

## **PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>**

### **CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE ADMINISTRATIVE DISCRETION**

*Artículo Científico Recibido: 08 de abril de 2016 Aceptado: 08 de junio de 2016*

**María de los Ángeles González Luna<sup>2</sup>**

*mary\_angely73@yahoo.es*

**Mirlo Matías de la Cruz<sup>3</sup>**

*Mirlomatias2003@yahoo.es*

**RESUMEN:** En este trabajo de investigación se estudia la discrecionalidad administrativa, desde una perspectiva constitucional, a través de las fuentes del conocimiento jurídico-formales, como la ley, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, también consultamos legislación y doctrina extranjera. Se llevó a cabo un estudio del problema del control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Constitución, doctrina y jurisprudencia española. Destacamos la importancia de los intereses generales y la discrecionalidad, así como la función de la Administración desde la perspectiva constitucional. Así también, se delimita el concepto de discrecionalidad en Derecho Administrativo y la diferencia entre potestades discretionales y conceptos jurídicos indeterminados.

**PALABRAS CLAVE:** discrecionalidad administrativa, interés general.

**ABSTRACT:** In this research administrative discretion is studied, from a constitutional perspective, through-formal sources of law, knowledge as law, jurisprudence and legal doctrine, also consult foreign law and doctrine. a study of the problem of judicial review of administrative discretion in the light of the Constitution, doctrine and jurisprudence Spanish took place. We stress the importance of the general interest and discretion, and the role of government from a constitutional perspective. Also, the concept of discretion in administrative law and the difference between discretions and legal concepts is delimited.

---

<sup>1</sup> Este artículo científico forma parte del Proyecto de investigación financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT y, también forma parte del proyecto registrado ante la Dirección General de Investigación y Posgrado de la Universidad Autónoma de Chiapas.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Académica-Investigadora de la Universidad Autónoma de Chiapas.

<sup>3</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Académico-Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, México.

**KEYWORDS:** administrative discretion, general interest.

**SUMARIO:** Introducción. **I.-** Los intereses generales, discrecionalidad administrativa y Constitución. **II.-** El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Constitución. **III.-** Conceptualización de discrecionalidad en Derecho Administrativo. **IV.-** La atribución legal de la potestad discrecional y la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. **V.-** El control judicial de la discrecionalidad administrativa en la doctrina y jurisprudencia española. Conclusiones. Bibliohemerografía.

## **INTRODUCCIÓN**

La función administrativa tiene un marcado componente político, al ser la Administración un instrumento en manos del gobierno, quien aplica las decisiones políticas sobre como servir y alcanzar a los intereses generales. La función de la Administración a la que se encomienda la satisfacción de los intereses generales pasa a desempeñar una característica que configura el orden social y deberá promover las condiciones necesarias para la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así se justifica la discrecionalidad administrativa limitada, de conformidad con el Estado democrático de Derecho. Es menester decir, que existe la necesidad de controlar la discrecionalidad y saber los criterios que aplican los órganos del poder judicial para controlar y anular la decisión discrecional administrativa.

## **I. LOS INTERESES GENERALES, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIÓN**

La evolución que ha realizado la discrecionalidad administrativa es importante, se entendía a ésta como la ausencia de norma, libertad absoluta lagunas en la Ley, y a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956 -en adelante LJCA- nace una nueva forma de concepción de la discrecionalidad<sup>4</sup>. El estudio de la situación actual de la discrecionalidad administrativa se realizara, tomando como parámetro de enjuiciamiento a la Constitución Española – en adelante CE-. La Administración tiene priorizado el mandato y la obligación

---

<sup>4</sup> Vid, LJCA de 27 de diciembre de 1956, afirma que la discrecionalidad "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado lo que sea de interés público".

constitucional de servir con objetividad a los intereses generales. De la anterior forma, será entendida y justificada la atribución de las facultades discrecionales limitadas.

Estas facultades discrecionales son limitadas por estar sometidas a la tutela y al control jurisdiccional, quien le aplica los principios generales del Derecho, la Jurisprudencia, la costumbre y el Derecho Comparado; encauzando de tal manera todos los actos administrativos discrecionales. Las anteriores facultades discrecionales son revisadas por el titular de un órgano jurisdiccional y en caso de vulneración de derechos o por contravenir al ordenamiento jurídico, este órgano puede anular la decisión administrativa, pero no sustituirla. Es decir, los actos administrativos se efectúan desde la visión de lo que mejor convenga al interés general, con límites en el ejercicio de las atribuciones administrativas legalmente atribuidas, las cuales son plenamente fiscalizables y susceptibles del control judicial. Estas cuestiones íntimamente relacionadas con el principio de legalidad de la Administración y el principio de seguridad jurídica.

En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>5</sup> -en adelante JTC- señala que *"si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos ha de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas"*. Es menester decir, que de conformidad con el artículo 1º de la CE, España se ha conformado en un Estado social y democrático de Derecho. Esta configuración constitucional trae consecuencias jurídicas que permiten la existencia de potestades discrecionales para el correcto funcionamiento de la Administración. Estas potestades atribuidas posibilitan la consecución de los objetivos constitucionales. Lo anterior quiere decir, que las potestades discrecionales son potestades limitadas y susceptibles del control judicial, toda vez que la Administración emplea este tipo de facultades para la búsqueda del interés general, querido por la norma que otorga dichas facultades<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *Vid.*, STC 34/1995, 6 de febrero, FJ 3º, [Repertorio del Tribunal Constitucional -en adelante RTC- 1995/34].

<sup>6</sup> URIOL EGIDO, C.: La discrecionalidad en el derecho tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general, Documento de Trabajo editado por el IEF, Núm. 29/02, pp. 7 y ss.

En este sentido, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando el interés de la comunidad así lo exija. Incluso haciendo uso de las potestades discrecionales más amplias<sup>7</sup>. Esta adherencia a la finalidad, condiciona la validez de los actos administrativos, así, la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante LRJ-PAC- establece en el artículo 53.2 *“El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”*. No obstante, en el Derecho alemán la definición del interés general forma parte de la discrecionalidad administrativa, utilizando esta técnica en el control de las decisiones discrecionales<sup>8</sup>. Aportación novedosa, que subraya la vinculación entre discrecionalidad e intereses generales.

En la Jurisprudencia española, se acude a la discrecionalidad para controlar el uso y las definiciones de los intereses generales, que haya realizado la Administración, ya sea para afirmar la existencia de un acto reglado o admitiendo la discrecionalidad, en este caso se procede a su reducción mediante las técnicas habituales<sup>9</sup>. El carácter servicial o vicarial de la Administración, le impide definir los intereses generales, tarea que le corresponde a las Cortes o al Gobierno, de conformidad con el artículo 97 CE<sup>10</sup>. Por su parte la Administración debe aplicar la idea del interés público marcado por Ley<sup>11</sup>. El interés público sometido a la interpretación jurídica, sólo fundamenta las decisiones discrecionales generadas por las actuaciones administrativas. Como núcleo y sostén jurídico de la discrecionalidad, el interés público sólo elimina las decisiones arbitrarias, no las decisiones fundadas y razonables tomadas en el ámbito de las facultades atribuidas por la Ley a la Administración, y conforme a la idea que la Ley expresa<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: Curso de Derecho Administrativo, T. I, edic. 12ª, Civitas, Madrid, 2005, pp. 453 y 454.

<sup>8</sup> NIETO GARCÍA, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en (AA. VV.): Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2246.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 2246.

<sup>10</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: Discrecionalidad Administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995, p. 167.

<sup>11</sup> SÁINZ MORENO, F.: “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, REDA, Núm. 8, p. 75.

<sup>12</sup> SÁINZ MORENO, F.: Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Civitas, Madrid, 1976, p. 330.

