



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Septiembre

LA DISCRECIONALIDAD Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

**Discretionary and Indeterminate Legal Concepts in The Military
Administration**

Realizado por el alumno/a D. Juan Carlos Álvarez Domínguez

Tutorizado por el Profesor/a D. Fernando José Betancort Reyes

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Administrativo



RESUMEN

La discrecionalidad es uno de los temas que han sido ampliamente estudiados por la doctrina de autores en el ámbito del Derecho Administrativo, así como los métodos destinados a la interdicción de la arbitrariedad. En el presente trabajo se estudia este tema desde la perspectiva militar. A tal efecto el presente trabajo se ordena en dos bloques: el primero indaga en la teoría general del Derecho Administrativo, disciplina jurídica del Derecho público donde se ha hecho particular hincapié en el ámbito de las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados; en el segundo bloque se procura aplicar la teoría general de esta materia en el ámbito conciso de la Administración militar. A tal fin se analizan específicamente los caracteres delimitadores que la hacen merecedora de ser calificada como Administración especial. En ese contexto es donde se realiza un estudio sobre las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados para, finalmente, centrar todo lo estudiado en un concreto ámbito que se manifiesta como concepto jurídico indeterminado en el ámbito castrense: las necesidades del servicio.

Palabras clave

Discrecionalidad, Potestades, Conceptos Indeterminados, Administración civil y militar, Necesidades del servicio.

ABSTRACT

Discretion is one of the topics that have been widely studied by the authors' doctrine in the field of Administrative Law, as well as the methods aimed at the interdiction of arbitrariness. In the present work this issue is studied from a military perspective. To this end, the present work is arranged in two blocks: the first investigates the general theory of Administrative Law, a legal discipline of public law where particular emphasis has been placed on the field of discretionary powers and indeterminate legal concepts; In the second block, an attempt is made to apply the general theory of this matter in the concise scope of the military Administration. To this end, the delimiting characters that make it worthy of being classified as a special Administration are specifically analyzed. It is in this context that a study is carried out on discretionary powers and indeterminate legal concepts to, finally, focus everything studied in a specific area that manifests itself as an indeterminate legal concept in the military field: the needs of the service.

Key Words:

Discretion, Powers, Indeterminate Concepts, Administration, Needs of the service

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

1.- LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN.....	5
1.1. CONCEPTO	6
1.2. CLASES: EN PARTICULAR LAS POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.....	8
1.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES	10
2.- LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	11
2.1 CONCEPTO Y CONTENIDO	11
2.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	14
3.- LÍMITES Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	15
3.1 LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	16
3.2 TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	17
A) <i>El Control de los Hechos Determinantes</i>	18
B) <i>El Control de los Elementos Reglados. La Desviación de Poder</i>	19
C) <i>El Control a través de los Principios Generales del Derecho.</i>	20
3.3 EN ESPECIAL EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	20

SEGUNDA PARTE

4. - EL DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR. LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	22
4.1 LA ADMINISTRACIÓN MILITAR COMO ADMINISTRACIÓN ESPECIAL. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INSTITUCIÓN MILITAR.....	23
4.2.- LOS CARACTERES DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR.....	28



<i>A) La Jerarquía</i>	28
<i>B) La Disciplina.</i>	31
<i>C) La Unidad.</i>	33
5.- LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA LEGISLACIÓN MILITAR.	33
5.1 CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO CASTRENSE. PARTICULAR REFERENCIA A LAS NECESIDADES DEL SERVICIO.	34
5.2 DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS.	36
6.- MÉTODOS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN CASTRENSE.	41
6.1 ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL DE LOS LÍMITES DE LAS NECESIDADES DEL SERVICIO.	43
7.- CONCLUSIONES	46
8.- BIBLIOGRAFÍA	49

1.- LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

La Constitución española de 1978 consagra el principio de legalidad: el artículo 9 establece que “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”; más adelante y, de un modo más explícito, en su apartado 3 dispone: “*La Constitución Garantiza el principio de legalidad*”; concisamente, en el ámbito de las Administraciones públicas, el artículo 103.1 establece: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

Según doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de legalidad supone “*un dogma básico de todo sistema democrático*” (STC 108/1986, de 29 de julio) que el Prof. SANTAMARÍA PASTOR cataloga como una “*manifestación primera y esencial del Estado de Derecho*”¹; al constituir una obligación que no sólo recae sobre la ciudadanía en cuanto al cumplimiento, obediencia y aplicación de las normas jurídicas vigentes en un sistema normativo, sino que también lo hace, más especialmente, sobre los poderes públicos. Dentro de los cuales y, en el ámbito del Poder Ejecutivo del Estado se encuentran las Administraciones públicas, sometidas plenamente a la Ley y el Derecho².

En torno al alcance de la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, se identifican dos corrientes doctrinales³. Por una parte, el principio de vinculación positiva, en virtud de la cual, cualquier actividad realizada por la Administración debe estar previamente habilitada por una norma; de tal manera que es la norma la que fundamenta la actuación y, todo lo que no este contemplado por la misma no le está permitido a la Administración. Y, en sentido contrario, la doctrina de la vinculación negativa, que entiende que la Administración podría realizar cualquier acto que no estuviera expresamente prohibido en la norma, sin necesidad de habilitación previa. En

¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 5ªEd. Madrid: Iustel, 2018. Pág. 47

² *Ídem*. Pág. 48

³ SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. Las potestades administrativas. El principio de legalidad y sus manifestaciones. La actividad administrativa discrecional y sus límites. Control de la discrecionalidad: en especial la desviación de poder. Los conceptos jurídicos indeterminados. En BUENO SANCHEZ, J.M (Coord.). *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo (Parte General y Parte Especial)*. 2ª Ed. Madrid: Thomson Reuters 2018, Pág. 182.

este caso, la norma actuaría más bien como un límite externo a su actuación. En nuestro ordenamiento jurídico la doctrina de autores se inclina, mayoritariamente por el principio de vinculación positiva⁴.

1.1. CONCEPTO

El principio de legalidad otorga a las Administraciones públicas, facultades de actuación conocidas como potestades. Estas potestades de las Administraciones públicas son aquellos “*poderes jurídicos*”⁵ cuya titularidad es otorgada por el Ordenamiento jurídico a los distintos órganos que las componen, para que en el ejercicio de su esfera concreta de actuación y, sin recaer sobre objetos específicos sino sobre determinados sectores genéricos, puedan realizar actividades que interfieren en la vida de los particulares⁶, y cuya única finalidad no es otra que servir al interés general en cumplimiento de lo establecido en la CE por la que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...*” (Art 103.1) Ello sitúa, de ese modo, a la Administración en una posición de privilegios o prerrogativas frente a los derechos y libertades de la ciudadanía; pudiendo imponer deberes u obligaciones que conlleven situaciones desventajosas en sujetos distintos de quien la ejerce de manera unilateral⁷. *Contrario sensu* si la Administración no fuera titular de estas potestades habilitantes para su actuación, no podrá efectuar tal ejercicio.

El Prof. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ pone de manifiesto cómo la proyección sobre terceros se identifica mediante el “*binomio potestad-sujeción*”⁸. Ésta es consecuencia de las decisiones adoptadas por el titular de la potestad, de forma que el administrado o particular deberá ser consciente de los cambios que sufrirá en su esfera jurídica, debido a la acción del poder al que está sujeto, sin que deba ello interpretarse como una merma de sus garantías jurídicas; al tratarse de un poder que se ejerce siempre en interés de terceros. Y pese a la primacía de la Administración, estas

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R *Curso de Derecho Administrativo I*. 16ªed. Madrid: Civitas, 2017. Pág. 484 y SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. op. cit. Pág. 82.

⁵ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. *Las Potestades Administrativas*. 1ªEd. Madrid: Tecnos, 1986. Pág. 39

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 487

⁷ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. op. cit. Pág. 39

⁸ *Ídem*. Págs. 41-46

potestades no son diferentes -salvo en el contenido material de las mismas- de las otorgadas a los particulares por el ordenamiento⁹; como las relaciones paternos-filiales, la potestad de acción o la potestad de autonomía privada.

Por otro lado, además del Prof. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R. califican las potestades como inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, debido a que independientemente de que tales potestades sean utilizadas o no por la Administración, no podrán ser transferidas, tampoco prescribirán sin perjuicio de que su ejercicio pueda estar sometido a “*caducidad o decadencia*”, ni serán susceptibles de ser modificadas por su titular, pues esto solo puede realizarse mediante la Ley misma de su creación. Lo que no significa que puedan ser ilimitadas, incondicionadas o absolutas. Por consiguiente, su contenido y extensión deberán estar reglados¹⁰.

Del mismo modo, estos autores coinciden en que la mayoría de las potestades de las que goza la Administración son parte de las denominadas *potestad-función* que son aquellas ejercidas en búsqueda del interés público por encima de cualquier interés privado de la Administración -y solo en ese supuesto se pueden ejercer-, así como la obligatoriedad de su ejercicio cuando ese mismo interés público lo demande. Esta cualidad la interpreta el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA como *poderes fiduciarios* dado que son “*poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo*”¹¹.

Finalmente existen otros tipos de clasificaciones realizadas por algún autor, entre ellas¹²: potestades innovativas o conservativas, de supremacía general y de supremacía especial, heteroatribuidas o autoatribuidas, etc.; clasificaciones que no se van a estudiar al detalle, salvo en el caso de las potestades regladas y discrecionales que son las que interesan al objeto de este estudio.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 489

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 490

¹² SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. op. cit. Pág. 179.

1.2. CLASES: EN PARTICULAR LAS POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.

Las potestades administrativas se atribuyen de manera expresa y específica a las Administraciones públicas por ministerio de la Ley. Estas atribuciones en su clasificación por razón de la forma en que se atribuyen se distinguen en potestades regladas y discrecionales¹³.

Las potestades regladas son aquéllas cuya norma de atribución establece de manera predeterminada todos los elementos que conforman tal potestad, sin dejar margen alguno de apreciación a la Administración; de manera que no sea ésta la que configure libremente su contenido¹⁴. Se elimina así, el juicio subjetivo, sin perjuicio de aquel cuyo objetivo es subsumir el supuesto de hecho en el tipo legal. En palabras del profesor BACIGALUPO esto supone “*El grado máximo de vinculación de la Administración al ordenamiento*”¹⁵. Lo que conlleva a que el control jurisdiccional del ejercicio de estas facultades ostente también su grado máximo¹⁶.

Sin embargo, la Administración se enfrenta a una realidad compleja y cambiante que hace necesaria la existencia de potestades flexibles y adaptables a las particularidades de cada caso. De ahí, la necesidad de atenuar la intensidad de la vinculación de la Administración pública a la Ley, por medio de una serie de instituciones; por un lado, las potestades discrecionales, y por otro, los conceptos jurídicos indeterminados, que se tratarán más adelante.

Las potestades discrecionales, según los Profesores MUÑOZ MACHADO y BACIGALUPO se conciben como facultades que habilitan a la Administración a incluir en sus actuaciones una serie de apreciaciones subjetivas definiendo su propia política de

¹³ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015. Pág. 230.

