

DOCUMENTOS

LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO: HACIA LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA DEL INTERÉS GENERAL^(*)

Autora: *Carmen Uriol Egido*
Profesora Asociada T.C.
de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Oviedo

DOC. N.º 29/02

(*) Agradecemos sinceramente al Dr. Pedro M. Herrera Molina, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid, las valiosas observaciones realizadas a lo largo de la elaboración del presente trabajo, siendo, lógicamente, responsabilidad exclusiva de la autora las opiniones aquí defendidas.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de la autora, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

Edita: Instituto de Estudios Fiscales
N.I.P.O.: 111-02-002-0
I.S.S.N.: 1578-0244
Depósito Legal: M-23771-2001

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

II.1. Introducción

II.2. Concepto de discrecionalidad administrativa

II.3. Fundamento de la discrecionalidad. Situación actual a la luz de la Constitución Española de 1978. La potestad discrecional entendida como potestad legalmente atribuida, limitada y susceptible de control judicial

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

III.1. El control de los elementos reglados. La adecuación del acto discrecional a la finalidad con que se otorga la competencia

III.2. El control de los hechos determinantes

III.3. El control sobre la base de los principios generales del Derecho. Especial referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad y al principio de proporcionalidad

III.4. La motivación del acto

III.5. El control a través de la diferenciación entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado. El margen de apreciación dentro del concepto jurídico indeterminado.

III.6. Alcance del control judicial del acto discrecional. La imposibilidad de una sustitución judicial del mismo

III.7. La Administración valora: la teoría del interés general

IV. LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO

IV.1. Introducción

IV.2. La doctrina española

IV.3. El principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad tributaria

IV.4. El interés general como límite último al ejercicio de facultades discrecionales en el Derecho Tributario. El interés general no es el interés recaudatorio. El interés general y los principios constitucionales de justicia tributaria

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

“La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (artículo 103 de la Constitución Española).

El estudio de las potestades de la Administración en general, y de la Administración tributaria en particular, ha de partir necesariamente de dos premisas constitucionales básicas: su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y el control jurisdiccional de la legalidad de la Administración (artículo 106 de la Constitución Española, en adelante CE), siendo ambos postulados básicos del Estado de Derecho.

Ahora bien, no se debe olvidar que nuestro Estado es además un Estado social de Derecho, lo cual, implica, en relación con el tema que nos ocupa, que la Administración no tiene ya la mera función ejecutiva de la ley, propia del Estado liberal caracterizado por una rígida división de los poderes del Estado; sino que además, debe servir a los intereses generales. Como consecuencia inmediata de ello, la Administración, a la hora de gestionar los intereses públicos, debe contar con la posibilidad de su autotutela. Autotutela que encuentra su fundamento en última instancia en la defensa y protección de este interés superior, el general, que tiene encomendado.

Es en este punto, donde la mayor parte de la doctrina encuentra el fundamento a la hora de justificar la atribución a la Administración de potestades discrecionales. Precisamente porque la ley no puede agotar las posibilidades de la Administración en todos los sectores de la realidad, y porque el servicio a los intereses generales exige un cierto margen de actuación, la Administración debe contar con potestades discrecionales. Así se le dota de la flexibilidad y efectividad necesaria e imprescindible para cumplir con la finalidad que tiene encomendada.

Entendemos, en este sentido, que la discrecionalidad es un modo de actuar, derivado de una atribución que la norma hace a un órgano administrativo, para que, dentro del marco legalmente establecido, elija o determine, ante un caso concreto, la actuación o decisión que considere más conveniente para el interés público.

Se hace necesario por tanto, deslindar la discrecionalidad de otros conceptos como la arbitrariedad, la cual, no tiene cabida dentro de un Estado social y democrático de Derecho, al resultar proscrita por el artículo 9.3 de la CE.

Cualquier atribución de competencias discrecionales a la Administración provoca lógicos recelos y desconfianza por parte de los administrados. Máxime cuando se trata de una materia tan sensible para el particular como es la materia tributaria. A ello, debe añadirse a nuestro juicio un dato que agudiza el problema: la percepción, real o no —esta es otra de las cuestiones a estudiar—, por parte de los contribuyentes, de que la Administración tributaria está dotada de una serie de poderes dirigidos única y exclusivamente a un interés concreto y determinado, el interés recaudatorio, y no a un interés general, que incluyendo aquél, lógicamente no lo agota.

Partiendo de la idea de que la Administración está vinculada positivamente por el Derecho, y que, en su caso, la discrecionalidad tiene su origen en una norma que atribuye tal posibilidad de actuación a la Administración —es decir, la actuación discrecional es una actuación legal—, el presente trabajo tratará de ahondar en las posibilidades que existen, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de que la Administración tributaria pueda estar dotada de potestades discrecionales, y, en caso de admitir esta última posibilidad, el modo en que las mismas pueden ser controladas por parte de los Tribunales.

II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

II.1. Introducción

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la determinación de las posibles facultades discrecionales en el ámbito del Derecho Tributario exige, previamente, analizar las contribuciones que el Derecho Administrativo ha aportado¹. Las potestades discrecionales, su control por parte de los Tribunales Contencioso-administrativos, y su delimitación respecto de otras figuras afines, han sido analizados profusamente por los estudiosos de esta rama del Derecho Público². Resulta obligado, por tanto, hacer referencia a dichas aportaciones, ya que las mismas deben ser tenidas en cuenta a la hora de pronunciarnos sobre la materia que está siendo objeto del presente trabajo³.

Así mismo, entendemos que cualquier estudio de las potestades discrecionales de la Administración debe estar presidido, en todo momento, por el mandato que consagra el artículo 103.1 de la CE, según el cual la Administración Pública tiene la obligación de servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho⁴.

Determinar si la actuación de la Administración es llevada a cabo conforme al interés público o al interés general puede parecer, en un primer momento, un criterio de difícil concreción. Sin obviar las dificultades que su aplicación práctica plantea, la adherencia de un acto administrativo, del tipo que sea, a un fin público es un requisito determinante en el momento de enjuiciar la validez del mismo conforme a Derecho. De ahí la necesidad de señalar, ya desde el inicio, su importancia y la referencia constante que, a lo largo de este trabajo, a él haremos.

Para proceder a nuestro estudio, comenzaremos definiendo la discrecionalidad administrativa, el origen y su función dentro del esquema constitucionalmente diseñando que configura nuestro Estado como Social y democrático de Derecho. En segundo lugar, analizaremos las técnicas de control por parte de los Tribunales a la hora de enjuiciar un acto discrecional así como el tipo de control que se realizar, para tomar una posición al respecto, en función de las conclusiones obtenidas.

¹ Vid., en este mismo sentido, MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 49, cuando afirma que “el estudio de la discrecionalidad administrativa se muestra como un *instrumento* previo y necesario para un posterior análisis de las posibles facultades discrecionales existentes en el ámbito del Derecho Tributario”. También, GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw Hill, Madrid, 1998, al elaborar el concepto de discrecionalidad, parte de las aportaciones del Derecho Administrativo.

² Vid., entre otras, BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997; PAREJO ALFONSO L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; BELTRAN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995; DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ, T. R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, así como *De la arbitrariedad de la Administración*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1974 (la primera edición de este trabajo se publicó en la *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, pp. 159 y ss.), y también *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2000; IGARTÚA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998; MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985; PAREJO ALFONSO L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976; SANCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

³ No se trata de proceder, en este momento, a un nuevo estudio de una materia que, como bien ha recordado GARCÍA DE ENTERRÍA, tomando la frase del jurista suizo HANS HUBER, “es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”, cfr. *La lucha contra las inmunidades del poder...*, *ob. cit.*, p. 24, pero sí de aproximarse hasta aquellos límites que hemos considerado suficientes para adoptar una posición al respecto, y que se expondrá en las conclusiones.

⁴ El tenor literal del artículo 103.1 de la CE es el siguiente: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Sobre este tema puede consultarse el estudio de NIETO, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, (AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría III*), Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

II.2. Concepto de discrecionalidad administrativa

El punto de partida se encuentra, como hemos señalado, en la determinación de lo que deba entenderse por potestad discrecional. Y hemos de advertir que se trata de una primera cuestión no exenta de polémica⁵.

Aún teniendo en cuenta la existencia de divergencias importantes en el seno de la doctrina a la hora de concebir la discrecionalidad, se dan coincidencias suficientes que nos permiten afirmar que estamos en presencia de una actuación discrecional cuando la Administración ejerce una potestad legalmente atribuida que le otorga un cierto margen de actuación para la consecución en cada caso concreto del interés público o general subyacente⁶.

Para poder hablar de acto discrecional, éste debe ser consecuencia de una potestad procedente de una norma previa que no agota las condiciones para ejercitar dicha facultad, sino que habilita a la Administración para concretar las circunstancias de ejercicio en un caso concreto.

Se trata, por tanto, de un supuesto particular, ya que este tipo de potestades implica dejar en manos de la Administración el empleo de criterios de tipo subjetivo a la hora de ejercer una serie de facultades que están parcialmente reguladas por una norma⁷. En última instancia, la Administración va a concretar el interés público que subyace detrás de cada supuesto en el que ejerce una potestad discrecional.

II.3. Fundamento de la discrecionalidad. Situación actual a la luz de la Constitución Española de 1978. La potestad discrecional entendida como potestad legalmente atribuida, limitada y susceptible de control judicial

Al comienzo de nuestro trabajo señalábamos que el estudio de las potestades discrecionales debe realizarse desde la óptica de la obligación constitucional que tiene la Administración de servir con objetividad los intereses públicos o generales. Sólo así puede ser entendida y justificada la atribución a la Administración de facultades que no están reguladas en todos y cada uno de sus extremos.

⁵ Vid. BELTRAN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución...*, ob. cit., p. 21, cuando afirma que “pese a ser muy habitualmente empleado por los autores y la jurisprudencia como pieza básica del Derecho Administrativo, su definición y sobre todo su forma de manifestación no es en absoluto unívoca”. En idéntico sentido, BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*..., ob. cit., p. 25, “En realidad, no acaban en las recién mencionadas las incertidumbre que rodean el estado actual de la discusión sobre la discrecionalidad administrativa y su control judicial. Dado que rara vez se explicitan las premisas conceptuales que presiden las reflexiones científicas en esta materia (exceptuando, eso sí, la –a estas alturas un tanto tópica– referencia a la distinción entre discrecionalidad y conceptos normativos indeterminados (...)), queda abierto incluso el interrogante de si en el debate se parte siempre de un mismo concepto de discrecionalidad administrativa”.

En efecto, podemos entender la discrecionalidad en sentido estricto –que será la discrecionalidad de la que aquí hablaremos–, la discrecionalidad administrativa o la potestad discrecional administrativa como una potestad específica, propia, y distinta del concepto jurídico indeterminado. O, por el contrario, se puede hablar de una discrecionalidad en amplio sentido, cuando, con este concepto, se hace referencia a actuaciones realizadas en aplicación de conceptos indeterminados, supuestos varios de libertad administrativa de elección o incluso de la facultad de interpretación de la Administración en el ejercicio de facultades regladas. Vid. GARCÍA DE AÑOVIROS, J.: “Los poderes de comprobación, la actividad de liquidación y la discrecionalidad de la Administración Financiera”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 76, 1992, p. 598.

⁶ Así, entre las múltiples definiciones que se han dado, cabe señalar, como ejemplo, las siguientes: GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, 10 ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 453, afirman que existe potestad discrecional cuando “definiendo la Ley (...) algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (...), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (...), bien de ambos elementos”. PARADA, R.: *Derecho Administrativo I, Parte General*, 12 ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 101, habla de las potestades discrecionales “como opuestas a las potestades regladas (...), pues la Administración ante determinadas situaciones dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso, disponer de varias soluciones”. En este mismo sentido, PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo, Volumen I*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, p. 462, afirman que “potestad o competencia discrecional es la que, en su definición normativa, no anticipa ella misma en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que en los correspondientes aspectos, remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración pública”.

⁷ Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 453, “el ejercicio de potestades discrecionales comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”.

La discrecionalidad así concebida –en tanto que facultad que una norma otorga a la Administración para que decida actuar en un momento determinado y ante unas circunstancias determinadas–, entraña un riesgo, ya que, como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “la existencia de potestades discrecionales constituye por sí misma un desafío a las exigencias de justicia, porque ¿cómo controlar la regularidad y la objetividad de las apreciaciones subjetivas de la Administración, cómo evitar que invocando esa libertad estimativa se agrave en el caso concreto la equidad, cómo impedir que la libertad de apreciación no pare en arbitrariedad pura y simple?”⁸.

En definitiva, el empleo por parte de la Administración de este tipo de facultades puede generar en los particulares una cierta desconfianza ante la duda de que su ejercicio no pretenda la búsqueda del interés general querido por la norma que otorga dicha facultad, sino la de otros intereses diferentes, y que, además, ello pueda incidir negativamente en sus derechos.

Para hacer frente a esta objeción, es necesario tener en cuenta dos referentes determinantes. El primero, que España se ha conformado en un Estado Social y democrático de Derecho, tal y como proclama el artículo 1 de la CE. Las consecuencias que de ello se derivan son muy importantes. Esta configuración constitucional de nuestro Estado no sólo permite sino que hace necesaria la existencia de un cierto margen de actuación en manos de la Administración que posibilite la consecución de los objetivos constitucionales. El segundo, y no por ello menos importante, es que la potestad discrecional es una potestad limitada y susceptible de control judicial.

En efecto, actualmente, la atribución a la Administración de este tipo de potestades resulta admitida y se considera elemental tanto para su correcto funcionamiento como para hacer realidad las exigencias de actuación positiva que la configuración del Estado social y democrático de Derecho comporta; entre otras, la dimensión institucional y finalista de la Administración como organización al servicio de la sociedad en una búsqueda constante del interés general⁹.

⁸ *Ídem*, p. 455.

⁹ Vid. DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1975, p. 97 cuando afirma: “lo que se propugna en el Estado social de Derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado, se repite, dotado de un <<ejecutivo fuerte>>”. Y concreta: “Ahora bien, precisamente por este aumento de poder de la Administración, se exige hoy más perentoriamente el control y la responsabilidad jurídica del mismo. El respeto al principio de la legalidad de la Administración, su actuación según la ley, significa así la aceptación actualizada del principio de división de poderes (...). En esta perspectiva, el necesario aumento de poder de la Administración puede seguir funcionando dentro de las exigencias generales del Estado de Derecho”, pp. 101 y 102. En idéntico sentido, GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 212, precisa: “La implicación entre las calificaciones <<Estado social>> y <<Estado de Derecho>> conduce también a conclusiones de valor analítico realmente estimables. Concretamente, permite apuntalar la exigencia de que (...) el <<Estado social>>, estructurado en torno a un Ejecutivo fuerte y autorizado para las más diversas intromisiones en la vida de la sociedad –un Estado, en suma, respecto del cual se tendría la tentación de creer que existe la necesidad de eximirle de determinadas formalidades–, no deje, sin embargo, de actuar dentro del más pleno sometimiento a Derecho, sin buscar el privilegio de inaceptables zonas exentas, tan sugestivas para todo poder y más aún para un poder consciente de su expansiva fortaleza”.