En las normas de la Ordenanza Tributaria alemana existen potestades discrecionales, atribuidas a los órganos administrativos para adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con la finalidad de la Ley<sup>13</sup>. Para GIANNINI, el interés público<sup>14</sup> es atribuido a un poder público, constituyendo para éste el interés primario<sup>15</sup>. Esta última es la noción básica de la discrecionalidad administrativa. Los centros de referencia, -llamando así a los entes, comité u órganos que tutelan los intereses públicos-, ostentan poderes y tienen el deber de intervenir sobre el interés público tutelado que le es propio<sup>16</sup>.

Los intereses generales no se encuentran predeterminados, la ley le confiere a la Administración la libertad de actuar; otorgándole un poder discrecional limitado<sup>17</sup>. Necesariamente son los entes y órganos administrativos los encargados de tutelar los intereses públicos. Dicha función de la Administración es controlada por un juez que vigila el sometimiento de la acción de la Administración a la ley<sup>18</sup>. Al respecto de lo anterior, existen ejemplos de definiciones constitucionales de los intereses generales; por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente del art. 45 CE, de vivienda art. 47 CE, etc. Estos son fines de interés general o público, y éste equivale a un bien común, como la salud pública, que son intereses de la nación y de conveniencia general, por tanto susceptibles de múltiples concreciones por parte de la Administración.

En este sentido, la función de la Administración debe manejarse desde el punto de vista del Derecho Público, como fines o funciones creados para gestionar intereses colectivos<sup>19</sup>. La función administrativa tiene un marcado componente político, al ser la Administración un instrumento en manos del gobierno, quien aplica las decisiones políticas sobre como servir y alcanzar a los intereses generales. El carácter político de la discrecionalidad es la manifestación de la función de dirección, según el artículo 97

---

<sup>13</sup> HENSEL, A.: Derecho tributario, Traducción por Báez Moreno, A., González-Cuellar Serrano, M. L. y Ortiz Calle, E., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 143.

<sup>14</sup> En relación con la noción del interés público, véase a SAINZ MORENO, F.: "Sobre el interés público y la legalidad administrativa (entorno a la obra de TRUCHET, Les fonctions de la notion d' intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat)", RAP, núm. 82, 1977, p. 439.

<sup>15</sup> GIANNINI, M. S.: Derecho Administrativo, (traducción Luis Ortega, T. I), MAP, Madrid, 1991, pp. 133 y ss.

<sup>16</sup> MORENA Y DE LA MORENA, L.: "Los fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídico" RAP, núm. 85, 1978, p. 151.

<sup>17</sup> MOZO SEOANE, A.: La discrecionalidad de la Administración Pública en España, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 401 y 411.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Notas sobre la función Administrativa en la Constitución Española de 1978", en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Directores): *La Constitución Española de 1978*, Edic. 2ª, Civitas, Madrid, 1988, p. 641.

<sup>19</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico", en (AA. VV.): *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2456.

CE<sup>20</sup>. No obstante, la función de la Administración a la que se encomienda la satisfacción de los intereses generales pasa a desempeñar una característica que configura el orden social y deberá promover las condiciones necesarias para la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así se justifica la discrecionalidad administrativa limitada, de conformidad con el Estado democrático de Derecho<sup>21</sup>.

La norma ha querido que sea la Administración la que opte entre varias soluciones, en las que se pondere la consecución del interés general; por su parte, los Tribunales controlan éstas decisiones discrecionales, y pueden inclusive llegar a la anulación de la decisión adoptada por la Administración en el ejercicio de una potestad discrecional, sin alcanzar nunca la sustitución del acto<sup>22</sup>. Aclarando la Sentencia del Tribunal Superior<sup>23</sup> –en adelante STS- de 21 de noviembre del 2000, que los jueces no están habilitados para sustituir decisiones administrativas discrecionales, establece que, “*la sustitución (del acto administrativo por una decisión jurisdiccional) no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales, habiendo un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial*”. Al respecto la STS de 3 de diciembre de 1993<sup>24</sup> señala:

Con este punto de partida importa subrayar la doble función que la Constitución atribuye, en lo que ahora importa al proceso Contencioso-Administrativo: tutela judicial, por un lado y control jurisdiccional de la Administración, por otro. Y sobre esta base, será de indicar (...)Y ya en este punto será de recordar que el ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento

---

<sup>20</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, ob. cit., pp. 169 y ss. Agrega este autor que: “De hecho cualquier conocedor del funcionamiento de las administraciones públicas sabe que la gran mayoría de las decisiones discrecionales las toman funcionarios profesionales (y no cargos políticos o directivos), y que la supervisión más o menos intensa que éstos han de ejercer es a veces más aparente que real”.

<sup>21</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M.: “Artículo 103. La organización y la función pública”, ALZAGA VILLAMIL, A. (Director): *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, EDESA, Madrid, 1985, p. 270.

<sup>22</sup> GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid 1998, p. 44. En el mismo sentido BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, ob. cit., pp. 164 y ss. Así pues reafirma su tesis al decir que los tribunales pueden anular pero no sustituir la discrecionalidad y comenta que está extraído de la realidad jurisprudencial y doctrinal.

<sup>23</sup> STS 10267/2000, de 21 de noviembre, [RJ 2000/10267]; en el mismo sentido, *vid*, STS 255/1999, de 20 de noviembre de 1999, [RJ 1999/255]; 5339/1993, de 23 de junio, [RJ 1993/5339]; 5737/1991, de 9 de julio, [RJ 1991/5737]; 8428/1990, de 30 de octubre, [RJ 1990/8428].

<sup>24</sup> STS 9538/1993, de 3 de diciembre, [RJ 1993/9538].

determina agotadoramente, en lo que ahora importa, el contenido de la decisión a dictar actuando la potestad, en tanto que en las discrecionales se remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la Ley «tipifica» el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones todas igualmente lícitas -y por tanto indiferentes para el Derecho- entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos (...) En cambio la sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales: «hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial».

## II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 103.1 de la CE proclama que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales, así pues, la Administración puede desarrollar su actividad y hacer uso de la discrecionalidad administrativa, y actuar según los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Este último principio recoge la afirmación de la subordinación de la Administración al bloque de legalidad, constituido por el ordenamiento jurídico y al bloque constitucional. La Administración puede ejercer la potestad discrecional sin contravenir un mandato legal, de este modo la actuación administrativa será válida<sup>25</sup>.

Es decir, el artículo 103.1 constitucional identifica a la Administración pública con los intereses generales, permitiendo este precepto hacer la afirmación de que allí donde aparecen intereses generales, debe y puede intervenir la Administración Pública y debe actuar con objetividad<sup>26</sup>. Lo que implica que las valoraciones realizadas en función del interés general entran en el campo de lo jurídico, y es posible interponer

---

<sup>25</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Artículo 103 La organización y la función pública", *ob. cit.*, pp. 278 y 279.

<sup>26</sup> NIETO GARCÍA, A.: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *ob. cit.*, pp. 2225 y 2226. PECES-BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978, un estudio de Derecho y Política*, Ed. Fernando Torres, S. A., Valencia, 1991, p. 89.

recurso contra cualquier acto discrecional o no, fijándose el carácter pleno del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Así pues, la medida y la intensidad de la fiscalización de la discrecionalidad ha de buscarse en el artículo 24 constitucional<sup>27</sup>. En especial la STC<sup>28</sup> señala el carácter plenario, en el sentido de que no queden espacios francos de fiscalización jurisdiccional.

Del conjunto de reglas constitucionales se desprende un diseño de control de la actividad administrativa en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes que en todo caso corresponde valorar a este tribunal, no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquella al control y fiscalización de los tribunales de justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este tribunal, que se ha ocupado de manera que si bien la Constitución no ha definido cuáles ha de ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, sí ha afirmado en cambio la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.