¹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, M. Las Potestades Administrativas y la Vinculación de su Ejercicio al Ordenamiento Jurídico. En CANO CAMPOS, T. (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, T. III, Vol. I*, Madrid: Iustel, 2009. Págs.13-41.

¹⁵ *Ídem*. Pág. 84

¹⁶ CE, Art 106.1 “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”

actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, las cuales no se efectúan al margen del Derecho, sino que es la propia Ley la que permite ese “*margen de decisión*”¹⁷. Por consiguiente, a través de la limitación por Ley de algunas condiciones que conforman tal habilitación, se permite que cada supuesto sea completado mediante la discrecionalidad de la Administración. SANTAMARÍA PASTOR considera que “*La discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio*”¹⁸.

A propósito de los aspectos reglados por la norma, GARCÍA DE ENTERRÍA distingue¹⁹: la existencia misma de la potestad, su extensión -que nunca será absoluta-, la competencia del órgano que deberá ejercerla y la finalidad perseguida. En consecuencia, el ejercicio de la potestad se convierte en un conjunto de elementos determinados legalmente que van unidos al juicio de la Administración; de tal suerte que aquellos que quedan fuera de esta clasificación son aspectos discrecionales para la administración.

Por último, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ reconocen la existencia de discrecionalidades injustificadas o abusivas que puede dar lugar a la arbitrariedad²⁰. Y pese a que pueda darse el caso de que tales se terminen convirtiendo en potestades regladas, no se puede pretender que se produzca lo mismo con los poderes discrecionales de la Administración; pues carecería de sentido reducir el gobierno humano a una “*nomocracia*”²¹. Más aún cuando existen potestades que no podrían ser parcialmente discrecionales por su propia naturaleza.

¹⁷ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 85, y MUÑOZ MACHADO, S. op. cit. Pág. 230.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A..op. cit. Pág. 295

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.499

²⁰ *Ídem*. Pág.500

²¹ *Ídem*. Pág.499

1.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de mayo de 1982 (RJ 1982/3967) sentó el criterio que la discrecionalidad “*concedida para apreciar en su supuesto dado lo que sea de interés público, permite elegir entre varias soluciones igualmente justas atendiendo a criterios subjetivos de la Administración*”. Por consiguiente, la discrecionalidad no es otorgada por capricho del legislador para conceder la simple libertad de actuación a la Administración, sino por su adecuación al interés general. A su vez el ejercicio de la potestad consiste en elegir entre varias opciones igualmente justas y válidas, que algunos autores denominan “*indiferentes jurídicos*”; cuya decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos²².

Estas potestades no son enteramente discrecionales, sólo algunos de sus elementos. Cuestión despejada por el TS, en Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/6432). El Tribunal Supremo reconoce como elementos reglados: el hecho de su existencia misma, su ámbito o extensión, la competencia y el fin. Mayor valoración jurisprudencial ha llevado al TS a distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad²³. Así pues, el Tribunal ha dado a entender que la Administración pública puede obrar libremente dentro del margen de apreciación que se le concede; siempre y cuando respete los límites reglados contenidos en el Art 9.3 de la CE.

Además, será válida la actuación dentro de ese margen de apreciación, siempre que la decisión sea “*razonable, razonada*” pues, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, “*la discrecionalidad no ha sido jamás la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo*”²⁴. Y, de obrar correctamente, el particular, tendrá la obligación de soportar las consecuencias derivadas del adecuado ejercicio de la potestad. En sentido contrario, la decisión de la Administración puede “*quedar sometida al control jurisdiccional cuando la elección se haya producido conculcando los intereses públicos para cuya defensa fue concedida tal*

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.503

²³ SSTs de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/987), de 13 de enero de 2000 (RJ 2000/659), 12 de julio de 2001 (RJ 2001/6692), 25 de mayo de 2004 (RJ 2004/5592), entre otras.

²⁴ SSTC de 5 de octubre de 2000 (RJ 2000/235) y de 12 de marzo de 2001 (RJ 2001/2877).

*discrecionalidad*²⁵. De ahí la necesidad que establece el Tribunal Constitucional en STC de 26 marzo de 2001 (RTC 2001\83) de la motivación de sus resoluciones, “*pues sólo así los interesados podrán conocer los motivos o razones que han llevado a la Administración a proceder en un determinado sentido, y consiguientemente en caso de disconformidad de los interesados, sólo así los órganos de esta jurisdicción podrán revisar si la Administración ha actuado con sometimiento a la legalidad*”.

2.- LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1 CONCEPTO Y CONTENIDO

Dentro de las potestades de la Administración y en relación a la discrecionalidad, el Ordenamiento Jurídico recurre a los llamados conceptos jurídicos, que pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros, establecen de forma “*precisa e inequívoca*” la apreciación a tener en cuenta por el aplicador de la norma, cuya labor consistirá en comprobar que el supuesto de hecho constatado en la norma es el mismo que el producido en la realidad y, por tanto, resulta merecedor de la consecuencia jurídica establecida, sin dejar margen discrecional a la Administración²⁶.

Se define el concepto jurídico indeterminado como el “*utilizado por las normas del que no puede deducirse con absoluta seguridad lo que aquellas han pretendido exactamente, siendo difícil alcanzar una solución exacta. De esta dificultad surgió la doctrina del «margen de apreciación», que deja cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para que al concretar un concepto normativo puedan seguirse diversas opciones*”²⁷. Estos conceptos, según BACIGALUPO, son también un supuesto de atenuación de la vinculación normativa de la Administración²⁸. Y, se justifica por la dificultad existente para cuantificar o determinar aquellos supuestos de hecho que no admiten una determinación rigurosa en la propia ley, sino que han de ser determinados en el momento de su aplicación²⁹.

²⁵ STS de 18 de mayo de 1982 (RJ 1982/3967).

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.502

²⁷ *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. [en línea] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020]

²⁸ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 95.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.502

Los autores han elaborado la doctrina del “*margen de apreciación*”³⁰. En ella se delimitan tres zonas: la primera denominada “*zona de certeza o núcleo fijo*”, configurada por datos previos y seguros –en la que el caso se subsume en el concepto³¹; la segunda sería la “*zona de certeza negativa*”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto y, en tercer lugar, la “*zona de incertidumbre o halo del concepto*”, que sería la zona mas o menos imprecisa en la que se reconoce a la Administración un “*margen de apreciación*” en orden de delimitar la existencia o no de las circunstancias necesarias para subsumir el supuesto de hecho en la “*zona de incertidumbre*” del concepto jurídico indeterminado.

Sin embargo, este “*margen de apreciación*” no otorga a la Administración una potestad discrecional. Así lo han explicado GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ³². Pues, los conceptos jurídicos indeterminados únicamente admiten una solución que han venido a llamar como “*unidad de solución justa*”, a la que se llega mediante un proceso “*cognoscitivo e interpretativo de la Ley*”³³. Asimismo, manifiestan que se trata de un proceso reglado “*que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional*”. Por lo que, en este ámbito, no hay discrecionalidad, sino que, según el Profesor MUÑOZ MACHADO, lo que tiene lugar es un “*problema de interpretación de la ley*”³⁴.

Sobre este tema, BACIGALUPO realiza una distinción entre la doctrina alemana y la española³⁵. La alemana considera que el margen de apreciación no es otorgado a la Administración en todos los conceptos, sino sólo en algunos de ellos, como en los casos

³⁰ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 96, MUÑOZ MACHADO. op. cit. Pág. 243. GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág. 502 y SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. op. cit. Pág. 190.

³¹ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 96.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.502

³³ PAREJO ALFONSO. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 Pág. 281. y GALLEGO ANABITARTE, A. *Derecho general de la organización*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos 1971, Pág. 259.

³⁴ MUÑOZ MACHADO, S. op. cit. Pág. 244.

³⁵ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 97.

en los que se da la llamada “*discrecionalidad técnica*”. En cambio, en la doctrina española, se considera que todos los conceptos jurídicos indeterminados habilitan ese margen de apreciación a la Administración. Pero asimismo se pregunta: ¿es igual ese margen de apreciación a un margen discrecional? En respuesta, se explica cómo la tesis mayoritaria alega que el margen de apreciación concedido a la Administración dentro de la zona de incertidumbre no modifica su naturaleza de potestad reglada, y, en consecuencia, el margen de apreciación no es sinónimo de discrecionalidad administrativa.

No obstante, el autor citado, considera totalmente imposible que ese margen de apreciación sea un juicio meramente cognoscitivo cuando el concepto indeterminado no ofrece parámetros para determinar la decisión que da lugar a su aplicación; sino que, al contrario, se trata de un juicio volitivo de la misma naturaleza que el realizado en el ámbito de las potestades discrecionales. En este sentido considera: “*el juicio sobre la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho normativo no suele ser un juicio seguro sino, en la mayoría de los casos, un juicio dudoso y, por tanto, opinable*”, es decir, si bien una única solución es la posible, esto no significa que el juicio para su determinación no pueda dar lugar a dudas³⁶. En palabras del Profesor ARA PINILLA “*cuando nos encontramos frente a uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, debemos efectuar un esfuerzo adicional al normalmente exigible, [...], con vistas [...] a hacer que el concepto en cuestión resulte convenientemente determinado*”, alegando que si se pretende eliminar la discrecionalidad de estos conceptos, el legislador debe reducir esa indeterminación en el lenguaje semántico, pues cuanto mayor es la indeterminación mayor la dificultad para encontrar la solución “*adecuada e indiscutible*” del supuesto en cuestión.

Retornando a las anteriores doctrinas y, a propósito de la “*discrecionalidad técnica*” a la que se hacía referencia anteriormente, BACIGALUPO se refiere a que en aplicación de la doctrina alemana no todos los conceptos jurídicos indeterminados tienen un margen de apreciación, solo algunos de ellos como los que se dan en los supuestos de discrecionalidad técnica, que son aquellos cuya zona de incertidumbre

³⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 96.

precisa el juicio valorativo de conocimientos técnicos, especializados o científicos que no podría contener la norma por abandonar el campo jurídico. Sin embargo, este concepto de discrecionalidad es tratado por algunos autores como MUÑOZ MACHADO o SÁNCHEZ MORÓN dentro de las potestades discrecionales³⁷.

2.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

La jurisprudencia sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados presenta diversos criterios. En lo que sí parece haber unanimidad es en la doctrina del margen de apreciación. Así en STS de 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4874), STS de 19 de julio de 2000 (RJ 2000/7428) o STS de 4 de mayo de 2010 (RJ 2010/3577) entre otras, el Tribunal describe cómo la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se compone, por una parte, de las “*zonas de certeza positiva y negativa*” y posteriormente distingue otra, la zona de incertidumbre o “*halo del concepto*” del que hablábamos anteriormente, en la que se reconoce a la Administración un cierto margen de apreciación. Considera, además, que esta técnica “*es admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica*”.

En otra de sus sentencias, realiza una distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales para evitar caer en el error de confundir ambos términos. Esta es la STS de 5 de junio de 1995 (RJ 1995/4937), donde expresa que las potestades discrecionales disponen de una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, al contrario que los conceptos jurídicos indeterminados “*cuyos límites no se dejan bien precisados en su enunciado pero los que intenta delimitar un supuesto concreto, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas*” que son en consecuencia, diferentes a la discrecionalidad administrativa.