Nos parecen, en este sentido, especialmente ilustrativas las palabras de SANCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial...*, *ob. cit.*, pp. 98 y 99, cuando afirma: “Pues bien, la idea de la Administración válida para el Derecho público de nuestros días no puede ser otra que la que resulta de ese modelo de Estado, el Estado social y democrático de derecho, y de la realidad del tiempo que nos ha tocado vivir. Y con ella es congruente la definición constitucional de la Administración (art. 103.1) como servicio de los intereses generales. Una definición que no atiende a un criterio orgánico, ni mucho menos al dato subjetivo y formal de la personalidad jurídica, ni a su relación con la ley, sino a la dimensión institucional y finalista de la Administración. Ésta, en efecto, no se caracteriza por ser una *potentior persona*, que actúa en posición de supremacía respecto de los particulares ejercitando unos poderes <<exorbitantes>> de las facultades propias del derecho privado. Sin duda, todos estos rasgos son ciertos (aunque no siempre la Administración actuante es la <<parte más fuerte>> en un conflicto de intereses), pero no abarcan la dimensión esencial de la Administración pública, que es su dimensión institucional refrendada por la Constitución. Tampoco se caracteriza por ser una organización vicaria de la ley o por desempeñar una función ejecutiva de las leyes. Desde luego que la Administración ejecuta leyes y ha de someterse a ellas, pero eso no describe el conjunto de su función constitucional, como tampoco describe la función constitucional del Gobierno, y de ahí que, muy acertadamente, nuestra Constitución (art. 97) considere la <<función ejecutiva>> como una más entre las que atribuye al Gobierno (e, indirectamente, como es lógico, a la Administración que dirige). La Administración es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales. De esta definición constitucional debe partir hoy en día la construcción dogmática del derecho administrativo”. Y concluye: “Por tanto, la discrecionalidad administrativa no sólo existe –lo que es una realidad incontrovertible–, sino que es necesaria en el Estado de Derecho y tiene un fundamento constitucional (...) porque la Constitución y las leyes atribuyen a los órganos de gobierno, ya sea del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, una función de dirección política y administrativa y una potestad reglamentaria (...) que no sería posible realizar sin gozar de un margen de discrecionalidad (...). En segundo lugar, porque tampoco la función institucional de servicio a los intereses generales que la Administración (...) está llamada a cumplir, por imperativo

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, cuando, en su Sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, afirma que es constitucionalmente viable que el legislador pueda “apoderar a la Administración para llevar a cabo actuaciones que, estando sujetas a un juicio de oportunidad, sólo pueden articularse mediante el empleo de conceptos que determinen claramente la naturaleza de la potestad y el fin con el que podrá ser utilizada, pero que dejen al órgano al que se otorga el suficiente margen de apreciación para resolver sobre el uso que de ella habrá de hacer en cada caso concreto”. De este modo, entender que tal atribución de potestad implica una violación del principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento (artículo 9.1 CE) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) sería consecuencia de una concepción “insosteniblemente rígida de las habilitaciones con que el legislador puede apoderar a la Administración”¹⁰.

Así pues, en la CE se encuentra, actualmente, el fundamento de la discrecionalidad administrativa. Así mismo, de la CE se deduce que las potestades discrecionales de la Administración son potestades limitadas y, en todo caso –absolutamente, en todo caso–, están sometidas al control judicial.

El punto de partida de esta nueva concepción de la discrecionalidad se encuentra en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹.

Frente a la concepción tradicional de la discrecionalidad como ausencia de norma, tras la aprobación de esta Ley de 1956, la potestad discrecional pasa a ser una atribución legal expresa a la Administración, fruto de una vinculación positiva de la Administración al Derecho, de modo que la Ley no es ya únicamente un límite para la Administración a la hora de actuar, sino que es el fundamento mismo de la actuación administrativa. Existen potestades discrecionales porque la Ley así lo dispone¹².

Precisamente por ello, las potestades discrecionales son potestades concretas, limitadas. No suponen poderes ilimitados, sino que se trata de atribuciones que se otorgan por una Ley, en las que hay cierto margen de indeterminación que está llamado a ser concretado por la Administración, pero en la que también existen elementos reglados –sobre esta cuestión volveremos con posterioridad al hablar de las técnicas del control de la discrecionalidad¹³–. La existencia misma de la discrecionalidad

constitucional, podría desempeñarse correctamente si estuviera (cosa por lo demás imposible en la práctica) predeterminada de manera absoluta y rígida por la ley”, pp.112 y 113. También SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., p. 307, afirma que uno de los argumentos que justifican la discrecionalidad “es el de la posición institucional que la Administración tiene atribuida dentro del orden constitucional”.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1982, de 23 de diciembre, fundamento jurídico 3.

¹¹ Hasta ese momento, los actos discrecionales estaban excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, porque el concepto de acto discrecional era otro. Es decir, la discrecionalidad se entendía como ausencia de norma, y el acto discrecional era sinónimo de acto libremente emitido por la Administración. Sin embargo, como bien apunta la Exposición de Motivos del citado texto legal, “al relacionar los actos excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, o un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un <<príus>> respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.

La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar a cerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado lo que sea de interés público”.

Por ello, el artículo 40 excluyó, dentro de los actos no impugnables, los dictados en el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración.

¹² Vid., en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 27, 1958, pp. 63 y ss., cuando afirma: “Es ya conocida la distinción entre el efecto habilitante o apoderamiento de las normas y el efecto obligante o limitador de las mismas. Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuidos de un modo positivo por el ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento”, p. 80.

¹³ Nos parece que la explicación del principio de legalidad de la Administración como técnica de atribución legal de potestades es especialmente ilustrativo en ese sentido. La Ley atribuye potestades a la Administración de modo que toda acción administrativa es consecuencia del ejercicio de un poder atribuido previamente por esta norma, y por ella delimitado y construido. Pero, además, resulta que las potestades administrativas, aunque en ocasiones expresen situaciones de poder público, no son ilimi-



dad, así como su carácter reglado y limitado, son dos cuestiones íntimamente relacionadas con el principio de legalidad de la Administración o principio de juridicidad de la Administración¹⁴. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 34/1995, de 6 de febrero, afirmó que la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho es el “núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE)”¹⁵.

Esta reforma legislativa de 1956, que supuso un cambio radical en la concepción de las potestades discrecionales de la Administración, asumió la orientación, propugnada doctrinal y jurisdiccionalmente, que perseguía el control judicial de la discrecionalidad, siendo asumida posteriormente por el Tribunal Supremo¹⁶. Es especialmente significativa en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959, cuando, sobre el acto administrativo discrecional, afirma que, “sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutoria, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional”¹⁷.

Por ello, podemos concluir afirmando que la potestad discrecional se configura actualmente como una facultad de la Administración, legalmente atribuida, limitada y susceptible de control judicial.

Por lo demás, huelga afirmar que un Estado de Derecho como el nuestro se construye sobre la base de lo hasta ahora dicho. La Carta Magna española eleva a rango constitucional principios como la sujeción los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1) y la garantía del principio de legalidad (artículo 9.3); y reconoce el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1) y la facultad de los tribunales de controlar la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1). Principios que son recogidos en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁸.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

Definida la discrecionalidad administrativa, y vistos el origen y fundamento de la potestad discrecional en nuestro ordenamiento, resulta necesario determinar qué mecanismos de control dis-

tadas o absolutas, sino que están tasadas en cuanto a su extensión y su contenido. Además, estas potestades administrativas pertenecen, en su inmensa mayoría, a la especie llamada “potestad-función”; es decir, aquellas potestades que deben ejercerse en interés ajeno al propio del titular o, más exactamente, en interés general. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, *ob. cit.*, quienes concluyen afirmando: “Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino que es un mecanismo técnico preciso; esta <<adherencia al fin>> (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades”, p. 446. Sobre esta cuestión incidiremos más adelante.

¹⁴ Así lo denominan GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R., quienes hablan de “principio legalidad de la Administración haciendo general el concepto de legalidad, no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que HAURIUO llamaba <<bloque de la legalidad>> (Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres). (MERKL llamó a esta perspectiva <<principio de juridicidad>> de la Administración...”, *idem*, p. 435. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento jurídico 3, afirma que la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho es el “núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE)”.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, fundamento jurídico 3.

¹⁶ Vid., en este sentido, el trabajo de SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, *ob. cit.*, pp. 332 y ss., donde explica detenidamente esta evolución de la noción de acto administrativo discrecional y cómo, a partir de este momento, las técnicas de control de la discrecionalidad se han ido depurando.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959 (Ar. 4024).

¹⁸ En efecto, dicha Ley, en su artículo 25.1, enumera la actividad administrativa impugnabile, dentro de la cual se encuentran todos los actos expresos o presuntos de la Administración Pública, entre los que habrá que incluir, lógicamente, los actos dictados como consecuencia de una potestad discrecional. De hecho, la Exposición de Motivos no se pronuncia al respecto, puesto que, como admite, la reforma “es a la vez continuista y profundamente renovadora. Continuista porque (...) se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales”, y entendemos que uno de estos aspectos que ha sido acertado, recogido en la anterior Ley, es el de la revisión en sede jurisdiccional de los actos discrecionales.

pone un órgano jurisdiccional ante un acto administrativo discrecional, y hasta qué punto o hasta dónde puede llegar dicho control¹⁹.

En este sentido, se admite unánimemente por la doctrina, y así se aplica por la jurisprudencia –como tendremos ocasión de ver–, que el control de la discrecionalidad viene dado en función de varios criterios²⁰.

III.1. El control de los elementos reglados. La adecuación del acto discrecional a la finalidad con que se otorga una competencia

En el ejercicio de potestades discrecionales, que dan lugar a actos de esta naturaleza, siempre existen elementos que vienen determinados por la norma; elementos que están reglados y respecto de los cuales la Administración no tienen poder de decisión. Así, la existencia de la propia potestad discrecional y su extensión, la competencia del órgano, el procedimiento y el propio fin que el Legislador persigue cuando otorga a la Administración una potestad de estas características. Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la potestad, en cuanto habilitación de origen legal que tiene la Administración para actuar, siempre estará determinada, en mayor o menor medida, por la norma. Nunca una potestad discrecional es una habilitación en blanco para la Administración²¹.

En este sentido, nos interesa destacar que el ejercicio de una potestad discrecional está íntimamente ligado a la satisfacción del fin, que es, a la vez, razón de su atribución. La consideración del fin del acto que motivó la atribución de la potestad discrecional da lugar a la técnica de la desviación de poder, debiendo respetarse el fin expreso o tácito que la norma establece cuando regula una potestad discrecional²². En la actualidad, esta técnica de control tiene fundamento constitucional en el artículo 106.1 de la Constitución. Fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por la anterior Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y se mantiene por la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, cuyo artículo 70.2 dispone que: “la sentencia estimará

¹⁹ Se trata éste de un aspecto que tuvo una gran importancia histórica sobre todo en los años anteriores a la aprobación de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Hasta ese momento, los actos discrecionales estaban excluidos de todo control jurisdiccional, eran absolutamente inmunes al mismo, de ahí la necesidad de articular técnicas que, partiendo de estas premisas legales, permitiesen siquiera un control mínimo.

Por otro lado, la evolución de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa ha sido diferente en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. No obstante, consideramos conveniente tener en cuenta las mismas para una mejor comprensión del tema que nos ocupa. En este sentido, ha sido indispensable la síntesis que realizan SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., pp. 223 y ss., que integran el capítulo VIII de su obra, bajo el título “La fijación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados en e Derecho Administrativo”. Y, más recientemente, BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)...*, ob. cit., pp. 107 y ss., en relación con la doctrina alemana, integrando el capítulo II “La localización de la discrecionalidad dentro de la estructura lógico-formal de la norma jurídico-administrativa”.

²⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo, I...*, ob. cit., pp. 465 y ss. PARADA, R.: *Derecho Administrativo I, Parte General...*, ob., cit., pp. 103 y ss., y PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 470 y ss.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder...*, ob. cit., p. 26 especifica que la existencia misma de la potestad, la extensión y su fin son elementos necesariamente reglados; luego estarán, normalmente –aunque puedan no darse–, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad, y el fondo parcialmente reglado. Entre otras, puede consultarse, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998, (Ar. 1823), en su fundamento jurídico sexto.

²² Sobre la desviación de poder puede consultarse ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “La desviación de poder: un recurso inédito”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 3, 1970, pp. 689 y ss.; CLAVERO AREVALO, M. F.: “La desviación del poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 30, 1959, pp. 105 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989; GUICHOT REINA, E.: “Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho Comunitario”, AA.VV.: *Discrecionalidad Administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “La desviación de poder en el derecho español”, *Revista de Administración Pública*, n.º 22, 1957, pp. 129 y ss.; MARTÍN PEREZ, P.A.: “La desviación de poder en el ordenamiento jurídico español (I)”, *Actualidad Administrativa*, n.º 42, 1991, pp. 527 y ss. y “La desviación de poder en el ordenamiento jurídico español (y II)”, *Actualidad Administrativa*, n.º 43, 1991, pp. 539 y ss. y SÁNCHEZ ISAC, J.: *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973 y *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*, Bayer Hermanos, Barcelona, 1999.



el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”²³.

Por otro lado, esta técnica de control recibió pronta acogida por el Tribunal Supremo, donde ya la Sentencia de 24 de octubre de 1959 tenía en cuenta el siguiente considerando: “Que la teoría de la desviación de poder se basa en la idea de que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la Autoridad Administrativa, tiene un fin determinado que cumplir y que el acto que dicte sólo será válido si realiza este fin, el cual es el elemento que determina la validez de la actuación del órgano público y si el acto en que ésta se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu (...), imponiendo la exigencia de anular el acto administrativo cuando ha cumplido con preceptos formales, pero no lleve en su entraña el elemento anímico que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico”²⁴.

El mayor problema de esta técnica de control lo constituye, sin embargo, la prueba de su existencia²⁵. El motivo se debe a la concepción subjetiva que, en nuestro ordenamiento, existe sobre la desviación de poder. Esta concepción subjetiva significa que, para apreciar la existencia de desviación de poder como vicio de un acto administrativo, es necesario probar una intencionalidad o voluntariedad. Es decir, la desviación de poder debe haber sido querida, buscada o pretendida por la Administración²⁶.

Por ello, no faltan voces que propugnan un giro hacia una concepción objetiva de la misma, prescindiendo del elemento de la intencionalidad, centrándose exclusivamente en la adecuación del acto administrativo discrecional al fin legalmente atribuido²⁷. A nuestro juicio, este cambio, además de proporcionar al juez una técnica de control muy eficaz, es más razonable en un ordenamiento jurídico en el que se admite una responsabilidad penal y administrativa objetiva, y no meramente subjetiva.

III.2. El control de los hechos determinantes

El supuesto de hecho que debe darse para que la Administración pueda, o no, ejercer una potestad discrecional es un elemento sobre el que no existe libertad de apreciación. O se da o, sencillamente, no se da; o lo que es lo mismo, es necesario que exista, para luego determinar si se

²³ En términos idénticos estaba redactado el artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959 (Ar. 4024). Desde entonces, esta jurisprudencia ha sido una práctica habitual. Así, la Sentencia del TS de 8 octubre de 1993 (Ar. 7225), fundamento de Derecho segundo, afirma con claridad: “Es reiterada la doctrina de esta Sala -SS. 15 enero, 14 febrero, 6 marzo, 3 y 30 abril y 14 diciembre 1992 (RJ 1992\217, RJ 1992\949, RJ 1992\1759, RJ 1992\2836, RJ 1992\2932 y RJ 1992\9972), 24 junio y 15 julio 1993 (RJ 1993\5137 y RJ 1993\5639), entre otras muchas- que declara que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el art. 106.1 en relación con el art. 103 de la CE y definido en el art. 83.3 de la LJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa, para poder ser apreciado, que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, sin que pueda fundarse en meras presunciones, ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé, que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de orientarse siempre a la promoción del interés público y a ineludibles principios de moralidad”. En idénticos términos se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000 (Ar. 4776), fundamento de Derecho quinto y de 29 de mayo de 2001 (Ar.7974), en su fundamento de Derecho segundo.

²⁵ Vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 74. También señala este problema respecto de su aplicación en el Derecho Tributario, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “La desviación de poder: un recurso inédito...”, *ob. cit.*, p. 692.

²⁶ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder...*, *ob. cit.*, pp. 118 y 119. A este modo de concebir la desviación de poder entendemos que se refiere GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 41, cuando dice que se trata de un supuesto patológico en el que la anormalidad del acto se concreta en el uso que la Administración hace en un caso concreto de tal potestad, ya que “la Administración realiza una actividad contraria al Ordenamiento jurídico utilizando como cobertura la norma reguladora del ejercicio de una potestad que utiliza para un fin contrario a otra norma jurídica”.

