

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL
EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y EL
BONO CULTURAL JOVEN

JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Tornos Mas, J. (2023).
El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la
potestad reglamentaria y el bono cultural joven.
Revista de Administración Pública, 221, 149-162.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.05>

Resumen

El alcance del control de la discrecionalidad administrativa con el fin de evitar la arbitrariedad de la Administración en la toma de sus decisiones es un tema clásico, y complejo, dentro del derecho administrativo. Los medios y límites del poder judicial en el control de la Administración se hacen más problemáticos cuando se trata de controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria, potestad que corresponde al Gobierno. El presente trabajo analiza críticamente una sentencia del Tribunal Supremo que anula un apartado de un reglamento que establecía una determinada política subvencional del Gobierno alegando falta de motivación suficiente. Se llama la atención sobre la reciente crítica de los excesos del poder judicial en el control de algunas decisiones de los poderes públicos.

Palabras clave

Arbitrariedad; discrecionalidad; motivación; potestad reglamentaria.

Abstract

The scope of the control of administrative discretion in order to avoid the arbitrariness of the administration in making its decisions is a classic and complex issue within administrative law. The means and limits of the judiciary in controlling the administration become more problematic when it comes to controlling the exercise of regulatory power, a power that corresponds to the Government. This paper critically analyzes a Supreme Court ruling that annuls a section of a regulation that established a certain government subsidy policy, alleging lack of sufficient motivation. Attention is drawn to the recent criticism of the excesses of the judiciary in the control of some decisions of the public powers.

Keywords

Arbitrariness; administrative discretion; motivation; regulatory power.

SUMARIO

I. La discrecionalidad del Gobierno en la aprobación de normas reglamentarias y su control por falta de motivación. El bono cultural. II. Una reflexión final.

I. LA DISCRECIONALIDAD DEL GOBIERNO EN LA APROBACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS Y SU CONTROL POR FALTA DE MOTIVACIÓN. EL BONO CULTURAL

La disposición adicional 122 de la Ley 22/2021 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, creó el Bono Cultural Joven, destinado a aquellos jóvenes que cumplieran 18 años durante el año 2022. La norma legal establecía que estos jóvenes podrían beneficiarse de un importe máximo de 400 euros para gastos en actividades y productos culturales, tanto públicos como privados. La determinación de las actividades y productos culturales a las que se podría destinar el bono se remitió, sin fijar criterio alguno, a lo que se estableciera reglamentariamente.

El RD 210/2022 de 22 de marzo reguló el Bono Cultural y estableció el catálogo de actividades y productos financiables. El catálogo resultó muy amplio, pero en el art. 8,2 se excluyeron de forma expresa algunos destinos posibles del Bono Cultural. Así, el citado precepto estableció que «no será subvencionable la adquisición de productos de papelería; libros de texto curriculares, ya sean impresos o digitales; equipos, *software*, *hardware* y consumibles de informática y electrónica; material artístico; instrumentos musicales; *espectáculos deportivos y taurinos*; moda y gastronomía. Asimismo, no será subvencionable la adquisición de productos que hayan sido calificados como X o pornográficos de conformidad con el sistema de regulación de contenidos aplicable a cada producto».

La Fundación Toro de Lidia interpuso recurso contencioso-administrativo contra la exclusión de los espectáculos taurinos en el citado art. 8,2 del Real Decreto 210/2022. El recurso precisa que se impugna exclusivamente el inciso

final del art. 8,2 del Real Decreto en su referencia expresa a la exclusión de los espectáculos taurinos, exclusión que considera arbitraria y directamente vulneradora del art. 9,3 de la Constitución en el que se contiene el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 120/2023, de dos de febrero estima el recurso «por no haberse justificado la exclusión de los espectáculos taurinos del ámbito de aplicación del Bono Cultural Joven, sin que sea necesario hacer ulteriores pronunciamientos».

Para entrar en el fondo del asunto y acordar la nulidad de la exclusión de los espectáculos taurinos del Bono Cultural el Tribunal rechazó en primer lugar la alegación de falta de legitimación de la entidad recurrente que había planteado el abogado del Estado. En concreto, el abogado del Estado argumentó que la recurrente no tiene legitimación, pues la Fundación del Toro de Lidia carece de derecho o interés legítimo que hacer valer en el proceso y no tiene atribuida la representación del interés colectivo ni del sector de la tauromaquia ni de la juventud española.