Así, el artículo 103.1 CE y la discrecionalidad tienen una relación similar con el Derecho, en el sentido de que la Administración de acuerdo con el principio de legalidad actuará con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y la discrecionalidad consiste en una habilitación legal para actuar de un modo determinado para hacer más asequible el crédito fiscal<sup>29</sup>. La superación positiva de la discrecionalidad se deriva de los artículos: 24.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución Española. La discrecionalidad ya no se entiende como ámbito administrativo exento del control judicial; en el sentido de que toda decisión tomada por la Administración, debe ajustarse al ordenamiento jurídico y ha de servir a los intereses generales, dada su recepción en el artículo 103.1 constitucional. La Administración actuará en el ámbito del Derecho, es decir, la discrecionalidad de la Administración no es libre, de conformidad con el Estado de

---

<sup>27</sup> Sobre el carácter *pleno o plenario* del control de los actos administrativos y del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, *vid*, las STC 34/1995, de 6 de febrero, FJ 3º, [RTC 1995/34]; 232/1992, de 17 de diciembre de, [RTC 1992/232] y 149/1993, de 29 de abril [RTC 1993/149].

<sup>28</sup> STC 34/1995, de 6 de febrero, FJ 3º, [RTC 1995/34].

<sup>29</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, *ob. cit.*, p. 166.



Derecho, los actos ejecutados por la Administración deben respetar tanto los derechos fundamentales como las garantías de los ciudadanos<sup>30</sup>.

El artículo 106 de la CE sujeta toda la actuación administrativa y la potestad reglamentaria al control de los Tribunales con sometimiento de ésta a los fines que la justifican, limitando a la Administración Pública y extendiendo la protección judicial al ciudadano<sup>31</sup>. Así lo entiende también el artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ-, de 1º de julio de 1985, cuando dice: “*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*”. El Tribunal Supremo controla jurisdiccionalmente el actuar administrativo, acorde con las exigencias constitucionales y verifica que la decisión discrecional sea objetiva, mediante el control de la existencia de la motivación del acto, la suficiencia y la coherencia. Y ha de verificar este órgano jurisdiccional que la decisión discrecional responda a los intereses generales. Es decir, que se encuentre la decisión discrecional respaldada por la ley y el Derecho, y no sea arbitraria. Ambas verificaciones han de garantizar al ciudadano la tutela judicial efectiva.

El sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico es expresamente señalado por el artículo 9.1 CE: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. La fiscalización por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa alcanza a las disposiciones reglamentarias y actos administrativos contrarios a la Constitución, controlando los Tribunales la legalidad de las actuaciones<sup>32</sup>. Lo anterior manifiesta que la Administración Pública actuará con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, (artículo 103.1 CE). La Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así lo establece en la parte in fine el artículo 9.3 CE, es decir, que la elección realizada por la Administración sea acorde con el interés general, de lo contrario podría calificarse de arbitraria<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, p. 82 y ss.

<sup>31</sup> AGUILAR LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R.: *Constitución Española*, Vol. I, CEC, Madrid, 1988, pp. 839 y 840.

<sup>32</sup> PONT MESTRES, M.: *El contribuyente ante las anomalías en la actividad de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 26.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, ed. 4ª, Madrid, 2002.p. 244.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>34</sup> se pronuncia en este sentido, y afirma que la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho "equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos (art. 9) y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 CE). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106.1 CE)".

En el mismo sentido establece el artículo 117.3 constitucional: "*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las establezcan*". La Constitución encomienda a los Tribunales que hagan ejecutar lo juzgado, no que lo ejecuten por sí mismos. Es la Administración la obligada a ejecutar las sentencias. En este tipo de control se encuentran todos los actos administrativos o actos sujetos al Derecho Administrativo<sup>35</sup>. Es decir, el control sobre la actuación de la Administración se realizará a través de los Tribunales, impugnando dichos actos ante el Tribunal competente, cuando el ciudadano se vea afectado en sus derechos e intereses. En el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución, se establece el mandato general a los Tribunales de protección de los derechos e intereses legítimos. Así lo establece el artículo 24.1 CE referente a la tutela judicial efectiva que poseen todos para la protección de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, procediendo el Tribunal al control de las actuaciones Administrativas<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> *Vid.*, STC 34/1995, de 6 de febrero, FJ 3, [RTC 1995/34]. En el mismo sentido *Vid.* STC 179/2003, de 13 de octubre, FJ 3, [RTC 2003/179] y 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 5, [RTC 2003/220].

<sup>35</sup> GUAITA, A.: "Artículo 106", en la obra de ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA, Madrid, 1985, pp. 334, 335 y 349. Manifiesta que toda actuación administrativa, es controlable por los tribunales contenciosos, sea su autor la Administración o cualquiera de los poderes públicos. *Vid.* STC 67/1984, de 7 de junio, [RTC 1984/67].

<sup>36</sup> EMBID IRUJO, A.: "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en (AA. VV.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2708.

Así pues, la misión del Derecho Constitucional es encauzar el ejercicio del poder por el Derecho y asegurar las libertades públicas de los ciudadanos<sup>37</sup>. PÉREZ ROYO<sup>38</sup> afirma que toda la actividad de la Administración es controlable por los Tribunales de Justicia y que no hay actos inmunes frente al control judicial. Los Tribunales de Justicia controlan la Legalidad de la acción administrativa y si tal acción se adecua a los fines que la justifican. La actividad administrativa puede ser discrecional, pero no debe ser nunca arbitraria, por prohibición expresa del artículo 9.3 CE. La jurisdicción Contencioso-Administrativa controla el mal uso de facultades administrativas a través de la técnica de la desviación de poder; así pues, la Administración debe actuar conforme a Derecho<sup>39</sup>.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en el artículo 54, f), que serán motivados los actos que se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales<sup>40</sup>.

Los tribunales ordinarios controlan el sometimiento al principio de legalidad por parte de la Administración, pero esto no significa que la ley predetermine todos los aspectos de la actuación administrativa. La norma legal atribuye a la Administración determinadas funciones, en las que no puede prever exactamente todos los aspectos de las decisiones a adoptar. En este sentido la Administración tiene un margen de discrecionalidad, regido por el principio de oportunidad y conveniencia, no revisable por los tribunales. Los Tribunales sólo podrán controlar los elementos reglados de la actuación administrativa, revisar si la Administración ha actuado conforme a la ley y si ha cumplido los fines que la misma prevé.

---

<sup>37</sup> VOGEL, K.: "La Hacienda Pública y el Derecho Constitucional", *HPE*, Núm. 59, 1979, pp. 16 y 23.

<sup>38</sup> PERÉZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Edic. 10º, Madrid, 2005, pp. 855 y 856.

<sup>39</sup> LJCA de 13 de julio de 1998, establece en el artículo 70.2 el control sobre el mal uso de facultades administrativas y el concepto de desviación de poder en el artículo 70.2 *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. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.*

<sup>40</sup> LRJ-PAC de 26 de noviembre de 1992, artículo 54 f) *Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. Vid, a ALONSO DE ANTONIO, A. L. y ALONSO DE ANTONIO, J. A.: *Derecho Constitucional Español*, Universitas, S.A., Edic. 2ª, Madrid, 1998, p. 385. PECES-BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978, un estudio de Derecho y Política*, ob. Cit., p. 91.*

También el Tribunal Constitucional tiene encomendado el control de la actuación de la Administración pública, el parámetro de control es la Constitución y el conjunto de normas integrantes del bloque de constitucionalidad<sup>41</sup>. Lo que equivale a decir, que es necesario un estudio sobre la discrecionalidad en la doctrina y jurisprudencia desde el ámbito administrativo, para la realización de un enjuiciamiento directo sobre la misma.