²⁷ Así, DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 218 y 219.

puede subsumir en el supuesto de hecho abstracto previsto en la norma. A partir de este momento, comienza la libertad de la Administración; es decir, dado el supuesto legal, decidirá actuar, o no, y, en el primer caso, deberá optar por alguna de las soluciones que, a su juicio, resulten posibles²⁸.

El propio Tribunal Supremo reconoce este proceder como una técnica válida de control de la discrecionalidad. Así, su Sentencia de 8 octubre 1990 afirma:

“Con este punto de partida, será de recordar que el «genio expansivo» del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que, en su existencia y características, 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.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas²⁹.

Este pronunciamiento nos anticipa, además, otra técnica de control de la discrecionalidad de la Administración que analizaremos a continuación.

III.3. El control sobre la base de los principios generales del Derecho. Especial referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad y al principio de proporcionalidad

Según el artículo 103.1 de la Constitución, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho, y, como resulta conocido, el Derecho no está integrado exclusivamente por reglas sino también por principios.

Siguiendo a DE CASTRO, entendemos que los principios generales del Derecho son el conjunto normativo no formulado que se impone por la comunidad con una eficacia muy superior a de una norma subsidiaria, ya que constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlos y son, además, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas³⁰. Legalmente, el artículo 1.4 del Código Civil dispone: “4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Y, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 1988, afirma: “los principios jurídicos, en su caso, irradian su eficacia tanto sobre el derecho objetivo estatal como sobre el Derecho objetivo de una Comunidad Autónoma”. Pero aclara que su aplicación directa está supeditada a la existencia de una laguna legal –salvo, claro está, el caso de los principios constitucionalmente reconocidos–: “1.ª Para que un principio general de derecho sea aplicable, es necesario que no existan normas específicas aplicables reguladoras de la cuestión planteada: ello, sin perjuicio de que los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter

²⁸ Pese a que se trata de una técnica de control de la discrecionalidad considerada como técnica moderna de control, MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983...*, ob. cit., p. 462, precisa, en este sentido, algo que, a nuestro juicio, es elemental “Parece, por eso, un tanto extraño que se hable de esta técnica, por la cual el juez contencioso comprueba si la Administración ha respetado la legalidad de los hechos al ejecutar el mandato legal, como un <<medio moderno>> para el control de las facultades discrecionales; y sin embargo, es una afirmación válida en esencia: aunque hay, desde luego, que hacer diversas matizaciones. En primer lugar, la manifestación primaria de lo que en sentido amplio puede denominarse fiscalización jurisdiccional de los hechos, está englobada en la función judicial típica del <<examen o verificación de la prueba>> que corresponde a los Tribunales, en nuestro caso, la aportada al expediente administrativo previo a la decisión o actuación que se cuestiona; en este sentido, por tanto, el tema no es específico del ejercicio de las facultades regladas o discrecionales de la Administración, sino, como es evidente, común a cualquier actividad de ésta”.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre 1990 (Ar. 7842), fundamento de derecho tercero.

³⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 419 y 420.

informador de todo el ordenamiento jurídico. 2.^a Los principios generales, como expresión de un derecho no formulado en normas objetivas, manifiestan su fuerza a la hora de interpretar las normas aplicables al caso concreto y a la hora, en su caso, de llenar vacíos normativos”³¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 mayo de 1990 los define del siguiente modo: “Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen» las normas –art. 1.º,4 del Título Preliminar del Código Civil– y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho –art. 103.1 de la Constitución–. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”³².

Y también el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de septiembre de 1997, los diferencia de figuras afines en el siguiente sentido: “un aforismo jurídico no constituye fuente del derecho, ni el invocado en particular puede entenderse comprendido entre los principios generales del derecho (art. 1.4 del Código Civil), puesto que si bien tales principios a veces se formulan como aforismos jurídicos o reglas jurídicas, unos y otras, en la mayoría de los casos, no son la expresión de principios generales del derecho entendidos como los principios básicos del derecho legislado o consuetudinario o de la ciencia jurídica”³³.

Por tanto, los principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico, siendo indiscutible actualmente su valor normativo en los términos que acabamos de indicar. Por ello, principios como el de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, buena fe y proporcionalidad operan como límites directos a la hora de controlar judicialmente la actuación discrecional administrativa.

Como precisó en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, “la Administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en su caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que contempla) en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”³⁴.

Y, en este sentido, los criterios que proporcionan los principios generales del Derecho, y que debe tener en cuenta el juez a la hora de evaluar una actuación discrecional, no consisten en “una abstracta e indeterminada invocación de una justicia o de la concepción moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivizada en la lógica misma de las instituciones. El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio (...). De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general”³⁵.

Por tanto, una actuación discrecional será válida, entre otros motivos, en la medida en que no contravenga ningún principio general de Derecho.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo 1998 (Ar. 4187), fundamento de derecho segundo.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo 1990 (Ar. 4167), fundamento de derecho segundo.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997 (Ar. 6665), fundamento de derecho quinto.

³⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder...*, ob. cit., p. 44. Para este mismo autor, este mismo principio de legalidad abre inmensas posibilidades de control a los Tribunales, afirmando significativamente, a nuestro juicio, lo siguiente: “Después de haber justificado, nos parece, que el principio de legalidad de la Constitución, lejos de imponer legalismo entendido en el sentido del positivismo normativo, apela en realidad a un Estado material de Derecho y a una jurisprudencia de valoración o de valores, resulta un amplísimo campo creador a la jurisprudencia de los Tribunales, la cual, sin mengua de su debida fidelidad a la Ley, puede crear y encontrara soluciones jurídicas más propias para hacer pasar por el sistema los valores materiales de la Constitución y los institucionales de toda la materia jurídica”, en *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 168.

³⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 474.

Además, no puede permanecer ajeno a nuestro estudio un hecho fundamental, cual es el del acogimiento en la Constitución Española de una serie de principios generales del Derecho, de modo que, éstos principios constitucionalmente reconocidos, adquieren un papel jurídico sobresaliente³⁶.

Respecto de estos principios constitucionales, el Tribunal Constitucional ha confirmado su valor normativo y aplicativo, y no meramente programático, así como su carácter informador respecto del conjunto del ordenamiento jurídico, vinculando a todos los poderes públicos. Ya la temprana Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, se pronuncia en el siguiente sentido: “entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico –como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil– que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que, allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no pueden ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos –entre otros– en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo –y no meramente programático– de los principios generales plasmados en la Constitución”³⁷. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 abril, con relación a los principios constitucionales afirma: “Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”³⁸.

Uno de los principios generales del Derecho que la Constitución Española recoge en su artículo 9.3 es el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos³⁹; principio que despliega inusitada relevancia cuando se trata de analizar los límites de la actuación administrativa discrecional⁴⁰.

Según este principio, la actuación de la Administración no sólo debe respetar el ordenamiento jurídico en sentido amplio –integrado por todos esos principios–, sino que su actuar debe ser adecuado a la situación que se plantea, razonable y, por tanto, no arbitrario⁴¹.

³⁶ En este sentido, compartimos la idea de DÍEZ PICAZO, L.: “Constitución y fuentes de Derecho”, AA.VV.: *La Constitución y las fuentes del Derecho Volumen I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 654 cuando afirma: “Son principios, obviamente, lo que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora unos ‘principios constitucionales’. Ello, sin embargo, no quiere decir a mi juicio que la Constitución recoja todos los principios, ni que tenga en este punto un valor excluyente. Caben principios no recogidos por la Constitución, a los que tal vez cupiera llamar ‘principios tradicionales’. Lo que ocurre es que este segundo plano de principios no podrá estar nunca en contradicción con el primero”. Puede consultarse también LEGUINA VILLA, J.: “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, n.º 114, 1987, pp. 7 y ss. Conviene señalar, no obstante, que esta técnica de control de la discrecionalidad ya era empleada por la jurisprudencia pre-constitucional, siendo valorada positivamente por la doctrina. Así puede observarse en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo realizado por NIETO, A.: “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, pp. 147 y ss.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero de 1981, fundamento jurídico 1.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 abril 1982, fundamento jurídico 4.

³⁹ El tenor literal del artículo 9.3 de la Constitución es el siguiente: “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Sobre el tema vid. AROZAMENA SIERRA, J.: “Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, AA.VV.: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen V*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1988, pp. 3061 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 124, 1991, pp. 211 y ss.; MARTINEZ RUIZ, L.F.: “La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio de Derecho garantizado por la Constitución”, *Actualidad Administrativa*, n.º 45, 1987, pp. 2553 y ss.; RUBIO LLORENTE, F.: “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, AA.VV.: *El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 108 y ss.

⁴⁰ Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1998, de 31 de marzo, fundamento jurídico 5.

⁴¹ Este es el sentido que tiene la inclusión en nuestro Texto Constitucional de la interdicción de la arbitrariedad como sinónimo de “injusticia ostensible”, de modo que “la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”..., *ob. cit.*, p. 225. En este trabajo se

Para el Tribunal Constitucional, arbitrario no es únicamente lo que es desigual, sino también aquello que carece de toda explicación racional –Sentencia 96/2002, de 25 de abril⁴²–. Y, en esta misma línea, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1998, entiende que: “Respecto del principio de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, debemos decir lo siguiente: la actividad administrativa, incluso la reglamentaria, nunca puede ser arbitraria. Este principio está propiamente enlazado con control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa”⁴³.

La arbitrariedad se entiende, por tanto, en su sentido usual, como un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho⁴⁴.

Cuanto se ha afirmado hasta ahora nos remite, necesariamente, a un nuevo planteamiento: el relativo al modo en que el juez puede determinar si la Administración ha actuado contraviñendo el principio de interdicción de la arbitrariedad.

La doctrina considera que, para poder entender que no se ha vulnerado este principio, es necesario que la actuación de la Administración supere un doble test: el test de la “racionalidad” y el test de la “razonabilidad”⁴⁵. También el Tribunal Supremo ha aplicado esta misma técnica de control⁴⁶.

Siguiendo a DESDENTADO, pese a que el significado de lo “racional” y lo “razonable”, en el lenguaje común, es idéntico, sin embargo, en el ámbito de la argumentación, la “racionalidad” y la “razonabilidad” no son identificables⁴⁷.

La “racionalidad” se refiere a la coherencia o lógica interna de la decisión discrecional. Así, entre los motivos, el objeto y el fin de una decisión discrecional deberá existir una relación lógica o coherencia interna⁴⁸.

La “razonabilidad”, sin embargo, sería un límite negativo que excluye únicamente las decisiones irrazonables, y circunscribe el conjunto de alternativas entre las que la Administración puede válidamente elegir⁴⁹.

recoge la tramitación constitucional que terminó con la inclusión de este principio en el artículo 9.3 de la CE. DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., pp. 151 y ss., explica el modo en que este principio se plasmó en nuestro ordenamiento jurídico a través de su inclusión en el artículo 9.3 de la Constitución, y rechaza –opinión que compartimos–, su identificación con el principio de igualdad. Es más, entiende que se trata de un principio que opera en el marco de las potestades discrecionales, de modo que la interdicción de la arbitrariedad engloba no sólo la prohibición de la desigualdad, sino cualquier abuso de una potestad discrecional.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, fundamento jurídico 6. Si bien esta sentencia se refiere a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social foral. Uno de los vicios que se atribuye a esta norma impugnada es, precisamente, el de arbitrariedad.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998 (Ar. 10438), fundamento de derecho tercero.

⁴⁴ La Real Academia Española define en su *Diccionario de la Lengua Española* la arbitrariedad de este modo. Por el contrario discrecional significa “Que se hace libre y prudencialmente”. Y algo prudencial, es algo con fundamento y no carente de razón última que lo justifica. Insistimos por tanto en que discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos que se excluyen entre sí.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 479, hablan de un doble test de “racionalidad” y “razonabilidad”. También CARRASCO PERERA, A.: “El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11, 1984, pp. 39 y ss., y FERNÁNDEZ, T.R.: “Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 83, 1994, p. 387, analiza las dos vertientes de la irracionalidad, en cuanto límite al acto administrativo. “Una, concierne a la construcción misma de la decisión, a su lógica interna, esto es, a la irracionalidad en sentido estricto, mientras que la segunda implica una comparación de la decisión con algo que está fuera de ellas, lo que remite a la idea de razonabilidad”.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2000 (Ar. 5585), fundamento de derecho quinto, cuando, respecto de una interpretación que constituye el objeto del litigio, se afirma: “Pero no sólo es que sea arbitraria la interpretación que ha hecho la Sala de instancia, es que, además y como dejamos apuntado al analizar el motivo primero, ni supera el test de racionalidad (que mira a la forma en que está construida la sentencia) ni supera el test de razonabilidad (que implica la comparación de la decisión con algo que está fuera de ella)”.

⁴⁷ DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., p. 175.

⁴⁸ *Ídem*, p. 178.

⁴⁹ *Ídem*, p. 181.

Por nuestra parte, preferimos hablar de test de racionalidad y de proporcionalidad⁵⁰.

Por lo que al primero respecta, teniendo en cuenta que la racionalidad es la facultad intelectual que juzga las cosas con razón, y que la razón es un argumento o una demostración que se aduce en apoyo de una cosa, el juez tendrá que valorar si la Administración, a la hora de concretar ese interés general que debe estar detrás de toda potestad discrecional, puede argumentar de una forma lógica o coherente que la opción adoptada es la correcta. Y, como la razón, es también sinónimo de justicia, de medida en el Derecho para ejecutar una operación, el juez deberá comprobar que la opción administrativa no es sólo la correcta, sino que también es la más ajustada, adecuada a las circunstancias o proporcionada. Se trata, por tanto, de un control negativo, en el sentido de que el juez podrá tachar de arbitrario aquello que no sea ni razonable ni proporcionado con el interés general⁵¹.

Baste cuanto acabamos de afirmar para demostrar la estrecha relación que existe entre el principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

Además, el principio de proporcionalidad, en tanto que principio general del Derecho, ha adquirido una especial relevancia por su relación con las potestades administrativas discrecionales⁵².

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1982, ya dio en su día muestra de esta conexión que existe entre las potestades discrecionales de la Administración y el principio de proporcionalidad como límite de las mismas al establecer: "Que la actividad discrecional de la administración, con independencia de los límites derivados del fin para cuya consecución se le otorgaron las correspondientes potestades y cuya vulneración puede implicar una desviación de poder, viene, también, limitada por los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico y como principios informadores del mismo, debiendo destacarse, entre ellos, el de proporcionalidad consagrado por constante jurisprudencia"⁵³.

⁵⁰ Deducimos que, cuando se habla de "test de racionalidad", se alude a una aplicación racional del Derecho; es decir, con un argumento expreso, demostrable, que justifica dicha elección. Cuando se habla de "test de razonabilidad", en cambio, se está haciendo referencia a una aplicación razonable del Derecho, en el sentido de arreglado, de justo, tal y como se desprende de los significados atribuidos por la Real Academia Española. Por nuestra parte, preferimos hablar de test de racionalidad y de proporcionalidad como una exigencia básica de la misma, toda vez que la palabra "razonabilidad" no figura recogida en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

⁵¹ La Sentencia de 17 junio 1989 (Ar. 4730), fundamento de derecho tercero, es uno de los muchos ejemplos que pueden citarse a la hora de comprobar que es esta la forma de actuar por parte de nuestros Tribunales a la hora de aplicar estos exámenes de arbitrariedad. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874), fundamento de derecho quinto.