La legitimación de fundaciones y entidades asociativas ha recibido respuestas diversas en la jurisprudencia, respuestas en muchos casos negativas, lo que ha impedido el control jurisdiccional de decisiones gubernamentales políticamente relevantes¹. En el caso que comentamos, el Tribunal, tras recordar que la apreciación de la legitimación es tarea casuística, lleva a cabo una interpretación amplia del requisito de la legitimación. Así, afirma que «a nuestro entender, existe en este caso una conexión suficiente entre el objeto del recurso contencioso administrativo y la posición de la Fundación. Su naturaleza jurídica en la que insiste el Abogado del Estado para negar la legitimación activa no nos parece óbice para apreciar ese vínculo imprescindible. No solo porque la Fundación Toro de Lidia, sea co-organizadora de espectáculos taurinos, ni porque haya sido tenida como interlocutora del Ministerio de Cultura y Deporte y subvencionada por éste en aspectos particulares, sino también y, sobre todo, por la relación clara y directa existente entre los fines que persigue y el resultado que alcanzaría con la estimación del recurso. En otras palabras, no estamos ante un supuesto en el que la mera autoatribución estatutaria de unos objetivos baste para fundamentar la legitimación, ni tampoco frente a la mera defensa de la legalidad. Al contrario, nos encontramos con que la regulación establecida por el art. 8.2 del Real Decreto 210/2022 incide de forma específica en la consecución de los fines concretos propios de la Fundación recurrente». Quede constancia de esta doctrina en este caso concreto.

Despejado el obstáculo de la falta de legitimación, el Tribunal Supremo puede entrar en el fondo del asunto. En este momento el Tribunal se enfrenta de nuevo a una cuestión que ha dado lugar a múltiples debates doctrinales y a una

¹ Sobre esta jurisprudencia, puede verse el reciente trabajo de G. Fernández Farreres (2022), «El control judicial de la Administración ante algunas cuestiones problemáticas», *REDA*, 219, págs. 14-18.

notable jurisprudencia, ya que el tema de debate es un tema central del derecho administrativo, el alcance del control de la discrecionalidad administrativa, en este caso, el control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria². Y es que, como ya dijo hace tiempo en expresión muchas veces repetida el gran jurista Schwarz: ¿de qué trata realmente el derecho administrativo sino del control de la discrecionalidad?

Las partes enfrentadas en el pleito de referencia centraron de forma clara la cuestión principal de la controversia. Para la recurrente la exclusión de los espectáculos taurinos, para ser conforme con el ordenamiento jurídico, debía contar con una razón atendible que justificara la exclusión y la diferencia de trato respecto de otras actividades que sí podrían beneficiarse del Bono Cultural. Añade que la apelación de la Administración a su libertad para decidir qué se subvenciona supone de hecho un ejercicio arbitrario de su potestad. Frente a ello, el Abogado del Estado alegó la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en particular para el establecimiento y regulación de un programa de subvenciones. Añade, frente a la acusación de arbitrariedad por falta de motivación, que la exclusión de los espectáculos taurinos sí está motivada. La motivación se contiene, a su juicio, en el preámbulo del Real Decreto, en el que se justifica la no inclusión de los espectáculos taurinos en el Bono Cultural. El preámbulo justifica la exclusión «porque el Ministerio de Cultura y Deporte desarrolla un programa específico de actuaciones para el fomento de la Tauromaquia como patrimonio cultural, tal como refleja la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. De ahí que la determinación discrecional del ámbito del Bono Cultural Joven no sea arbitraria». Recuerda, además, el Abogado del Estado «que la Fundación Toro de Lidia recibe desde 2018 una subvención de 35.000€ para la compilación del conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que integran la Tauromaquia como patrimonio digital y su difusión en el entorno digital. Y, en todo caso, el preámbulo afirma la autonomía de cualquier Administración Pública para, en el marco de sus competencias, decidir qué fomenta y de qué modo. Autonomía que ha ejercido el Ministerio de Cultura y Deporte al proponer la proyección del Bono Cultural Joven»³.

² Con carácter general véase De La Cruz Ferrer (1988), «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP* 116, .

