

foro de debate jurídico

**La atribución legal de
discrecionalidad.
En torno a la
discrecionalidad valorativa**

Antonio Mozo Seoane

Abogado

Miembro del Foro Reus de Debate Jurídico

REUS
EDITORIAL

Foro de debate jurídico Reus

Miembros fundadores

Moisés Barrio Andrés (secretario), Martín Bassols Coma, Javier Borrero Borrego, Raúl Canosa Usera, Antonio Castán Pérez-Gómez, Luis Javier Cortés Domínguez, Valentín Cortés Domínguez (vice-presidente), Silvia Díaz Alabart, Federico Durán López, Enrique Giménez-Reyna, Víctor Moreno Catena, Antonio Muñoz Seoane, José Luis Piñar Mañas, Álvaro Rodríguez Bereijo (presidente), Carlos Rogel Vide (coordinador).

PONENCIAS PUBLICADAS

1. *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*. Carlos Rogel Vide, 2017.
2. *Ciberdelitos: Amenazas criminales del ciberespacio*. Moisés Barrio Andrés, 2017.
3. *La financiación de las Comunidades Autónomas: reflexiones para su revisión*. Enrique Giménez-Reyna, 2018.
4. *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: Problemas y posibles soluciones*. Silvia Díaz Alabart, 2018.
5. *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa*. Antonio Mozo Seoane, 2018.

Foro de debate jurídico

Ponencias

Director de la Colección: Carlos Rogel Vide

Catedrático de Derecho civil

**LA ATRIBUCIÓN LEGAL
DE DISCRECIONALIDAD.
EN TORNO A LA
DISCRECIONALIDAD
VALORATIVA**

Antonio Mozo Seoane

Profesor Titular de Derecho administrativo. Abogado

Miembro del Foro Reus de Debate Jurídico

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2018

© Antonio Mozo Seoane
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
(34) 91 521 36 19
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
<https://www.editorialreus.es>

1ª edición, REUS, S.A. (abril, 2018)
ISBN: 978-84-290-2054-0
Depósito Legal: M-15460-2018
Diseño de portada: Editorial Reus
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A la memoria de mi maestro,
Prof. Alfredo Gallego Anabitarte,
con eterna gratitud*

I. La discrecionalidad como atribución normativa. La estructura lógica de la norma jurídica

Entre los temas centrales del Derecho administrativo, el de la discrecionalidad ocupa sin lugar a dudas un lugar propio. Por su importancia, en tanto que concepto íntimamente ligado al *Principio de legalidad* o, más exactamente, de *juridicidad de la Administración*; y, de otra parte, por su propia complejidad, pues como dice la *STS de 12 de diciembre de 2000* (RJ 2001/522):

“La discrecionalidad administrativa es una figura cuyos perfiles teóricos no son claros, como lo demuestran los enormes esfuerzos doctrinales que se le vienen dedicando, y la preocupación de los últimos estudios por diversificarla en una amplia tipología y no reconducirla a un único modelo”.

Por ello, como es lógico, se ha escrito —y se sigue escribiendo— mucho sobre la discrecionalidad administrativa. Yo mismo hice mi modesta aportación al tema¹, sobre el que ahora vuelvo, después de más de treinta años, tomando como punto de partida muchos de los

¹ MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

planteamientos que entonces hice y que creo siguen siendo válidos, si bien, naturalmente, se recogerán algunos de los principales análisis posteriores efectuados por la doctrina, así como, sobre todo, las aportaciones jurisprudenciales habidas desde entonces al control de la discrecionalidad, cuya evolución, como ya defendí en mi primera obra citada, es, en rigor, el elemento determinante del verdadero alcance del concepto.

Afirmar que la discrecionalidad de la Administración se basa en que una determinada norma jurídica le atribuya una facultad o potestad de tal naturaleza puede parecer, a estas alturas, casi una perogrullada. Sin embargo, este aserto, o planteamiento de la cuestión, sigue siendo oportuno. No sólo porque no siempre fue así, sino, sobre todo, porque las manifestaciones legales o formas de atribución normativa de la discrecionalidad continúan suscitando bastante polémica, hasta el punto de constituir uno de los debates más persistentes en relación con la materia.

En nuestro Derecho administrativo, ni doctrina ni jurisprudencia se han ocupado realmente de elaborar un criterio o método teórico para determinar cómo se manifiesta legalmente la discrecionalidad. La formulación más parecida a esto se basó en la tradicional distinción entre *elementos reglados* y *elementos discrecionales del acto administrativo*, constatando que, proscrito el “acto discrecional en bloque”, la discrecionalidad *solo puede “alojarse” en alguno de tales elementos*; y dado que hay elementos que siempre son reglados (competencia, procedimiento, fin), la eventual presencia de facultades discrecionales sólo puede residir en alguno de los

restantes: parece que únicamente queda lo que algunas veces se ha llamado el *contenido* (es decir, el sentido de la decisión).

