [Clearstream v. Comisión](#) (TJCE 2009, 255), EU:T:2009:317, marg. 95; asunto T-398/07,  [España v. Comisión](#) (TJCE 2012, 72), EU:T:2012:173, marg. 62; asunto C-452/10 P, *BNP Paribas y BNL v. Comisión*, EU:C:2012:366, marg. 103; asuntos T29/10 y T33/10,  [Países Bajos y ING v. Comisión](#) (TJCE 2012, 43), EU:T:2012:98, marg. 103.

---

107

Asuntos acumulados T80/06 y T182/09, *Budapesti Erőmű v. Comisión*, EU:T:2012:65, marg. 65; asunto T36/99,  [Lenzing v. Comisión](#) (TJCE 2004, 311), EU:T:2004:312, marg. 150 y la jurisprudencia citada, confirmada por el Tribunal de Justicia en el asunto C525/04 P,  [España v. Lenzing](#) (TJCE 2007, 329), EU:C:2007:698, marg. 59; asunto T11/07,  [Frucona v. Comisión](#) (TJCE 2010, 372), EU:T:2010:498, marg. 108; asunto T196/04  [Ryanair v. Comisión](#) (TJCE 2008, 317), EU:T:2008:585, marg. 41; asunto 42/84, *Remia y otros v. Comisión*, EU:C:1985:327, marg. 34; asunto 142/84 y 156/84, *BAT y Reynolds v. Comisión*, EU:C:1987:490, marg. 62; asunto C194/99 P,  [Thyssen Stahl v. Comisión](#) (TJCE 2003, 304), EU:C:2003:527, marg. 78; asunto T271/03,  [Deutsche Telekom v. Comisión](#) (TJCE 2008, 81), EU:T:2008:101 marg. 185; asunto T-398/07,  [España v. Comisión](#) (TJCE 2012, 72), EU:T:2012:173, marg. 60; asunto T-336/07,  [Telefónica v. Comisión](#) (TJCE 2012, 71),

EU:T:2012:172, marg. 69.

---

108

P. CRAIG (2012: 409).

---

109

P. CRAIG (2010: 461).

---

110

M. JAEGER, «The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?», JECLP, 2, 4, 2011, pág. 297.

---

111

R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law*, 7th Edition, Oxford University Press, 2012, pág. 892.

---

112

Asunto T351/03, *Schneider Electric v. Comisión*, EU:T:2007:212, marg. 132.

---

113

M. SCHIMMEL y R. WIDDERSHOVEN, «Judicial Review after Tetra Laval. Some Observations From a European Administrative Law Point of View», en O. ESSENS, A. GERBRANDY, S. LAVRIJSSEN, *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Europa Law Publishing, 2009, pág. 65.

---

114

A. MEIJ (2009: 19).

---

115

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», RAP, 187, 2012, pág. 148.

---

116

 [STS de 17.3.2015](#) (RJ 2015, 1809) (FJ 2.º).



---

117

 [STS de 3.3.2015](#) (RJ 2015, 1783) (FJ 2.º).

---

118

Asunto C534/07 P,  [Prym and Prym Consumer v. Comisión](#) (TJCE 2009, 245) , EU:C:2009:505, marg. 87; asunto C-272/09 P,  [KME Germany y otros v. Comisión](#) (TJCE 2011, 399) , EU:C:2011:810, marg. 101.

---

119

M. BAY y J.R. RUIZ CALZADO, «Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions», *World Competition*, 28, 4, 2005, pág. 450.

---

120

R. MOULES (2011: 254).

---

121

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto», en M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENITEZ y E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje el Prof. Luis Cosculluela* , Iustel, Madrid, 2015, págs. 689-702.


---

122

STS de 20.2.2013; STS de 20.11.2013.

---

123

Asunto T-13/99,  [Pfizer](#) (TJCE 2002, 242) , EU:T:2002:209, marg. 510.



---

124

Asunto C-265/97 P  [VBA v. Florimex y otros](#) (TJCE 2000, 60), EU:C:2000:170, marg. 93.