³ La sentencia hace referencia también a otros argumentos que justificarían la exclusión de los espectáculos taurinos y que se aportaron por la administración en sede de recurso. Así, en el FJ cuarto se dice: «El Abogado del Estado insiste en que la Administración General del Estado sí cumple con su obligación de promover la Tauromaquia tal como lo prueban las iniciativas que señala, a saber: (i) el Premio Nacional de Tauromaquia anual de 30.000€; (ii) la subvención de 35.000€ a la Fundación recurrente para la compilación de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas integradas en la Tauromaquia; (iii) el proyecto “Culturas del Toro” de actuaciones de identificación, documentación, investigación, valoración y transmisión del patrimonio cultural vinculado a la Tauromaquia, articulado en el proyecto «Las culturas del toro en los museos estatales» consistente en

El Tribunal estima el recurso al entender que la motivación a que alude la Abogacía del Estado son explicaciones genéricas que resultan insuficientes «cuando median disposiciones legales específicas que imponen a los poderes públicos la obligación de actuar positivamente en un determinado ámbito, tal como sucede con el de la Tauromaquia. La concreción que da la Ley 18/2013 al mandato de los arts. 44 y 46 de la Constitución comporta la necesidad de una justificación singular de entidad bastante de por qué se dejan fuera del Bono Cultural Joven los espectáculos taurinos».

Como hemos dicho, la sentencia se enfrenta una vez más al complejo tema del control de las potestades discrecionales de la Administración. Como es sabido, el control judicial de la discrecionalidad Administrativa puede llevarse a cabo de diversos modos. Tomas Ramón Fernández los ha expuesto de forma brillante y precisa en diversos trabajos, entre ellos *Arbitrario, Arbitraire, Arbitrary* (Madrid: Iustel, 2016)⁴. No es preciso en este breve comentario volver sobre todos ellos. En el presente caso el Tribunal debió enfrentarse al supuesto en el que se cuestionaba el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en ejercicio de la potestad reglamentaria, alegándose por la recurrente que la Administración había incurrido en un uso arbitrario de la misma por falta de motivación suficiente. La estimación del recurso al apreciarse falta de motivación suficiente es lo que motiva a nuestro juicio una serie de reflexiones.

A. El alcance del control judicial de la discrecionalidad es siempre un tema complejo. El punto de partida, en todo caso, es considerar que el ejercicio de toda potestad administrativa está sujeto a control judicial, pero a su vez debe tenerse presente que este control tiene un límite, un límite que «aunque variable sigue ahí indicando a modo de una señal de stop hasta donde se puede llegar y donde en consecuencia hay que pararse porque en ese punto acaba el derecho y por lo tanto el papel de los juristas»⁵.

pequeñas exposiciones virtuales de las que se han publicado tres y está en preparación otra;(iv) la exposición «La memoria taurina: fotografías taurinas en los archivos estatales» de la que se han celebrado dos exhibiciones (Salamanca y Sevilla) y está otra en preparación en Sanlúcar de Barrameda. Aun entendiendo que a estas iniciativas —que son las ya relacionadas en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo— se remite el preámbulo del Real Decreto 210/2022 cuando alude a la autonomía y capacidad de las Administraciones para elegir qué y cómo promueven la cultura, es decir, aceptando que no son explicaciones *a posteriori*, no nos parece, sin embargo, que ayuden a subsanar la carencia de justificación de la exclusión por la sencilla razón de que son puntuales.

⁴ Véanse en particular las páginas 114 a 140. Recientemente el mismo profesor nos da cuenta de una vieja sentencia que ya estableció la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad en su trabajo. Una sentencia moderna de hace más de cien años: la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1904, asunto *Lavín Canales C. Ayuntamiento de Santander*, RAP 220, 2023, págs. 251-257.

⁵ T. R. Fernández, (2016, pág. 114).