⁵² Sobre este principio, vid. BARNÉS, J.: "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario", *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994, pp. 495 y ss. y "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15 y ss., CHUECA SANCHO, A.: "Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario", *Revista de instituciones europeas*, n.º 3, 1983, pp. 863 y ss., LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988 y "El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo", *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 143 y ss., y "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal, AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999 y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid 1990. En el Derecho Tributario IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "Las <<sanciones impropias>> en materia tributaria en relación al principio de proporcionalidad", *Actualidad Tributaria*, n.º 21, 1994, pp. D-555 y ss., MORILLO MÉNDEZ, A.: "El principio de proporcionalidad y los procedimientos tributarios cautelares", *Información Fiscal*, n.º 29, 1998, pp. 9 y ss., "El principio de proporcionalidad en los procedimientos tributarios", *Tribuna Fiscal*, n.º 108, 1999, pp. 55 y ss., "El principio de gravamen mínimo en la intervención del contribuyente en los procedimientos tributarios", *Impuestos*, 1999-II, pp. 198 y ss. y VILLAR EZCURRA, M. y HERRERA MOLINA, P.M.: "Aportaciones del Derecho Comunitario al Estatuto del Contribuyente", *Quincena Fiscal*, n.º 10, 1999, pp. 9 y ss.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1982 (Ar. 5259), que, a su vez, remite a las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 27 de octubre de 1962 (Ar. 3973 y Ar. 3945), 25 de marzo de 1972 (Ar.1472), 30 de mayo de 1975 (Ar. 2512), 14 de marzo de 1981 (Ar. 2811). También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1999 (Ar. 9299), fundamento de derecho tercero, establece: "Por último, frente al criterio del recurrente, el principio de proporcionalidad forma parte de nuestro ordenamiento jurídico para condicionar la actuación de la Administración, no sólo en el ámbito estrictamente sancionador, donde la jurisprudencia se ha hecho eco de la necesidad de la adecuada correlación entre la gravedad de la infracción y la importancia de la sanción dentro, incluso, de los márgenes de que la norma permite, sino también en el más general de la intervención administrativa, modulando la intensidad de ésta en favor de la medida menos restrictiva posible". Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1991 (Ar. 3286), fundamento de derecho segundo: "Recuérdese que las exi-

Es cierto que el principio de proporcionalidad no resulta enunciado explícitamente en la Constitución Española, y que, no existe un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta. Sin embargo, ello no impide afirmar la virtualidad jurídica de este principio, del que hay que resaltar su importancia no sólo en el ámbito del derecho interno, sino también en el comunitario, donde ha sido expresamente recogido en el artículo 5, párrafo tercero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en su protocolo anejo añadido por el Tratado de Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad⁵⁴.

El Tribunal Constitucional, ya en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, reivindicó su existencia y protección desde el artículo 10.2 de la Constitución⁵⁵. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo y 49/1999, de 5 abril, consagran el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el artículo 1.1 CE y de la referencia del artículo 10.2 CE a los artículos 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades). Se trata, además, de un principio derivado del valor "justicia", del principio del Estado de Derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona⁵⁶.

Su aplicación y trascendencia en el Derecho Público español y, por ende, en materia tributaria, es incuestionable⁵⁷. Aunque el artículo 3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no lo recoge expresamente como criterio básico de actuación de las Administraciones Públicas, si que hacen referencia al mismo los artículos 96, en cuanto a los medios de ejecución forzosa y 131, en el ámbito sancionador⁵⁸. Por su

gencias del principio de proporcionalidad -art. 106.1 de la Constitución (...) imponen una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida". La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 febrero 1987 (Ar. 2908) resulta especialmente interesante porque destaca la estrecha relación que existe entre la adecuación de la potestad al fin con que ha sido otorgada y el principio de proporcionalidad: "La idea del fin aparece como elemento rigurosamente esencial en toda potestad administrativa, que, por tanto, ha de actuarse siempre en atención a dicho fin. Así lo destaca nuestro ordenamiento con reglas de todos los rangos normativos: arts. 106.1 de la Constitución, art. 83,3 de la Ley Jurisdiccional (...). Este principio finalista opera en tres direcciones distintas, pero ligadas entre sí: A) En primer lugar, constituye una «regla sicológica» que exige que el objetivo que la Administración trata de conseguir resulte subsumible en la finalidad acuñada por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad de cuya actuación se trate. B) En segundo lugar, los medios utilizados por la Administración han de ser proporcionados, no excesivos, en relación con la finalidad perseguida. C) En último término, las medidas puestas en juego han de ser idóneas, aptas, para la realización del concreto fin perseguido". Y la Sentencia de 30 de enero de 1987 (Ar. 2034), en su fundamento de derecho segundo, afirmó que: "El contenido de las potestades administrativas no es limitado. Su actuación, regida siempre por el principio de la proporcionalidad -art. 6.º del Reglamento de Servicios y hoy art. 84,2 de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985-, ha de contemplar los distintos intereses en juego, en cuanto tengan relevancia bastante para merecer una protección jurídica".

⁵⁴ El apartado tercero del artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

⁵⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre de 1982, fundamento de derecho 5.

⁵⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo de 1996, fundamento de derecho 3 y 49/1999, de 5 abril, fundamento jurídico 7. También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce la eficacia de este principio. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de marzo de 2002, as. C-27/200, Peticiones de decisión prejudicial: High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Crown Office) -Reino Unido y High Court- Irlanda, aún no publicada en el Repertorio (<http://curia.eu.int/es/index.htm>), par. 60, afirma: "A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deberán ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos".

⁵⁷ En este sentido, BOSCH CHOLBI, J.L.: *La protección constitucional del domicilio ante el deber de contribuir*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Valencia, 1999, en prensa, pp. 501 y ss., reconociendo que su ámbito de aplicación habitual es el de los derechos fundamentales, afirma que también se atiende a este principio en el ámbito tributario, al analizar incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los concretos derechos constitucionales de los ciudadanos; a los que puede afectar, lógicamente, la actuación discrecional de la Administración.

⁵⁸ El tenor literal de estos artículos es el siguiente: "Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho".

"Artículo 96. Medios de ejecución forzosa. 1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios: a) Apremio sobre el patrimonio. b) Ejecución subsidiaria. c) Multa coercitiva. d) Compulsión sobre las personas. 2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el

parte el artículo 2.2 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, lo recoge expresamente por primera vez el como principio ordenador de la aplicación del sistema tributario⁵⁹. No obstante, ya la Ley 25/1995, de 20 de julio de modificación parcial de la Ley General Tributaria introdujo el artículo 128, sobre las medidas cautelares en sede de recaudación, y un tercer apartado en el artículo 142, sobre las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos de la Inspección de los Tributos, donde ya se hacía expresa referencia a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad⁶⁰.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995, de 23 de febrero, nos resulta especialmente interesante en este sentido, puesto que resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a una entrada en un domicilio, a través de la correspondiente autorización judicial, en el seno de unas actuaciones inspectoras. El Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: “Aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor

menos restrictivo de la libertad individual. 3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. Respecto del mismo, el apartado 12 de la Exposición de motivos de la Ley afirma: “La autotutela de la Administración Pública, potestad que permite articular los medios de ejecución que garanticen la eficacia de la actividad administrativa, queda en todo caso subordinada a los límites constitucionales, debiendo adoptarse los medios precisos para la ejecución, de modo que se restrinja al mínimo la libertad individual y de acuerdo con el principio de proporcionalidad”.

“Artículo 131. Principio de proporcionalidad. 1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme “El apartado 14 de la Exposición de motivos de la Ley afirma que los principios que informan el procedimiento sancionador, entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad, son básicos “al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias”.

⁵⁹ El artículo 2.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero de 1998, de Derechos y garantías de los Contribuyentes, dispone: “2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de generalidad, proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales asimismo asegurará el respeto de los derechos y garantías del contribuyente establecidos en la presente Ley”. Sobre este artículo vid. comentario de CHECA GONZÁLEZ, C.: “Principios generales de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes”, AA. VV.: *Derechos y Garantías del Contribuyente (Estudio de la nueva Ley)*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 33 y ss. La introducción de este principio en el Estatuto del Contribuyente ha sido valorada muy positivamente por parte de la doctrina. BOSCH CHOLBI, J.L.: *La protección constitucional del domicilio ante el deber de contribuir...*, *ob. cit.*, p. 263, señaló, respecto de algunos de los principios recogidos en el artículo 2 del Estatuto del Contribuyente, que, “su asunción expresa ha sido una novedad”. También AA.VV. (coordinada por MARTÍN FERNÁNDEZ, J.): *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999, p. 63, donde se afirma: “Por todo ello, puede considerarse que el artículo 2.2 de la Ley 1/1998 da un paso respetuoso con el texto constitucional, en un conveniente control de la Administración que va más allá de la Ley General Tributaria en cuanto que eleva a regla general lo que en esa norma aparecía como criterios específicos de actuación de determinadas actuaciones de concretos procedimientos; en incluso más allá de la Ley 30/1992, que sólo cita expresamente el llamado principio de proporcionalidad en relación con el derecho sancionador y la ejecución forzosa, como hemos visto, sin aludir al mismo en el artículo 3 que formula los principios generales”.

⁶⁰ Los apartados 1 y 2 del artículo 128 de la Ley General Tributaria establecen: “1. Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración tributaria podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se verá frustrado o gravemente dificultado. 2. Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar. En ningún caso se adoptarán aquéllas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación”. Su redacción actual viene dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, de 30 de diciembre. Este artículo se introdujo en nuestro ordenamiento por primera vez como consecuencia de la modificación parcial de la Ley General Tributaria, operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, y modificada a su vez por la Ley 66/1997 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, de 30 de diciembre. Por su parte el apartado 3 del artículo 142 establece: “3. Para la conservación de la documentación mencionada en los apartados anteriores y de cualquier otro elemento de prueba relevante para la determinación de la deuda tributaria, se podrán adoptar las medidas cautelares que se estimen precisas al objeto de impedir su desaparición, destrucción o alteración. Las medidas habrán de ser proporcionadas al fin que se persiga. En ningún caso se adoptarán aquéllas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación. Las medidas podrán consistir, en su caso, en el precinto, depósito o incautación de las mercaderías o productos sometidos a gravamen, así como de archivos, locales o equipos electrónicos de tratamiento de datos que puedan contener la información de que se trate”. Vid. sobre el tema MORILLO MÉNDEZ, A.: “El principio de proporcionalidad y los procedimientos tributarios cautelares”..., *ob. cit.*

justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia Ley suprema (art. 10.2 C.E.), como hemos dicho tantas veces que excusa su cita”, y concluye concediendo el amparo, puesto que “la integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho, con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona”⁶¹.

También en el ámbito específico tributario, es ilustradora la Sentencia de 24 de julio de 1999, al afirmar que están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas, por mucho que resulten exigibles los deberes de información y colaboración tributarios⁶². En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2000, afirma que, aunque no se formule expresamente, la Administración habrá de atemperar el requerimiento de información al principio de proporcionalidad; principio que irradia sobre toda la actuación administrativa, “limitando los extremos solicitados al fin expresado de la aplicación estricta de los tributos”⁶³.

Ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, sabiendo que, cuando la Administración ejerce una facultad discrecional, está habilitada para elegir, de entre las distintas posibilidades, la más favorable para el interés general, se trataría de concretar cuándo esta elección es proporcionada.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podemos deducir que el principio de proporcionalidad tiene una triple vertiente⁶⁴. El principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad de la medida y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Así, cualquier medida restrictiva de un derecho debe superar el juicio de proporcionalidad desde esta triple perspectiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1998, de 17 de febrero, sintetiza la doctrina de este Tribunal del siguiente modo: “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁶⁵.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995, de 23 de febrero, fundamento jurídico 7.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1999 (Ar. 7104), fundamento de derecho primero.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2000 (Ar. 7608), fundamento de derecho tercero. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2000 (Ar. 9447), fundamento de derecho tercero, y las tres Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2001 (Ar. 250, 251 y 252), fundamentos de derecho quinto de todas ellas.

⁶⁴ Esta triple vertiente del principio de proporcionalidad se aplica tanto para controlar la actuación del legislador como para controlar la actuación de la Administración, cuestión ésta que ya en su día señaló ALGUACIL MARÍ, P.: “La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 253, 1999, p. 638, cuando, al analizar la aplicación del juicio de “razonabilidad” a la capacidad económica ínsita en un tributo, indica la similitud del juicio de constitucionalidad con el control operante respecto de la discrecionalidad en la actuación de la Administración. En idéntico sentido, CHECA GONZÁLEZ, C.: “Base imponible y comprobaciones de valores en las operaciones mortis causa”, p. 180, AA.VV.: *La fiscalidad de las sucesiones y donaciones*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1998, de 17 de febrero, fundamento jurídico 8. La primera vez que el Tribunal Constitucional habló expresamente de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad fue en su Sentencia 66/1995, de 8 de mayo de 1995, fundamento jurídico 5. Desde entonces, esta doctrina se ha venido aplicando por el Tribunal Constitucional hasta nuestros días. Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 126/2000, de 16 de mayo de 2000, fundamento jurídico 6, Sentencia 186/2000, de 10 de julio de 2000, fundamento jurídico 6, Sentencia 103/2001, de 23 de abril, fundamento jurídico 10 y Sentencia 202/2001, de 15 de octubre, fundamento jurídico 2.

A tenor de lo que acabamos de decir, un acto discrecional, para que sea proporcionado, debe superar un triple juicio. El primero sería el juicio de idoneidad, también conocido como juicio de adecuación. Impone a la Administración la elección de un medio idóneo que le permita alcanzar el fin que establece la norma que otorga la potestad discrecional. De este modo, se limitan las alternativas entre las que la Administración puede válidamente elegir. Sólo podrá optar por aquella que sea idónea o adecuada para lograr dicha finalidad. Corresponde a la propia Administración determinar cuál es la opción más idónea, atendiendo a criterios de carácter técnico-empírico⁶⁶.

El segundo juicio que limita la actuación discrecional, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, es el juicio de necesidad o de intervención mínima. Este juicio implica constatar que la elección que lleva a cabo la Administración es la adecuada, o, lo que es lo mismo, que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. La Administración está obligada, en virtud de este principio, a elegir la medida menos lesiva para los intereses particulares o de la comunidad⁶⁷.

El tercer juicio al que nos hemos referido al determinar el alcance de este principio, es el de proporcionalidad en sentido estricto. Una vez constatada que la elección llevada a cabo por la Administración es idónea, además de ser la menos lesiva, finalmente, ha de tratarse de una elección ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La adopción de una decisión por la Administración, por tanto, no es conforme a Derecho, desde el punto de vista de la proporcionalidad, si esa medida provoca unos daños que no son proporcionados con los beneficios que se derivan de la consecución del fin perseguido.

Hasta ahora hemos intentado delimitar el contenido del principio de interdicción de la arbitrariedad como uno de los límites a los que está sometida la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales. Y hemos además precisado que este control se realiza aplicando un doble test de racionalidad y de proporcionalidad.

No obstante, la aplicación de este test puede suscitar un debate acerca de la posibilidad de que el juez, a la hora de aplicar esta técnica de control, proceda a una sustitución de criterios, los suyos propios, por los criterios de la Administración. Y es cierto que ese riesgo está latente, si entendemos que el control judicial se remite a un criterio subjetivo de lo que el juez entiende por racional o proporcionado.

Sin embargo, no es esto lo que aquí se defiende. Uno de los medios útiles para evitar cualquier halo de subjetivismo incontrolable en su decisión, será comprobar que la decisión aparezca suficientemente fundamentada, que dicha argumentación no sea inconsistente. El juez podrá estar o no estar de acuerdo con la argumentación llevada a cabo por la Administración. Efectivamente, su criterio podría ser diferente, llevar a otro planteamiento de la situación también válido. Pero no es eso lo que debe controlar. Lo que debe tener en cuenta es que exista una motivación bastante y razonable, que permita concluir que la actuación de la Administración no es arbitraria, y que ha tenido en cuenta el interés general por encima de cualquier otra pauta de comportamiento. Obsérvese que el interés general no se puede definir o constatar tanto por lo que es, como por lo que no es. Siendo esta la forma en la que debe proceder el juez que conoce un acto de estas características.

Esta técnica de control de la discrecionalidad nos remite, necesariamente, a un estudio detenido de la motivación del acto discrecional. Sólo a través de la motivación del acto se podrá comprobar que el acto no es arbitrario y no atenta contra el resto de los principios generales del Derecho.

⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal...*, ob. cit., p. 155.