---

125

Asunto C-150/94,  [Reino Unido v. Consejo](#) (TJCE 1998, 278), EU:C:1998:547, marg. 25; asunto T-13/99,  [Pfizer](#) (TJCE 2002, 242), EU:T:2002:209, marg. 510.







---

126

 [STS de 4.12.2014](#) (RJ 2014, 6504), FJ 5.º.




---

127

 [STS de 11.4.2011](#) (RJ 2011, 3090);  [STS de 19.10.2011](#) (RJ 2012, 1289);  [STS de 5.5.2015](#) (JUR 2015, 130268), FJ 5.º;  [STS de 30.9.2011](#) (RJ 2012, 1042) (Recurso de casación 1294/2008);  [STS de 22.11.2012](#) (RJ 2012, 10913) (Recurso de casación 6943/2010);  [STS de 14.10.2014](#) (RJ 2014, 5238) FJ 7.º.





---

128

Asunto C-210/03  [Swedish Match](#) (TJCE 2004, 365), EU:C:2004:802, marg. 47; asunto C-558/07,  [S.P.C.M. y otros](#) (TJCE 2009, 214), EU:C:2009:430, marg. 41; asunto C-76/08,  [Comisión v. Malta](#) (TJCE 2009, 273), EU:C:2009:535; asunto C-2/10 *Azienda Agro-Zootecnica Franchini*, EU:C:2011:502.



---

129

Asunto C-293/97,  [Standley](#) (TJCE 1999, 96), EU:C:1999:215; asunto C-102/97,  [Comisión v. Alemania](#) (TJCE 1999, 177), EU:C:1999:394, marg. 42; asunto C-6/99,  [Association Greenpeace France v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche](#) (TJCE 2000, 48), EU:C:2000:148; asunto C-221/09,  [AJD Tuna Ltd.](#) (TJCE 2011, 60), EU:C:2011:153, margs. 80-81.

---

130

Asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02,  [España y Finlandia v. Parlamento y Consejo](#) (TJCE 2004, 234), EU:C:2004:497, marg. 64; asunto 434/02,  [Arnold André](#) (TJCE 2004, 362), EU:C:2004:800, marg. 68; asunto C-210/03, *Swedish Match*, EU:C:2004:802, marg. 70.

---

131

Asunto C-2/90, [Comisión v. Bélgica](#) (TJCE 1992, 140) , EU:C:1992:310, marg. 34; asunto T-267/94, [Oleifici Italiani v. Comisión](#) (TJCE 1997, 155) , EU:T:1997:113, marg. 47; asunto T-13/99, [Pfizer](#) (TJCE 2002, 242) , EU:T:2002:209, margs. 479-480; asunto C-2/90, [Comisión v. Bélgica](#) (TJCE 1992, 140) , EU:C:1992:310, marg. 34; asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04 [Alliance for Natural Health y otros](#) (TJCE 2005, 219) , EU:C:2005:449, margs. 116-117.

---

132

Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución, COM(2000) 1.

---

133

Asunto C-180/96, [Reino Unido v. Comisión](#) (TJCE 1996, 141) , EU:C:1998:192, marg. 99; asunto C-157/96, [National Farmers' Union y otros](#) (TJCE 1998, 79) , EU:C:1998:191, marg. 63; asunto T-199/96, [Bergaderm and Goupil v. Comisión](#) (TJCE 1998, 183) , EU:C:2000:361, marg. 66 (mantenido en apelación en el asunto C-352/98 P); asunto T-13/99, [Pfizer](#) (TJCE 2002, 242) , EU:T:2002:209, marg. 140.

---

134

Asunto T-13/99, [Pfizer](#) (TJCE 2002, 242) , EU:T:2002:209, marg. 143.

---

135

Asunto 78/77, *Lührs* , EU:C:1978:20, marg. 6; asunto T-489/93, [Unifruit Hellas v. Comisión](#) (TJCE 1994, 209) , EU:T:1994:297, marg. 51; asunto T-290/97, [Mehibas Dordtselaan v. Comisión](#) (TJCE 2000, 337) , EU:T:2000:8, marg. 59.