B. El alcance del control de la discrecionalidad debe atender a los diversos supuestos posibles en los que se haga uso de una potestad discrecional. En este sentido creo que el caso del ejercicio de la potestad reglamentaria debe diferenciarse de los supuestos en los que la Administración adopta un acto administrativo. En principio, el ejercicio de la potestad reglamentaria comporta una mayor discrecionalidad. Ya sea un reglamento ejecutivo o independiente, esta potestad normativa goza de mayor libertad con el fin de poder establecer una regulación general que vinculará a la propia Administración y que no se agota en el momento de su aplicación. Al aprobar un reglamento el Gobierno define una política. Ciertamente debe tener en cuenta el contenido de la ley habilitante si se trata de un reglamento ejecutivo, y en todo caso los mandatos constitucionales y principios generales, pero el ámbito de lo discrecional debe ser en principio mayor.

En el caso que examinamos la ley que crea el Bono Cultural establece que las actividades y productos culturales que se podrán beneficiar del Bono se determinarán reglamentariamente, sin fijar criterio alguno, atribuyendo por tanto una total discrecionalidad a la Administración.

C. También debe tenerse en cuenta el sujeto que ejerce el poder discrecional. Como hemos dicho, si quien aprueba una norma o dicta un acto es el Gobierno o un ente local ejerciendo funciones de gobierno, se le debe reconocer una mayor discrecionalidad, lo mismo que si se trata de una Administración independiente, en este caso en razón de su independencia y conocimiento técnico. La función de gobierno, de fijar políticas, incluye necesariamente un mayor poder de libre decisión. La política supone poder optar entre diversas opciones, aunque ello no es óbice para que al aprobar la norma o el acto se deba buscar la mejor opción posible y se deba justificar la opción escogida.

D. Estas consideraciones generales nos permiten entrar ya en los elementos singulares y relevantes de la sentencia que comentamos. Se trata de un supuesto en el que se impugna una norma reglamentaria, de contenido favorable (se regula la concesión de unas ayudas), por el hecho de haber excluido determinadas actividades de la posibilidad de acceder al bono cultural, concretamente los espectáculos taurinos.

La sentencia anula el reglamento, en el punto exclusivo de esta exclusión, al entender que no existe motivación suficiente que justifique la exclusión de los espectáculos taurinos. Por tanto, el Tribunal entiende que se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad al no existir motivación suficiente. La arbitrariedad no se produce por una incorrecta apreciación de los hechos, ni por la vulneración de algún principio general, sino por la falta de motivación suficiente.

Para el profesor Francisco Velasco, al exigir una motivación suficiente el Tribunal ha introducido un canon de enjuiciamiento hasta ahora desconocido. El citado profesor afirma que «contábamos hasta hoy con una interpretación jurisdiccional más o menos ponderada del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos. La STC 181/2000 definía la arbi-

trariedad como ausencia de toda justificación. Más tarde la STS de 20 de noviembre de 2013 que anuló un indulto concedido por el Gobierno insistió en la idea de la arbitrariedad como ausencia de toda motivación. Ahora el Tribunal Supremo ha dado un paso más: hay arbitrariedad no sólo cuando se da una absoluta ausencia de justificación, sino también cuando la justificación es insuficiente»⁶. A lo que añade: «el paso no es insignificante. la arbitrariedad, cuando se entiende como ausencia de toda justificación, solo permite anular decisiones cuya finalidad sentido u objeto es desconocido o es sencillamente absurdo o irracional. Pero no permite entrar a valorar las razones —más o menos acertadas— de la decisión discrecional. Si hay razón, buena o mala, compartible o no, no hay arbitrariedad. Para un enjuiciamiento más incisivo es necesario un parámetro normativo complementario, bien constitucional, bien legal. No basta con la simple invocación de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9,3 CE».

Las observaciones del profesor Velasco, son sin duda, relevantes. No obstante creo que la afirmación de que existe un cambio de canon de enjuiciamiento de la discrecionalidad no es del todo correcta. En el libro citado del profesor Tomás Ramón Fernández⁷ su autor nos da cuenta de una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que al diferenciar discrecionalidad y arbitrariedad se hace referencia a la necesidad de motivar de forma suficiente las decisiones de modo que no incurran en arbitrariedad. Así, por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 1984 afirmó que «lo discrecional debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario) o no tiene una motivación respetable, sino pura y simplemente, la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece es tal que escudriñando su entraña, denota o poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad». Y lo mismo puede decirse de los casos en los que se anulan decisiones en procesos de selección de personal por falta de motivación suficiente. No basta con motivar, con aportar cualquier fundamento, sino que la motivación debe ser razonable, debe dar razones consistentes en las que apoyar de decisión del poder público, aunque se trate del Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria.