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S. op. cit Pág 316 y SANCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed. Madrid: Tecnos 2010, Pág 94

Lo concreta posteriormente en STS de 25 de octubre de 2006 (RJ 2007/764) en la que establece que los mismos “*admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados*”, considerando en último término, los conceptos jurídicos indeterminados con un carácter mas cercano a la potestad reglada que hacia una discrecional, por cuanto la misión de la Administración es aplicar la única solución justa que admite el concepto en el caso concreto.

Sin embargo, en doctrina del Tribunal Constitucional sustentada en la STC 29/1982 de 31 mayo manifiesta, en alusión a una cita de la doctrina alemana, que “*doctrinalmente margen de apreciación y única solución justa no son compatibles*”. Además, en STC 163/2002 de 16 de septiembre se valora que los conceptos jurídicos indeterminados “*por su propio carácter, determinan una actividad discrecional de la Administración*” dejando “*un margen de discrecionalidad incompatible con la seguridad jurídica*”³⁸

Lo que se acredita es que por medio de esta figura la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, aunque otorga a la Administración un “*margen de apreciación*” dentro del “*halo del concepto*” cuya discrecionalidad es cuestionada.

3.- LÍMITES Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Una vez estudiada la discrecionalidad y sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico administrativo se estudiará los límites y métodos de control, con la finalidad de evitar el uso de la arbitrariedad en lugar de la discrecionalidad, cuya existencia se hace necesaria para evitar la rigidez del sistema normativo. En este sentido, “*la existencia de potestades discrecionales constituye por si misma un desafío a las exigencias de la justicia.*”³⁹

³⁸ SSTC de 3 de noviembre de 2016 (Rec. Núm. 229/2016) y de 15 de diciembre de 2016 (Rec. Núm. 7466/2015)

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág. 500

3.1 LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La discrecionalidad se compone tanto de los elementos de que forma parte ésta en sentido estricto, como los límites que han de respetarse en su ejercicio. Por ende, esos límites a obedecer se manifiestan, en particular, en la norma habilitante que configura la discrecionalidad, y de forma general en los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico.

El artículo 9.3 de la Constitución Española contiene una serie de principios generales, que por sus características son expresión de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho y que además constituye un límite de la potestad reglamentaria: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*⁴⁰. El principio de legalidad ya ha sido abordado, con lo que procede acudir al de *“interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. Todo ello sin perjuicio de la relación habida entre éste y el de legalidad.

Este principio no sólo vincula a todos los poderes públicos que deben de condicionar su actuación sin importar su ámbito funcional, material o territorial. Y se traduce en que, en el ejercicio de sus competencias, no pueden adoptar decisiones incongruentes, desproporcionadas que resulten *“manifiestamente injustos”* o de *“iniquidad manifiesta”*, y, en relación con este tema, pueden ser en uso de una potestad discrecional⁴¹. De ahí que se configure como un límite general. Como resultado la Constitución, a través de este principio, consolida la posibilidad de control jurisdiccional a las actuaciones de los poderes públicos que no se ajusten a lo anterior.

⁴⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit. Págs. 46-91.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Interdicción de la Arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, 1959 nº30, Pág. 164.

3.2 TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

El control de la actividad administrativa va estrechamente relacionado con la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico. De tal suerte que aquellas actividades realizadas bajo el amparo de las potestades regladas (máxima vinculación al ordenamiento jurídico) exigen un *Control de máxima intensidad*⁴². Del mismo modo, en aquellas circunstancias en las que la potestad no puede ser reglada -al menos, no en su totalidad-, se da la circunstancia de la “*atenuación de la vinculación de la Administración*” al ordenamiento jurídico a través de las estudiadas potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, de manera que, cuanto mayor es el margen de apreciación, debe ser, por consiguiente, menos intenso el control jurisdiccional⁴³.

En este sentido, BACIGALUPO⁴⁴ manifiesta que el control jurisdiccional puede ser, positivo o negativo en función del control de según que potestades. El control positivo se reserva a las potestades regladas y tiene por objeto el control de la efectiva adopción de la única solución permitida; de manera que, de no corresponderse la adoptada con la permitida, podrá el juez anularla o acordar la solución que estime ajustada a derecho. En el caso de las potestades discrecionales el control va encaminado a verificar si la Administración, ha obrado en observancia de los principios que rigen el ordenamiento jurídico, sin entrar a valorar la decisión tomada, ya que al existir un margen de apreciación para adoptar la consecuencia jurídica, se pueden desprender de éste varias soluciones igualmente válidas y lícitas de manera que, de no existir ningún vicio jurídico, la solución debe ser respetada ya que al contrario, según MARTÍN RETORTILLO y SANTAMARÍA PASTOR se correría el riesgo de sustituir la discrecionalidad de la Administración por el juicio del juzgador⁴⁵.

⁴² BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 84

⁴³ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 84.

⁴⁴ *Ídem*. Pág. 82.

⁴⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*, nº100-102, 1983. págs. 1083-1099 y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit. Págs. 297 – 298, y

Por eso, dada la tesitura de que la Administración obrase de manera arbitraria o discriminatoria, el juez únicamente podría anular la decisión, pero no podría adoptar otra en su lugar⁴⁶ pues como hemos dicho, esta potestad es exclusiva de la Administración y en tal sentido, se pronuncia la Ley 29/1998⁴⁷ en su artículo 71.2 “*Los órganos jurisdiccionales [...] ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*” Estamos, por tanto, ante un control negativo. Finalmente, se procederá al análisis del control en sentido estricto de la discrecionalidad. Son varios los autores que coinciden en las siguientes técnicas a desarrollar⁴⁸: El control de los hechos determinantes, el control de los elementos reglados y el control de los principios generales del derecho.

A) El Control de los Hechos Determinantes

El control de los hechos determinantes es el primer control al que está sometida la actuación de las Administraciones. La Administración podrá actuar en uso de su potestad para subsumir los hechos fácticos en el precepto que se pretende aplicar, pero nunca podrá cambiar los hechos tal y como han sucedido en el mundo sensible. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el control de los hechos determinantes en la STS de 21 septiembre 1993 (RJ 1993\6623): “*control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad*” y “*los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración*”.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R.FERNÁNDEZ respaldan el control de los hechos determinantes con ocasión de la práctica de la prueba citando el artículo 60.3 de la actual LJCA por el que se admite la prueba en aquellos hechos en los que exista disconformidad y sean de trascendencia para la resolución del pleito⁴⁹; incluso después de terminada la fase probatoria, pudiendo incluso acordarse de oficio,

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 530.

⁴⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998. (En adelante LJCA).

⁴⁸ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Págs. 92 – 95; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit. Pág. 297; G^a DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T.R. op. cit. Págs. 508 – 522.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág. 518

extrayendo los hechos determinantes de cualquier tipo de discrecionalidad quedando su veracidad condicionada a lo deducido por la práctica de la prueba en el procedimiento.

B) El Control de los Elementos Reglados. La Desviación de Poder

El siguiente control por analizar es el de los elementos reglados. Toda potestad discrecional se compone de elementos reglados y, es en este apartado en el que el control jurisdiccional alcanza una mayor actividad pues una gran parte de este control por los jueces se realiza en este ámbito⁵⁰. SANTAMARÍA PASTOR afirma que un acto de contenido discrecional puede ser anulado si se dicta sin existir amparo en una potestad, o, por un órgano no habilitado expresamente para su ejercicio, o se dicta para supuestos de hecho no comprendidos en el poder habilitante, o por último, si se adoptan medidas no integradas en su contenido material⁵¹. También, en aquellos casos en que se infrinjan las reglas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos que inspiraron a su creación por la norma, esto último es lo que se conoce como desviación de poder.

La desviación de poder se define en el Art 70.2 de la LJCA: *“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*. Cuestión aparte es la dificultad que supone apreciar que el acto que ha tenido lugar ha sido adoptado en búsqueda de otra finalidad y no la requerida. Así se pronuncia la SAN de 18 noviembre 2010 (Rec. núm. 358/2007) *“Aunque la desviación de poder es de difícil apreciación directa, no es precisa la prueba plena, sino que basta el razonamiento sobre la concurrencia de indicios”*. En esta misma línea se pronuncian ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁵², *“para que pueda declararse la existencia de esa desviación es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal a la vista de los hechos concretos que en cada caso resulten probados”*.

⁵⁰ *Ídem* Págs. 512 - 518

⁵¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit. Pág. 297

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág. 509

C) El Control a través de los Principios Generales del Derecho.

El último de los controles jurisdiccionales al que se somete la discrecionalidad de la Administración es aquel dirigido a la comprobación de la efectiva observancia de los principios generales del derecho. Y es este control quizá, el único examen que recae sobre la propia discrecionalidad⁵³ -pues como se ha visto anteriormente, los demás métodos de control no valoran la actuación discrecional en sí misma considerada-.

Por consiguiente, la potestad de la administración permite a la misma, esa libertad de elección que, aunque no regulada por la norma, sí que continúa sometida al principio de legalidad y, por ende, a los principios generales del derecho “*informadores del ordenamiento jurídico*”⁵⁴. Este control supone encontrar por parte de la autoridad judicial una explicación objetiva de la decisión tomada en la que se infrinja un principio general -control negativo-, y no en sustituir el criterio de la administración por el propio del juez, que no es, en definitiva, el titular de la potestad discrecional⁵⁵. En síntesis, los principios generales mas destacados por los autores⁵⁶, son los ya desarrollados anteriormente: el principio de interdicción de la arbitrariedad (art 9.3 CE), principio de igualdad (art 14 CE), principio de seguridad jurídica (art 9.3) y principio de proporcionalidad.

3.3 EN ESPECIAL EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para finalizar esta primera parte, se desarrollará el control al que se someten los Conceptos Jurídicos Indeterminados desarrollados anteriormente. Es cierto que, durante mucho tiempo, la doctrina mayoritaria sostenía la opinión de que cuando la Ley utilizaba esta figura jurídica, la valoración realizada por la Administración a la hora de

⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit. Pág. 297

⁵⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889. Art 1.4 (En adelante CC)

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág. 520

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R 2017. *Idem.* y BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 94

verificar su efectiva concurrencia no podía ser revisada ni sustituida por los tribunales y mucho menos por los particulares⁵⁷.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha desarrollado la doctrina del “*margen de apreciación*”, dentro de las cuales se ha realizado un estudio de su libro “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”⁵⁸. En él expone como una vez la Administración ha realizado la apreciación de un Concepto Jurídico Indeterminado y posteriormente ha dictado un acto administrativo apreciando su concurrencia, la administración goza de una presunción privilegiada de que efectivamente ha obrado dentro de los límites de la legalidad en la búsqueda de la “*unidad de solución de justa*”, presunción que también ha recogido el Prof. MUÑOZ MACHADO⁵⁹. Por lo que la tarea del juez es comprobar la aplicación de la ley enunciativa, sin entrar en el ámbito político que les corresponde a los sujetos de la Administración como titulares de la potestad.

