

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje

Zuzenbide Prozesalata Arbitraia Euskal Aldizkaria

Dirección

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete

Contenido / Content

Sección Doctrinal/Doctoral work on litigation and arbitration

<i>Dr. Luis Carlos Fernández-Espinar López. Las exigencias procesales derivadas del estado de derecho (arts. 9, 14, 23, 24, 103, 106 CE) en relación con la plena fiscalización del núcleo técnico de las decisiones discrecionales de la administración. La actividad probatoria en el ámbito del proceso contencioso-administrativo como eje central de la constitucional corrección del juicio técnico de la administración por el juicio técnico jurisdiccional</i>	1
<i>Dr. Enrique Fernández Masiá. Los actos de las administraciones públicas frente a las inversiones extranjeras buscan un nuevo marco de resolución de controversias a nivel mundial</i>	19
<i>Dr. Juan Ernesto Gutiérrez Otiniano. Tendencias en la justicia constitucional iberoamericana. Desafíos en el derecho procesal general</i>	37
<i>Dr. Juan Carlos Hitters. ¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad?. Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos humanos. Obligatoriedad</i>	49
<i>Dr. Antonio María Lorca Navarrete. La técnica monitoria denominada “germánica” o “pura” que finalmente adopta la Ley de Enjuiciamiento Civil</i>	67
<i>Dr. Luca Lupária Donati. El derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación de la persona jurídica en Italia</i>	83
<i>Dr. David Soto Díaz. Decisión sobre jurisdicción y decisión sobre admisibilidad en el sistema CIA-DI</i>	93

Notas/Notes

<i>José Manuel Gámez Jiménez. El Derecho Procesal a contracorriente</i>	133
---	-----

Vida académica/Academic life

<i>Prof. Dr. Antonio María Lorca Navarrete. In memoriam del Prof. Dr. José Almagro Nosete</i>	147
<i>Prof. Dr. Juan Manuel Alonso Furelos. La escuela española garantista del Derecho Procesal</i>	149

Recensión/Reading Procedural Books

<i>Pérez-Luño Robledo, Enrique. La reforma del arbitraje de 2011. Presupuestos, antecedentes y alcance. Autor de la recensión bibliográfica: Prof. Dr. Pedro Manuel Quesada López</i>	167
---	-----



**LAS EXIGENCIAS PROCESALES DERIVADAS DEL ESTADO DE DERECHO
(ARTS. 9, 14, 23, 24, 103, 106 CE) EN RELACION CON LA PLENA FISCALIZA-
CION DEL NUCLEO TÉCNICO DE LAS DECISIONES DISCRECIONALES DE LA
ADMINISTRACIÓN. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL AMBITO DEL PRO-
CESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO EJE CENTRAL DE LA CONS-
TITUCIONAL CORRECCIÓN DEL JUICIO TÉCNICO DE LA ADMINISTRACIÓN
POR EL JUICIO TÉCNICO JURISDICCIONAL**

*Dr. Luis Carlos Fernández-Espinar López**
Madrid

RESUMEN

El pleno control judicial de los actos y resoluciones de la Administración es una exigencia de los principios constitucionales recogidos en los artículos 1, 9.1, 9.3. 14, 23, 24, 103 y 106, y es una tarea pendiente en nuestro Estado de Derecho y en la protección de los derechos de los ciudadanos. La discrecionalidad de los actos administrativos que consiste en la potestad de la Administración de decidir entre distintas opciones, todas ellas conformes con el ordenamiento jurídico, no encaja con el calificativo de técnica, pues cuando se trata de alcanzar la “verdad técnica” nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que exigirá un esfuerzo interpretativo de concreción, pero al final sólo una opción reunirá esta condición. La prueba y su debida valoración por los órganos judiciales constituye así el núcleo central de la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso-administrativo.

Palabras clave: Control judicial. Jurisdicción contencioso-administrativa. Discrecionalidad administrativa. Discrecionalidad técnica. Prueba. Dictamen pericial.

ABSTRACT

The full judicial control of the acts and resolutions of the Administration is a requirement of the constitutional principles contained in articles 1, 9.1, 9.3. 14, 23, 24, 103 and 106, and it is a pending task in our Rule of Law and in the protection of citizens' rights. The discretion of the administrative acts that consists in the authority of the Administration to decide between different options, all of them in accordance with the legal system, does not fit the technical qualification, because when it comes to reaching the “technical truth” we are faced with an undetermined legal concept that will require an interpretive effort of concretion, but in the end only one option will meet this condition. The evidence and its due evaluation by the judicial bodies thus constitutes the central nucleus of effective judicial protection in the contentious-administrative process.