### **III. CONCEPTUALIZACIÓN DE DISCRECIONALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

El concepto de discrecionalidad en la doctrina del Derecho Administrativo suele utilizarse de manera unívoca, con modalidades y manifestaciones muy variadas. FLEINER<sup>42</sup> opina que la Administración ha de determinar entre varias posibles soluciones aquélla que se adecuó al caso concreto y a la intención de la ley. Para ALESSI<sup>43</sup> la potestad discrecional versa en la apreciación del interés público por parte de la Administración, con el fin de decidir si conviene o no la acción administrativa. A la discrecionalidad también se conoce como un elemento de táctica o de estrategia,

---

<sup>41</sup> AA. VV.: *Derecho Constitucional*, Vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pp. 206 y ss., señala que la actuación de la Administración no sólo está sometida al control jurídico, sino también al político, y corresponde realizar el control político a las Cortes y consiste en la exigencia de información sobre la actuación administrativa. En este sentido, la constitución contempla el control político de la Administración, en el artículo 54, 124 y 136.1 CE. El artículo 54 CE se crea la figura del *Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales*. Es un órgano designado por las Cortes, su función consiste en la supervisión de la actividad de la Administración, para detectar posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución e instar a la rectificación de dichas conductas. El artículo 124 CE se regula la misión del *Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*. El artículo 136.1 CE configura el Tribunal de cuentas como supremo órgano de control contable del Estado y de todo el sector público. Es un órgano designado por las Cortes, presenta una doble naturaleza, por un lado *ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado*, y por el otro, se le atribuye jurisdicción propia, relativa al enjuiciamiento contable de las infracciones o responsabilidades detectas en las cuentas del Estado y del sector público. *Vid.* ESCUIN PALOP, V.: "La Administración del Estado en la Constitución" en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 298.

<sup>42</sup> *Vid.* FLEINER, F.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción Alemana por SABINO A. GENDIN, Edic. 8ª, Labor, Barcelona, 1933, pp. 116 y ss. Al decir que "en el Derecho administrativo se trata de relaciones jurídicas trazadas principalmente *a priori* por la ley... porque únicamente sometiendo estrechamente la autoridad a la ley era posible obtener la seguridad e igualdad jurídicas que reclamaba el Estado de Derecho... (...) El legislador se da cuenta de que en numerosas relaciones de la vida el resultado que quiere conseguir (protección de los intereses públicos) puede ser alcanzado por distintos caminos. Entonces el legislador se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada caso... el legislador incorpora al cuadro de sus principios jurídicos un elemento móvil que permite a dicho órgano ejecutar los preceptos legales de tal manera que responda a las variables exigencias de la vida y del interés público... nunca se logrará elevar a sistema el concepto de <<interés público>>, porque las exigencias del interés público varían de una institución jurídica a otra".

<sup>43</sup> ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho administrativo*, (traducción Italiana por Buenaventura Pellise Prats, Edic. 3ª, BOSCH, Barcelona 1970, pp. 188 y 189. señalando el autor que la discrecionalidad de la administración constituye un "modo de ser que se refiere a la imprecisión de los límites dados a la potestad de acción conferida, de manera que permita una esfera de apreciación de la oportunidad de la acción en relación con el interés público -concibe a la discrecionalidad como una esfera limitada- si la concesión de una más o menos amplia esfera de discrecionalidad es prácticamente indispensable, ya que el legislador no puede prácticamente prever, como sería deseable, toda la infinita gama de las múltiples circunstancias que pueden presentarse y las exigencias del interés público, dictando una norma precisa para cada caso, ello no quiere decir que la esfera de apreciación del interés público que debe inevitablemente dejarse a la Administración no deba estar limitada de alguna manera. Los límites a la discrecionalidad pueden ser tanto formales como sustanciales".

que se produce cuando la ley concede a la Administración un espacio para decidir de la manera más efectiva una finalidad legal<sup>44</sup>. Para GIANNINI<sup>45</sup> la discrecionalidad consiste en la posibilidad de elección de la más adecuada entre varias soluciones, este proceso consiste en sacrificar intereses privados en beneficio del interés público.

La LJCA<sup>46</sup> señala en la Exposición de Motivos que concibe la discrecionalidad como una atribución normativa, lo hemos dicho reiteradamente. En este sentido la Administración tiene libertad limitada de apreciación, sólo en algunos elementos, nunca en todos. La Administración ejerce la potestad discrecional cuando la ley no precisa todas las condiciones de ejercicio, dejando un cierto margen de capacidad de decisión, del que podrá hacer uso legítimamente en cada caso concreto de conformidad con la ley<sup>47</sup>. El Tribunal Supremo<sup>48</sup> ha definido la potestad discrecional como “*la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas igualmente válidas por permitidas por la Ley*”. En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>49</sup> advierte que esa libertad de apreciación no es absoluta, sino que exige un proceso de razonamiento, un proceso intelectual, un proceso de ponderabilidad jurídica y que nunca la discrecionalidad equivale a arbitrariedad.

El Tribunal Supremo ha ido perfeccionando el concepto de discrecionalidad y la doctrina y la Jurisprudencia se han fijado en el carácter pleno del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Así lo precisan los art. 103.1 y 106.1 CE sobre el control judicial de las actuaciones administrativas y el art. 24.1 CE sobre el derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva. MOZO SEOANE<sup>50</sup> manifiesta que la discrecionalidad tiene una vinculación positiva con la legalidad, que consiste en la posibilidad de elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público. En este sentido, la norma jurídica autoriza a la Administración para que concrete

---

<sup>44</sup> BULLINGER, M.: “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, *La Ley*, 1987, p. 906, señala que ha de reconocerse la discrecionalidad táctica “cuando se exige la movilidad de una decisión rápida de la Administración, reaccionando frente a las circunstancias momentáneas de cada caso individual. El ejercicio de la discrecionalidad táctica precisamente no debe poder calcularse en base a los principios normales del Estado de Derecho, ya que si esto fuese posible, se invalidaría o se debilitaría decisivamente el efecto de la actuación”.

<sup>45</sup> GIANNINI, M. S.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 133.

<sup>46</sup> LJCA de 27 de diciembre de 1956, dice, que la discrecionalidad “Surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público”.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Discrecionalidad”, en *EJB*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1994, p. 4962.

<sup>48</sup> *Vid.*, STS 936/1977, de 15 de junio, [1977/936]; 3384/1984 de 15 de junio de 1984 [RJ 1984/3384].

<sup>49</sup> *Vid.*, SSTS 3384/1984, de 15 de junio, [RJ 1984/3384], 4673/1984, de 13 de julio, [RJ 1984/4673] y 2931/1987 de 10 de abril, [1987/2931].

<sup>50</sup> MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, ob. cit., pp. 410 y 411.

eficazmente el interés público, ya que este se encuentra definido y fijado, pero no predeterminado con toda precisión por la norma.

La discrecionalidad sólo se legitima cuando se usa para satisfacer los intereses generales<sup>51</sup>. Así mismo, PAREJO ALFONSO<sup>52</sup> con una posición paradigmática concluye que la norma remite la toma de la decisión (con parcial libertad) al juicio de la propia Administración pública. Es decir el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para la consecución eficaz del interés público. Es decir, la potestad discrecional es atribuida por la Ley a la Administración, como una cierta libertad de apreciación de algunos elementos del acto, nunca de todos<sup>53</sup>. SÁNCHEZ MORÓN<sup>54</sup> entiende que la discrecionalidad supone, que dentro del marco legal la Administración puede optar por decisiones o soluciones distintas, con el fin de satisfacer el interés público, en función de las circunstancias, de estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas, que a la propia Administración corresponde realizar. La Administración tiene la libertad de optar y de ejercitar dentro del marco de legalidad, entre diversas decisiones, todas igualmente válidas para el ordenamiento<sup>55</sup>.