⁶ F. G. Velasco Caballero, «Sobre la supuesta arbitrariedad de que el Bono Cultural Joven excluya a los espectáculos taurinos», Blog independiente, marzo 2023.

⁷ T. R. Fernández, (2016, págs. 129 y ss.). En sentido parecido, S. Muñoz Manchado al tratar del control del ejercicio de la potestad reglamentaria, afirma que «la sujeción a los principios generales del derecho exige valorar para decidir sobre la validez de los reglamentos la existencia de las circunstancias de hecho en que estos se fundan, la apreciación de las mismas, las respuestas que la norma prevé, de modo que sean las más idóneas y proporcionales, la adecuación de las medidas que se adoptan para los fines que efectivamente se persiguen, la razonada explicación de los motivos en que se fundamenta la norma reglamentaria». (*Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*, Tomo VII, *El Reglamento*, Madrid: BOE, 2015, págs. 321-322).

Sí tiene razón el profesor Velasco cuando señala las consecuencias que pueden derivarse de este control de una motivación suficiente. En este punto creo que una cosa es exigir una motivación razonada, una exposición de las razones consistentes en las que se basa la decisión del Gobierno o de la Administración, y otra cosa diversa es que esto permita que los tribunales entren a valorar en todo caso las decisiones, las razones expuestas por los poderes públicos al tomar su decisión si no existe un parámetro normativo claro. Es decir, la Administración debe motivar de modo suficiente la calificación otorgada en un proceso selectivo atendiendo a las bases del concurso. Los tribunales pueden exigir esta motivación pero creo que no pueden cuestionar el contenido del acto motivado, si no existen en las bases del concurso parámetros objetivos claros en los que justificar su revisión de la decisión administrativa.

Por tanto, a mi juicio, la cuestión polémica, y de difícil solución general, es hasta dónde puede llegar la exigencia de motivación suficiente. Si volvemos al caso objeto de este comentario, creo que el Tribunal no debió calificar de arbitraria la decisión, ya que se trataba de una norma reglamentaria, dictada por el Gobierno en ejercicio de su potestad de dirección política, con un contenido de fomento, y para cuyo ejercicio el legislador atribuyó al Gobierno una total discrecionalidad. El Real Decreto tenía motivación, y la misma, atendiendo al caso objeto de enjuiciamiento, debió calificarse de suficiente.

Para analizar la motivación del RD 210/2022, y su contenido o no suficiente, hay que tener en cuenta la ley en base a la que se aprobó el reglamento y el marco normativo en el que debe enmarcarse la remisión genérica que hace la Ley 22/2021 al remitir al Gobierno la aprobación del bono cultural.

En relación con esto último es cierto que la exclusión de los espectáculos taurinos del bono cultural no podía desconocer la existencia de la ley 18/2013 de 12 de noviembre «para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural». La citada ley en su exposición de motivos afirma que «es necesario contemplar la protección y regulación de tan importante Patrimonio Cultural, Artístico, Social y Económico como una actividad de todos los poderes públicos para el servicio a los ciudadanos, por mandato de lo dispuesto en el art. 44 de la Constitución, pues aquellos deben promover y tutelar el acceso a la Cultura, a la que todos tienen derecho, y en el art. 46, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar su conservación y promover su enriquecimiento, así como el de los elementos que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Por último, debe concluir esta referencia constitucional con la cita del art. 149.2, que expresa la preocupación del legislador constituyente por la preservación y progreso de los valores culturales de la sociedad española, y que impone al Estado la obligación de considerar el servicio de la cultura como un deber y atribución esencial».

En su articulado, la ley impone el deber de protección de la tauromaquia, art. 3, y en su art. 5 concreta las medidas generales de fomento que

deben asumir los poderes públicos⁸. Pero la ley no determina qué medidas concretas deben llevarse a cabo para lograr estos fines.

Así las cosas, la disposición adicional 122 de la Ley 22/2021 se limitó a crear el Bono Cultural, estableciendo únicamente que su fin era ser destinado a facultar el acceso del público a la cultura, los beneficiarios posibles y la cuantía de la ayuda, que debía dedicarse a « las actividades y productos culturales, tanto públicos como privados, que se determinen reglamentariamente»⁹.