En esta corriente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8203) cuando dice: “*la anulación acordada por los Tribunales no tenga por objeto el margen de apreciación que corresponde a la Administración en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados*”. No obstante, en la misma obra, se realiza una distinción entre los conceptos de experiencia y los conceptos de valor. Los primeros son comprobados únicamente mediante la apreciación de los hechos, limitando la capacidad de inspección del juez. En los segundos, el juzgador realiza el control sobre juicios de valor (técnicos, políticos etc.) utilizados por la Administración al llenar de contenido los conceptos, presumiéndose, como acabamos de decir, en un primer momento dentro de los límites de la legalidad, lo cual genera una cierta dificultad para el órgano control analizarlos, pero sin embargo, si finalmente se demuestra el error o la arbitrariedad, podrán ser perfectamente anulados por el éste, y en consecuencia, el “*margen de apreciación*” de los Conceptos Indeterminados deviene susceptible de control. Control que según BACIGALUPO no es de máxima intensidad o

⁵⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit. Pág. 296.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA. E. op. cit. Págs. 148 y ss.

⁵⁹ MUÑOZ MACHADO, S. op.cit. Pág. 248.

positivo, sino que se trata finalmente de un control negativo o de intensidad limitada, pues únicamente podrá operar únicamente sobre tal “*margen de apreciación*”⁶⁰.

En definitiva, el margen de apreciación siempre será controlable por los órganos jurisdiccionales por muy amplio que sea, y en el caso de que la Administración osara obrar de manera arbitraria, equivaldría tal comportamiento a inaplicar manifiestamente la Ley que ha creado tales conceptos indeterminados⁶¹. Es por ello, que se le otorga a la administración “*un cierto margen de confianza a la apreciación administrativa por su presunta imparcialidad, conocimiento directo de los hechos y competencia técnica*”⁶²

4. - EL DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR. LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Las Fuerzas Armadas Españolas parten de la regulación efectuada en la Constitución Española de 1978. La labor que desarrollarían se incluyó en el Artículo 8 del Título Preliminar por el que “*Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*” del que el Tribunal Constitucional en STC 107/1986 de 24 de julio, interpreta: “*La constitución, en su artículo 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la institución*”.

Es este artículo se proclama el objetivo constitucional por el que deben velar los dos Ejércitos y la Armada y, además, se encomienda a las Cortes Generales en el apartado segundo, el deber de desarrollar ese artículo mediante la promulgación de una Ley Orgánica en la que se desarrollen las bases de la organización militar. De este mandato fueron promulgadas las siguientes: la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la defensa nacional (derogada por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional), Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del

⁶⁰ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág.97.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² SANTAMARÍA PASTOR, J.A. op. cit. Pág. 296.

Servicio Militar (también derogada por la LO 5/2005, de 17 de noviembre), la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar, la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal militar modificada por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre; y la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas modificada posteriormente por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, con el mismo nombre.

El anterior, es el marco constitucional que sirve de base a las FAS como órgano integrado en la estructura Estatal. Pero, además, en la misma Constitución figuran una serie de artículos en los que se desarrollan particularidades en relación con la institución y se limitan ciertos derechos a los componentes de esta. Entre ellos, la pena de muerte para tiempos de guerra (Art 15, aunque si bien, fue mas adelante derogada por Ley Orgánica 11/1995⁶³) el derecho a sindicarse libremente (Art 28) y el derecho a la petición que queda limitado únicamente a la petición individual, excluyendo la colectiva (Art 29).

A pesar de ello, el TC en STC de 23 de junio de 1988 (RTC 1988/123), afirma que “*Las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen su carácter de Administración Pública*”. Sin embargo, en su denominación como Administración pública podríamos hablar de Administración especial, según el Profesor ALLI TURRILLAS⁶⁴, porque, por un lado, sus miembros no dejan de ser funcionarios públicos, y por otro, además de esa relación laboral existen unas ciertas peculiaridades de carácter vocacional que pueden llegar incluso a la entrega la vida si fuera necesario, exigiendo regulaciones que escapan del ámbito de la Administración civil.

4.1 LA ADMINISTRACIÓN MILITAR COMO ADMINISTRACIÓN ESPECIAL. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INSTITUCIÓN MILITAR.

La Administración militar es otra Administración más del Estado Español. Por tanto, presenta un conjunto de caracteres que la hacen similar a la Administración Civil.

⁶³ Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra.

⁶⁴ ALLI TURRILLAS, J.C. *La Profesión Militar. Análisis Jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*. INAP 2000. Pág. 46.

La primera característica común es que ambas Administraciones están dirigidas por el Gobierno de la Nación⁶⁵. En consecuencia, la Administración militar se encuentra encuadrada dentro de la organización de la Administración Pública, en la Administración General del Estado⁶⁶. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 123/1988 de 23 de junio: *“la Administración civil y la Administración militar integran la unidad superior de la Administración del Estado, esto es, una sola Administración que opera en dos ámbitos diversificados, explicándose de este modo el empleo de los dos términos sin caer en imprecisiones que pudieran inducir equívocamente la naturaleza no administrativa de las FAS. Así, según la doctrina del Tribunal Supremo “dentro de la Administración del Estado no pueden considerarse la civil y la militar como dos compartimentos estancos e incomunicados, sino como dos esferas diversificadas de una misma Administración”*”. Asimismo, sus miembros son funcionarios⁶⁷, su actuación está sometida al Derecho Administrativo⁶⁸ y de igual manera que la Administración civil, la militar sirve también a los intereses generales encontrándose sometida en su actuación a los mismos principios que la administración civil⁶⁹.

En cuanto a las diferencias, la propia CE en su artículo 97⁷⁰ es la que hace distinción entre Administración civil y militar. Como se ha dicho y según el Profesor GUAITA MARTORELL⁷¹, las Administraciones civil y militar tienen como objetivo principal la consecución de los intereses generales y necesidades colectivas, con la diferencia de que la Administración militar, vela, con su sola presencia, por que se produzca su efectiva satisfacción sin preocuparse directamente por aquellos objetivos; frente a eventuales perturbadores de la paz exterior e interior, aunque si bien, esta última en menor medida dada la presencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

⁶⁵ CE. Art. 97

⁶⁶ Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2020. Art 1 *“El Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado al que le corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de Defensa determinada por el Gobierno y la gestión de la administración militar”*. (En adelante RD 372/2020)

⁶⁷ STC de 7 de julio de 1987 (RTC 1987/116)

⁶⁸ ALLI TURRILLAS, J.C. op. cit. pág. 46.

⁶⁹ CE. Art 103.1

⁷⁰ CE. Art 97 *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”*.

⁷¹ GUAITA MARTORELL A. *La Administración Militar*. Revista de administración pública, Nº 7, 1952. págs. 105-128

Estado que desarrollan esta función específicamente, pero sin llegar a excluir la totalidad de la competencia a las FAS que actuarán como última ratio ante eventuales amenazas internas. Por tanto, la Administración Militar es aquel sector constituido subjetivamente por hombres armados, actos de imperio y actos de fuerza encargados de proporcionar la seguridad y defensa exterior e interior del Estado; y de manera objetiva es el conjunto de órganos cuya razón de ser es la de proporcionar esa defensa al conjunto del Estado⁷².

A colación de lo anterior, la Administración militar se trata de una Administración “especial” diferente de la civil. En explicación de esta especialidad, el Profesor BARCELONA LLOP considera que “*Las Fuerzas Armadas no son sólo Administración Pública, sino algo más*” y, en consecuencia, la Administración militar modula los principios constitucionales recogidos en el Art 103.1 de la CE⁷³. Principios como el de jerarquía se ven elevados a su máxima expresión y sin embargo otros como la descentralización y desconcentración no resultan de recibo en el ámbito castrense. GUAITA⁷⁴ por su parte, destaca la cierta rigidez en su estructura jerárquica debido a su propia naturaleza y a la necesaria exigencia del principio de disciplina. También, subraya la especial “*discrecionalidad*” de sus potestades, donde permanece más acentuada que en la civil y continúa teniendo un gran campo de aplicación. Y, asimismo, menciona como la Administración militar actúa siempre al máximo y sin interrupción alguna para alcanzar sus objetivos.

ALLI TURRILLAS, evidencia este carácter especial como consecuencia del concepto de garante de la “*defensa nacional*” que se le atribuye a la administración militar y le otorga un carácter superior al simplemente administrativo, mas si cabe, en supuestos de declaración de guerra⁷⁵. Otras características que la califican de “*especial*” sobre el resto de las administraciones del Estado son sus componentes personal, real y económico⁷⁶; que se traducen, en su factor personal, en los miembros que configuran su

⁷² GUAITA MARTORELL A. *La Administración Militar*. op. cit. Pág. 107

⁷³ BARCELONA LLOP. J. La organización militar, apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal., *Revista de Administración Pública*, núm. 110. Págs. 55 - 106

⁷⁴ GUAITA MARTORELL A. *Derecho Administrativo Especial*, tomo I. 3ª Ed, págs 79 y ss.

⁷⁵ ALLI TURRILLAS, J.C. *La Profesión Militar. Análisis Jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*. INAP 2000. Pág. 48.

⁷⁶ GUAITA MARTORELL A. *La Administración Militar*. op. cit. Págs. 105-128

carácter humano y cuya sujeción a la administración es notablemente singular en comparación al resto de funcionarios; en su factor real, en que está formada por armas y sistemas de armas, cuarteles, vehículos, buques, maquinarias etc.; y por último, en el elemento económico que se materializa a través del contenido presupuestario anual.

Todos ellos son motivos suficientes para calificar a la administración militar como superior a cualquier administración civil, en cuanto a composición y fuerza se trata. Sin embargo, el sistema normativo español comenzando por la Carta Magna, ha asignado ese carácter primario a la administración civil, limitando cualquier superioridad de la institución militar. Y esto es observable en primer lugar, en el “*papel decorativo*”⁷⁷ que ostenta el Rey en cumplimiento del artículo 62. h) de la CE, por el que le corresponde el mando supremo de las Fuerzas Armadas, y que tuvo su origen con el actual formato en la Constitución Española de 1876⁷⁸, pues anterior a esta, la persona del Rey únicamente poseía facultades de disposición⁷⁹.

De manera que, aunque en la actualidad realmente ostenta el empleo de Capitán General de los ejércitos, convirtiéndolo en un cuadro de mando más de las FAS al que le corresponde la obediencia debida en cuanto al cumplimiento de órdenes y en virtud del cuál, el anterior Jefe de Estado pudo desarrollar un rol trascendental durante los actos del 23F que podrían llevar a la confusión sobre los límites de su competencia, éste no goza de poderes de dirección ni decisión alguna en la institución, que corresponden al gobierno como indica el ya señalado artículo 97.

Incluso, en los hipotéticos casos de declaración de guerra y paz, a pesar de que estos trámites también corresponden al Rey, las Cortes Generales son quienes deben proporcionar la autorización para tales actos⁸⁰, al contrario de lo que sucedía en épocas

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Prólogo. En LÓPEZ RAMÓN, F. *La caracterización jurídica de las FAS* CEC, Madrid, 1987

⁷⁸ Constitución de la Monarquía Española decretada y sancionada de acuerdo con las Cortes del Reino. Gaceta de Madrid núm. 184, 1876.