Así, la Administración, al ejercitar las potestades discrecionales, puede definir total o parcialmente los intereses generales, o lo que mejor conviene para la satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador. En este sentido el Tribunal Supremo<sup>56</sup> alude a la libertad de apreciación del interés general en cada caso concreto; de acuerdo con esta doctrina legal no hay potestades absolutamente discrecionales<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> *Vid.*, NIETO, A.: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *ob. cit.*, p. 2239 y ss.

<sup>52</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo*, Ariel, Madrid, 2003, p. 622.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMON FERNANDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, *ob. cit.* 2005, p. 462.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, parte general*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 90 y 91.

<sup>55</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, 2ª edic., España, 2005, p. 530.

<sup>56</sup> *Vid.* STS 5424/1982, de 16 de julio [RJ 1982/5424] y 3188/1985, de 12 de junio de, [1985/3188].

<sup>57</sup> RAMON PARADA, J. R.: *Derecho Administrativo I, parte general*, edic. 9ª, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 102.

#### IV. LA ATRIBUCIÓN LEGAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL Y LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

El uso indiscriminado e indistinto de las expresiones de poder o potestad ha hecho surgir múltiples controversias y confusiones. En este sentido, manifiesta GONZÁLEZ GARCÍA<sup>58</sup> que existe una confusión conceptual entre los términos potestad-posición y la potestad-situación subjetiva. En el primer término se habla de poder o potestad tributaria refiriéndose al poder legislativo que corresponde al Estado. En el segundo se alude al poder o potestad de la Administración pública tendente a aplicar las normas tributarias. Es decir, la potestad tributaria contempla dos posiciones distintas, la potestad tributaria normativa<sup>59</sup> y la potestad de imposición<sup>60</sup> o la potestad tributaria administrativa<sup>61</sup>. De lo anterior deriva que la primera acepción se refiere a la facultad que tiene el Estado para establecer tributos mediante normas jurídicas. La segunda se dirige a la exacta aplicación de la legalidad en la exacción del tributo, dicha actuación administrativa está sometida a la Ley y al Derecho.

Esta potestad de imposición o potestad tributaria administrativa no se encuentra vinculada con la idea de la soberanía política, toda vez que las actuaciones son reconducibles a una vigilancia y revisión por los órganos jurisdiccionales. La potestad de imposición o potestad administrativa se manifiesta cuando *"el ente impositor interviene concretamente a través de sus órganos creados para ello, bien para determinar previamente si y cuánto el sujeto pasivo debe pagar a título de tributo bien para comprobar las declaraciones y los pagos efectuados por dicho sujeto en cumplimiento de la norma tributaria"*<sup>62</sup>. En esta investigación nos hemos inclinado por el uso del término potestad tributaria, pues este último es un término más propio que se circunscribe a los titulares de la Administración tributaria<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, E. y GONZÁLEZ PESCADOR, T.: *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria, Salamanca, 2004, p. 155.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, E. y ERNESTO LEJEUNE VALCÁRCCEL: *Derecho Tributario, I*, 2ª edición, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 2000, p.120; *vid*, la aportación de ARSUAGA NAVASQUÉS, J. J.: "La Ley General Tributaria en la Constitución", en la obra (AA. VV.): *Hacienda y Constitución*, p. 333.

<sup>60</sup> MICHELI, G. A.: *Curso de Derecho Tributario*, EDERSA, Madrid, 1975, pp. 141 y 142., advierte que "se habla frecuente de poder tributario o de poder de imposición para indicar tanto el poder legislativo, en cuanto se dirige la establecimiento de normas tributarias, como para indicar el poder de la administración pública llamada a aplicar dichas normas... -el poder legislativo- es expresión de la soberanía se define como potestad normativa tributaria para subrayarlo y distinguirlo en contenido del poder que el estado administrados tiene para aplicar las normas y que se define como poder de imposición".

<sup>61</sup> *Vid*, la aportación de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. en la obra dirigida por ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): "Artículo 133. La potestad tributaria", en *Comentarios a la Constitución*, p. 271.

<sup>62</sup> MICHELI, G. A.: *Curso de Derecho Tributario, ob. cit.*, p. 168, manifiesta que "la potestad impositiva, por tanto, está generalmente vinculada por la ley y no presenta más que restringidas áreas de discrecionalidad"

<sup>63</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, E. y ERNESTO LEJEUNE VALCÁRCCEL: *Derecho Tributario, ob. cit.*, pp.119 y ss.

Para CAZORLA PRIETO poder tributario y potestad tributaria son conceptos distintos. En el primero son titulares del poder tributario las instituciones parlamentarias y otros entes –Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y Plenos de Diputaciones y Ayuntamientos, en el caso español-. En el segundo son titulares de la potestad tributaria las distintas Administraciones tributarias<sup>64</sup>. La potestad tributaria se desenvuelve en un conjunto de facultades y de actuaciones específicas, que son atribuidas por la Ley a la Administración para investigar las realidades económicas de los administrados y facilitar la exigencia de los tributos. En este sentido la potestad se atribuye a la Administración por razones de interés público y sólo puede ser ejercitada cuando se dan los supuestos de interés público en que la Ley prevé su ejercicio<sup>65</sup>.

Las potestades enuncian facultades estrictamente limitadas y no hay poderes administrativos ilimitados. Es decir, las potestades administrativas son atribuidas de forma específica y concreta<sup>66</sup>. La Administración no tiene un poder absoluto sobre los ciudadanos, la Ley ha de concretar y determinar las potestades otorgadas, respetando los derechos y libertades fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución). Las potestades administrativas discrecionales deben ejercitarse en función del interés público y la Administración esta obligada al ejercicio de sus potestades cuando el interés público se encuentre presente. Así lo establece el artículo 103 de la Constitución, cuando dice: "*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*" y el artículo 53.2 de la LRJ-PAC condiciona la validez de los actos administrativos al decir, que "*El contenido de los actos... será adecuado a los fines de aquéllos*". Con el anterior sentido, la Jurisprudencia afronta el problema de la fiscalización de la potestad administrativa discrecional con razonabilidad. La STS<sup>67</sup> de 20 de abril de 2004 señala la potestad discrecional excepcional ejercida por la Administración, por razones de interés general, y

---

<sup>64</sup> CAZORLA PRIETO, M. L.: *Poder tributario y Estado contemporáneo*, IEF, Madrid, 1981, p. 108.

<sup>65</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L.: "La potestad de imposición y la relación tributaria II: Las teorías sobre la relación jurídica tributaria y su revisión en la moderna doctrina", *RDFHP*, número 86, 1970, p. 173 y ss.

<sup>66</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 453, 458 y 462, opinan que "las potestades enuncian facultades estrictamente limitadas y condicionadas y no absolutas o ilimitadas... la legalidad define, pues, y atribuye, con normalidad, potestades a la Administración. La acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas... no hay pues poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados con un ámbito de ejercicio lícito".

<sup>67</sup> *Vid*, la STS 2866/2004, de 20 de abril, [RJ 2004/ 2866], y la STS 2597/1961, de 12 de mayo, [RJ 1961/2597], manifiesta que "la norma jurídica establece una clara facultad discrecional..." instaurando la frase "podrá disponer en cada caso la excedencia forzosa o la continuación en activo del funcionario", en relación a lo expuesto existe una diversidad de sentencias que exponen la frase "podrá" relacionada con la norma jurídica, desprendiéndose dicha facultad discrecional del ordenamiento.



aprecia también el control de la discrecionalidad, a través de las diversas formas de manifestación legal de la misma, al decir:

los mecanismos de corrección de las variaciones erráticas de los precios internacionales de la materia prima y de los fletes corresponde determinarlos a la Administración, dentro del ámbito de su potestad discrecional, sin que puedan reputarse arbitrarios, ni considerarse de peor implantación que los mencionados por la entidad recurrente, ni indeterminados en el tiempo... es también facultad discrecional de la Administración, cuando la elección, como ocurre en el presente caso, no puede reputarse tampoco arbitraria, dada la posición dominante -de monopolio de hecho- que en el sector del suministro en Canarias de los GLP tiene la empresa recurrente. (...)...el Derecho Comunitario Europeo... admite, no obstante, que los Estados miembros conserven competencias relativas a la planificación y ordenación económica, una de las cuales es la intervención en los precios de ciertos productos de interés general.