---

136

A.H. TÜRK, *Judicial Review in EU Law* , Elgar European Law, 2009, pág. 130.

---

137

Asunto 78/77, *Lührs* , EU:C:1978:20, marg. 6; asuntos acumulados T-481/93 y T-484/93, [Exporteurs in Levende Varkens y otros v. Comisión](#) (TJCE 1995, 242) , EU:T:1995:209, marg. 148.

---

138



P. LEYLAND y G. ANTHONY (2009: 235).

---

139

G. ARIÑO ORTIZ, «Introducción. Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial», en G. ARIÑO ORTIZ, *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, pág. xviii.

---

140

P. LEYLAND y G. ANTHONY (2009: 235).

---

141

«Thus, the continuing dilemma for Administrative Law has been that the effort to impose Rule of Law constrains on agencies must contend with the critique that judicial review simply replaces the objectionable discretion of the administrator with the objectionable discretion of the judge». C.F. EDLEY, *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University, 1990, pág. 7.

---

142

P. CRAIG (2012: 659).

---

143

R. MOULES (2011: 214).

---

144

P. CRAIG (2012: 642).

---

145

C. GRAHAM (2009: 244).

---

146

P. LEYLAND, G. ANTHONY (2009: 215).

---

M. MAGIDE HERRERO (2000: 287).

---

STS 1529/2017, ES:TS:2017:1529: «No obsta a la conclusión anterior la prueba practicada en autos, cuyas conclusiones en relación con parte de las plantas termosolares existentes en España *no resulta suficiente para desvirtuar el que la Orden se apoyara en criterios técnicos exentos de arbitrariedad, pese a que se pueda discrepar técnicamente del acierto en la concreta fijación de determinados parámetros (...)*» (la cursiva es nuestra) (FJ 5.º).

---

Asunto T-11/07, [Frucona v. Comisión](#) (TJCE 2010, 372), EU:T:2014:173, marg. 226; asunto T126/99, [Graphischer Maschinenbau v. Comisión](#) (TJCE 2002, 165), EU:T:2002:116, marg. 32; y asunto T137/02, [Pollmeier Malchow v. Comisión](#) (TJCE 2004, 301) v. Comisión, EU:T:2004:304, marg. 52.

---

[STS de 4.12.2014](#) (JUR 2015, 144), FJ 3.º; [STS de 11.12.2014](#) (RJ 2012, 6295), FJ 4.º.

---

D'ALBERTI, «Administrative law and the public regulation of markets in a global age», en S. ROSE-ACKERMAN y P. L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, pág. 68.

---

[STS de 14.10.2014](#) (RJ 2014, 5796): la anulación del planeamiento urbanístico por falta de motivación no permite que sea el juez el que adopte decisiones discrecionales que corresponden a la Administración: «No debemos, sin embargo, acceder a la pretensión formulada por la comunidad de propietarios demandante y recurrente en casación para que los terrenos devueltos se destinen al dominio y servicio públicos para el que fueron cedidos en su día por los propietarios, ya que ello implicaría determinar nosotros la forma en que habrán de quedar redactados los preceptos del Plan General de Ordenación Urbana (...) con imposición de un determinado contenido discrecional a la Administración urbanística, lo que está vedado a esta Jurisdicción, según lo expresamente dispuesto en el apartado 2 del [artículo 71](#) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (la cursiva es nuestra) (FJ 9.º).

---

153

M. KMENT y S. VORWALTER (2015: 200).

---

154

T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015: 222-227).

---

155

 [STS de 10.10.2014](#) (RJ 2014, 5785).



---

156

J.C. LAGUNA DE PAZ (2014: 209-213).



---

157

Asuntos acumulados C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P y C519/06 P,  [GlaxoSmithKline Services y otros v. Comisión](#) (TJCE 2009, 341), EU:C:2009:610, marg. 241 y la jurisprudencia citada; asunto T111/08,  [MasterCard v. Comisión](#) (TJCE 2014, 330), EU:T:2012:260, marg. 201.