⁶⁷ Al analizar este segundo aspecto del principio de la proporcionalidad, DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, ob. cit., pp. 197 y ss. plantea que, en ocasiones, la virtualidad de esta máxima, en contra de lo que pudiera parecer en un principio, no hace desaparecer la discrecionalidad administrativa, sino que precisa sus límites o contornos. No permite, por tanto, erradicar plenamente la elección entre las diferentes alternativas posibles.

III.4. La motivación del acto

La motivación del acto administrativo discrecional es un elemento reglado del mismo, pero, dada la importancia capital que tiene dentro del control que pueda llevar a cabo el juez, consideramos oportuno realizar un estudio separado del mismo⁶⁸.

Desde la aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, deben ser motivados. Así lo dispone el artículo 54 de esta Ley, precepto que, por ubicarse en la parte correspondiente al Régimen Jurídico de la Administración, resulta de aplicación directa al ámbito tributario⁶⁹.

La función básica de la motivación del acto es, precisamente, la de permitir el control jurisdiccional de los actos administrativos⁷⁰. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de abril de 1990, afirmó lo siguiente: "La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal –exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo– no es sólo una cortesía, sino que constituye una garantía para el administrativo que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración –art. 106,1 de la Constitución– que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios"⁷¹.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 130/1991, de 6 de junio, señala la conexión entre la motivación del acto y el control de la actuación de la Administración, al permitir concluir válidamente que un acto administrativo carece de causa jurídica fundada en el interés público cuando "en

⁶⁸ Sobre la motivación del acto administrativo en general, puede verse FERNANDO PABLO, M.M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 81 y ss. e IGARTÚA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional...*, ob. cit. En el específico ámbito tributario, puede consultarse ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999, CALABUIG MORO, S.: "El deber de motivación de los actos administrativos en el ámbito tributario", *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 9, 2000, pp. 51 y ss., CASANA MERINO, F.: "La nueva redacción de la Ley 30/1992 y sus efectos en el ámbito tributario", *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 103, 1999, pp. 413 y ss., MARTÍN QUERALT, J.: "La aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los procedimientos administrativos en materia tributaria", *Tribuna Fiscal*, n.º 32, 1996, pp. 3 y ss., SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: "El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria (I) y (II)", *Quincena Fiscal*, n.º 4, 1995, pp. 9 y ss., y *Quincena Fiscal*, n.º 5, 1995, pp. 9 y ss. y TORREGOSA CANÉ, M.ª D.: "Nulidad y anulabilidad de actos administrativos tributarios: fuentes, concepto y delimitación", *Técnica Tributaria*, n.º 56, 2002, pp. 101 y ss.

⁶⁹ El artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, dispone: "1. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho: 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".

Esta reforma ha sido valorada positivamente por la doctrina. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 561, afirman: "Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha establecido la nueva LPC, corrigiendo en este punto con acierto el antiguo artículo 43 LPA, que la omitía, omisión que denunciamos en ediciones anteriores de esta obra por estimar que la expresión de los motivos en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional", p. 561. También, PARADA, R.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 248 a 250. Aún así, quisiéramos sumarnos a la opinión de aquellos autores que entienden que la obligación de motivación del acto administrativo debería ser la regla general, y la última reforma de la Ley de Procedimiento administrativo debería haber optado por la motivación generalizada, salvo excepción expresa, reservada únicamente para los actos de instrucción o trámite, así MORENO MOLINA, A.M.: "La motivación y la notificación de los actos administrativos", *Documentación Administrativa*, n.º 254-255, 1999, p. 163.

⁷⁰ Vid. GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTARANA, J.M.: *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 187. Para estos autores, la motivación del acto administrativo tiene una <<triple funcionalidad>>: "a) Como exigencia que permite el control indirecto de la opinión: persuadir al destinatario del acto y prevenir eventuales impugnaciones. b) Determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada, elemento interpretativo valiosísimo. c) Medio para realizar el control jurisdiccional de los actos administrativos".

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990 (Ar. 3600), fundamento de derecho cuarto.

el expediente administrativo no consta fundamento objetivo, razonamiento ni demostración alguna que jurídicamente justifique que la supresión de la tradicional y aludida imagen (...) haya de ser procedente⁷².

Dada su importancia, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, afirman que la motivación del acto no supone un requisito meramente formal, sino de fondo⁷³.

En este mismo sentido, y siguiendo a FERNANDO PABLO podemos definir la motivación como una verdadera justificación o motivación interna del acto, exigida por los principios de legalidad y prohibición de la arbitrariedad, y que resulta de los datos de la instrucción incorporados al expediente administrativo⁷⁴. La motivación del acto forma parte de una temática más amplia, cual es la de la justificación de los actos de los poderes públicos, encontrando su fundamento, por tanto, en el artículo 9.3 de la Constitución⁷⁵.

Precisamente por ello, en ocasiones, la falta de motivación puede dar lugar a la nulidad absoluta del acto, y no a una simple nulidad relativa⁷⁶. La eficacia invalidante de los vicios de motivación no se limita, por tanto, a la aplicación de los vicios de la forma. Así ocurre, por ejemplo, con los actos que afectan a los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional⁷⁷. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de de 3 de febrero de 1989, y respecto de determinación de servicios mínimos por la autoridad competente ante una huelga convocada, afirmó que “la motivación que se exige en estos supuestos no puede equipararse a la que debe acompañar a todo acto administrativo, pues aquélla afecta al ejercicio mismo de un derecho fundamental y condiciona, por ello mismo, la constitucionalidad de la medida restrictiva o limitadora”. Y concluye del siguiente modo: “la ausencia de motivación y fundamentación impide la justa valoración y el control material o de fondo de una medida que, como la que aquí se combate restringe el derecho de huelga basándose en su eventual incidencia en servicios esenciales de la comunidad. De ahí que estos requisitos hayan de considerarse esenciales, y no sólo de forma o procedimiento”⁷⁸.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1998, de 13 de enero, afirmó, en este sentido: “Frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales. También en relación con actos administrativos que impongan sanciones”⁷⁹.

En cuanto a técnica de control de los actos discrecionales, podemos observar que la motivación del acto discrecional está relacionada con las tres técnicas de control relativas a los elementos reglados, a los hechos determinantes, y a los principios generales del Derecho. Puesto que la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, el expediente que motiva el acto discrecional hará necesariamente referencia a todos los extremos ante-

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1991 de 6 de junio, fundamento de derecho 5.

⁷³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 561.

⁷⁴ Cfr. FERNANDO PABLO, M.: *La motivación del acto administrativo...*, ob. cit., p.232.

⁷⁵ Vid. FERNANDO PABLO, M.: “La motivación del acto administrativo en la Ley 30/92”, AA.VV.: *Procedimiento administrativo. Ponencias al I Coloquio Hispano-portugués*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, pp. 193 y ss.

⁷⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990 (Ar. 3600), fundamento de derecho cuarto, sintetiza la jurisprudencia del Tribunal en este sentido: “La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado”.

⁷⁷ *Ídem*, p. 218.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1989, de 3 de febrero, fundamentos jurídicos 4 y 5.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1998, de 13 de enero de 1998, fundamento jurídico 6. Esta Sentencia a su vez se remite a las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1982, de 16 de abril; 6/1995, de 28 de marzo y 128/1997, de 14 de julio.

riormente mencionados, adquiriendo un protagonismo indiscutible en el momento del control judicial del acto recurrido, siendo, en ese sentido, una herramienta indispensable para el juez a la hora de llevar a cabo su tarea.

La motivación del acto pasa a convertirse, así, en el instrumento básico que permite al juez controlar la actuación de la Administración. La pieza clave sobre la que se articula el control que le llevará a determinar si el acto es, o no, conforme a Derecho⁸⁰. Podemos decir, en este sentido, que la obligación de motivar es directamente proporcional al margen de actuación que la norma concede a la Administración o, lo que es lo mismo, a mayor margen de apreciación administrativo, la intensidad o profundidad de la motivación del acto se incrementa.

Sin motivación no se puede someter un acto discrecional al test de la razonabilidad y al test de la proporcionalidad. Por lo tanto, un acto aparece como arbitrario cuando carece de razones últimas que lo justifique. En este caso, ese acto debe anularse, por atentar contra el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

III.5. El control a través de la diferenciación entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado. El margen de apreciación dentro del concepto jurídico indeterminado

Esta técnica de control procede de la doctrina alemana, siendo introducida en nuestro ordenamiento jurídico, en el año 1962, por GARCÍA DE ENTERRÍA, teniendo una gran aceptación, hasta el punto de que, a nuestro juicio, ha condicionado todos los estudios posteriores que, acerca de la discrecionalidad administrativa, se han efectuado desde entonces⁸¹.

Según se explica en esta teoría, es habitual el empleo en Derecho Público de conceptos jurídicos indeterminados (justo precio, utilidad pública, circunstancias excepcionales, indicios racionales, por citar algunos ejemplos). En estos conceptos, frente a lo que ocurre en la discrecionalidad, se da una circunstancia especial, cual es la de la unidad de solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia posible. En ellos no hay libertad de elección, sino que se da una estricta aplicación de la Ley que ha creado el concepto, por lo cual “el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación”⁸².

En nuestra doctrina, SAINZ MORENO estudió el concepto jurídico indeterminado, estableciendo en este sentido, opinión que compartimos plenamente, que el empleo de conceptos jurídi-

⁸⁰ En este sentido, BACIGALUPO, M. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*..., *ob. cit.*, p. 249, afirma “cuanto menor sea la densidad normativa con la que el legislador ha programado la actividad de la Administración –sobre todo en ámbitos sensibles para los derechos fundamentales– mayor será la carga de argumentación jurídica exigible para justificar la correlativa disminución de la intensidad del control jurisdiccional de aquella”.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”..., *ob. cit.* En Italia, por el contrario, no se introdujo la categoría del concepto jurídico indeterminado, sino la de la “discrecionalidad técnica”. Así, el papel reservado a éstos, en el ordenamiento jurídico español, lo ocupa en su sistema la “discrecionalidad técnica”, tal y como puede comprobarse en la obra de GIANNINI, M.S.: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problema*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 77 y ss., y, más recientemente, *Diritto amministrativo*, 3.ª edición. Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, pp. 49 y ss. Sobre la recepción de la teoría alemana del concepto jurídico indeterminado, y la evolución hacia la noción de discrecionalidad técnica, vid. DE PETRIS, D.: *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 39 y ss. En el ordenamiento jurídico español, la discrecionalidad técnica ha sido acogida por parte de la doctrina, dándole un significado diverso al que tiene en el derecho italiano. Así, puede consultarse al respecto DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*..., *ob. cit.*, o IGARTÚA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*..., *ob. cit.* Para estos autores, la discrecionalidad técnica, sería una categoría dentro de la discrecionalidad administrativa, que se diferencia por su carácter eminentemente técnico o pericial. No faltan autores que dudan de la relevancia práctica de esta distinción, antes bien, consideran que el empleo acumulativo de ambas figuras en nuestro ordenamiento, tiene consecuencias negativas. Así, BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 111, p. 416. Otros autores se inclinan por “combatir contundentemente el término” de discrecionalidad técnica, ya que los conceptos “discrecionalidad” y “técnica” son esencialmente inconciliables, y propugnan abiertamente su reconducción a la categoría del concepto jurídico indeterminado. Vid. GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*..., *ob. cit.*, pp. 20 a 22.

⁸² *Ídem* p. 173.

cos indeterminados, tiene una función positiva muy clara, la de permitir a la norma un margen u “holgura”, para que, siendo adaptable a la realidad, el resultado pueda ajustarse con exactitud al espíritu y finalidad de misma⁸³.

El Tribunal Constitucional acepta el uso de estos conceptos. Así, la Sentencia de 227/1993, 9 de julio afirma: “la Constitución no veda el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados ni podría hacerlo, conforme a la naturaleza de las cosas, puesto que no es sencillo resolver cómo podría el legislador autonómico, de forma general y apriorística, concretar estos criterios de manera más detallada. La misma naturaleza cambiante y dinámica, por otra parte, del comercio y del urbanismo, así como la pluralidad de supuestos de hecho imaginables aconsejan dejar a las Comisiones un razonable margen en la interpretación de estos criterios y en su aplicación al caso”⁸⁴.

Las consecuencias de la distinción entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado son, por tanto, muy importantes. Justamente por ello, por tratarse de un proceso reglado que no admite más que una única solución justa, es perfectamente admisible su fiscalización jurisdiccional, pudiendo el juez rectificar el juicio que ha hecho la Administración⁸⁵. Por el contrario, el juez nunca puede fiscalizar la “entraña” de una decisión discrecional, la cual, siempre que respete los límites anteriormente enumerados (control de los elementos reglados, de los hechos determinantes, respeto a los principios generales de Derecho y motivación) será siempre ajustada a Derecho⁸⁶. Puesto que una decisión discrecional significa concretar el interés general entre indiferentes jurídicos, el juez podrá estar, o no, de acuerdo con esa decisión administrativa, con esa elección que la Administración ha llevado a cabo, con ese razonamiento o motivación, con esa concreción de la potestad discrecional que la norma que le ha otorgado, pero su labor se limitará única y exclusivamente a comprobar todos los extremos anteriormente mencionados para la confirmación del acto o declaración de su nulidad; nunca a la determinación de un nuevo contenido del mismo⁸⁷.

Expuestos así los primeros resultados a los que hemos llegado, parece que el problema de la discrecionalidad ya no es tal problema, y que basta distinguir la potestad discrecional del concepto jurídico indeterminado para saber el margen de actuación con que cuenta la Administración (ante una potestad discrecional, margen de volición, y, ante un concepto jurídico indeterminado, margen de cognición), y cómo puede ser controlada por los Tribunales en cada caso.

No obstante, debemos volver sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados ya que, en la práctica, se dan disfunciones que exigen una mayor reflexión.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se configura, desde el momento de su recepción en nuestra doctrina, como una forma de reducción de la discrecionalidad administrativa, mediante un sometimiento pleno al control judicial de aquello que debe ser juzgado en estrictos términos de legalidad. De hecho, tuvo pronta acogida en nuestra jurisprudencia, de modo que el Tribunal Supremo acudió a esta técnica, expresa o tácitamente, en muchas ocasiones⁸⁸.

⁸³ Cfr. SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., p. 194. Expresa también una idea similar GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración...*, ob. cit., p. 134, cuando establece que “esta figura de los conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean –y han empleado siempre⁸³– las leyes”.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1993, de 9 de julio, fundamento jurídico 5. Este pronunciamiento se da en el seno de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley catalana de equipamientos comerciales de grandes superficies, que condicionaba la apertura a la obtención de un informe favorable de una Comisión creada al efecto. Para ello, la Ley enumera una serie de criterios respecto de los cuales los recurrentes entienden que introducen una peligrosa discrecionalidad que facilita a la arbitrariedad.

⁸⁵ *Ídem* p. 174.

⁸⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., p. 459.

⁸⁷ El control judicial de un acto discrecional, la naturaleza de dicho control, y el alcance será una cuestión que analizaremos en detalle seguidamente. Vid. infra apartado 6 de este capítulo.

⁸⁸ Desde que se importó esta técnica de control, ha venido aplicándose hasta nuestros días. Muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 2000 (Ar. 7428), fundamento de derecho cuarto, donde claramente señala que, fuera de los elementos reglados, hechos determinantes, principios generales del Derecho y distinción con los conceptos jurídicos indeterminados, no hay lugar para otras técnicas de control de los actos discrecionales.

Ahora bien, esta teoría necesita ahondar un poco más en la estructura del concepto jurídico indeterminado para ver cómo, en ocasiones, esta distinción no es tan sencilla, y puede plantear problemas a la hora de su aplicación práctica.

El conflicto surge en relación con el <<margen de apreciación>> con que cuenta la Administración a la hora de aplicar un concepto jurídico indeterminado.

La discrecionalidad supone una clara facultad de decisión entre soluciones igualmente válidas para el Derecho. Se reconoce expresamente la existencia de una actuación subjetiva, valorativa, por parte de la Administración –lo se ha denominado por la doctrina margen de volición– (insistimos que no quiere decirse que se trate de una capacidad ilimitada o arbitraria, ya que siempre deberá ser motivada y determinada por la búsqueda del interés general).