Keyword: Judicial control. Contentious-administrative jurisdiction. Administrative discretion. Technical discretion test. Expert opinion.

EVALUACIÓN POR PAR ACADÉMICO POSITIVA PARA SU PUBLICACIÓN
EN LA REVISTA VASCA DE DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE.

Evaluación recibida el día veinticinco de octubre de 2019.

PAR ACADÉMICO EVALUADOR: Profa. Dra. Regina Garcimartín Montero, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad Politécnica de Madrid.

* * *

SUMARIO: I. Estado actual de la cuestión. II. El control pleno y universal de los actos y resoluciones de la Administración. III. La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y la necesaria casación de las sentencias de instancia que amparan la exención del núcleo de la decisión técnica. IV. La actividad probatoria en el ámbito del proceso contencioso-administrativo como eje central del efectivo control judicial y de la corrección del juicio técnico de la administración por el juicio técnico jurisdiccional.

I.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La doctrina sobre la discrecionalidad técnica, y las posibilidades y alcance de su control judicial ha experimentado una continua evolución desde nuestra Constitución llena de matices pero en una clara tendencia caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional frente a toda actuación administrativa (art.106.1 CE), y a pesar de los continuos obstáculos por parte de la Administración y de las permanentes llamadas de la misma a evitar la denominada “injerencia judicial” en sus decisiones.

Una gran mayoría de los actos administrativos son discrecionales frente a los actos reglados que son una minoría. La discrecionalidad de los actos administrativos consiste en la potestad de la Administración de decidir entre distintas opciones, todas ellas conformes con el ordenamiento jurídico y que se ajustan al principio de legalidad ya que en caso contrario merecerían el reproche jurídico de la arbitrariedad que está prohibida por el propio texto constitucional en su artículo 9.3 (la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos).

Existen numerosas cuestiones que por su propia naturaleza técnica han de resolverse mediante un juicio fundado en elementos de carácter técnico, y que requiere de informes previos por órganos de la Administración evacuados por técnicos en las distintas ramas de las ciencias. Así, la denominada “discrecionalidad técnica” como formulación doctrinal individualizada de la general “discrecionalidad administrativa” ha sido recogida por la jurisprudencia de modo generalizado a partir de la Sentencia 39/1983 del Tribunal Constitucional, que resuelve un recurso de amparo, cuyo letrado recurrente fue paradójicamente GARCÍA DE ENTERRÍA, quien siempre defendió, frente a la interpretación que se ha pretendido dar a esta pionera sentencia sobre la materia bien al contrario en su abundante obra doctrinal¹, la plena fiscalización universal de todos los actos administrativos. En su FJ Cuarto la citada Sentencia dice que:

“La conclusión a que llega en este caso concreto no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al derecho (art. 103.1) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede en-

¹Así, entre otras, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1974. El control judicial de los actos discrecionales ya se situaba hace años entre las cuestiones pendientes de revisión en nuestro derecho administrativo en la sugerente obra col. de las profesoras CHINCHILLA, C, LOZANO B, y DEL SAZ, S, “Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios”, Ed. Civitas, Madrid 1992, pp.190 a 195.

contrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales”.

El párrafo transcrito en su parte final partir de “*Pero no puede olvidarse tampoco...*” ha sido objeto de una errónea interpretación, lo que ocurre cuando se cita unas líneas sin el párrafo completo y sin referencia a los hechos y objeto del recurso. La Administración reiterando en sus contestaciones a las demandas sólo dicha parte segunda del párrafo ha conseguido que durante muchos años las sentencias incurrieran en dicha “trampa”, olvidando totalmente la parte primera en donde hacía especial hincapié el TC sobre la regla general del pleno control judicial, al igual que la materia tan excepcional objeto de la sentencia que justificaba el por qué el Tribunal Constitucional señalaba al margen de los principios constitucionales que su valoración sólo podía ser formulada por un órgano como el objeto de la Sentencia. Pero la clave en este asunto, además no sólo era ya la materia (la apreciación de las especiales aptitudes para acceder al empleo de General en el momento en que se produce la clasificación y con proyección al futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando), sino fundamentalmente la regulación de la preconstitucional ley de aplicación, Ley 78/1968, de 5 de diciembre sobre escalas y ascensos de Oficiales de la Armada, sobre los excepcionales elementos de juicio en dicha apreciación (en este caso un informe pericial sería invariable) y que de conformidad con su contenido como muy bien explica la Sentencia, ciertamente sólo podía hacerla el Consejo Superior de la Armada, al que la Sentencia se refiere sin mayor alcance como “un órgano especializado de la Administración”.