---

158

Asuntos acumulados C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P y C519/06 P,  [GlaxoSmithKline Services y otros v. Comisión](#) (TJCE 2009, 341), EU:C:2009:610, margs. 242-243; asunto T111/08,  [MasterCard v. Comisión](#) (TJCE 2014, 330), EU:T:2012:260, marg. 202.


---

159

Asunto C-7/95,  [Deere v. Comisión](#) (TJCE 1998, 121), EU:C:1998:256, marg. 34; asunto T-340/03,  [France Télécom \(antes Wanadoo v. Comisión\)](#) (TJCE 2007, 39), EU:T:2007:22, marg. 129 y ss.

---

160

Asunto T-340/03,  [France Télécom v. Comisión](#) (TJCE 2007, 39), EU:T:2007:22, margs. 162 y ss.

---

161

[Art. 10.5](#) del [Reglamento \(CE\) N.º 139/2004](#), sobre el control de concentraciones empresariales.

---

162

Asunto T427/08, [CEAHR v. Comisión](#) (TJCE 2010, 388), EU:T:2010:517, margs. 163-178.

---

163

Asunto T427/08, [CEAHR v. Comisión](#) (TJCE 2010, 388), EU:T:2010:517, margs. 118-119.

---

164

Asunto T201/04, [Microsoft v. Comisión](#) (TJCE 2004, 410), EU:T:2007:289, marg. 482; asunto T151/05, [NVV y otros v. Comisión](#) (TJCE 2009, 124), EU:T:2009:144, marg. 53; asunto T427/08, [CEAHR v. Comisión](#) (TJCE 2010, 388), EU:T:2010:517, marg. 66.

---

165

Asunto T-156/04, [EDF v. Comisión](#) (TJCE 2009, 411), marg. 285.

---

166

Asuntos acumulados T29/10 y T33/10, [Países Bajos y ING v. Comisión](#) (TJCE 2012, 43), EU:T:2012:98, marg. 143.

---

167

Asunto T-266/02, [Deutsche Post v. Comisión](#) (TJCE 2008, 150), EU:T:2008:235.


---

168

Asunto T-266/02, [Deutsche Post v. Comisión](#) (TJCE 2008, 150), EU:T:2008:235, marg. 95; asunto T-274/01 [Valmont v. Comisión](#) (TJCE 2004, 257), EU:T:2004:266, marg. 136; asuntos acumulados T115/09 y T116/09, [Electrolux y Whirlpool v. Comisión](#) (TJCE 2012, 19), EU:T:2012:76, marg. 42.



---

169

Asunto C-272/09 P,  [KME Germany y otros v. Comisión](#) (TJCE 2011, 399) , EU:C:2011:810, margs. 103, 106.




---

170

Asuntos acumulados C238/99 P, C244/99 P, C245/99 P, C247/99 P, C250/99 P a C252/99 P y C254/99 P,  [Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión](#) (TJCE 2002, 283) , EU:C:2002:582, marg. 692; asunto C-272/09 P,  [KME Germany y otros v. Comisión](#) (TJCE 2011, 399) , EU:C:2011:810, margs. 103, 106.


---

171

Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99,  [Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión](#) (TJCE 2002, 283) , EU:C:2002:582, marg. 692; asunto C-534/07 P,  [Prym and Prym Consumer v. Comisión](#) (TJCE 2009, 245) , EU:C:2009:505, marg. 86; asunto T-78/00, *JFE Engineering y otros v. Comisión* , EU:T:2004:221, marg. 577; asunto T-214/06  [Imperial Chemical Industries v. Comisión](#) (TJCE 2012, 127) , EU:T:2012:275, marg. 293.



---

172

Asunto T-59/99,  [Ventouris v. Comisión](#) (TJCE 2003, 415) , EU:T:2003:334, marg. 219.