⁷⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, J. El Mando Irreal en el Ejército. *El País*. [en línea] [Consultado el 5 de agosto de 2020] Disponible en Internet: https://elpais.com/elpais/2015/06/04/opinion/1433431195_464763.html

⁸⁰ CE. Artículo 63.3. “*Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz*”.

preconstitucionales⁸¹. En segundo lugar, la primacía de la administración civil se manifiesta en la presidencia de la cartera de Defensa cuyo ministro es nombrado por el Rey a propuesta del presidente del Gobierno en aplicación del artículo 100 de la CE. Ello se traduce en que la administración militar es dirigida, por un órgano unipersonal de naturaleza civil. Es por ello que GUAITA considera que el poder administrativo auténtico es el poder civil, cuya administración *“ha puesto siempre empeño en que apareciera clara y fuera efectiva su supremacía sobre la Administración militar”*⁸².

En tercer lugar, GUAITA⁸³ destaca la segregación de la política y de la organización electoral de sus miembros, reconociéndoles únicamente el derecho de sufragio activo, pero limitándoles los derechos ya nombrados en el epígrafe 4. De tal suerte que cualquier militar que pretendiese el ejercicio de cualquiera de estos derechos, deberá tener en suspenso su condición de militar, como han hecho aquellos que hoy ostentan cargos públicos en el Congreso o son miembros de diferentes partidos políticos.

En definitiva, de las anteriores fundamentaciones, se desprende como la administración militar queda a todos los efectos subordinada a la administración civil haciendo antagónica la carrera militar con la profesión civil⁸⁴. Pero, tales limitaciones, dice GUAITA⁸⁵, ocasionan en cierto modo un aislamiento de la administración militar. Obsérvese por ejemplo en los Centros de Enseñanza de la Defensa, independientes del Sistema de Educación Nacional o en las bases aéreas o infraestructuras ajenas al Ministerio de Obras Públicas, incluso hasta disponen de su propia jurisdicción y tribunales. Pero ¿qué consecuencias puede ocasionar este aislamiento? En respuesta, citamos la STC 60/1991, de 14 de marzo que dicta: *“no es aceptable una visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho militar como un ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa”*.

⁸¹ En referencia al *Último parte de la guerra civil española, firmado por el general Francisco Franco el 1 de abril de 1939 en un folio con el membrete del “Cuartel General del Generalísimo. Estado Mayor”*

⁸² GUAITA MARTORELL. A. *La Administración Militar*. op. cit. Págs. 109-110.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

4.2.- LOS CARACTERES DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR.

La Administración militar se compone de un conjunto de caracteres que, aunque también se presentan en el resto de las administraciones públicas, tienen un alcance diferente en los órganos castrenses por la intensidad en que se manifiestan.

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y las específicas de los ejércitos y la Armada, “*conforman un código deontológico, compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español*”⁸⁶ de las cuales, se pueden deducir los diferentes principios inspiradores de la institución militar. Las ROFAS señalan expresamente en la Exposición de Motivos como características indispensables en las Fuerzas Armadas, la “*disciplina, jerarquía y unidad*”. Por su parte la Sala Quinta del TS en la Sentencia 156/2016 de 14 diciembre, reconoce tales características cuando dice “*Entre las singularidades de las mismas [las FAS] figura su carácter jerárquico, disciplinado y unido*”.

A) La Jerarquía

La jerarquía como concepto general consiste en la ordenación de *personas, cosas o dignidades*⁸⁷ por medio de grados, de manera que queden subordinados unos a otros en función de diversos criterios de clasificación. Este concepto tiene especial relevancia en el ordenamiento jurídico administrativo, en el que se manifiesta en forma de principio vinculante para las administraciones, pues “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de [...] jerarquía*” (Art 103.1 CE). Este a su vez, se proyecta sobre dos ámbitos, el normativo -referido a la organización jerárquica de las normas cuya cúspide preside la CE- y el organizativo -referido a la organización interna de cada administración-. En relación, NIETO⁸⁸, manifiesta, por un lado, que “*la jerarquía no sólo es un fenómeno jurídico sino también, y fundamentalmente organizacional*”, reconociendo la existencia

⁸⁶ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009. Pág. 2. (En adelante ROFAS)

⁸⁷ *Diccionario de la Lengua Española*. [en línea] [Consulta: 5 de agosto de 2020] Disponible en línea: <https://dle.rae.es/jerarqu%C3%ADa>

⁸⁸ NIETO, A. La Jerarquía Administrativa.” *Documentación administrativa*, 1992, nº 229, Págs.11-64

de ambos planos, y por otro, en cuanto al organizativo, *“La jerarquía es un principio de organización o, si se quiere, una forma determinada de establecer relaciones organizativas. Fenomenológicamente, una organización jerarquizada es aquella en la que sus distintos elementos se estructuran en grados o escalones de tal manera que los inferiores o subordinados están sometidos a las órdenes, fiscalización y disciplina de los superiores”*.

Por consiguiente, este principio resulta de aplicación a las FAS como otra administración más del entramado estatal. Y, asimismo, se manifiesta en ambos planos. El plano normativo, por cuanto a que su administración está sometida al ordenamiento jurídico español y le es de aplicación el artículo 9.3 de la CE 1978 en el que se garantiza el principio de jerarquía normativa. Y el plano organizativo, que en este caso despliega con mayor intensidad dada la especialidad que configura a la administración militar, tanto por su ámbito competencial, dirigido exclusivamente al personal militar, como por sus características y el fin al que va dirigida⁸⁹, que es en esencia el establecido en el Artículo 8 de la CE. Esta intensidad se exterioriza en el artículo 10 de las ROFAS cuando dice, *“El militar desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad”*.

MUÑOZ ALONSO⁹⁰ divide la estructura orgánica en dos clases de organizaciones. Primero, la organización administrativa compuesta por el ministerio, los ejércitos, los cuarteles generales, la fuerza, el apoyo a la fuerza etc. Y, en segundo lugar, la cadena de mando militar, en la que se integran cada uno de los componentes de la institución. ALLI TURRILLAS⁹¹, realiza una similar clasificación. De tal manera que, la estructura horizontal es aquella integrada por Ejércitos, Cuerpos, Armas etc.; y la estructura vertical, que es la que viene siendo la cadena de mando o estructura orgánica. A diferencia del primero ALLI TURRILLAS considera que ambas estructuras están interrelacionadas entre sí. Pero, sin embargo, la estructura horizontal puede ser variable,

⁸⁹ ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Págs. 51-69

⁹⁰ MUÑOZ ALONSO, J.M. *Derecho Administrativo Militar, Tomo I*. Madrid: Montecorvo, 1989

⁹¹ ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Pág. 58.

“*mudable*” e incluso “*anulable*”, mientras que la vertical, aunque pueda ser acertada permanece invariable. En lo que ambos autores sí coinciden, es en la radicalidad de la jerarquía militar. Debido a que así lo exige la eficacia del sistema militar. No cabría un ejército en el que las decisiones se sometieran a consenso, y menos aún en tiempos de guerra.

Centrándonos en la estructura orgánica, BLANCO DE TELLA⁹² destaca dos principios de la organización jerárquica: La “*amplitud del control*”, cuyo objeto es la búsqueda del número óptimo de subordinados que debe tener cada mando, y luego, íntimamente relacionada, la longitud de la escala jerárquica que trata la cantidad de empleos que la componen.

Por su parte FAYOL⁹³ añade el “*principio de la unidad de mando*”, a través del que manifiesta el perjuicio que ocasionaría la dualidad del mismo, tanto en el subordinado, como en la eficacia del sistema, y por el que existe el llamado “*conducto reglamentario*”, que es el cauce por el que los militares se relacionan con sus superiores y subordinados para asuntos del servicio⁹⁴. En consecuencia, el orden jerárquico militar está compuesto por un conjunto de empleos militares que determinan la posición y el deber de obediencia y subordinación con el resto de los componentes de la estructura, y además esta “*relación jerárquica castrense es permanente, se proyecta fuera del servicio y [...] se mantiene con independencia de cualquier condicionamiento*”⁹⁵. Esa posición, lleva aparejada una serie de potestades analizadas por diferentes autores y que ALLI TURRILLAS sintetiza en cuatro: la potestad de mando, los poderes administrativos de supervisión general, los poderes de control general y el poder disciplinario.

Finalmente, destacar que la jerarquía militar también difiere de la civil en que esta última, se desprende del puesto en concreto que ocupa cada funcionario en cada momento determinado, y la militar se caracteriza por ir asociada al empleo que sitúa al militar en la cadena jerárquica, posibilitando el ocupar un puesto determinado y exigir una obediencia menos orgánica y más escalafonal a diferencia de la administración

⁹² BLANCO DE TELLA, L. *Organización y Dirección*. Alcalá de Henares: ENAP, 1967. Pág. 60.

⁹³ FAYOL H. Citado por ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Pág. 62.

⁹⁴ ROFAS. Art 28.

⁹⁵ STS (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 35/2019)

común. Aunque, no obstante, también por razón de su destino o servicio puede disponer de una potestad orgánica o *genérica potestad para mandar*⁹⁶, piénsese, por ejemplo, en el supuesto del militar que ocupa un puesto de centinela durante una guardia de seguridad, cuya posición, le permite dar órdenes a otros militares aún de empleos superiores al suyo.

B) La Disciplina.

Los diversos autores consultados coinciden en la dificultad de definición del concepto de disciplina en el ámbito que nos ocupa. Por ello, una vez más, se acudirá a la definición proporcionada por las ROFAS en su artículo 8: *“La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas”*.

En análisis del artículo anterior, la potestad de mando es el primer atributo que se relaciona con la disciplina. Como se ha explicado anteriormente, la potestad de mando es uno de los atributos de la jerarquía, por lo que, ambos conceptos se relacionan profundamente. Para poder ejercer esa potestad el titular debe estar en una posición jerárquica en la cadena de mando que legitime esa actuación. ALLI TURRILLAS⁹⁷ considera que la mayoría de los deberes militares a los que se refiere la disciplina hacen referencia a las diferentes facetas de la relación jerárquica (mando, obediencia, conducto reglamentario, saludos, cortesía etc.) de tal manera que no podría existir la disciplina sin la jerarquía. GARCIA OVIEDO⁹⁸, en este sentido, comenta que el poder de mando no tendría razón de ser si no existiera una garantía de que esa orden va a ser cumplida, es decir, sin que exista esa seguridad de subordinación. De esta importancia se ha hecho eco el Tribunal Supremo en la STS 72/2019 de 6 junio (RJ 2019\3493), entre otras, por el que destaca *“la necesidad de mantener la disciplina y el principio de jerarquía que, tratándose de las Fuerzas Armadas, resultan a todas luces imprescindibles, en palabras del Tribunal Constitucional y de esta propia sala”*.

⁹⁶ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Pág. 68

⁹⁷ *Ídem*. Pág. 69

⁹⁸ GARCÍA OVIEDO, C. citado por ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Pág 74.

En cumplimiento de esta necesidad de mantenimiento surge, el poder disciplinario para sancionar el quebrantamiento ante el deber de sumisión de la relación jerárquica. Como consecuencia, el personal militar se encuentra sometido a un régimen disciplinario y penal en los que cierto número de faltas y delitos requieren como supuesto de hecho, el quebrantamiento de la disciplina y de la debida subordinación. Así, por ejemplo, el Artículo 8.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas tipifica como falta grave “*Realizar reiteradamente actos contrarios a la disciplina y subordinación debida a los superiores*”. Y por su parte, la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, reserva su Título II a los “*Delitos contra la disciplina*”.