⁸ El citado art. 5 establece como medidas de fomento las siguientes:

«1. De conformidad con lo establecido en los arts. 46 y 44, 149.1, reglas 1.^a y 28.^a, y 149.2 de la Constitución, es competencia de la Administración General del Estado, garantizar la conservación y promoción de la Tauromaquia como patrimonio cultural de todos los españoles, así como tutelar el derecho de todos a su conocimiento, acceso y libre ejercicio en sus diferentes manifestaciones.

2. Para lograr los fines a que se refiere el apartado anterior, el Gobierno desarrollará las siguientes medidas:

a) La aprobación de un Plan Nacional, en el que se recogerán medidas de fomento y protección de la Tauromaquia, garantizando el libre ejercicio de los derechos inherentes a la misma.

b) El impulso de los trámites necesarios para la solicitud de la inclusión de la Tauromaquia en la lista representativa del Patrimonio Cultural inmaterial de la Humanidad a que se refiere el art. 16 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural inmaterial aprobada el 17 de octubre de 2003 en París por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

c) La actualización de la normativa taurina, a través del marco de colaboración de la Comisión Nacional de Asuntos Taurinos.

d) El impulso de normas y actuaciones que fomenten el principio de unidad de mercado, responsabilidad social y libertad de empresa en el ámbito de la Tauromaquia, en consideración a los beneficios económicos, sociales y medioambientales que esta actividad genera.

e) El impulso y fomento, en colaboración con las restantes Administraciones Públicas, de los mecanismos de transmisión de los conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que confluyen en la corrida de toros y el arte de lidiar. Así como potenciar otras medidas de identificación, documentación, investigación, valoración y transmisión de este patrimonio en sus distintos aspectos».

⁹ La disposición adicional estableció lo siguiente: «1. Se crea el bono cultural joven, destinado a facilitar el acceso del público joven a la cultura.

2. Serán beneficiarios del bono aquellos jóvenes que cumplan 18 años durante el año 2022. El bono tendrá un importe máximo de 400 euros por beneficiario y se destinará a las actividades y productos culturales, tanto públicos como privados, que se determinen reglamentariamente.

3. El bono cultural se regirá por lo dispuesto en este artículo y en su normativa de desarrollo. Será de aplicación supletoria la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 1 de julio, en todo aquello no regulado por esta Ley.

4. Se habilita al Gobierno para dictar las disposiciones y adoptar las medidas que sean necesarias para la implementación del bono cultural joven».

El preámbulo del RD 210/2022 explicita cuál es la finalidad de la creación del bono cultural: «el proyecto del Bono Cultural Joven busca facilitar el acceso universal y diversificado de las personas jóvenes a la cultura, generar nuevos hábitos de consumo cultural y afianzar los existentes, crear nuevos públicos, estimular la demanda y reducir el impacto negativo causado por la pandemia en los diversos sectores culturales en nuestro país. En definitiva, promover la fidelización que genere el hábito de consumo de productos culturales en las personas jóvenes de modo que, como personas adultas, continúen consumiendo productos culturales con asiduidad». Y lo que es más relevante a los efectos del presente comentario es que también justifica las exclusiones de determinadas actividades. Así, dice el preámbulo que «con el fin de acotar la actividad subvencional y limitarla estrictamente a un conjunto de actividades culturales, el real decreto contempla expresamente la exclusión de productos que no son en sí mismos de carácter cultural, aunque sirvan de soporte o constituyan un medio o instrumento para la expresión o manifestación cultural, así como otras actividades que, relacionadas con el patrimonio cultural, son financiadas o fomentadas desde otros ámbitos.

Entre las actividades no incluidas en el presente Bono Cultural Joven, aunque fomentadas a través de otros instrumentos y actuaciones por el Ministerio de Cultura y Deporte, figuran las relativas a los espectáculos taurinos, así como la compra de artesanía, obra plástica y gráfica».

Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 18/2013 de 12 de noviembre «para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural», el argumento de la recurrente es que no se ha motivado la exclusión de los espectáculos taurinos, que no se explicitan las razones de interés general que justifiquen la exclusión. La sentencia, que estima el recurso por este motivo de falta de motivación suficiente, señala, como ya hemos dicho, que «la concreción que da la Ley 18/2013 al mandato de los arts. 44 y 46 de la Constitución comporta la necesidad de una justificación singular de entidad bastante de por qué se dejan fuera del Bono Cultural Joven los espectáculos taurinos». Y añade que «ni el expediente ni en el propio texto del Real Decreto 210/2022 nos encontramos con razones que lo expliquen» —la exclusión de los espectáculos taurinos del bono cultural—. Para añadir a continuación que «no nos parecen válidas al efecto las que ofrece su preámbulo ya que únicamente dice que los espectáculos taurinos se fomentan a través de otros instrumentos». Explicaciones que para el Tribunal son insuficientes.

Frente a lo establecido en la sentencia, debe señalarse que no es cierto que no exista motivación, lo que ocurre es que al Tribunal no le parecen suficientes las razones que constan en el preámbulo del Real Decreto impugnado. Y no le parecen suficientes ya que a su juicio la legislación obliga a actuar positivamente en el ámbito de la tauromaquia y no existe «entre las actuaciones reseñadas el Bono Cultural Joven —que comporta 210 millones de euros según la citada memoria— la proporción necesaria para concluir que se dispensa a la Tauromaquia un tratamiento equilibrado con la significación que tiene reconocida por el legislador».

No compartimos el razonamiento de la sentencia. La Ley 18/2013 impone el deber de fomentar la tauromaquia y fija unos medios de fomento genéricos. Luego la Ley 22/2021 habilita al Gobierno a desarrollar el bono cultural. El Gobierno decide no incluir los espectáculos taurinos en dicho bono cultural, y explica las razones. Existe, como hemos dicho, motivación. Y la motivación es razonada y razonable. Se excluyen algunas actividades que se fomentan a través de otros instrumentos y actuaciones del Ministerio de Cultura. La tauromaquia ya se protege por otras vías. Lo que no se quiere financiar con el Bono Cultural es el acceso de los jóvenes a las plazas de toros, al espectáculo taurino, lo que nos parece razonable. Del mismo modo que el deporte se financia por otras vías y por ello lo que se excluye del bono cultural es el acceso a los espectáculos deportivos. ¿Es razonable que en nombre del carácter cultural de la tauromaquia o del deporte se abonen a los jóvenes entradas para ir a los toros o a ver partidos de fútbol? Lo que dice la Ley 18/2013 (exposición de motivos) es que debe mantenerse la afición popular no cercenando el acceso a ella, pero no afirma que se deba subvencionar el acceso a las plazas de toros. Por ello creo que, como mínimo, no puede decirse que lo dispuesto en el Real Decreto 210/2022 no fuera razonable, no tuviera una motivación suficiente.

La sentencia comentada, pues, a nuestro juicio, se ha excedido en el ejercicio del control de la arbitrariedad. Un control de contornos siempre difíciles, en cuyo ejercicio no es fácil encontrar siempre el punto de equilibrio. Pueden, y deben, los tribunales, exigir una motivación suficiente. Pero no deberían negar esta motivación si la misma es razonable para sustituir con su criterio las razones del poder público.

En el presente caso, el Gobierno, en ejercicio de su poder de dirección política, de acuerdo con la ley habilitante, y sin vulnerar de forma directa ninguna otra norma de rango superior, decidió implementar una política de ayudas a los jóvenes en defensa de la cultura. Determinó las actividades subvencionables y excluyó otras. Motivó las razones de la exclusión, diferenciando lo que es el apoyo a la tauromaquia de lo que es abonar el acceso a espectáculos taurinos. Para el Gobierno no se fomenta la cultura subvencionando el acceso a espectáculos taurinos o deportivos, lo que parece razonable. Por ello lo dispuesto en este punto en el Real Decreto no era una decisión arbitraria.

E. Una última consideración. La sentencia comentada supuso de hecho que el Tribunal Supremo modificara el contenido del Real Decreto. Como dijo un medio de comunicación al dar cuenta de la sentencia, «los toros entran en el Bono Cultural a hombros del Supremo».

La sentencia en su parte dispositiva se limita a decir que «la conclusión que se impone no puede ser otra, por tanto, que la estimación del recurso contencioso-administrativo por no haberse justificado la exclusión de los espectáculos taurinos del ámbito de aplicación del Bono Cultural Joven, sin que sea necesario hacer ulteriores pronunciamientos».