Frente a ese planteamiento, que, como se aprecia, se apoya en la *estructura del acto administrativo*, el profesor Gallego Anabitarte había sugerido, a finales de los años setenta, la aplicación del análisis del “*sentido de la proposición jurídica*” como criterio para determinar la existencia de discrecionalidad, siguiendo la tesis dominante en el Derecho alemán². Tesis que en general no ha tenido acogida en nuestra doctrina; curiosamente, sin embargo, algún reflejo encontramos en la jurisprudencia, como veremos.

Pues bien, ese es el método que propongo en mi investigación sobre la materia, partiendo del estudio de la llamada “*estructura lógica de la norma jurídica*”, entendiendo aquí por norma la **proposición normativa comprensiva de todos los elementos necesarios para integrar un mandato jurídico**. Siguiendo la tesis de la conocida y magistral obra de Karl Larenz *Metodología de la Ciencia del Derecho*³, la regla imaginada válida “de modo general” —es decir, no para un caso concreto determinado— tiene la forma lingüística de

² GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Plan y Presupuesto como problema jurídico en España”, en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro*, Editora Nacional, Madrid, 1979, vol. I, p. 395; tesis reiterada después en “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, Prólogo a MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, op. cit., p. 15.

³ Trad. española, Ariel, Barcelona, 1966, pp. 164 y ss. Hay ed. posterior (de la cuarta y definitiva alemana), 1980.

una proposición declarativa, en la que podemos distinguir sujeto, predicado y el elemento de unión o coordinación (“cópula”) entre *este* sujeto y *este* predicado. Al sujeto corresponde en la proposición jurídica el *supuesto de hecho*; al predicado, la *consecuencia jurídica*; la consecuencia jurídica determinada en la proposición jurídica se coordina o conecta al supuesto de hecho determinado en la misma.

Es decir, en toda *proposición normativa completa* hay que distinguir, por una parte, un *supuesto de hecho*, constituido por el hecho, acontecimiento, conducta, etc. que la norma describe; para cada supuesto de hecho descrito, la norma prevé los efectos o consecuencias que debe producir en el mundo jurídico, esto es, la *consecuencia jurídica*. Otros autores denominan tales elementos como *antecedente* y *consecuente*, respectivamente⁴. Característica común de ambos elementos es la de estar definidos en la proposición normativa de modo general, susceptibles de producirse en un número indeterminado de casos, y abstracto, no referidos a ningún hecho o acontecimiento concreto⁵. Finalmente, dichos elementos han de estar **coordinados o vinculados entre sí**, de forma que cada vez que el supuesto de hecho se realiza o concreta, rige para él la consecuencia jurídica querida por la norma: este tercer elemento constituye el *elemento de unión o cópula*, cuyo sentido es precisamente el de una

⁴ Por ejemplo, Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, p. 47.

⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 164. ENGISCH, *op. cit.*, p. 50.

ÍNDICE

I. La discrecionalidad como atribución normativa. La estructura lógica de la norma jurídica.....	9
II. La indeterminación conceptual de las normas. Discrecionalidad “de actuación” vs. discrecionalidad “de juicio”.....	17
III. La complejidad de los elementos del supuesto de hecho normativo.....	23
IV. Diversos grados de indeterminación normativa: juicios de valor, apreciaciones conjuntas. Posible discrecionalidad “valorativa”.....	27
V. El debatido concepto de “discrecionalidad técnica”.....	37

VI. Control judicial de la discrecionalidad: la motivación.....	41
VII. Discrecionalidad valorativa: intensidad del control.....	49
VIII. Los límites del control judicial. ¿Sustitución de las decisiones discrecionales?.....	65

Entre los temas centrales del Derecho administrativo, el de la discrecionalidad ocupa sin lugar a dudas un lugar propio. Por su importancia, en tanto que concepto íntimamente ligado al Principio de legalidad o, más exactamente, de juridicidad de la Administración; y, de otra parte, por su propia complejidad, pues como dice la STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001/522):

“La discrecionalidad administrativa es una figura cuyos perfiles teóricos no son claros, como lo demuestran los enormes esfuerzos doctrinales que se le vienen dedicando, y la preocupación de los últimos estudios por diversificarla en una amplia tipología y no reconducirla a un único modelo”.

El autor, **Antonio Mozo Seoane**, Abogado, Profesor Titular de Derecho Administrativo y miembro del Cuerpo Jurídico Militar, donde ha ocupado relevantes destinos hasta el desempeño del cargo de Asesor Jurídico General de la Defensa, es autor de diversas publicaciones de su especialidad. Cabe destacar las monografías “La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983”, Montecorvo, Madrid, 1985; “Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Reus, Madrid, 2017. Además, ha colaborado en obras colectivas, tales como “Comentarios al Código Penal Militar, Cívitas, Madrid, 1988; “La jurisdicción militar”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; “Comentarios a la Constitución española de 1978” (dir. O. Alzaga), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996; “Comentarios a la Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley orgánica 8/1998), Ministerio de Defensa, Madrid, 2000; o “Derecho nobiliario” (coord. C. Rogel), Reus, Madrid, 2005. Ha publicado además diversos artículos en revistas jurídicas.

REUS
EDITORIAL