De estas formas de expresión legal se sirve la norma jurídica para atribuir a la Administración un ámbito de libre actuación, orientado al logro y satisfacción de los intereses generales<sup>68</sup>. En tal sentido, la Administración actúa investida de poderes discrecionales. Se abandona el concepto ligado a la no existencia de norma a la que se tenía que sujetar su actuación, para pasar a ser legal, reconocida por la norma, jurisprudencia y doctrina<sup>69</sup>. Los planteamientos actuales sirven para deslindar con claridad los supuestos en que la ley otorga a la Administración facultades discrecionales para el desarrollo de su actividad. Y los conceptos normativos indeterminados aparecen teóricamente resueltos por la citada teoría.

---

<sup>68</sup> MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, ob. cit., pp. 287y 369.

<sup>69</sup> En relación la STS 5420/1966, de 7 de diciembre, [RJ 1966/5420], señala que tales actos no serían "ajustados a derecho si se acredita entre otras causas notoria arbitrariedad, abuso o desviación de poder" y la STS 935/1962, de fecha 20 de enero, [1962/935], señala que "es innegable que la extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito".

Anteriormente, la doctrina no se encontraba de acuerdo sobre la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados<sup>70</sup>, y existían confusión entre ambas técnicas. En el primer caso, de la atribución de potestades discrecionales, el Derecho admite la "*pluralidad de soluciones justas*", mientras que en el segundo, jurídicamente rige el principio de "*unidad de solución justa*", no hay lugar para elección alguna es simplemente concreción del concepto sobre una realidad dada<sup>71</sup>. El deslinde entre facultades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados admitió la reducción de potestades discrecionales de la Administración<sup>72</sup>.

Para GONZÁLEZ-VARAS la discrecionalidad afecta a la consecuencia jurídica, en el sentido de que la Administración puede elegir entre distintas opciones para la concreción de un supuesto de hecho legal. Por el contrario, los conceptos jurídicos indeterminados afectan al supuesto de hecho, el cual requiere o necesita de precisión jurídica<sup>73</sup>. Básicamente, la discrecionalidad es la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, fundamentándose la decisión en criterios no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. El juez ordinario no puede fiscalizar la decisión discrecional, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa.

El juez sólo podrá identificar si la Administración ha rebasado los límites que la Ley le impone, anulándola en cuanto los límites de ese margen de apreciación hayan sido transgredidos. Sólo se justifica el uso de la potestad discrecional en la presunción de racionalidad. La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación e interpretación de la Ley y el juez puede fiscalizar tal aplicación<sup>74</sup>. La jurisprudencia<sup>75</sup> incorpora la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para una mejor fiscalización de la discrecionalidad administrativa. El estudio de dichos conceptos se compone de un proceso intelectual que conduce a la solución

---

<sup>70</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, ob. cit., p. 40.

<sup>71</sup> *Vid.*, la STC 3420/1964, de 28 de abril, [RTC 1964/3420].

<sup>72</sup> MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, ob. cit., pp. 371 y 372.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ-VARAS, S.: *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 89.

<sup>74</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 470.

<sup>75</sup> STS 5198/1963, de 21 de diciembre, [1963/5198] aplica la doctrina que se estudia, en los siguientes términos: *Al decir, que se tenga presente, como es obligado, el elevado sentido progresivo de la vigente legislación reguladora del control jurisdiccional de la actividad administrativa.*

adecuada.<sup>76</sup>. Así, la Administración ha de escoger únicamente la solución querida por el Derecho<sup>77</sup>.

## V. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En la actualidad existen específicas técnicas para el control de las potestades discrecionales; la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho. Todas las técnicas de control mencionadas quedan enmarcadas en la formal prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos que señala el artículo 9.3 CE, prohibición que obliga a distinguir entre la discrecionalidad y la arbitrariedad<sup>78</sup>. A partir de la LJCA se estableció la apertura al control judicial de las potestades discrecionales de la Administración. El control judicial de la discrecionalidad se realiza sobre los elementos reglados del acto discrecional que son: existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas, procedimientos y fin<sup>79</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>80</sup> señala las técnicas desarrolladas para el control de la discrecionalidad, al decir: *"El reconocimiento del amplio campo que la Ley concede a la actividad discrecional de la Administración... no significa la consagración de zonas inmunes al control jurisdiccional, ya que la discrecionalidad viene siempre atemperada por elementos reglados que configuran su perfil y generalmente se concretan en la respectiva verificación de la competencia del órgano decisorio, la observancia del procedimiento legalmente preestablecido y la explicitación del fin perseguido"*. La STC de 6 de febrero de 1995<sup>81</sup> señala la forma de control judicial de la discrecionalidad, a través de los preceptos constitucionales 1º, 9º, 103.1 y 106.1 CE, sin definir aún los instrumentos procesales que hagan posible el control jurisdiccional de la discrecionalidad, para una fiscalización plena de la discrecionalidad administrativa. Al decir:

---

<sup>76</sup> MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, ob. cit., pp. 299 y 304.

<sup>77</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, ob. cit., p. 38.

<sup>78</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 474.

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 136.

<sup>80</sup> *Vid.*, SSTS 2369/1995, de 14 de marzo de, FJ 5º, [RJ 1995/2369] y 3394/1993, de 5 de mayo, [RJ 1993/3394].

<sup>81</sup> STC 34/1995, de 6 de febrero, F.J. 3º, [RTC 1995/34].

El reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE) , equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos (art. 9) y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 CE). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106.1 CE). Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el art. 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes -que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal- no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser «los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional», sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos «han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas.

Es menester decir, que existe la necesidad de controlar la discrecionalidad y saber los criterios que aplican los órganos del poder judicial para controlar y anular la decisión discrecional administrativa<sup>82</sup>. El estudio del control judicial de la discrecionalidad, consiste en el examen del control de los elementos reglados, en especial el control del fin y la desviación de poder. Esta técnica es una creación del Consejo de Estado francés, formulada por vez primera en el Derecho Administrativo español en la Ley de

---

<sup>82</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p.14.

1956 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta técnica controla el cumplimiento del fin concreto que señala la norma. A partir de la LJCA de 1956 la potestad discrecional es atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración. Así pues, toda actividad de la Administración debe dirigirse a la consecución de un fin determinado, expreso o tácito<sup>83</sup>.

La STS<sup>84</sup> señala que la Constitución encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa. Al decir:

La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican... –el vicio de desviación de poder- es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla.

En tal sentido, el Tribunal Contencioso-Administrativo realiza el control de la discrecionalidad sobre la parte reglada del acto, más que sobre los elementos discretionales<sup>85</sup>. Por tanto la potestad discrecional está vinculada en su actuación al servicio del interés general. Es decir, el fin de la potestad atribuida se transforma en criterio de control de la discrecionalidad, susceptible de fiscalización por el juez. La intensidad del control por esta vía es variable, tanto como los términos de atribución y configuración de las potestades por el legislador. Así, el fin de la potestad está presente en el momento mismo de la atribución de ésta por el legislador<sup>86</sup>. En caso de que la Administración se aparte de ese fin, incurre en una infracción del ordenamiento conocida como desviación de poder, regulado por la LRJPAC y LJCA en los artículos 63.1 y 70.2 respectivamente. El acto o la decisión que se adopte en consideración a

---

<sup>83</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 476 y 477.

