

INFORME 3/2026

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ACTOS DISCRECIONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PRIMERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016 (Boletín Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2017), corresponde a la Oficina el ejercicio de funciones de inspección, comprobación y prevención en el ámbito definido en su artículo 1º, siendo una de ellas asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales.

Conforme a dichas competencias se elabora el presente informe.

SEGUNDO. En esta Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, se han planteado cuestiones relacionadas con los actos discrecionales de autorización de uso de espacios de titularidad municipal y su control, que han determinado la incoación de un expediente que ha finalizado con la emisión del correspondiente informe.

Analizadas las cuestiones expuestas en la denuncia recibida, así como los informes emitidos, y sin perjuicio de las actuaciones realizadas en el seno de ese expediente, se ha considerado de interés elaborar el presente informe de carácter preventivo.

TERCERO. Consideraciones generales acerca de los actos discrecionales de la Administración Pública.

Los actos discrecionales de la Administración tienen elementos de subjetividad que permiten adoptar una decisión entre varias posibilidades, que en todo caso tendrán que estar motivados y no incurrir en arbitrariedad. La discrecionalidad permite a la Administración la adopción de decisiones que mejor satisfagan los intereses generales, diferenciándose estas decisiones de los actos reglados, estando ambos sometidos al cumplimiento de la ley. Si bien existe una diferenciación del control judicial sobre las actuaciones discrecionales respecto de los actos reglados, que ha sido señalada por el Tribunal Supremo. Así, su Sentencia 10258/1998, de 10 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso, se pronuncia al respecto en los siguientes términos: *la potestad discrecional aparece cuando la habilitación necesaria para el ejercicio de la potestad no está totalmente predeterminada, de suerte que la Administración, a la vista de las circunstancias objetivas concurrentes completa la voluntad de la norma habilitadora. Además, el ejercicio de la potestad discrecional exige que la Administración tenga capacidad de elección entre varias soluciones válidas por permitir las la norma jurídica. Y, en todo caso, es necesario que la resolución que la Administración adopte con el ejercicio de la potestad discrecional, debe ser suficientemente motivada, porque, como dice la jurisprudencia, en los actos reglados, su contenido está completamente determinado en el ordenamiento jurídico; en cambio, en los actos en los que pueda hacerse uso de la potestad discrecional, es indispensable que la Administración, exprese clara y suficientemente el proceso lógico que le lleve a su decisión (SSTS, entre otras de 15-6-84, 13-7-84 y 7-2-87)*

Información de Firmantes del Documento



MADRID



Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que define la discrecionalidad administrativa. Cabe citar la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 1 de junio de 1987, en la que se dice, entre otros extremos, lo siguiente: *la potestad que en estos actos discrecionales tiene la Administración de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad o de conveniencia) que la Ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en su consecuencia optar según su subjetivo criterio, pero queda a salvo la facultad del juzgador de examinar después si la decisión adoptada por la Administración se ha producido con arreglo a los fines para los que la Ley le concedió la libertad de elegir, dado que la discrecionalidad no es arbitrariedad (sentencias de esta Sala de 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1985 y 20 de mayo de 1986, entre otras).*

La posibilidad de adoptar uno u otro contenido en un acto administrativo discrecional no es ilimitada, debe seguir un procedimiento y estar debidamente motivado. La potestad discrecional tiene límites legalmente establecidos, partiendo de la propia Constitución Española (CE), en cuyo artículo 103.1 proclama que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Serán los Tribunales los encargados de controlar la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE).

La discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de Junio de 1988: *la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, ya que nunca es permitido y menos en el terreno del Derecho confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello esta jurisdicción al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y procedimiento, sino que... hay que adentrarse en la entraña de expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve, así como también sobre su uso proporcional y racional.*

El interés general, como elemento sustancial y objetivo, debe regir la adopción de los actos discrecionales de la Administración, y la imposibilidad de arbitrariedad vendrá determinada por la existencia de elementos reglados que también tienen dichos actos. En este sentido, es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de fecha 29 de mayo de 2001: *Todos los actos discrecionales tienen elementos reglados y entre ellos el fin pues todo poder conferido por la ley a la Administración Pública lo es "como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Esa finalidad responde a la consecución del interés general y su logro es lo que permitirá calificar la actuación administrativa de discrecional (en caso de búsqueda y obtención de la utilidad pública) o arbitraria (en caso de que bajo la cobertura de aquella se persiga un interés ajeno al público, social). El concepto jurídico indeterminado de utilidad pública ha sido considerado como la calificación de circunstancias concretas que no admiten más que una solución justa en cada caso y que por tanto es dado a los tribunales ordinarios entrar a discernir si la Administración, en uso de la facultad discrecional que le ha sido facilitada, ha actuado de manera justa en un caso concreto o no, todo ello desde la óptica de si con su actuación discrecional se ha perseguido la utilidad pública o, por contra, se han utilizado los medios previstos en el ordenamiento jurídico para obtener un fin distinto del que demanda el interés general.*