La siguiente singularidad de la disciplina es su exigencia como norma de actuación. Aparte de su relación con la jerarquía, la disciplina está también relacionada con los diferentes aspectos y valores que inspiran la institución militar. Como ejemplo de guía de actuación, la disciplina incluye: el cuidado personal y material, el orden general, el mantenimiento de la uniformidad, el vestuario, la observancia de las normas de policía etc. Y, por otro lado, como valor o principio, se refiere a la instrucción a la que cada militar es sometido desde su ingreso en la institución con el objeto de que adquiera la disciplina como hábito en su conducta⁹⁹, de manera que quede interiorizada por cada uno de ellos y se pueda lograr ese factor de cohesión pretendido por el artículo inicial.

El tercer y último atributo, consiste en la expresión colectiva de acatamiento de la Constitución. Una institución en la que todos sus miembros actúan acorde con la disciplina da lugar a que sea la propia institución la que se presente como disciplinada. Y, en consecuencia, esa disciplina que lleva al cumplimiento de las órdenes tenga como resultado el acatamiento de la orden suprema proclamada por la Nación Española como es la Constitución¹⁰⁰.

⁹⁹ ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Págs. 71-73

¹⁰⁰ CE. Preámbulo.

C) La Unidad.

La unidad en las FAS se da por añadida una vez alcanzada la jerarquía y la disciplina¹⁰¹. Este concepto conlleva la existencia de armonía entre los miembros de las FAS ya que, deberán comportarse en todo momento “*con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas*”¹⁰².

Pero, además, la unidad se desgrana en varios significados. Uno de ellos es la “*unidad en la acción*”, por la que los componentes de la cadena jerárquica deben actuar en la misma dirección en búsqueda de los objetivos encomendados, pues si ésta se interrumpiera no habría unidad en el pensamiento ni regularidad en la acción¹⁰³. Del anterior, se desprende la “*unidad de mando*”, que ya ha sido desarrollada junto a la jerarquía y por la que a través del conducto reglamentario se evita la dualidad del mando. Y, como último significado de la unidad, la “*unidad de doctrina*”, que no es otra cosa que la visión unitaria de todos los componentes de la defensa de tal manera que todo el conjunto funcione unitaria y sistémicamente y cada miembro valore su esfuerzo de manera objetiva en función del resultado colectivo¹⁰⁴.

5.- LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA LEGISLACIÓN MILITAR.

Realizada una primera aproximación a la administración militar y sus principios configuradores, en el presente epígrafe se procederá al estudio de los Conceptos Jurídicos Indeterminados, ya analizados en la Parte General, en su aplicación en la administración militar. Se realizará un especial análisis sobre el Concepto Jurídico Indeterminado de las “*necesidades del servicio*”, ampliamente utilizado tanto en las administraciones civiles o como militares.

¹⁰¹ ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Págs. 77

¹⁰² ROFAS, Art 10.

¹⁰³ COLMEIRO M. Citado por ALLI TURRILLAS, J. op. cit Pág.76

¹⁰⁴ MOONEY, J. Citado por ALLI TURRILLAS op. cit Pág.77

5.1 CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO CASTRENSE. PARTICULAR REFERENCIA A LAS NECESIDADES DEL SERVICIO.

Recordando la doctrina sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados, su razón de ser se justificaba, en la imposibilidad por parte de la norma de cuantificar todos los supuestos de hecho que pudieran manifestarse en el mundo jurídico, de manera que, en búsqueda de una única solución, se permite un cierto margen de apreciación al aplicador de la norma a través de esta figura jurídica. Sin embargo, al contrario que en las potestades discrecionales donde podían existir una pluralidad de “*alternativas igualmente justas*”¹⁰⁵, en los Conceptos Jurídicos Indeterminados, su indeterminación solo permite una “*unidad de solución justa*”¹⁰⁶, que se traduce en que el concepto solo resultará de aplicación si una vez realizada la comprobación por el órgano, se deduce que el supuesto de hecho se subsume perfectamente en la norma, sin más discrecionalidad que esa.

A su vez todo concepto jurídico indeterminado se compone de un “*núcleo fijo o zona de certeza positiva*” configurada por datos previos y seguros, una “*zona intermedia o de incertidumbre o halo del concepto*” más o menos imperfecto, que sería el “*margen de apreciación*” concedido a la administración; y una “*zona negativa*”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto¹⁰⁷. En consecuencia, la dificultad de precisar la solución justa se produciría en la zona de incertidumbre o halo del concepto¹⁰⁸, donde la administración dentro del margen de apreciación habría de verificar si realmente el supuesto de hecho en particular se subsume en el concepto jurídico indeterminado en cuestión, que en el ámbito castrense al que se circunscribe este estudio, son las “*necesidades del servicio*”.

Este concepto jurídico indeterminado tiene como finalidad la modificación de las condiciones laborales de manera temporal del personal funcionario como consecuencia

¹⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 503

¹⁰⁶ *Ídem*. Pág. 502.

¹⁰⁷ SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. op. cit. Págs. 177-191.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R. op. cit. Pág. 505

de la existencia de circunstancias relacionadas con el servicio que la justifiquen, para evitar la rigidez de la norma jurídica. Jurisprudencialmente la Audiencia Nacional se ha pronunciado en la SAN de 11 de enero de 2002 (JUR 2002\142970) , y más recientemente la SAN 12 de noviembre de 2008, (JUR 2008\366751) en las que ha manifestado que el concepto de “*necesidades del servicio*” es un “*concepto jurídico indeterminado que otorga a la Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica*”.

Este concepto es utilizado por ambas administraciones -la civil y la militar- en aquellos aspectos relativos a la relación de los empleados públicos con la administración, como son: la jornada de trabajo, los horarios, los permisos y las distintas situaciones administrativas del personal. Así, en la administración civil, se recoge en el Estatuto Básico del Empleado Público¹⁰⁹ en los artículos: 49 -relativo a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral-, 73 –sobre desempeño y agrupación de puestos de trabajo-, o el 89 –en supuestos de excedencia voluntaria-.

Y, en el ámbito militar, se recoge en la actual Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. El artículo 22 trata la disponibilidad permanente para el servicio a la que se encuentra sometido el personal militar. Es por ello por lo que establece en el apartado tercero el concepto de las “*necesidades del servicio*” al que se subordina los permisos, vacaciones o licencias, siempre y cuando se adopte de manera totalmente motivada, justificada e individualizada. En relación a lo anterior GUAITA escribió en su obra: “*Las leyes militares se limitan a trazar las líneas generales de la organización militar, del reclutamiento y poco más, pero la actuación diaria de los órganos militares hace*

¹⁰⁹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31 de noviembre de 2015. (En adelante EBEP)

precisa una gran libertad de movimientos y una constante supeditación a las necesidades del servicio”¹¹⁰.

Para trazar esas líneas generales de las que habla GUAITA la anterior Ley Orgánica se desarrolló en la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas; y en la Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio, por la que se regulan la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas. Normativas reglamentarias que serán desarrolladas en el epígrafe siguiente.

5.2 DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS.

La discrecionalidad en las administraciones se justifica en la necesidad de atenuación de la intensidad de vinculación de la administración pública a la ley con el objeto de alcanzar los fines públicos perseguidos, que no podrían ser alcanzados a través de la rigidez de las potestades regladas en las que el grado de sometimiento al principio de legalidad es máximo. Esta atenuación, por ende, se materializaba a través de las Potestades Discrecionales y los Conceptos Jurídicos Indeterminados. Centrándonos en la administración militar, ALLI TURRILLAS¹¹¹ destaca que muchas de las actuaciones que tienen lugar en la administración militar se manifiestan con un carácter eminentemente discrecional por técnico. Este tipo de discrecionalidad en los Conceptos Jurídicos Indeterminados, recordamos, requiere en su “*margen de apreciación*”, un juicio valorativo que por exigir conocimientos técnicos o especializados no podría incluir la norma por cuanto van más allá del saber jurídico. Es en este supuesto en el que el saber técnico debe apreciarlo el órgano competente que alega las necesidades del servicio.

A continuación, se realizará un repaso sobre la evolución en la normativa militar de la discrecionalidad en el concreto ámbito de los permisos, jornadas, horarios,

¹¹⁰ GUAITA MARTORELL, A. *La Administración Militar*. Op. cit. Pág. 124

¹¹¹ ALLI TURRILLAS, J. op. cit. Pág. 46

licencias y situaciones administrativas del personal militar. Nos remitimos en primer lugar, al Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar -ya derogado-. Y se hace remisión a este y no a otro, por ser uno de los que han sido aprobados en la era constitucional refundiendo los anteriores textos relativos a los permisos del personal militar como la Orden 73/1992, de 14 de octubre, por la que se regulan los permisos de los militares de reemplazo; o anterior a esta las Directivas 1/1981, de 2 de abril y 4/1981, de 10 de noviembre, del Ministro de Defensa, sobre concesión de permisos a clases de tropa y marinería. En este reglamento se muestran una serie de artículos en el que se aprecia la discrecionalidad en este sector.

Por ejemplo, el artículo 41.3 el Reglamento manifiesta *“Corresponde a los jefes de unidad la programación de los permisos ordinarios de los militares de reemplazo, de acuerdo con el calendario de actividades previsto”*. Se puede observar aquí, como el órgano disponía de una potestad discrecional para la programación de los permisos de sus subordinados. Por otro lado, el artículo 42.2 dicta *“Con carácter particular, la Autoridad superior que orgánicamente corresponda podrá suspender los permisos ordinarios cuando la actividad continuada de una unidad requiera de todos sus efectivos”*, dejando el concepto de actividad continuada para ser llenado de contenido por la *“Autoridad superior”*. Por último, destacar, el concepto de las necesidades del servicio en los artículos 41.1 y 43, en relación con el disfrute de los permisos ordinarios y extraordinarios que quedarían condicionados a la apreciación o no de tal concepto, pero sin más desarrollo que la mera aparición del concepto en la norma.

Una vez desaparecido el servicio militar¹¹², y, existente la Jurisprudencia¹¹³ de la Audiencia Nacional en relación con el concepto de las necesidades del servicio, se dicta la Orden Ministerial 21/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas -también derogado-, por la que se trata de refundir las diversas ordenes ministeriales, además de incluir todos aquellos aspectos relativos a la completa profesionalización y a la plena incorporación de la mujer a las

¹¹² Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2001. Págs. 8974 a 8975

¹¹³ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 11 enero 2002. (Recurso núm. 77/2001)

Fuerzas Armadas¹¹⁴. Como particularidad, se incluye en algunos de los artículos en los que se condiciona el disfrute de las distintas figuras jurídicas a las necesidades del servicio, la cláusula “*de forma motivada*”, o bien, “*estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán su aplicación*”. En consecuencia, se puede advertir, como en comparación con la anterior normativa, se comienza a imponer límites al concepto jurídico indeterminado.