Lo que no dice la sentencia es si una vez dictada la misma los espectáculos taurinos deben ser subvencionables al poderse incluir en el supuesto de la letra

a) del art. 8,¹⁰ o bien que el Gobierno deberá incluirlos de forma expresa en una nueva redacción, o bien que lo que se exige es volver a motivar la exclusión de forma suficiente, es decir, motivar más la motivación.

Así las cosas, el Ministerio de Cultura decidió optar por no tratar de motivar de nuevo la exclusión e incluyó los espectáculos taurinos en el bono cultural, pudiendo recibirse las ayudas en el ejercicio de 2023. Esta renuncia a motivar de nuevo puede ser interpretada como que no existía una justificación plausible de lo decidido, lo que no creemos sea así, ya que el Gobierno podía justificar por motivos diversos su opción de no subvencionar los espectáculos taurinos, precisando en su caso lo ya expuesto en el Real Decreto impugnado. Seguramente, primó el criterio de zanjar el conflicto, estimar que ya se había motivado el criterio del Gobierno y dejar que se impusiera el del poder judicial. De este modo lo cierto es que el Tribunal Supremo ha definido el contenido de la política del Gobierno en defensa de la cultura y los jóvenes podrán ir a los toros.

II. UNA REFLEXIÓN FINAL

El comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2023 me ha parecido de interés para poder volver sobre un tema complejo y a la vez central dentro del derecho administrativo, y precisamente por ello necesitado de nuevas reflexiones. Este tema no es otro que el control de la discrecionalidad administrativa y la reducción de la arbitrariedad, la exigencia de que toda decisión esté sustentada en razones que puedan justificarla. Lucha contra la arbitrariedad que requiere la presencia del poder judicial. La sentencia nos ilustra sobre la dificultad de encontrar el punto de equilibrio entre el necesario respeto del ejercicio del poder político del Gobierno y la garantía de que este poder no se ejerce de forma arbitraria.

Como se ha dicho, «hay asuntos en los que si la propia ley no extrema las cautelas frente a posibles desafueros del Gobierno y de la Administración — en suma, cuando su contenido regulatorio es escaso o defectuoso— el juez se enfrenta a enormes dificultades para poder llegar a corregirlos y con ello el sistema de control inevitablemente se resiente. Aunque, a la vez, si a pesar de los escollos se aventura a descalificar lo hecho la tacha de activismo judicial estará servida. La alarma sobre el deslizamiento del Estado de Derecho al Estado judicial, y también sobre lo que algunos llaman “juristocracia” —lo que consideran amenaza grave,

¹⁰ El citado apartado establece que son subvencionables: «las Artes en vivo, patrimonio cultural y artes audiovisuales: entradas y abonos para artes escénicas, música en directo, cine, museos, bienes integrantes del patrimonio histórico español, bibliotecas, exposiciones y festivales escénicos, literarios, musicales o audiovisuales, hasta un máximo de 200 euros por beneficiario». No creemos que puedan encajar en estos conceptos los espectáculos taurinos, aunque pudiera pensarse que se trata de un arte en vivo.

extraordinariamente grave para el sistema democrático y la separación de poderes— será inevitable»¹¹.

La alarma es cierta y creciente. De ello es una muestra el libro de Jan Eric Schoettl, *La démocratie au peril des pretoires*, recensionado en este mismo número de la *RAP* por el profesor Francisco Sosa Wagner, quien califica acertadamente el libro como «Alegato» en contra del protagonismo que los jueces han acabado asumiendo en el sistema democrático. Aunque referido de forma principal al control judicial de las leyes, la tesis del libro es que el juez y la forma en que interpreta sus atribuciones han acabado por llevar el sistema representativo democrático, Parlamento y Gobierno, a un estado de anemia.

Las críticas al poder asumido por los jueces pueden ser excesivas, pero demuestran en todo caso la necesidad de que los mismos hagan un uso prudente de su poder, sabiendo cuando hay que pararse ya que se acaba el derecho. Y también se hace necesario exigir que la ley y la regulación normativa acoten más y mejor las decisiones políticas y administrativas.

¹¹ G. Fernández Farreres (2022, págs. 22-23).