---

173

Asunto T-21/05,  [Chalkor v. Comisión](#) (TJCE 2010, 156) , EU:T:2010:205, marg. 105 (confirmado en apelación,  [asunto C386/10 P](#) (TJCE 2011, 395), EU:C:2011:815).

---

174

Asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05,  [BASF y UCB v. Comisión](#) (TJCE 2007, 359) , EU:T:2007:380.

---

175

Asunto T-370/09,  [GDF Suez v. Comisión](#) (TJCE 2012, 168) , EU:T:2012:333, marg. 458 y ss.

---

176

Asunto T427/08, [CEAHR v. Comisión](#) (TJCE 2010, 388) , EU:T:2010:517, margs. 163-178; asunto T-156/04, [EDF v. Comisión](#) (TJCE 2009, 411) , marg. 285; asunto T-266/02, [Deutsche Post](#) (TJCE 2008, 150) , EU:T:2008:235, marg. 95; asunto T-274/01 [Valmont v. Comisión](#) (TJCE 2004, 257) , EU:T:2004:266, marg. 136; *asuntos acumulados* T115/09 y T116/09, [Electrolux y Whirlpool v. Comisión](#) (TJCE 2012, 19) , EU:T:2012:76, marg. 42.

---

177

J.C. LAGUNA DE PAZ (2014: 218-223).

---

178

R. NAZZINI, «Judicial Review after KME: An Even Stronger Case for the Reform That Will Never Be», *European Law Review*, 40, 2015, págs. 490 y ss.

---

179

Asunto C-389/10 P, [KME Germany y otros v. Comisión](#) (TJCE 2011, 399) , EU:C:2011:816, marg. 132.

---

180

Asunto C167/04 P, [JCB Service v. Comisión](#) (TJCE 2006, 265) , EU:C:2006:594, marg. 205; asunto T25/05, [KME Germany y otros v. Comisión](#) (TJCE 2011, 399) , EU:T:2010:206, marg. 126; asunto T83/08, *Denki Kagaku Kogyo y Denka Chemicals v. Comisión* , EU:T:2012:48, marg. 240; *asuntos acumulados* C125/07 P, C133/07 P, C135/07 P y C137/07 P, [Erste Group Bank y otros v. Comisión](#) (TJCE 2009, 291) , EU:C:2009:576, marg. 233; asunto C549/10 P, [Tomra v. Comisión](#) (TJCE 2012, 87) , EU:C:2012:221, marg. 104.

---

181

*Asuntos acumulados* T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, [JFE Engineering y otros v. Comisión](#) (TJCE 2004, 217) , EU:T:2004:221, marg. 174; asunto T348/08, [Aragonesas v. Comisión](#) (TJCE 2011, 334) , EU:T:2011:621, marg. 91.

---

182

*Asuntos acumulados* T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, [Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión](#) (TJCE 1999, 76) («PVC II»)

, EU:T:1999:80, marg. 891.

---

183

 [Protocolo \(N.º 3\) relativo al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.](#)

---

184

H. SCHWEITZER, «The European Competition Law Enforcement System y the Evolution of Judicial Review», EUI-RSCAS, 2009, págs. 12-13.

---

185

D. BAILEY, «Scope of Judicial review under Article 81 CE», Common Market Law Review, 41, 2004, pág. 1327.


---


186

D. BAILEY (2004: 1333).

---


187


 [STS de 30.4.2015](#) (RJ 2015, 2213): la sala de instancia (en sentencia confirmada por el TS) reduce a un tercio la sanción impuesta por la autoridad de defensa de la competencia (prácticas colusorias), por apreciar como circunstancia atenuante la propia actuación de la Administración.