Por el contrario, la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, por tratarse de un proceso de estricta aplicación de la ley, de una subsunción de la norma en un supuesto de hecho, lo que hay es un margen de cognición. Por lo tanto, el margen de volición desaparece, sin perjuicio de que, para ello, exista –como vamos a demostrar a continuación–, un cierto margen de apreciación por parte de la Administración que aplica el concepto.

En efecto, dentro de la estructura interna de un concepto jurídico indeterminado, se distinguen dos zonas. Un núcleo o zona de certeza configurado por datos seguros que no ofrecen duda alguna, y un halo, zona que rodea al núcleo, donde no existe esa certeza, de modo que la aplicación del concepto indeterminado en esas zonas exige el análisis del supuesto concreto en cada caso.

En este mismo sentido, cualquier concepto –indeterminado o no–, al estar formado por dos zonas o ámbitos conceptuales, tiene también dos límites. Por un lado, el límite entre el ámbito de certeza positiva, integrado por aquello que seguro integra el concepto y el ámbito de duda. Por otro lado, el límite entre el ámbito de duda y el ámbito de certeza negativa, integrado por lo que seguro no es el concepto. El límite de certeza negativa, a su vez, no linda con la nada, sino que allí donde termina, comienza el ámbito de referencia de otro concepto. Un concepto indeterminado sería el que se encuentra entre la zona intermedia entre conceptos opuestos contrarios⁸⁹.

Ahora bien, no faltan pronunciamientos jurisdiccionales –que esperemos se trate de supuestos aislados–, que han procedido de forma contraria; es decir, en vez de aplicar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para reducir el campo de la discrecionalidad de la Administración y ampliar el margen de control por parte de los Tribunales, han procedido a la inversa, han acudido a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para sustraer del control judicial determinadas actuaciones de la Administración. Esta es la situación que exponen en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 (Ar. 522) BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”..., *ob. cit.*, en un supuesto insólito. Consideró el Tribunal, en este caso, que los nombramientos para cargos judiciales y fiscales no necesitaban ser motivados, puesto que no se trata de decisiones discrecionales en las que existe obligación legal de motivar, sino que de aplicación por el Gobierno de conceptos jurídicos indeterminados a los que, según el artículo 54 de la Ley 30/1992, no les alcanza el deber de motivar. Con ello, se intenta sustraer este tipo de actuaciones a un control judicial.

A nuestro juicio, el Tribunal ha desvirtuado por completo la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, concediéndole una finalidad extravagante. Además, interpreta erróneamente el deber general de motivar los actos discrecionales del artículo 54 de la Ley 30/1992. Y ello porque, como explican BOCANEGRA Y HUERGO, “Este precepto se refiere a la discrecionalidad como etiqueta que cubre los supuestos en los que la Administración dispone de un margen de elección, y en los que, por tanto, sólo a través de la motivación se puede determinar si ha actuado con finalidades legítimas o no. Esta situación no se da sólo en la discrecionalidad en sentido estricto (...).

Al incluir la discrecionalidad en el elenco de decisiones que deben ser motivadas, el legislador no pretendía introducir o zanjar distinciones dogmáticas (como la que existe entre discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados), sino solucionar una necesidad práctica. No olvidemos que la discrecionalidad era inicialmente un ámbito que incluía todo lo no reglado –es decir, todos aquellos supuestos en los que la Administración no venía obligada por la Ley a dictar un acto con contenido determinado–, sino que disponía de un margen más o menos amplio. Los conceptos indeterminados se extrajeron después de ese ámbito para aplicarles un control judicial más estricto, pero nunca para eludir los controles y garantías propios de la discrecionalidad”.

Se trata de una opinión que compartimos plenamente, ya que es éste el sentido en el que debe interpretarse el deber de motivar del artículo 54 de la Ley 30/1992. Sólo así se atiende al espíritu y finalidad de la misma, tal y como prescribe el artículo 3 del Código Civil.

⁸⁹ *Ídem*, pp. 197 y 198.

Por ello, aplicar un concepto jurídico indeterminado, implica la aceptación de un margen de apreciación para la Administración⁹⁰. No obstante, para la mayor parte de la doctrina, ese margen de apreciación no da entrada a una libre voluntad de la Administración. Se trata de un puro proceso interpretativo de la Ley, que hace reconocer la dificultad, pero no la imposibilidad, de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa⁹¹.

En este punto se dividen las opiniones doctrinales, de modo que podemos hablar de aquellos autores que se inclinan por la unicidad de la solución, y aquellos otros que admiten la existencia de discrecionalidad en el margen de apreciación⁹².

La primera de estas posiciones –aquella que niega la existencia de discrecionalidad en el margen de apreciación con que cuenta la Administración a la hora de aplicar un concepto jurídico indeterminado–, es la que tiene hoy en día un mayor apoyo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁹³.

Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987 pone de relieve que, “a diferencia del acto puramente discrecional, en que la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan pues todas ellas son igualmente justas y, por tanto, puede adoptar sin limitación de criterio, por el contrario el concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado, en el que el Tribunal habrá de valorar, si tratándose de la interpretación de la norma que ha creado el concepto. La Administración ha adoptado no cualquiera, sino la única de las soluciones justas que la interpretación permite y que no depende de la voluntad del que interpreta, como ocurriría si de un acto discrecional se tratara”⁹⁴.

Otros autores, sin embargo, admiten la existencia de discrecionalidad en el margen de apreciación que comporta, en muchos casos, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados⁹⁵.

⁹⁰ Se trata este también de un concepto elaborado por la doctrina alemana, tal y como explica BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*..., ob. cit., p. 127, “De este modo, nació, a la vez que se reducía el concepto de discrecionalidad administrativa, el llamado margen de apreciación (Beurteilungsspielraum) como margen de cognición que, de concurrir determinados requisitos o circunstancias (...) se reconoce a favor de la Administración a la hora de subsumir –¡no a la hora de interpretar!, según se sostiene mayoritaria aunque no unánimemente–, bajo (¡algunos no todos!) los conceptos indeterminados pertenecientes al supuesto de hecho normativo”. También GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*..., ob. cit., p. 18: “ya se hable de margen de apreciación, ya de discrecionalidad de valoración, se aplican a uno u otro supuesto los mismos límites. Por tanto. La trascendencia de calificarlos de uno u otro modo puede parecer relativa”.

⁹¹ Vid., en este sentido, SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*..., ob. cit., p. 347, “Cuando la norma formula el criterio de la decisión mediante un concepto jurídico indeterminado, no atribuye una facultad discrecional porque todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, expresa una idea que puede servir de criterio para una decisión en cuanto que puede ser utilizado en <<juicios de verdad>>”.

⁹² Esta clasificación ha sido tomada de MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho tributario*..., ob. cit., pp. 62 y 63, que, en este mismo sentido, habla de la teoría de la “unicidad de la solución” y la teoría de la “discrecionalidad de la decisión”.

⁹³ Vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*..., ob. cit., p. 136, “Parece claro que aquí no existe ninguna potestad discrecional de la Administración para apreciar a su voluntad la presencia y el alcance del concepto legal en la situación disputada. Tiene simplemente el privilegio posicional de la decisión previa, que la permite avanzar su estimación propia de la realidad del concepto legal de cuya aplicación se trata (...) Como dicen con toda rotundidad Wolff, Bachof y Stober <<la interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica>>. PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*..., ob. cit., p. 119: “En la medida, pues, que en que el margen de apreciación juega en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados, no habilita tampoco –como lo hacen éstos– verdadera discrecionalidad administrativa”.

⁹⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987 (Ar. 7395), fundamento de derecho segundo, que, en relación con el objeto asunto de litigio, afirma que “éste constituye un concepto jurídico indeterminado, que no debe confundirse con los poderes discrecionales, respecto de los que señalan claramente sus diferencias las Sentencias de este Tribunal de 8 de julio y 27 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4932 y RJ 1985\4293), al decir que «a diferencia del acto puramente discrecional, en que la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan, pues todas ellas son igualmente justas, y, por tanto, puede adoptar sin limitación de criterio subjetivo, por el contrario, el concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado en el que el Tribunal habrá de valorar si, tratándose de la interpretación de la norma que ha creado el concepto, la Administración ha adoptado no cualquiera, sino la única de las resoluciones justas que la interpretación permite y que no depende de la voluntad del que interpreta, como ocurriría si de un acto discrecional se tratará». En idénticos términos, la Sentencia de Sentencia de 21 noviembre 1991 (8827), fundamento de derecho cuarto.

⁹⁵ Entre ellos, MARTÍN GONZÁLEZ, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 54, 1967, pp. 197 y ss., quien, en abierta oposición con GARCÍA DE ENTERRÍA, considera que los conceptos

Debemos tener en cuenta un fenómeno decisivo antes de adoptar una postura al respecto. En el momento en que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la técnica de control de la discrecionalidad a través de su distinción del concepto jurídico indeterminado, la adopción de una u otra posición era determinante, puesto que no existía control jurisdiccional alguno sobre el acto discrecional⁹⁶. Si en el margen de apreciación se consideraba que había discrecionalidad, la concreción última del concepto jurídico indeterminado que hiciese la Administración –al ser discrecional–, debía respetarse por el Juez, quien, a lo sumo, podía proceder a su anulación.

Por el contrario, si no se apreciaba la existencia de discrecionalidad, y el empleo de un concepto jurídico indeterminado se entendía únicamente como aplicación de la ley a un supuesto concreto, el Tribunal que revisaba la actuación administrativa podría proceder a un control pleno, positivo y, en caso de estimar que la Administración no procedió a una correcta aplicación del concepto, declarar que su actuación no era conforme a Derecho, y sustituir la misma.

En la actualidad, los términos de este debate se mantienen prácticamente intactos⁹⁷.

Entendemos que es preciso hacer referencia ahora a aquellas voces doctrinales que han reelaborado la concepción del concepto jurídico indeterminado y hablan de una tercera categoría: los “conceptos indeterminables”⁹⁸.

Para estos autores, nos encontramos hoy en día ante una leyenda de la dogmática jurídica: “la omnipresencia de conceptos jurídicos indeterminados que admiten una única solución justa”, cuando tal unidad de solución no resulta en la realidad tan convincente⁹⁹.

Además, en la actualidad se puede hablar de la existencia de una mito: el calificar como conceptos jurídicos indeterminados todos aquellos casos en que el legislador emplea una expresión lacónica para definir un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica. Consideran estos autores que sólo puede hablarse de concepto jurídico indeterminado si la expresión se encuentra respaldada

jurídicos indeterminados, se caracterizan porque carecen de la determinación necesaria para su aplicación sin una previa determinación de ciertos elementos, lo que ocurre es que la puntualización de su contenido, se realiza según acuerdo con las valoraciones subjetivas de la persona que aplica el concepto, p. 112. En un sentido similar, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial...*, ob. cit., pp. 116 y 117, cuando afirma “Lo que no está tan claro es que exista siempre una diferencia a radice entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa”. Y continua: “Ahora bien, resulta que, por regla general, y no obstante la afirmación enfática de que la aplicación de estos conceptos permite un control jurisdiccional completo, se admite por la jurisprudencia que la <<unicidad>> de la solución justa es compatible con el respeto de un <<margen de apreciación>> a favor de la Administración para la concreción del concepto en cada caso. Pero si se admite que existe ese margen de apreciación, quiere decirse que la Administración puede llevar a cabo aplicaciones concretas del concepto que serían igualmente lícitas, lo que pone en cuestión que exista una sola solución jurídicamente aceptable”. Y concluye afirmando, en relación con la búsqueda de la solución del concepto jurídico indeterminado, lo siguiente: “Entonces el problema real se reduce a determinar quien declara cuál es la solución que ha de estimarse que ha de estimarse no ya <<la>> justa y verdadera, sino simplemente la solución conveniente (o más conveniente) entre las válidas en derecho.

Dado que esta operación comporta de ordinario una valoración de los hechos a la luz del concepto legal correspondiente y en atención al interés público a tutelar en cada caso, no se puede dudar de que está atribuida a la Administración. Y, si ésta puede llegar a varias soluciones distintas jurídicamente aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional”.

⁹⁶ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., p. 192: “Así, pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa eliminando la arbitrariedad mediante el sometimiento a control judicial de todo aquello que debe ser juzgado en términos de legalidad o de justicia”.

⁹⁷ Así, entre otros, GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, ob. cit., pp. 36 y 37, considera “es también cierto que la integración, no en la generalidad sino en casos realmente extremos, de conceptos jurídicos indeterminados puede ser realmente compleja (...). En tales casos –muy excepcionales, repetimos– pueden presentarse problemas probatorios que impedirán que el juez pueda disponer de criterios objetivos sobre los que fundamentar razonadamente una sustitución de la decisión administrativa, pero en ningún caso existen impedimentos a priori para llevarla a cabo”. Y concluye del siguiente modo: “cuando de discrecionalidad se trata, puesto que la norma ha querido que sea la Administración la que opte entre varias soluciones, el juez no puede llevar a cabo esa opción, debiendo limitarse su control, en su caso, a la anulación de la decisión adoptada en el ejercicio de una potestad discrecional, pero sin alcanzar nunca a su sustitución”, p. 44.

⁹⁸ Así TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, traducida por HERRERA MOLINA, P.M., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 34. Desarrollan esta idea GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.M.: “Técnicas convencionales e igualdad tributaria (Mitos y paradojas de un aparente conflicto)”, en prensa.

⁹⁹ Cfr. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.M.: “Técnicas convencionales e igualdad tributaria (Mitos y paradojas de un aparente conflicto)”, ob. cit.

por un bagaje jurídico consolidado (costumbre, jurisprudencia, doctrina) que permita traducir el concepto a un resultado concreto tras confrontarlo con la realidad¹⁰⁰. Aún así, la existencia de una única solución es difícilmente aceptable, y es frecuente encontrarse ante supuestos en los que el concepto jurídico admite una única solución y otros en los que se puede hablar de margen de discrecionalidad.

Cuando tal bagaje jurídico propio del concepto jurídico indeterminado no existe, estaríamos ante conceptos jurídicos indeterminables, o lo que es lo mismo, conceptos vagos, ambiguos y vacíos de contenido¹⁰¹. El empleo de los mismos por el legislador equivale a otorgar un margen de discrecionalidad a la Administración¹⁰².

Esta nueva elaboración de lo que debe entenderse por concepto jurídico indeterminado nos resulta especialmente interesante en un doble sentido. En primer lugar, porque la distinción entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad no es tan sencilla como la doctrina ha pretendido demostrar; y en segundo lugar, porque aún pudiéndose proceder a tal distinción, –al hablar de auténticos conceptos jurídicos indeterminados, y diferenciándolos de los conceptos indeterminables–, ello no impide acabar admitiendo la existencia de un último reducto de <<margen de apreciación>> dentro del concepto jurídico indeterminado que difícilmente se puede diferenciar del <<margen de volición>> propio del acto discrecional.

Por ello, entendemos que la distinción entre concepto jurídico indeterminado y acto discrecional, pese a que en su momento tuvo importancia decisiva y conllevó un interesantísimo debate por parte de la doctrina más autorizada, no tiene hoy en día relevancia práctica alguna, tal y como tendremos ocasión a continuación de desarrollar.

Para ello, se hace necesario pronunciarse sobre dos cuestiones: el control de los actos administrativos por parte de los tribunales Contencioso-Administrativos, y la concepción de margen de apreciación como margen volitivo propio del acto discrecional o como margen cognoscitivo propio de todo concepto jurídico indeterminado.