Con meridiana claridad lo explicaba así la reiterada STC 39/1983:

“Tal fundamentación de la Sentencia se corrobora si se tienen en cuenta los principios básicos que informan la legislación sobre clasificación y ascensos oficiales de Marina. Así el art. 8 de la Ley establece que toda clasificación estará basada en el análisis más minucioso y fidedigno posible de las circunstancias de los interesados en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional, especialmente en ocasión de guerra o de grave responsabilidad, así como en destinos de embarco, mando o dirección, enjuiciándolos en función de las misiones de su Cuerpo, Escala o Grupo», criterio que reitera el art. 22 del Real Decreto 2008/1978. En esas disposiciones se detallan los elementos de juicio de que debe disponer el Consejo Superior de la Armada para llevar a cabo la valoración de los interesados en orden a su idoneidad para el ascenso; se dispone que del estudio y análisis «del conjunto» de esos elementos se llegará a obtener un «concepto concreto» de dichos interesados que permite su clasificación y, en su caso, la ordenación de los componentes del grupo según los conceptos obtenidos, y respecto a la ordenación, «por comparaciones sucesivas» (art. 22 del Real Decreto citado). Resulta claro que esa valoración conjunta de las diversas circunstancias que concurren en un oficial de la Marina para su aptitud previa al ascenso no pueden hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello, en este caso el Consejo Superior de la Armada, y no los Tribunales de Justicia”

Es más que evidente que esta materia y principalmente la peculiar regulación que realiza el artículo 8 de la preconstitucional Ley 78/1968, de 5 de diciembre sobre escalas y ascensos de Oficiales de la Armada, nada tiene que ver con los juicios técnicos que realiza habitualmente la Administración en numerosas materias y cuya decisión técnica puede ser controlada por los órganos judiciales desde la “verdad técnica” ayudados mediante dictámenes peri-

ciales bien realizados, como veremos en el apartado cuarto, teniendo una importancia muy destacada los mismos por su propia naturaleza técnica precisamente.

II.- EL CONTROL JUDICIAL PLENO Y UNIVERSAL DE LOS ACTOS Y RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACION.

1.- La Administración Pública siempre ha visto en esta formulación una gran vía de escape al pleno control judicial de sus actos y decisiones ya que ha conseguido durante muchas décadas, y hasta hace apenas 10 años que existe una jurisprudencia del tribunal supremo de plena fiscalización, llevar al ánimo de los jueces y tribunales la imposibilidad del control de la decisión de fondo de estas decisiones por su propia “naturaleza técnica”, formación de la que evidentemente carecen los órganos judiciales, aceptando por ese aparente motivo los órganos judiciales llegar “sólo” al control de los denominados “aledaños” o elementos estrictamente jurídicos existentes “en el exterior de ese núcleo técnico reservado” que regulan cualquier procedimiento administrativo, y afectando con ello gravemente a la propia esencia y función del Poder Judicial en un Estado de Derecho en relación al poder ejecutivo y la Administración (artículo 106.1 de la Constitución que establece la plena fiscalización de las actuaciones administrativas sin la existencia de ámbitos inmunes a la misma, en relación con el artículo 103.1 que establece el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho).

Pues bien, desaparecido a partir de nuestra Constitución el denominado “acto político”, exento del control judicial, como categoría legal existente con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución asistimos en numerosas ocasiones a la exención e inmunidad en relación al fondo de la decisión de numerosos actos administrativos “presuntamente amparados” en el “velo” de la doctrina de la discrecionalidad técnica. La eliminación del “acto político” se reafirmó sin lugar a duda a partir de la aprobación de la vigente Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, siendo por mandato constitucional todos los actos de la Administración plenamente fiscalizables por los tribunales, haciendo la salvedad del contenido del artículo 2a) de esta Ley relativo a la excepción de los actos aprobados por el Gobierno o los Consejos de Gobierno de las CCAA, decisiones gubernamentales enmarcadas en el Título V de la Constitución, en los que el control judicial afecta únicamente a los elementos reglados².

Las sentencias, que no son excepción, de nuestros jueces y tribunales en cuyo contenido pretenden establecer en la práctica, como veremos a continuación, la exención del pleno y efectivo control judicial en esta materia y con ello en la práctica la inmunidad de la Administración, constituyen una anomalía grave de nuestro Estado de Derecho y de los principios básicos constitucionales expuestos, lesionando con ello gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y de sus derechos frente a la Administración.