 [STS de 1.12.2010](#) (RJ 2010, 8781): ante la insuficiente motivación de la resolución de la autoridad administrativa de defensa de la competencia, el Tribunal realiza una valoración de la gravedad de la conducta y, en aplicación del principio de proporcionalidad, reduce a la mitad el importe de la sanción (FJ 6.º). STS 349/2017, de 3.2, ES:TS:2017:349: el TS anula la sanción y reduce su importe a la mitad, por la presencia de circunstancias atenuantes: «en el presente caso han de ponderarse como circunstancias de minoración de la responsabilidad de las empresas recurrentes las siguientes: (i) la duración de la infracción, limitada a 8 meses entre agosto de 2009 y marzo de 2010 (...), (ii) el número de consumidores afectados por la conducta infractora (...), y (iii) el efecto de la infracción en relación con otras empresas comercializadoras, a las que la conducta infractora situó en una posición de desventaja competitiva, pero no les cerró la posibilidad de dirigir ofertas de contratación a los clientes que las recurrentes habían traspasado al mercado libre (...) En consecuencia (...) consideramos procedente reducir la cuantía de la sanción de multa a la mitad de la impuesta por la resolución de la CNC, esto es, al importe de 5.342.500 euros» (FJ 11.º).

---

STS 4502/2015, de 27.10, ES:TS:2015:4502: «la conducta de la recurrente presenta, según la propia Sala de instancia, suficientes elementos diferenciadores de las restantes como para que la sanción en el mismo porcentaje que las restantes empresas resulte contraria al principio de proporcionalidad. En consecuencia procede estimar el motivo, y, de conformidad con lo previsto en el artículo 95.2.d) de la Ley jurisdiccional, resolver la cuestión planteada. En atención a las circunstancias referidas procede minorar la multa impuesta en un 50%, a 522.000 euros» (FJ 7.º).

 [STS de 1.12.2010](#) (RJ 2010, 8781): ante la insuficiente motivación de la resolución de la autoridad administrativa de defensa de la competencia, el Tribunal realiza una valoración de la gravedad de la conducta y, en aplicación del principio de proporcionalidad, reduce a la mitad el importe de la sanción (FJ 6.º).

 [STS de 16.2.2015](#) (RJ 2015, 918), FJ 8.º; STS 2536/2015, de 26.5, ES:TS:2015:2536, FJ 5.º; STS 2543/2015, de 26.5, ES:TS:2015:2543, FJ 6.º; STS 2503/2015, de 8.6, ES:TS:2015:2503, FJ 3.º; STS 2547/2015, de 8.6, ES:TS:2015:2547, FJ 3.º; STS 2937/2015, de 17.6, ES:TS:2015:2937, FJ 11.º; STS 2890/2015, de 22.6, ES:TS:2015:2890, FJ 7.º; STS 2710/2015, de 22.6, ES:TS:2015:2710, FJ 9.º; STS 3770/2015, de 11.9, ES:TS:2015:3770, FJ 2.º; STS 4025/2015, de 28.9, ES:TS:2015:4025, FJ 6.º; STS 4035/2015, de 30.9, ES:TS:2015:4035, FJ 7.º; STS 4034/2015, de 2.10, ES:TS:2015:4034, FJ 2.º; STS 4091/2015, de 2.10, ES:TS:2015:4091, FJ 2.º; STS 4706/2015, de 21.10, ES:TS:2015:4706, FJ 6.º; STS 4990/2015, de 26.11, ES:TS:2015:4990, FJ 2.º; STS 5200/2015, de 3.12, ES:TS:2015:5200, FJ 4.º; STS 5313/2015, de 17.12, ES:TS:2015:5313, FJ 5.º; STS 940/2016, de 4.3, ES:TS:2016:940, FJ 6.º; STS núm. 2505/2016, de 23.11 (JUR 2016, 261123), FJ 9.º; STS 2517/2016, de 28.11 (JUR 2016, 261122), FJ 3.º; STS 230/2017, ES:TS:2017:230, FJ 4.º; STS 214/2017, de 30.1, ES:TS:2017:214, FJ 5.º.

STS 5292/2015, de 9.12, ES:TS:2015:5292, FJ 8.º.

STS 2832/2016, de 17.6, ES:TS:2016:2832.

Una versión reducida de este trabajo ha sido enviada como contribución al libro homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz.