<sup>84</sup> STS 2369/1995, de 14 de mayo, [RJ 1995/2369].

<sup>85</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, ob. cit., p. 565.

<sup>86</sup> *Vid.*, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 95. PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 629 y ss.

finés distintos dejan de ser legítimos y deben ser anulados<sup>87</sup>. Esta libertad de decisión conferida al órgano, no le autoriza a apartarse del fin en consideración al cual la potestad se ha otorgado<sup>88</sup>.

El ejercicio de las potestades discrecionales opera sobre una determinada realidad de hecho; por ello, la Administración parte de la concurrencia de unos determinados hechos. El Tribunal Supremo<sup>89</sup> señala que *"la existencia y características –de los hechos determinantes- escapan a toda discrecionalidad: 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 tanto, los hechos en que se basa el ejercicio de la discrecionalidad deben ser ciertos y su existencia o inexistencia pueden ser objetos de prueba, cuyo resultado condiciona la legitimidad de uso de la facultad discrecional. Así pues, cuando se trata de la valoración de los hechos determinantes, corresponde a la Administración realizar esa ponderación, siempre de acuerdo con los criterios legales<sup>90</sup>.

La LJCA de 1956 realizó por primera vez el control de los hechos determinantes cuando existía disconformidad en los mismos, y actualmente establecen los artículos 60.3<sup>91</sup> y 61.1<sup>92</sup> de la LJCA de 1998 que el Tribunal podrá acordar de oficio, la práctica de cualquier diligencia que estime procedente. Esta facultad del Tribunal hace viable un control de la exactitud de los hechos determinantes y el correcto uso de las facultades discrecionales de la Administración<sup>93</sup>. El Tribunal Supremo<sup>94</sup> señala que *"Nunca dicho margen [de discrecionalidad] puede tener el alcance de excluirlo de acreditar, cuando menos, los fundamentos fácticos sobre los que actuó para, de esta forma,*

---

<sup>87</sup> *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, edic. 2ª, Civitas, Madrid, 2004, pp. 89 y ss. En este sentido, la STS 2369/1995, de 14 de mayo, [RJ 1995/2369].

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 472.

<sup>89</sup> *Vid.*, SSTS 6078/1986, de 22 de septiembre, [RJ 1986/6078]; 417/1986 de 1 de diciembre, [RJ 1986/417]; 1139/1986, de 15 de diciembre, [1986/1139], y 5815/1987, de 19 de mayo, [RJ 1987/5815].

<sup>90</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 96.

<sup>91</sup> *Vid.*, LJCA de 13 de julio de 1998, artículo 60.3 "Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos".

<sup>92</sup> *Vid.*, LJCA de 13 de julio de 1998, artículo 61.1 "El juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del mismo".

<sup>93</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 479.

<sup>94</sup> *Vid.*, STS 629/1981, 17 de febrero, [RJ 1981/629], manifiesta que "ni aún en los supuestos de máxima –discrecionalidad- ello es inadmisibles, puesto que siempre dentro de aquella –discrecionalidad- pueden y deben ejercitarse controles sobre los fundamentos en que se asienta y sobre su uso proporcionado y racional, y cuando, como en el presente caso, no exista una correcta motivación de la actuación supuestamente discrecional, su anulación resulta obligada".

*poder penetrar en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre cuya base se mueve*". En la actualidad la revisión de los hechos fijados por la Administración no encuentra ningún obstáculo y el administrado podrá realizar en contra de los mismos cuantas alegaciones y pruebas sean pertinentes<sup>95</sup>. Es habitual el control de la discrecionalidad por los principios generales del Derecho y la jurisprudencia hace uso con frecuencia de esta técnica de control.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>96</sup> los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del *Ordenamiento*. El Tribunal Supremo<sup>97</sup> afirma que los principios generales del Derecho son: "*La atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica*". Es menester destacar la importancia que tienen como límite de la discrecionalidad administrativa los principios de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (este último consagrado en el artículo 9.3 CE). Dichos principios se emplean con carácter general para medir la legitimidad constitucional de cualquier decisión de los poderes públicos. En la práctica la aplicación de los principios generales del Derecho es el límite más efectivo, consiste en enjuiciar el ejercicio de la potestad-competencia, utilizando como criterio de medida los principios generales del Derecho<sup>98</sup>.

Entendiéndose que la Administración está vinculada a la Ley y al Derecho (art. 103 CE), cuando emana normas jurídicas generales (reglamentarias) y cuando dicta resoluciones concretas. Los principios generales más frecuentemente utilizados a los efectos de valorar la legalidad o la adecuación a la Constitución de las decisiones de los poderes públicos son: racionalidad, razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad e igualdad. La Administración debe actuar de un modo racional y razonable<sup>99</sup>, en este sentido los tribunales controlan las decisiones administrativas a través del criterio de racionalidad y razonabilidad. En el primer caso el juez controla si la decisión adoptada por la Administración cumple con los requisitos de la lógica formal (racionalidad)<sup>100</sup>. En el caso de no encontrar un vínculo lógico entre los hechos determinantes y el contenido de la decisión, la decisión discrecional será anulada por

---

<sup>95</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, edic. 2ª, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 213.

<sup>96</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 483.

<sup>97</sup> *Vid.*, STS 5148/1992, de 8 de junio, [1992/5148].

<sup>98</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo Administrativo*, ob. cit., p. 632.

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, ob. cit., p. 204.

<sup>100</sup> *Vid.*, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 98.

irracional. En otras ocasiones, la decisión discrecional deriva de una apreciación técnica de los hechos realizada por la Administración, en este caso el juez deberá controlar si la apreciación técnica es adecuada y si en la decisión discrecional existe coherencia lógica interna<sup>101</sup>.

En el segundo caso, los tribunales controlan que la decisión adoptada por la Administración se acomode a una realidad objetiva (razonabilidad)<sup>102</sup>. Así pues, la decisión será razonable cuando *“responde a una determinada interpretación del Derecho –y, es capaz de- permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”*<sup>103</sup>. Es importante resaltar la importancia del principio de interdicción de la arbitrariedad como límite a la discrecionalidad administrativa. Como se ha dicho con anterioridad, discrecionalidad no significa arbitrariedad; es decir, la Administración en ningún caso puede ejercer sus poderes por mera voluntad o capricho de sus autoridades y funcionarios<sup>104</sup>. Toda decisión discrecional de la Administración debe ser fundamentada, de lo contrario se determinará la anulación del acto por los tribunales<sup>105</sup>. El Tribunal Supremo manifiesta que cuando existe un margen de discrecionalidad *“la fundamentación de la voluntad administrativa viene a adquirir un especial relieve. En los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado en la Ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”*<sup>106</sup>. El ordenamiento jurídico exige que el actuar administrativo sea controlado jurisdiccionalmente verificándose que la decisión discrecional responda a los intereses generales (artículo 103.1 CE) y no arbitrariamente (artículo 9.3 CE). El Tribunal Supremo lleva a cabo la fiscalización de la discrecionalidad mediante el control de la exigencia de motivación, suficiencia y coherencia.

---

<sup>101</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, ob. cit., p. 221.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, ob. cit., p. 227.

<sup>103</sup> *Vid.*, STC 199/1991, de 28 de octubre, [RTC 1991/199].

<sup>104</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 98.

<sup>105</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, ob. cit., p. 226.

<sup>106</sup> *Vid.* STS 6422/1986, de 13 de octubre, [RJ 1986/6422]. En el mismo sentido, más recientemente STS 10258/1998, de 10 de diciembre, [RJ 1998/10258].