Posteriormente, en sustitución del anterior reglamento y en desarrollo de la LO 9/2011, se publicó por un lado la Orden DEF/235/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas y por otro lado, la Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio, por la que se regulan la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas. Ambas normativas, recogen en sus artículos 3 y 4 respectivamente, el desarrollo legal del concepto de las necesidades del servicio. Contemplan, por un lado, que el militar estará en disponibilidad permanente para el servicio y que los preceptos jurídicos contenidos en ambas normas estarán subordinados a la existencia de necesidades del servicio. Sin embargo, es en estos reglamentos donde por primera vez se erigen límites a su aplicación. En efecto, el primer reglamento dispone que “*las necesidades del servicio deberán estar sometidas a los criterios de oportunidad, proporcionalidad y excepcionalidad*”. Y, Además, “*se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada por escrito*”. En el segundo reglamento, publicado el año siguiente se añadió “*...y tomando en consideración el derecho a las medidas de conciliación de la vida profesional, personal y familiar y sus criterios de aplicación. [...] su vigencia se mantendrá mientras persistan las circunstancias que condicionen la situación*”.

Como ha podido observarse la anterior cronología ha puesto de manifiesto la regulación que ha surgido en torno al concepto jurídico indeterminado objeto de estudio, de modo que lo que en un principio permitía un mayor “*margen de*

¹¹⁴ Orden Ministerial 21/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas. Exposición de Motivos. (En adelante OM 21/2006)

apreciación” al aplicador del mismo, en las regulaciones de los últimos años se han establecidos límites en su uso en aras de una mayor seguridad jurídica y de reducir en lo posible la arbitrariedad, sin eliminar por supuesto, la discrecionalidad, pues las necesidades del servicio, constituyen una figura jurídica de carácter esencial en cuanto al funcionamiento de la institución militar, máxime cuando el militar se encuentra en disponibilidad permanente para el servicio¹¹⁵. Lo que no impide que, en determinados casos, se pueda adoptar de forma arbitraria, para lo cuál, se estudiarán los métodos de control de la arbitrariedad en las Fuerzas Armadas.

Con base en lo anterior, una vez se ha dado el supuesto en el que la autoridad militar competente se encuentra en la tesitura de tener que denegar cualquier solicitud de las recogidas en la normativa con amparo en las necesidades del servicio debe, por un lado, justificarlo individualmente mediante la motivación de la resolución en todo caso por escrito, y por otro, esa motivación debe realizarse observando los criterios de oportunidad, proporcionalidad y excepcionalidad. De tal manera que, en virtud del criterio de oportunidad, el aplicador debe tener presente que el momento o circunstancia en el que se pretende alegar las necesidades del servicio sea el conveniente para su aplicación¹¹⁶. Seguidamente ha de observarse el criterio de proporcionalidad, constatando *“que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”*¹¹⁷. Y, por último, el criterio de excepcionalidad, a través del cuál, la resolución que se adopte deberá ampararse en un hecho o circunstancia que revista tal carácter de excepcionalidad que se haya de adoptar sobre ese militar en concreto y no sobre otro.

Por otro lado, aparte de los límites legales anteriores, los tribunales han venido a establecer una serie de límites jurisprudenciales. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 11 enero 2002, ya citada, establece que se debe *“aportar al expediente el material probatorio necesario para*

¹¹⁵ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas. Art. 22.1 *“Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación”*.

¹¹⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. [En línea]. [Consultado: 10 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://dle.rae.es/oportunidad>

¹¹⁷ LPAC.

acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica". En esta línea, por lo tanto, la autoridad deberá aportar al expediente todos aquellos documentos que justifiquen los hechos en base a los cuales se fundamenta la decisión observando en todo caso el principio de legalidad, a través del cuál la posibilidad de adopción del concepto indeterminado debe estar establecida expresamente en la Ley. No cabría, por ejemplo, acordar unas necesidades del servicio en los supuestos de "*permisos por razón de violencia de género*"¹¹⁸, ya que la ley no recoge expresamente esta posibilidad en ese concreto permiso, aunque efectivamente concurrieran las razones oportunas que acreditaran su existencia. Además, debe acreditarse su congruencia con la finalidad perseguida, de tal suerte que la denegación de la solicitud por parte del militar debe tener tal relación con la finalidad perseguida que no quepa acordar otra solución.

En síntesis, "*No basta con acudir a "las necesidades del servicio" para materializar el ejercicio de la potestad de organización, sino que es necesario que el interesado sepa las razones organizativas y que en función del interés general le es denegada su solicitud, a efectos de que pueda reaccionar contra dicha denegación, primero en vía administrativa y luego jurisdiccional donde necesariamente se controlará legalidad de la actividad administrativa*"¹¹⁹.

¹¹⁸ Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas. Art. 8. (En adelante Orden DEF/253/2015)

¹¹⁹ STS 3237/2014 de 21 de julio (Rec. Núm. 1276/2013).

6.- MÉTODOS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN CASTRENSE.

La administración militar como administración especial, tiene ciertas particularidades que se han de poner de manifiesto antes de proceder al análisis del control de la discrecionalidad en la administración castrense. Es comúnmente conocido como las Fuerzas Armadas se encuentran sometidas a una jurisdicción especial. Sin embargo, no todos sus actos caen bajo el ámbito de la misma, pues como administración pública, también está sometida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido, se ha de citar la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que dicta, en su artículo 3 que *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, [...] corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley”*. Y, posteriormente, en el artículo siguiente dispone *“La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengán determinadas por las leyes, así como las que establezca la declaración de estado de sitio”*. Es decir, la jurisdicción militar se encargará de conocer de los asuntos penales, los recursos contenciosos-disciplinarios militares, las materias dentro del ámbito castrense que determinen las leyes y, finalmente, todo aquello que determinen las leyes para el estado de sitio.

A la vista de lo anterior, cabe destacar como el recurso contencioso-disciplinario militar cae bajo el ámbito de la jurisdicción militar y no de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues como establece la Ley Procesal Militar en su Preámbulo *“En la configuración y articulación de este procedimiento [el recurso contencioso-disciplinario militar] se ha seguido la pauta del contencioso-administrativo, [...] pero introduciendo las peculiaridades propias del ámbito objetivo a que se contrae el recurso contencioso-disciplinario -la materia disciplinaria en las Fuerzas Armadas- y estableciendo, como órganos judiciales competentes para el enjuiciamiento de dicho recurso, el Tribunal Militar Central y la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo”*. Por consiguiente, la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas -y en consecuencia de la

administración militar, como integrante de la Administración General del Estado¹²⁰-, sujeta al Derecho Administrativo¹²¹, salvo en lo que respecta al recurso contencioso-disciplinario militar¹²².

Retornando al tema de la discrecionalidad, se continuará con el análisis de los métodos de control de ésta en la administración castrense. El primer control es aquel que debe realizar el propio órgano emisor, así como los sucesivos órganos que conozcan del asunto hasta el fin de la vía administrativa, en el que deben observar el cumplimiento de los principios constitucionales básicos contenidos en el artículo 9.3¹²³, de los principios generales del derecho informadores de todo el ordenamiento jurídico¹²⁴ y el sometimiento pleno a la ley y al derecho recogido en el artículo 103.1 de la CE, a los que se ha hecho referencia en el parte general. Así mismo, y además de los límites generales, el órgano debe considerar los límites particulares establecidos en la norma habilitante de la potestad discrecional¹²⁵ teniendo en cuenta que muchos de los supuestos tradicionalmente considerados como atribuciones de potestad discrecional, no son sino conceptos jurídicos indeterminados¹²⁶, por lo que ha de recordar en todo caso, que *“en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados la Administración carece de potestades discrecionales ya que respecto a los mismos, la Administración no tiene la facultad para elegir entre dos o más opciones, puesto que solamente existe una solución justa en tanto que acomodada al ordenamiento jurídico”*¹²⁷.

Finalizada la vía administrativa, el siguiente control de la discrecionalidad se realizará por los órganos jurisdiccionales en los casos que recoge la LJCA en su artículo 25 por el que se podrá interponer el recurso contencioso-administrativo contra los *“actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el*

¹²⁰ RD 372/2020. Art.1.

¹²¹ LJCA.

¹²² *Ídem*. Artículo 3.b)

¹²³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) de 29 de mayor de 2006. (Recurso núm. 137/2005)

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ SANCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, J.M. op. cit. Pág. 191

¹²⁷ *Ibidem*.

procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". A partir de la admisión del recurso, el control de la discrecionalidad será jurisdiccional. En el caso de las potestades discrecionales, el control consistirá en lo estudiado en la parte general, es decir, el control de los hechos determinantes, el control de los elementos reglados incluyendo la desviación de poder y, por último, el control del ejercicio de la discrecionalidad con base en principios constitucionales y principios generales del Derecho¹²⁸. Tratándose de conceptos jurídicos indeterminados el control por el órgano jurisdiccional recaerá sobre el margen de apreciación reconocido a la administración de manera que, el juez revisará la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado que ha realizado la Administración y enjuiciará su adecuación a Ley, según lo explicado en el epígrafe 3.3.

Finalmente, realizado el control jurisdiccional, dispone el artículo 70.2 LJC que *"La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder"*

6.1 ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL DE LOS LÍMITES DE LAS NECESIDADES DEL SERVICIO.

A lo largo del estudio de la parte general, los diversos autores estudiados¹²⁹ han puesto de manifiesto la dificultad producida en la búsqueda de la solución justa dentro de la *"zona de imprecisión"* o *"halo del concepto"*, máxime cuando se trata de conceptos de valor con un amplio *halo del concepto* como es el de la *"utilidad pública"*¹³⁰, o en nuestro caso el de *"necesidades del servicio"*. La amplitud del *halo del concepto* en este supuesto se produce en torno a la apreciación del mismo en el ámbito militar, pues éste se da en condiciones diferentes en cada una de las unidades, centros u organismos que constituyen las FAS, pues *"su entidad o dimensión y su naturaleza será consecuencia del tipo de misión a desarrollar"*¹³¹, ocasionando que puedan ser realmente dispares unas unidades de otras como consecuencia de la

¹²⁸ SANTAMARÍA PASTOR. op. cit. Pág. 297

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ T.R. op. cit. Pág. 505 y SANCHEZ-ANDRADE FERNANDEZ, M.J. op. cit. Pág.190

¹³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ T.R. op. cit. Pág.506

¹³¹ RD 372/2020. Art. 2.1

actividad que desarrollan, produciendo, por tanto, que las necesidades del servicio también puedan ser radicalmente diferentes de unas unidades a otras.