Información de Firmantes del Documento

**MADRID**

La revisión judicial no lo será sobre la oportunidad política de dictar el acto sino sobre su suficiente motivación y cumplimiento de legalidad, así se ha manifestado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia 1381/2001, de 26 de febrero de 2001: *Es cierto que la discrecionalidad administrativa no puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional con base en consideraciones o motivos de la mayor o menor conveniencia u oportunidad. Como ha tenido ocasión de señalar esta Sala, el control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resulta de los arts. 24.1 y 106 CE, extendiéndose respecto de la discrecionalidad sólo hasta donde lo permite el contraste con el ordenamiento jurídico a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia –fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho–. Si bien, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) justifica, además, la exigencia de una motivación suficiente respaldada en datos objetivos con los que ha de mantener una cierta coherencia lógica la decisión administrativa adoptada, aunque, desde luego, ha de reconocerse que la Administración conserva un ámbito de opción que posibilita alternativas diversas, jurídicamente legítimas, en función del interés contemplado por la norma habilitante de la potestad que ejercita.*

Así pues, los actos discrecionales se adoptan tras la tramitación de un procedimiento en el que quedará constancia de su fundamentación, quedando los mismos sometidos a revisión de los tribunales según los criterios de proporcionalidad y racionalidad, anteriormente expuestos por la jurisprudencia.

El control judicial de los actos administrativos discrecionales puede determinar si han sido citados conforme al ordenamiento jurídico, procediendo a su anulación, si bien no pueden ser sustituidos por otros por parte de los órganos judiciales: Así queda regulado en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de conformidad con el cual dichos órganos no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

El ejercicio de la potestad discrecional, al igual que cualquier otro acto dictado por la Administración, puede incurrir en desviación de poder si dicha potestad se utiliza para fines diferentes a los establecidos en el ordenamiento jurídico. Desviación en la que puede incurrir no solo cuando el acto ha sido dictado para fines privados o personales o ilícitos, sino cuando se ha perseguido un fin distinto del encomendado por la ley. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia, como es exponente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023: *Según la definición canónica hoy recogida en el inciso final del art. 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, "se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico". Es algo tradicionalmente aceptado, tanto en sede jurisprudencial como doctrinal, que esos fines distintos de los que son propios de la correspondiente potestad no tienen que ser forzosamente privados o personales, ni tampoco necesariamente ilícitos. Basta que sean fines distintos de los que la legalidad encomienda a la potestad de que se trate. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de esta Sala de 24 de mayo de 2001, 18 de marzo de 2011, 24 de enero de 2012 y 4 de mayo de 2016. Es más: la propia Constitución así lo ordena expresamente cuando, en su art. 106, habla del sometimiento de la actuación administrativa "a los fines que la justifican".*

El artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone: *Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

Información de Firmantes del Documento

**MADRID**

CUARTO. Conclusiones

La obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva está establecida en el artículo 9.2 de la Constitución española, debiéndose *remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Lo que implica que no se puede tratar de manera diferente situaciones iguales. Como viene reiterando el Tribunal Constitucional (STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001, STC 117/1988, de 2 de junio de 1998, entre otras muchas), *el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable*.

Este principio de igualdad conecta con el de seguridad jurídica y el de buena administración, debiendo la Administración tratar de manera igual situaciones iguales, pero a su vez esto conlleva que situaciones distintas han de ser abordadas con soluciones diferentes.

La normativa municipal, a través de textos como el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana, favorece la utilización de los espacios públicos por entidades ciudadanas. Su autorización está enmarcada en los denominados actos discrecionales. Autorizaciones que conseguirían alcanzar óptimamente los fines de interés público con la aplicación de los principios de igualdad y buena administración. La existencia de criterios racionales, proporcionales y conocidos por los posibles solicitantes, en la medida de lo posible, otorga seguridad jurídica.

Una buena administración exige criterios racionales, proporcionales y transparentes en la adopción de actos y decisiones discrecionales, lo que no impide la toma en consideración de aquellos aspectos que se estimen que atienden mejor a los intereses generales, si bien con las debidas garantías de respeto a los principios de igualdad y seguridad jurídica, evitando situaciones de arbitrariedad o desviación de poder. Con relación a la debida motivación de los actos administrativos discrecionales es recomendable tener en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que se ha hecho mención en este informe, cuando se pronuncia sobre la debida motivación de los citados actos discrecionales.

Información de Firmantes del Documento

**MADRID**