III.6. Alcance del control judicial del acto discrecional. La imposibilidad de una sustitución judicial del mismo

Reflexionaremos, en primer lugar, sobre la naturaleza y el alcance del control que pueden llevar a cabo los tribunales Contencioso-Administrativos. Por un motivo que ya adelantamos, la configuración legal actual del Contencioso-Administrativo impide que un juez dicte sentencias sustitutivas. Por ello, el control que lleven a cabo los Tribunales es idéntico frente a un acto discrecional y frente a un acto cuyo supuesto de hecho está integrado por un concepto jurídico indeterminado. Esta afirmación nos llevará al siguiente extremo del debate –si el margen de apreciación implica necesariamente el ejercicio de una actividad volitiva o de apreciación libre, o se puede reducir a una simple actividad cognoscitiva de la realidad y de aplicación de la norma a un supuesto dado–, y nos permitirá demostrar cómo la concepción del margen de apreciación como discrecional, o no, va a ser irrelevante a efectos de su control judicial, sin perjuicio de que mostremos nuestra opinión al respecto.

Cuando comenzamos a hablar de la discrecionalidad, afirmamos que las potestades discrecionales se configuran actualmente como unas facultades legalmente atribuidas –siempre existe una ley previa habilitante–, limitadas –nunca se trata de habilitaciones “en blanco” a la Administración–, y susceptibles de control judicial –manifestación inmediata del principio de revisión judicial de los actos administrativos recogido en el artículo 106 de la CE–.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² Conviene no obstante advertir, que estos mismos autores admiten que a medio plazo pueden elaborarse los criterios necesarios para llenar de contenido el concepto, convirtiéndose así en un “auténtico concepto jurídico indeterminado”, pero se tratará de un proceso largo que no estará exento de litigiosidad. Entendemos que supone admitir que siempre existe un primer momento de discrecionalidad en tanto que concretan los criterios que permiten hablar del “auténtico concepto jurídico indeterminado”.

Son muchos los autores que analizan el alcance del control judicial del acto discrecional partiendo de la función constitucionalmente atribuida a la Administración y al juez. En esta línea, la mayor parte de la doctrina considera que el enjuiciamiento de la actividad discrecional de la Administración es limitado, y por ello irá dirigido, única y exclusivamente, a la declaración de la nulidad del acto, y no a su sustitución¹⁰³.

En efecto, la Administración, según el artículo 103.1 de la Constitución, tiene como misión servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Y los Tribunales, por su parte, según el artículo 106.1 de la Constitución, controlarán la legalidad de la actuación administrativa. Fijémonos bien en que este artículo alude al control de la “legalidad” o, lo que es lo mismo, del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, y no de un control que pueda extenderse más allá, según lo anteriormente indicado. Por ello, otorgar al juez facultades diferentes que fuesen más allá de la anulación del acto administrativo discrecional, supondría alterar el papel constitucionalmente atribuido al juez y a la Administración¹⁰⁴.

Por lo tanto, el juez, cuando se encuentra con un acto discrecional que ha sido impugnado, se limitará a declarar, o no declarar, su nulidad, teniendo en cuenta los límites existentes derivados del propio acto y del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho. Pero en ningún caso podrá sustituir la decisión administrativa por la que considere más adecuada, ya que, en este caso, sería el juez quien estaría vulnerando la Ley (a la cual está sometido en virtud del artículo 117 de la CE). Esta Ley decidió otorgar un margen de decisión a la Administración para que, en un correcto uso de sus facultades, y teniendo siempre presente su obligación constitucional de servir con objetividad los intereses generales, concretase, de la mejor manera posible, este interés público o general que subyace detrás de toda potestad discrecional¹⁰⁵.

Por ello, esta perspectiva de estudio del problema nos llevaría a concluir que las facultades del juez no son en este sentido omnímodas. Son facultades limitadas, circunscritas por la propia

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración...*, ob. cit., p. 33, afirma: “Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que ese control debe respetar, en cualquier caso (...) el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autonómicos o locales) reserva el sistema político”, y añade “Que el Juez deba respetar la posición constitucional de la Administración es la base mínima del sistema contencioso-administrativo”, p. 34.

¹⁰⁴ Aunque como tendremos ocasión de ver a continuación, se trata de una cuestión que, en la actualidad, resuelve el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No obstante, conviene reflejar que, antes de su aprobación, se trataba de un debate doctrinal abierto. Si bien es cierto que la práctica totalidad de la doctrina compartía la opinión que aquí defendemos. Así, SANCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial...*, ob. cit., p. 135, afirma que “el límite jurídico general aplicable a la valoración de los elementos de hecho de la decisión sólo puede ser el error manifiesto cometido por la Administración en esa valoración. Más allá de ese límite, lo que se presenta como control jurídico esconde una valoración subjetiva del acierto o error (no jurídico) de la decisión”. Y también PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias...*, ob. cit., p. 36, comentando, en abierto desacuerdo, una Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874), que afirma la facultad del Juez de sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe base para ello en los autos, advierte “gracias a los criterios de control de la discrecionalidad que ha desarrollado y la capacidad de sustitución de los pronunciamientos administrativos que ha afirmado para sí aquel Juez, el ámbito de control de la legalidad de la actuación administrativa pierde contornos claros y sobre todo, objetivos, es decir, certeza y seguridad, quedando su determinación en manos judiciales. El riesgo de subjetivismo y aún decisionismo judiciales, de simple sustitución de la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad) de la Administración por la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad ¿por qué no?) del Juez, es en tal situación cierto”.

¹⁰⁵ Esta es, por lo demás, la línea que sigue el Tribunal Constitucional, como puede comprobarse en sus Sentencias 353/1993, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 3; 34/1995, de 6 de febrero, fundamento jurídico 3; 73/1998, de 31 de marzo de 1998, fundamento jurídico 3 y 138/2000, de 29 de mayo de 2000, fundamento jurídico 6: “la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminedar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa. Una verdadera predeterminedación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez –que lo es de la legalidad– tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas, sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración –la calificación técnica del órgano calificador– por la judicial”.

naturaleza del acto discrecional. Y, en este sentido, nadie mejor que el juez para tomar conciencia de que el cumplimiento de la Ley al que está sometido le obliga a respetar ese margen de actuación de la Administración. Ese margen de actuación que existe y tiene, por lo demás, su razón de ser en una Ley bajo cuyo imperio actúa¹⁰⁶.

Por nuestra parte, sin embargo, entendemos que el análisis del control judicial del acto discrecional, y su extensión, debe realizarse desde otra perspectiva. Nuestra opinión se une a la de aquellos autores que han estudiado la posible sustitución del acto discrecional enlazando directamente la cuestión con la naturaleza del proceso contencioso-administrativo¹⁰⁷.

Con este punto de partida, el profesor HUERGO LORA ha situado este problema en la conexión que tiene con las pretensiones procesales de las partes en el contencioso administrativo; opinión que compartimos en todos sus extremos¹⁰⁸.

Un órgano judicial sólo puede ordenar a la Administración a que ésta dicte un acto, del tipo que sea, si ante él se ha formulado una pretensión de condena solicitando la sustitución de dicho acto¹⁰⁹.

El contencioso administrativo se rige por el principio dispositivo. Este principio supone que son las partes las que delimitan el objeto del proceso y, por ello, los pronunciamientos que puede llevar a cabo el órgano judicial deben circunscribirse a las peticiones que las partes hayan deduci-

¹⁰⁶ Es lo que SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., pp. 356 y 357, denomina una cuestión de "tacto judicial" y, en este sentido, aclara: "El límite, pues, del control judicial de la Administración (dejando a un lado las prohibiciones legales que el derecho impositivo imponga (...), se encuentra en la prohibición de "mezclarse en los asuntos peculiares de la Administración del Estado" que el artículo 4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los jueces y Tribunales. Los jueces no pueden administrar. No se oculta, sin embargo, la dificultad de precisar en muchos casos hasta dónde puede llegar el juez sin que su decisión exceda de lo que exige el control de la legalidad del acto impugnado para penetrar en el ámbito de las decisiones administrativas. Aquí no es posible, ni deseable, fijar reglas que resuelvan de antemano un tema tan sutil. Esta es una cuestión de "tacto judicial", lo que en Inglaterra llaman "the exercise of reasonable discretion", en la que son determinantes la experiencia y cultura de los Jueces, la crítica de la opinión pública y de la doctrina, así como la tradición de los Tribunales. Todo ello traza límites invisibles a las decisiones judiciales que, en este sentido, son también emanación de la cultura del pueblo".

¹⁰⁷ Así FERNÁNDEZ, T.R.: "De nuevo sobre el poder discrecional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 80, 1993, pp. 594, cuando afirma: "En lo que respecta a la posibilidad de sustituir en vía judicial la decisión administrativa en causa, el punto de partida no es, ni puede ser el de la posición constitucional de la Administración, sino, supuesto que el asunto ya se ha hecho contencioso, el de la posición constitucional del Juez".

¹⁰⁸ Vid. HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 300.

¹⁰⁹ La clasificación de las pretensiones procesales en el contencioso-administrativo entre la doctrina es muy diversa. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 626 y 627 hablan de pretensiones de anulación, cuando lo que se solicita del órgano jurisdiccional es meramente la anulación del acto administrativo, y pretensiones de plena jurisdicción, en las que se solicita del órgano jurisdiccional, no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. Junto con ellas, se situarían, además, las pretensiones propias de las acciones contra la inactividad de la Administración y contra la acción material constitutiva de la vía de hecho. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 765 y ss., hablan de pretensiones declarativas, pretensiones constitutivas y pretensiones de condena. La pretensión es declarativa cuando lo que se pide del órgano jurisdiccional es la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. El ámbito de este tipo de pretensiones en el contencioso administrativo es muy reducido. Así, la simple declaración de nulidad de un acto, presupuesto del que se deriva una situación jurídica, daría lugar, no solo ya a una pretensión declarativa, sino a una constitutiva procedente de la extinción de las situaciones jurídicas derivadas del acto. La pretensión es constitutiva cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. La diferencia entre este tipo de pretensiones y las anteriores es sutil, y dependerá de que la relación jurídica exista, o no, con anterioridad. Finalmente, en las pretensiones de condena lo que se reclama del órgano jurisdiccional es la imposición de una situación jurídica al demandado. En muchas ocasiones, las pretensiones de este tipo van precedidas de pretensiones declarativas o constitutivas. Una clasificación similar de las pretensiones de condena llevan a cabo GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUELLAR, N.: *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 337 y ss., quienes distinguen entre pretensiones de mera declaración, pretensiones declarativas de condena y pretensiones constitutivas.

A este tipo de pretensiones de condena nos referimos cuando hablamos de la posibilidad de sustitución por parte del juez del acto administrativo cuya nulidad se solicita. Es decir, para que el juez tenga la posibilidad de llevar a cabo una sustitución del acto discrecional, la parte interesada debe haber solicitado en la demanda expresamente esta petición.

do¹¹⁰. La sustitución judicial no es, por tanto, una consecuencia natural de la anulación del acto, sino que debe ser expresamente solicitada por las partes.

Así pues, para que la sentencia pueda tener, al menos, la posibilidad de determinar el contenido del acto discrecional que previamente ha anulado, debe tratarse de una petición expresa realizada por las partes en el petitum del contencioso-administrativo planteado.

Esta vinculación entre el contenido de la sentencia y lo que las partes han pedido en el proceso se denomina congruencia. Y, siguiendo a GUASP, podemos definirla como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto¹¹¹. La congruencia se convierte así, en nuestro Derecho, en uno de los requisitos para que una sentencia sea válida. Debe existir, por tanto, esta relación entre la parte dispositiva o fallo de la sentencia y la pretensión procesal y la oposición a la misma¹¹².

De este modo, la sentencia debe decidir todas las cuestiones planteadas en el proceso. Ninguna cuestión menos, porque, en ese caso, la sentencia sería incompleta. Ni más o algo diferente, puesto que, en ese caso, se estarían vulnerando los derechos de defensa y contradicción de las partes en el proceso. Se trata, por lo demás, de un requisito que deriva directamente del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución¹¹³.

Especialmente ilustrativas en este sentido son las palabras del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 20/1982, de 5 de mayo, cuando afirma: "La congruencia de las sentencias, que, como un requisito de las mismas establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena

¹¹⁰ Es unánime la posición de la doctrina en este sentido. Vid., entre otros, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUELLAR, N.: *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998...*, ob. cit., p. 332. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 283 y ss., HUERGO LORA, A.: "Artículo 33", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, n.º 100, 1998, p. 341.

¹¹¹ Cfr. GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 555.

¹¹² También es unánime la doctrina en materia de congruencia. Así lo reflejan SÁNCHEZ MORÓN, M.: "El objeto del recurso contencioso-administrativo", AA.VV.: (dir. por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 211: "El artículo 33.1 de la nueva Ley recoge el principio de congruencia procesal (...). Es evidente que el principio dispositivo obliga a no juzgar más allá de las pretensiones formuladas o en razón de *causas de pedir* distintas de las que motivan el recurso y la oposición, pero el Juez o Tribunal puede, sin infringir el principio, fundar su resolución en argumentos distintos a los expresados por las partes en defensa de sus intereses (...). Por lo demás hay que recordar que la congruencia obliga no solo a no juzgar "ultra petitum", sino también a resolver sobre todas las pretensiones deducidas y a pronunciarse sobre todos los motivos del recurso (no sobre todas y cada una de las alegaciones, obviamente). El límite establecido en el artículo 33.1 no sólo juega en negativo, sino también en positivo, pues de lo contrario se incurre en incongruencia omisiva, lo que constituye una denegación de tutela contraria al artículo 24.1 de la CE". También SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Práctica procesal contencioso-administrativa, Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 111: "La congruencia es, en definitiva, un requisito de la sentencia, especialmente en su parte dispositiva, que comporta la adecuación del fallo a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos aducidos por éstas. La congruencia se resuelve en una comparación entre dos extremos: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador (...). De aquí la importancia de redactar con sumo cuidado el suplico de los escritos de la demanda y contestación, que ha de ser claro, preciso y completo. No está de más recordar que a veces se pierden procesos por la defectuosa redacción del suplico de la demanda que impiden al Tribunal fallar a favor del actor, pese a tener objetivamente razón, por no incurrir la sentencia en incongruencia, al no haber identificado adecuadamente el acto o actuación administrativa impugnada o no concretar suficientemente la situación jurídica individualizada que se reclama".

¹¹³ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) II*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 1212 y ss.

se produzca sin que se le haya dado a las partes oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto. La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del artículo 24 de la Constitución¹¹⁴.

Y también el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de marzo de 1994, afirmó que: “no presta la adecuada tutela judicial una resolución que omita un pronunciamiento debido o necesario, a la luz de lo pedido por las partes”¹¹⁵.

Por todo ello, el pronunciamiento por parte del juez, respecto de las peticiones de las partes, es debido, es necesario, es una exigencia lógica y elemental de la justicia porque, siempre que sea posible, y se respeten los límites, constitucional y legalmente establecidos, nada debe impedir que se satisfaga plenamente lo que las partes piden en el proceso¹¹⁶.