En este sentido, el Tribunal Supremo enfoca un nuevo control de la discrecionalidad administrativa en torno a la interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Las verificaciones mencionadas han de tenerse en cuenta en virtud del artículo 24.1 CE, que garantiza al ciudadano la tutela judicial efectiva<sup>107</sup>. Es decir, el artículo 24 de la Constitución otorga a los ciudadanos el derecho a obtener una respuesta motivada de los tribunales y a que dicha sentencia esté fundada razonadamente en Derecho<sup>108</sup>.

## **CONCLUSIONES**

Las facultades discrecionales son limitadas por estar sometidas a la tutela y al control jurisdiccional. El Tribunal Superior español determina en sus resoluciones que la actuación de la Administración sea conforme a los principios generales del Derecho, la Jurisprudencia, la costumbre, la Justicia, y encauzan todos los actos administrativos discrecionales. Así pues, la discrecionalidad es legal por mandato de ley, y ejerce una potestad discrecional, con el fin de proteger el interés público. Es decir, la atribución de potestades discrecionales a la Administración, es legal y elemental para el funcionamiento eficaz de la Administración, de conformidad con el Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución atribuye a los poderes públicos el alcance y consecución de un interés general, con ello se fundamenta y juridifica el aspecto discrecional de la actividad administrativa para el alcance eficaz e inmediato de dicho mandato constitucional, por lo que queda desterrada la idea de una arbitrariedad administrativa. Dicha actuación administrativa busca entre varias opciones la más adecuada para el alcance del interés general. Así, la Administración retoca el poder, orientándolo hacia un Estado social y democrático de Derecho, tutelador de la libertad humana. De conformidad con la Constitución española el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración ha de efectuarse con sumisión al ordenamiento jurídico y de conformidad con el Estado de Derecho.

La función de la Administración desde la perspectiva Constitucional es satisfacer los intereses generales, promoviendo las condiciones necesarias para la libertad e

---

<sup>107</sup> BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, ob. cit., pp. 82 y ss.

<sup>108</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, p. 584.

igualdad de los ciudadanos. Justificando de esta forma la discrecionalidad administrativa limitada, es menester decir, que la consolidación de un Estado de Derecho constriñe que la actuación de la Administración sea adecuada, racional, necesaria y proporcional. Así pues, el Estado de Derecho es fundamental para conservar la legitimidad al poder estatal, su permanencia y continuidad, así como el apego a la legalidad de cada una de las actuaciones regulares de la Administración. En este sentido, dota al ciudadano y lo coloca en condiciones jurídicas de hacer valer las atribuciones propias ante el poder omnímodo del Estado, limitándolo y encauzándolo.

El contencioso-administrativo podrá controlar jurisdiccionalmente los actos discrecionales, en los casos en que la Administración no actúe conforme a Derecho, proporcionando certeza y seguridad jurídica a los administrados. La discrecionalidad administrativa puede ser judicialmente controlable con la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, el bloque de constitucionalidad, los principios generales del Derecho y los elementos reglados de los actos administrativos, así como la aplicación de un nascente principio constitucional de proporcionalidad del acto y de razonabilidad, todas estas técnicas procuran el destierro de una posible arbitrariedad administrativa.

El control sobre los actos discrecionales se utiliza para determinar si la potestad administrativa se ha ejercido de conformidad con el ordenamiento jurídico; si es así, el juicio de la Administración no podrá sustituirlo ningún Tribunal. En caso de vulneración de derechos o por contravenir al ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional puede anular la decisión administrativa, pero no sustituirla. Toda vez que los jueces no están habilitados para sustituir decisiones administrativas discrecionales.

## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- AA. VV.: *Derecho Constitucional*, Vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.
- AGUILAR LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R.: *Constitución Española*, Vol. I, CEC, Madrid, 1988.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. en la obra dirigida por ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): "Artículo 133. La potestad tributaria", en *Comentarios a la Constitución*.
- ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho administrativo*, (traducción Italiana por Buenaventura Pellise Prats, Edic. 3ª, BOSCH, Barcelona 1970.
- ALONSO DE ANTONIO, A. L. y ALONSO DE ANTONIO, J. A.: *Derecho Constitucional Español*, Universitas, S.A., Edic. 2ª, Madrid, 1998.
- ARSUAGA NAVASQUÉS, J. J.: "La Ley General Tributaria en la Constitución", en la obra (AA. VV.): *Hacienda y Constitución*.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico", en (AA. VV.): *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_ "Artículo 103. La organización y la función pública", ALZAGA VILLAMIL, A. (Director): *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1985.
- BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BULLINGER, M.: "La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial", *La Ley*, 1987.
- CAZORLA PRIETO, M. L.: *Poder tributario y Estado contemporáneo*, IEF, Madrid, 1981.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, edic. 2ª, Civitas, Madrid, 2004,
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, edic. 2ª, Aranzadi, Navarra, 1999.
- EMBID IRUJO, A.: "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en (AA. VV.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991.
- ESCUIN PALOP, V.: "La Administración del Estado en la Constitución" en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, ed. 4ª*, Madrid.

\_\_\_\_\_ "Discrecionalidad", en *EJB*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1994.

FLEINER, F.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción Alemana por SABINO A. GENDIN, Edic. 8ª, Labor, Barcelona, 1933.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 136.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS- RAMÓN FERNÁNDEZ.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, edic. 12ª, Civitas, Madrid, 2005.

GIANNINI, M. S.: *Derecho Administrativo*, (traducción Luis Ortega, T. I), MAP, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. y ERNESTO LEJEUNE VALCÁRCEL: *Derecho Tributario, I*, 2ª edición, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 2000.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. y GONZÁLEZ PESCADOR, T.: *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria, Salamanca, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS, S.: Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa, CGPJ, Madrid, 1993, p. 89.

GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid 1998.

GUAITA, A.: "Artículo 106", en la obra de ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director): *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1985.

HENSEL, A.: *Derecho tributario*, Traducción por Báez Moreno, A., González-Cuellar Serrano, M. L. y Ortiz Calle, E., Marcial Pons, Madrid, 2005.

MICHELI, G. A.: *Curso de Derecho Tributario*, EDESA, Madrid, 1975.

MORENA Y DE LA MORENA, L.: "Los fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídico" *RAP*, núm. 85, 1978.

MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 401 y 411.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, 2º edic., España, 2005.

NIETO GARCÍA, A.: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en (AA. VV.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid, 1991.

PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo*, Ariel, Madrid, 2003.

PECES-BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978, un estudio de Derecho y Política*, Ed. Fernando Torres, S. A., Valencia, 1991.

PÉREZ DE AYALA, J. L.: "La potestad de imposición y la relación tributaria II: Las teorías sobre la relación jurídica tributaria y su revisión en la moderna doctrina", *RDFHP*, número 86, 1970.

PERÉZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Edic. 10º, Madrid, 2005.

PONT MESTRES, M.: *El contribuyente ante las anomalías en la actividad de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

RAMON PARADA, J. R.: *Derecho Administrativo I, parte general*, edic. 9ª, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SÁINZ MORENO, F.: "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *REDA*, Núm. 8.

\_\_\_\_ *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

\_\_\_\_ "Sobre el interés público y la legalidad administrativa (entorno a la obra de TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*)", *RAP*, núm. 82, 1977, p. 439.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Notas sobre la función Administrativa en la Constitución Española de 1978", en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Directores): *La Constitución Española de 1978*, Edic. 2ª, Civitas, Madrid, 1988, p. 641.

\_\_\_\_ *Derecho Administrativo, parte general*, Tecnos, Madrid, 2005.

\_\_\_\_ *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p.14.

URIOL EGIDO, C.: *La discrecionalidad en el derecho tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general*, Documento de Trabajo editado por el IEF, Núm. 29/02.

VOGEL, K.: "La Hacienda Pública y el Derecho Constitucional", *HPE*, Núm. 59, 1979.