La confusión judicial existente es consecuencia de una deliberada regulación del poder ejecutivo en su potestad reglamentaria y/o bases de las convocatorias en las que pretenden distinguir en la valoración a realizar por los órganos de la Administración entre el denominado juicio “cualitativo” y el juicio “cuantitativo” de la misma. A partir de dicha regulación material realizada según el único interés de la propia Administración, la doctrina ha incurrido, en mi opinión, en un error pretendiendo justificar la existencia de una presunta “escala de discrecionalidad” (en parangón a la conocida doctrina sobre la escala de demanialidad de los

² DIEZ SÁNCHEZ J. J. *El control judicial de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno*, Revista jurídica de Castilla y León, nº 26, 2012, págs. 45-76.

bienes públicos) en la propia norma reguladora de la materia, y así ante un mayor previo desglose de puntos en los criterios de evaluación del Baremo de una convocatoria nos encontraríamos con una menor discrecionalidad, mientras que a medida que disminuye ese desglose y existen unas “horquillas más amplias” en el Baremo existiría una mayor discrecionalidad. En definitiva, sería la propia Administración y el poder ejecutivo, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, quien determinaría “en la propia norma de aplicación” el alcance de la discrecionalidad y en consecuencia lo que es importante para un ciudadano: hasta dónde puede llegar el control judicial del denominado juicio técnico de la Administración.

Con ello, se produciría en definitiva una situación incompatible con las exigencias procesales de un Estado de Derecho ya reiteradas, puesto que estaríamos aceptando que es el propio poder ejecutivo, quien dirige a la Administración (art.97 CE), el que ordena y condiciona la propia actuación constitucional del poder judicial, el alcance y extensión de su obligado control y con ello la fiscalización plena y universal de las actuaciones administrativas y de la potestad reglamentaria. Un ejemplo muy claro lo tenemos en el cambio realizado en la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios mediante la nueva regulación operada mediante el RD. 415/2015 de 29 de mayo y que ha modificado la primera regulación del RD. 1312/2007 de 5 de octubre. En el preámbulo de la modificación se dice que la misma pretende “una evaluación más equilibrada en lo relativo a los aspectos cuantitativos y cualitativos de los méritos del solicitante”, pretendiendo pasar de un modelo basado en la valoración de los méritos fundamentalmente cuantitativo mediante la suma de microméritos a una “valoración cualitativa conjunta” de los méritos aportados a partir de unos méritos mínimos.

Sin embargo, y como muy acertadamente señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO³, el imprescindible nuevo documento posterior para la valoración, y que sirve de determinante pauta de actuación en su trayectoria de trabajo a los profesores de universidad, documento que por ello ya antes existía, titulado “Méritos evaluables por área de conocimiento” en relación con el de “Orientaciones generales para la aplicación de los criterios”, ambos de 2017 y publicados en la página web de ANECA, desarrolla no ya unos mínimos sino una exhaustiva relación de “méritos obligatorios” convirtiendo aparentemente la pretendida reforma en inútil. Pero ello no nos puede hacer olvidar que la intencionalidad práctica de la Administración con la reforma es bien otra y consiste en ampliar todavía más la inmunidad de su actuación, con la “trampa” de llevar al ánimo de todos que a partir de 2017 se ha producido un aumento significativo en la aludida “escala de discrecionalidad” en esta materia. Todo ello, si el Tribunal Supremo no lo remedia, tendrá sin duda su reflejo en las Sentencias de la Audiencia Nacional, órgano de instancia competente para enjuiciar esta materia, y recordando además que incluso con anterioridad a la reforma de 2017 la Audiencia Nacional acepta la sorprendente argumentación de la abogacía del estado en que dicho Documento son “Meramente Orientaciones sin valor jurídico alguno” para la ANECA (sic), con el resultado en sus sentencias que veremos en el apartado III.

2.- La situación general descrita proviene del propio punto de partida de la teoría de la discrecionalidad técnica ya que, en mi opinión, adolece de un notorio error en su diferenciación de la general discrecionalidad administrativa, ya que la misma reside no sólo en que la primera se basa en un juicio fundado “exclusivamente” en elementos técnicos sino que es pre-

³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a. *La ANECA y el setenta y cuatro por ciento de tres méritos en este apartado*, en Almacén de Derecho, 19 de julio 2018.