En este sentido, las autoridades militares competentes para precisar la *solución justa* dentro del margen de apreciación de las “*necesidades del servicio*” han de aplicar el concepto aplicando en primer lugar lo establecido en la normativa para dicho concepto, es decir, los ya anteriormente vistos criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y oportunidad junto con los requisitos formales. De tal forma que “*las necesidades invocadas del servicio queden suficientemente justificadas, motivadas e individualizadas como se ha expuesto ya, para que la necesidad en el servicio pueda prevalecer sobre el legítimo derecho de los interesados a ausentarse de su Unidad previamente autorizado, y sin que el “perjuicio causado a otras personas” pueda ser considerado motivación suficiente para la denegación, con carácter general, del permiso si no se afecta o repercute sobre el servicio*”¹³²

Además, deben actuar con la debida responsabilidad a la hora de su apreciación a la que referencia el Art 55 de las ROFAS por el que “*El sentido de la responsabilidad es indispensable para el buen ejercicio del mando y por él se hará acreedor a la confianza de sus superiores y subordinados*”. Siendo, además, conscientes en todo momento de las notas definidoras que caracterizan a las FAS y de las que se hacía referencia al inicio de la segunda parte: la jerarquía, la disciplina y la unidad. De modo que, una vez dictado un acto administrativo en el que se aprecien las “*necesidades del servicio*”, el subordinado ha de tener siempre presente que “*el deber de obediencia del militar a las órdenes legítimas de sus jefes relativas al servicio se constituye en instrumento ineludible para el mantenimiento de la disciplina*”¹³³, que lo impulsará en primera instancia a su cumplimiento. Pues tal y como dice ALLI TURRILLAS, “*incluso en aquellas órdenes que resulten dudosas en su legalidad o en su mera posibilidad de cumplimiento, se exija su cumplimiento inmediato para, si acaso, formular después las objeciones pertinentes*”¹³⁴. De ahí, la exigencia de la responsabilidad en el ejercicio del mando.

¹³² Informe del Ministerio de Defensa.

¹³³ STS (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 24 abril (Recurso 119/2017).

¹³⁴ ALLI TURRILLAS, J.C. op. cit. Pág. 484.

Otro elemento a desarrollar es el control jurisdiccional sobre el específico concepto de las *necesidades del servicio*. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado deberá realizarse sobre el *margen de apreciación* concedido a la Autoridad militar para determinar si en el caso concreto existe o no tales necesidades del servicio. Y dada la amplitud del “*halo del concepto*” del que se hablaba anteriormente, el control jurisdiccional, aunque no llega a ser excluido, limita el poder de control circunscribiéndolo únicamente a la comprobación de los límites o los excesos dentro del *margen de apreciación*¹³⁵, lo que se traduce en un “*control negativo de intensidad limitada*”¹³⁶. El juez revisará la inicial aplicación de tal concepto, para el que se le facilitará la prueba sobre los hechos relevantes y las pericias, anulándola en el caso de que los límites hayan sido transgredidos. En este caso el juez no estará sustituyendo a la Administración, sino que, realizando un control negativo, identificará si ésta ha vulnerado los límites que la Ley ha impuesto al establecer el concepto jurídico indeterminado¹³⁷.

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ T.R. *Idem*.op.cit.506

¹³⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. op. cit. Pág. 97.

¹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ T.R. op. cit. Pág. 507

7.- CONCLUSIONES

Toda actuación de los poderes públicos debe estar sometida al principio de legalidad consagrado en la Constitución Española de 1978. Una de las manifestaciones de este principio son las potestades de la administración otorgadas por el Ordenamiento jurídico a la Administración, que la sitúan en una posición de privilegios y prerrogativas frente a los derechos y libertades de los ciudadanos, y que se justifican en la satisfacción de los intereses generales.

Las potestades de la administración aceptan diversas clasificaciones. Como objeto de este estudio se han apreciado las potestades regladas y discrecionales. En las primeras, la norma habilitante recoge todos los elementos que componen tal potestad. Por el contrario, en las potestades discrecionales la norma habilitante regula algunos de los elementos de la potestad dejando a la Administración un margen de decisión que le permita elegir la opción más adecuada entre diversas soluciones igualmente justas. En este sentido, la discrecionalidad es un elemento imprescindible del Derecho Administrativo que contribuye a la consecución de los intereses públicos que se presentan en una realidad compleja y cambiante. Estas circunstancias se traducen en la imposibilidad de reglar todas las situaciones que se producen en la realidad. De tal forma que proporcionan a la Administración flexibilidad y adaptabilidad a las particularidades de cada caso.

Los conceptos jurídicos indeterminados son una figura jurídica estudiada habitualmente dentro de este ámbito. Son utilizados por el Ordenamiento jurídico en los supuestos en los que es difícil cuantificar o determinar tal concepto, y, que debe ser precisado o determinado en el mismo momento de su aplicación. De esta dificultad surgió la doctrina del “*margen de apreciación*” que se concede a la Administración en orden de delimitar la existencia o no de las circunstancias necesarias para subsumir el supuesto de hecho en la “*zona de incertidumbre*” del concepto jurídico indeterminado.

Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ consideran que este margen de apreciación no otorga a la Administración una potestad discrecional, sino una facultad de interpretación de la norma a través de la cuál se consigue subsumir en el

concepto la única solución posible que habilite su aplicación¹³⁸. Sin embargo, tanto la doctrina de autores como la doctrina jurisprudencial cuestionan el carácter discrecional o no de este margen de apreciación.

Puede darse el caso de que la discrecionalidad otorgada a un órgano administrativo se desvíe del fin que la norma ha pretendido y desemboque en un uso arbitrario de la misma. Por ello se han establecido los límites y métodos de control para que la discrecionalidad se ejerza de la manera pretendida. De igual forma se establecen los límites y métodos de control de los conceptos jurídicos indeterminados.

La misión de las Fuerzas Armadas Españolas se refleja en el Artículo 8 de la Constitución Española. De este artículo parte el desarrollo legislativo de las bases de la organización militar. La Constitución también recoge que será el Gobierno el encargado de la dirección de la Administración civil y militar. En consecuencia, las Fuerzas Armadas son también una Administración pública encuadrada dentro de la Administración General del Estado. En palabras del Tribunal Supremo “*son dos esferas diversificadas de una misma Administración*”¹³⁹.

La Administración militar como Administración pública también sirve a los intereses generales, sus miembros son funcionarios, y su actuación está sometida al Derecho Administrativo. Sin embargo, existen una serie de atributos que la configuran como Administración especial. Su composición económica -que se traduce en el presupuesto anual-, su composición real -armamento, vehículos, instalaciones etc.- y su carácter personal, donde sus miembros están unidos por un vínculo metajurídico o vocacional. Además, los principios constitucionales influyen en la Administración militar con mayor intensidad que en la civil, tal es el caso del principio de jerarquía. Por último, la Administración militar presenta como notas definidoras que modulan el funcionamiento de toda la institución: la jerarquía, la disciplina y la unidad.

A los conceptos jurídicos indeterminados presentes en la Administración militar le resulta aplicación lo estudiado en la teoría general por cuanto son manifestaciones del Derecho Administrativo. Las “*necesidades del servicio*” es uno de esos conceptos. Su

¹³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R op. cit. Pág.502

¹³⁹ STC 123/1988 de 23 de junio.

uso se circunscribe a la subordinación de las ausencias justificadas del personal militar de su lugar de destino cuando tenga lugar la concurrencia de tales necesidades.

Sobre este concepto se ha estudiado la incidencia de la discrecionalidad en el margen de apreciación otorgado a la Administración militar en su aplicación, pues, según GUAITA, la discrecionalidad se manifiesta en mayor medida en la Administración militar¹⁴⁰. De la cronología normativa se ha desprendido que el margen de apreciación de las necesidades del servicio se ha reducido a lo largo de la evolución normativa, disminuyendo la amplitud del margen de apreciación en beneficio de la seguridad jurídica. Confirmando lo estudiado por la doctrina de autores: solo una solución justa es posible en el concepto jurídico indeterminado de las necesidades del servicio, sin que tenga lugar la discrecionalidad en su determinación. Sin embargo, permanecen presentes los límites y métodos de control para los supuestos de aplicación distinta a la pretendida por la norma.

Así, concluyendo con este estudio, se ha observado a través de la investigación realizada, la importancia esencial que desarrolla un concepto jurídico indeterminado como son las necesidades del servicio; pues solo, a través de ellas cuando las necesidades lo requieran se podrá obtener la plena disponibilidad de toda la Fuerza, que de no existir y llegado el caso de tal necesidad, podría ocurrir que fuera la propia norma la que obstaculizara el cumplimiento del fin último de la institución militar que es en definitiva, el establecido en el artículo 8 de la CE. Por consiguiente, esa importancia debe ser observada por el órgano competente a la hora de su aplicación, teniendo en cuenta lo jurídico y también los valores característicos de la institución militar para realizar una aplicación del concepto, en el sentido deseado por la norma. Y así, el subordinado, ante la correcta apreciación del concepto, deberá actuar -y actuará- en el fiel cumplimiento de la orden recibida.

¹⁴⁰ GUAITA MARTORELL A. *La Administración Militar*. op. cit. Pág. 124

8.- BIBLIOGRAFÍA

- ALLI TURRILLAS, J.C. *La Profesión Militar. Análisis Jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*. INAP 2000.
- ARA PINILLA, I. Presupuestos y Posibilidades de la Doctrina de los Conceptos Jurídicos Indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2004, N°21.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. Las Potestades Administrativas y la Vinculación de su Ejercicio al Ordenamiento Jurídico. En CANO CAMPOS, T. (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, T. III, Vol. I*, Madrid: Iustel, 2009.
- BARCELONA LLOP. J. La Organización Militar, Apuntes Jurídico-Constitucionales sobre una Realidad Estatal., *Revista de Administración Pública, núm. 110*.
- BLANCO DE TELLA, L. *Organización y Dirección*. Alcalá de Henares: ENAP, 1967
- BUENO SANCHEZ, J.M (Coord.). *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo (Parte General y Parte Especial)*. 2ª Ed. Madrid: Thomson Reuters, 2018
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. *Las Potestades Administrativas*. 1ª Ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- GALLEGO ANABITARTE, A. *Derecho general de la organización*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos 1971, Pág. 259.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.
 - *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 5ª Ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005.
 - La Interdicción de la Arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, 1959 n°30.

- Prólogo. En LÓPEZ RAMÓN, F. *La caracterización jurídica de las FAS CEC*, Madrid, 1987

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNANDEZ T.R *Curso de Derecho Administrativo I*. 16ªed. Madrid: Civitas, 2017.

- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. El Mando Irreal en el Ejército. El País. [en línea]
Disponible en Internet:
https://elpais.com/elpais/2015/06/04/opinion/1433431195_464763.html

- GARCÍA RUIZ M. Los Ejércitos ¿Y la Armada? *Revista General de Marina*, Vol. 268, junio 2015.

- GUAITA MARTORELL A.
 - La Administración Militar. *Revista de administración pública*, Nº 7, 1952.

 - *Derecho Administrativo Especial, tomo I*, 3ª ed. Zaragoza: Librería General, 1966

- MARTIN-RETORTILLO L. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*, nº100-102, 1983.

- MINISTERIO DE DEFENSA.
 - *Justicia Militar*. 3ªEd. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 1996.

 - *Libro Básico del Soldado, Tomo I. Módulo de Formación Militar Básica*. 3ª Ed. Madrid: Centro Geográfico del Ejército, 2003.

 - *Servicio Militar. Tropa y Marinería Profesionales, Tomo I*. 1ªEd. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 1994.

- MUÑOZ ALONSO, J.M. *Derecho Administrativo Militar, Tomo I*. Madrid: Montecorvo, 1989

- MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015.
- NIETO, A. La Jerarquía Administrativa. *Documentación administrativa*, 1992, nº 229,
- PAREJO ALFONSO. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012
- SANCHEZ MORÓN *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 5ªEd. Madrid: Iustel, 2018.