Cabe hacer una única salvedad a lo afirmado hasta ahora. En el supuesto que aquí planteamos –es decir, sustitución judicial del acto discrecional anulado sin que hubiese sido solicitado por las partes–, nos encontraríamos ante un supuesto de incongruencia *ultra petita* o *extra petita*, por oposición a la incongruencia omisiva¹¹⁷. Nos interesa señalar, en este sentido, que de la práctica jurisprudencial se puede deducir que no existe incongruencia de esta naturaleza cuando se otorgan derechos no pedidos cuya adquisición viene establecida por ministerio de la ley, así como cuando el fallo se extienda a pronunciamientos que sean consecuencia lógica y natural de lo pedido, hagan referencia a aspectos complementarios, cuestiones implícitas o de necesaria integración¹¹⁸. En nin-

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1982, de 5 de mayo de 1982, fundamentos jurídicos 1 y 2. Desde entonces esta jurisprudencia ha sido constante, Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1983, de 27 de mayo, fundamento jurídico 1; Sentencia 258/1993, de 20 julio, fundamento jurídico 8; Sentencia 369/1993, de 13 diciembre, fundamento jurídico 3; Sentencia 29/1999, de 8 marzo de 1999, fundamento jurídico 6; Sentencia 215/1999, de 29 noviembre, fundamento jurídico 4; Sentencia 136/1998, de 29 junio, fundamento jurídico 2; Sentencia 29/1999, de 8 marzo, fundamento jurídico 2; Sentencia 215/1999, de 29 noviembre, fundamento jurídico 3; Sentencia 34/2000, de 14 febrero, fundamento jurídico 2 y Sentencia 174/2001, de 26 de julio, fundamento jurídico 5. Sobre la relevancia constitucional que puede tener la incongruencia como vicio procesal contrario al artículo 24.1 de la Constitución, véase BORRAJA INIESTA, I., DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-93.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994 (Ar. 2184), fundamento de Derecho primero. En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 julio de 2001 (Ar. 7445), fundamento jurídico segundo, especialmente interesante pues recoge la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo más relevante sobre esta materia: “Respecto del quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en sentencias núms. 144/1991 [RTC 1991\144], 183/1991 [RTC 1991\183], 59/1992 [RTC 1992\59], 88/1992 [RTC 1992\88], 46/1993 [RTC 1993\46], entre otras) y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 14 de junio de 1988 (RJ 1988\4622), 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7827), 26 de marzo de 1993 (RJ 1993\2448), 7 de febrero (RJ 1994\748) y 27 de mayo de 1994 (RJ 1994\4473), las que han puesto de relieve una doctrina jurisprudencial reiterada, que, en aplicación del contenido constitucional del artículo 24.1, establece la necesidad de una decisión o pronunciamiento precedido del análisis de las cuestiones suscitadas en la demanda y debidamente motivado. (...) Así, el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial presupone la confrontación entre la parte dispositiva y el objeto del proceso, comprendiendo una adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la «causa petendi», alterando de oficio la acción ejercitada. Con arreglo a la jurisprudencia se distinguen dos tipos de incongruencia: a) La incongruencia omisiva, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación puede inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. b) La incongruencia «*extra petitem*», que se da cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar alegaciones pertinentes en defensa de los intereses relacionados con lo decidido, provocando la indefensión y vulnerándose el principio de contradicción. En algunas ocasiones, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo lo que se ha llamado incongruencia por error, denominación adoptada en la sentencia constitucional 28/1987 (RTC 1987\28) y seguida por las sentencias constitucionales 369/1993, 111/1997 y 136/1998 (RTC 1998\136) que definen un supuesto en el que por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión ajena al debate procesal planteado”.

¹¹⁶ HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., p. 300: “si el demandante sólo ha deducido una pretensión anulatoria contra un acto discrecional, el juez no podrá decirle a la Administración qué acto debe dictar en sustitución del anulado, pero no ya porque se trate de actos discrecionales, sino porque no hay una pretensión de parte que le permita pronunciarse sobre esa cuestión”.

¹¹⁷ Vid. nota a pie de página 103.

¹¹⁸ Sobre este aspecto puede verse el estudio jurisprudencial de SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MON-TALVO, R.: *Práctica procesal contencioso-administrativa...*, ob. cit., pp. 117 y ss.

guno de estos supuestos se encuentra, a nuestro juicio, la sustitución del acto discrecional anulado por otro diferente sin que lo soliciten las partes; salvando un supuesto excepcional: el de la desaparición de la discrecionalidad en el caso concreto que analizaremos posteriormente.

Resulta obligado concluir afirmando que un órgano judicial sólo puede ordenar a la Administración que dicte un determinado acto, ya sea discrecional o reglado, si ante él se ha formulado una pretensión de condena¹¹⁹. Desde el punto de vista de la congruencia, por tanto, no es posible que el juez sustituya el contenido de un acto discrecional si las partes no lo solicitan expresamente.

A lo anteriormente dicho, hay que añadir una cuestión fundamental, derivada de la configuración actual del Contencioso-Administrativo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El artículo 71.1 de dicha Ley regula las clases de sentencias estimatorias que pueden darse en un recurso contencioso-administrativo¹²⁰. De la lectura de dicho artículo, y de una interpretación sistemática de la Ley de la Jurisdicción, se deduce claramente que en nuestro Derecho procesal administrativo no caben, en ningún caso, sentencias de carácter sustitutivo¹²¹. En los supuestos de solicitud por el particular de revisión de un acto administrativo o de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y a la luz del artículo 71.1 de dicha Ley, el juez podrá proceder a dictar sentencias de condena para la Administración frente a la alternativa de sentencias sustitutivas o constitutivas¹²².

Las sentencias de condena, a su vez, podrán ser de condena en sentido estricto, cuando el juez pueda decirle a la Administración qué es lo que debe hacer. O bien serán sentencias-marco, en aquellos casos en los que el Tribunal se limite a indicar a la Administración los deberes u obligaciones que le impone el Derecho y las actuaciones que se derivan de ellos, pero no podrá determinar la condena en todos sus extremos, porque la interpretación de las normas no le permite llegar a ese resultado. En este caso, la sentencia será un marco que vincula a la Administración en su actuación futura, pero no una sentencia que sustituye dicha actuación¹²³. Este tipo de sentencias es el que deben adoptar los Tribunales cuando se encuentran ante un acto discrecional, que debe ser anulado por

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ El tenor literal del artículo 71.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es el siguiente:

“1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.

b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.

d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia”.

¹²¹ Cfr. HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, *ob. cit.*, p. 280

¹²² HUERGO LORA afirma: “me parece claro que el legislador ha optado de forma decidida por el sistema de sentencias de condena, a pesar de que el ambiguo tenor del artículo 71.1, apartados b) y c), pueda dar a entender que el órgano judicial el que, entre otras <<medidas>>, dicta el acto o realiza la actuación administrativa obligatoria. Esa opción de legislador aparece, en primer lugar, en el artículo 32.1, al decidirse que, frente a la inactividad administrativa, <<el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones>>. En un sistema basado en el principio dispositivo (art. 33.1), las pretensiones marcan también el límite de las sentencias. Otro argumento bastante claro en la misma dirección es el artículo 108.1 b), según el cual <<si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: (...) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada>>. En este artículo se vuelve a mencionar la sentencia de condena como instrumento técnico para obligar a la Administración a cumplir sus obligaciones de dictar actos o llevar a cabo otro tipo de prestaciones, sin hacer referencia a posibles sentencias sustitutivas o constitutivas (es decir, que produzcan los mismos efectos que el acto de la Administración hubiera podido dictar) como técnica alternativa”, *ibidem*.

¹²³ *Ídem*, p. 284.

cualquiera de los motivos anteriormente estudiados. Como mucho, podrán determinar el marco dentro del cual la Administración deba actuar a la hora de dictar un nuevo acto discrecional, pero lo que no podrán, en ningún caso, es sustituir el acto anulado.

Puede parecer que esta configuración legal del proceso contencioso-administrativo no satisface plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido. No es esta nuestra opinión, toda vez que el mismo supone el derecho a la obtención por parte de los ciudadanos de una decisión judicial que imponga a la Administración el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, y el derecho a que tales pronunciamientos se cumplan. Pero lo que no exige este derecho es que judicialmente se sustituya los actos administrativos¹²⁴.

Es más, este modo de proceder nos parece conveniente, toda vez que respeta el papel constitucionalmente atribuido a la Administración y al Juez, en el sentido anteriormente indicado. E, insistiendo en una cuestión que estimamos importante, no estamos ante una restricción derivada de lo que algunos autores han denominado un cierto “tacto judicial” o respeto del juez ante el criterio adoptado por la Administración, o de lo que se presume podría ser una conducta adecuada o correcta. Se trata de una exigencia que procede de la actual configuración de nuestro Contencioso por la Ley anteriormente mencionada. Por lo tanto, desde este segundo punto de vista, tampoco cabe admitir la sustitución judicial del acto discrecional anulado.

En tercer lugar, existe un argumento normativo que, ya no sólo permite, sino que obliga a llegar a esta misma conclusión. En efecto, el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa zanja la polémica sobre el control judicial de los actos discrecionales del siguiente modo:

“2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”¹²⁵.

La finalidad es clara. Un acto discrecional es, como su propio nombre indica, discrecional porque la voluntad legislatora así lo ha querido, y, por tanto, así también debe respetarlo el Juez.

Por todo lo que acabamos de decir, entendemos que no es posible, en nuestro ordenamiento jurídico, admitir la sustitución por parte del juez del contenido de un acto discrecional por otro

¹²⁴ *Ídem*, p. 281.

¹²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) II...*, *ob. cit.*, p. 1332, opina lo siguiente: “el artículo ahora comentado, siguiendo la línea tradicional, establece importantes limitaciones a las potestades del órgano jurisdiccional en el supuesto de anulación de una disposición general o de un acto de contenido discrecional. El órgano jurisdiccional no podrá determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de la disposición anulados, ni el contenido discrecional de los actos anulados. El proyecto del Gobierno establecía: <<salvo que como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos>>. Pero esta salvedad fue suprimida en el procedimiento parlamentario. Se enjuició favorablemente esta norma de la Ley, para evitar que los Tribunales de lo contencioso-administrativo hagan algo que es ajeno a la función jurisdiccional y exclusiva del ejecutivo. Creo, sin embargo, que la norma constituye un paso atrás en la evolución de la práctica jurisdiccional, al menos respecto de las disposiciones generales. En efecto, la jurisprudencia, al menos en el ámbito del planeamiento urbanístico –cuya naturaleza normativa es ya comúnmente admitida–, había llegado a reconocerse la posibilidad de que la sentencia controlara la discrecionalidad y llegara a fijar la forma en que debían quedar redactadas las determinaciones arbitrarias del plan. No ofrece duda –incluso después de la vigencia del artículo comentado– que si se controla una determinada norma de un reglamento por estimarse que es contraria a Ley de que es desarrollo, el Tribunal puede –y debe– no solo declarar nula la norma reglamentaria, sino establecer cómo queda redactada para que quede ajustada a la norma legal. Y, por supuesto, al controlar el ejercicio de la actividad discrecional,, en los términos reflejados en la S. de 5 de abril de 1994”. En un sentido muy similar PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, p. 558, pone de manifiesto: “Explica la Exposición de Motivos que con ello no se pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al Derecho, es decir, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad. Se trata de no sustituir a la Administración en la determinación de los elementos no reglados de las decisiones, siempre que la Ley haya conferido a la Administración una potestad discrecional.

En realidad el párrafo o número segundo de este artículo contiene, respecto a los Jueces y Tribunales a la hora de dictar sentencia estimatoria, una doble prohibición. De un lado no cabe dar nueva redacción a preceptos de una disposición general en parte anulada, o totalmente. Lo que venía siendo proclamado constantemente por la jurisprudencia.

De otro lado, el veto se encamina a dejar inmune el elemento discrecional de que pueda estar integrado el precepto de la disposición general invalidada, tras evaluar –eso si– el elemento reglado, componente de la disposición general de que se trate”.

distinto que él determine. Existen, a nuestro juicio, argumentos suficientes que nos permiten defender esta postura.

Siendo ésta la regla general, y teniendo en cuenta que, en la discrecionalidad, lo que concurre es una libertad de actuación para la Administración a la hora de concretar el interés general –lo que se traduce en la elección entre indiferentes jurídicos, siempre que todos ellos respeten efectivamente los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de enjuiciar la legalidad de la actuación de la Administración–, en ocasiones es posible que esta concreción se deba realizar en un único sentido.

Las exigencias de pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, y de la búsqueda del interés general como criterio que debe presidir, y al que debe ir dirigido su actuar, pueden hacer que, en algunos supuestos, esta tarea de determinación sólo pueda realizarse de una única manera. Cualquier otro modo de concretar el interés general supondría infringir alguno de los límites a los que esta sometido el ordenamiento jurídico.

Por ello, en estos casos, es posible un control judicial positivo. Porque la anulación de un acto discrecional permite identificar, por medio de una argumentación jurídica, la existencia de una sola forma de ejercer conforme a Derecho la discrecionalidad. Es lo que se conoce como preclusión o agotamiento formal de la discrecionalidad, y que la doctrina alemana ha llamado “la reducción a cero de la discrecionalidad”¹²⁶.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1993, explica este fenómeno del siguiente modo: “ Sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos “objetivos” se contemplan y analizan las “distintas alternativas posibles”, ha de producirse la “elección” de un determinado modelo territorial, que, además, ha de “justificarse”: éste el modelo de máxima discrecionalidad pues son posibles varias –incluso muchas- soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los “criterios de ordenación” propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión –“elección” – del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones va desapareciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia”¹²⁷.

Dado este supuesto, cabe preguntarse si es posible que el juez, no sólo anule el acto discrecional, sino que determine –hablamos de determinación, y no de sustitución– su contenido, ya

¹²⁶ Así lo explican GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I...*, ob. cit., pp. 481 y 482: “Trabado el proceso contencioso-administrativo contra la decisión concretamente adoptada, es también posible que como consecuencia del mismo el abanico de alternativas disponibles se reduzca todavía más, e, incluso, que desaparezca y solo quede en pie al final del mismo una única solución. Eso es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero (*Ermessensreduzierung auf Null*) de la discrecionalidad”. También expone esta misma posibilidad y la solución de la misma, FERNANDEZ, T.R.: *De la arbitrariedad de la Administración...*, ob. cit., pp. 167 y ss.

HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., pp. 330, en su estudio de la preclusión o agotamiento formal de la discrecionalidad, expone que la teoría alemana de la reducción a cero de la discrecionalidad se ha importado incorrectamente a nuestro ordenamiento para poder determinar el ámbito en el que son posibles las sentencias de condena en el campo de la actuación administrativa. Así, estudiando la jurisprudencia alemana sobre la reducción a cero de la discrecionalidad, llega a la conclusión bajo esta etiqueta, se agrupan supuestos en lo que no existe discrecionalidad, ya que a pesar de las apariencias, la actividad administrativa es reglada y por tanto nada impide a los jueces proceder a un control positivo, indicando a la Administración lo que debe o no debe dictar. Por ello, en lo que en puridad es reducción a cero de la discrecionalidad, no hay inconveniente en admitir la posibilidad de sentencias de condena, porque no hay discrecionalidad. Se constata por tanto una situación paradójica “la doctrina española encomienda a una determinada figura (la reducción o agotamiento de la discrecionalidad como una técnica procedente del Derecho alemán o al menos practicada en él) una función (determinar cuándo hay base suficiente para que un órgano judicial puede declarar que sólo hay una opción discrecional conforme a derecho, lo que le permite dictar una sentencia de condena), y sin embargo la figura jurídica alemana del agotamiento de la discrecionalidad no es capaz de resolver ese problema porque, pese a las apariencias, tiene una utilidad y un contenido diferentes”. Aún así, este autor entiende que existen supuestos en los que, existiendo discrecionalidad, es posible que el Juez dicte sentencia estimatoria de condena, determinado el contenido del acto discrecional. Este supuesto sería aquel en el que sólo existe un modo de ejercer conforme a derecho la discrecionalidad. Si, en estos casos, el particular, recurre el acto ante los Tribunales por ser contrario a Derecho, y solicita no sólo una pretensión anulatoria, sino también condenatoria, será posible obtener una sentencia estimatoria de condena. A continuación, enumera los grupos de casos en los que se puede dar esta posibilidad. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración...*, ob. cit., p. 250 también enumera los supuestos en que puede darse la sustitución de la decisión administrativa anulada.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6623), fundamento de derecho tercero.

que, entre las posibles soluciones, entre los indiferentes jurídicos, en el caso que concurre, jurídicamente sólo cabe una solución.

Parece lógico, en estos casos, reconocer al juez esta facultad. De hecho, existen en nuestra jurisprudencia planteamientos en este sentido. Y quizás sea la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1991, el ejemplo más acertado dado el supuesto tan ilustrativo que plantea.

A un concurso convocado por el Ayuntamiento para adjudicar un contrato de obra se presentaron solamente dos ofertas, con lo que la posibilidad de resolver el concurso se redujo únicamente a estos dos supuestos. Los servicios municipales emitieron una serie de informes en los que declaraban la idoneidad de las dos empresas que se habían presentado al concurso. Ante esta igualdad, el Ayuntamiento decidió otorgar el contrato a la oferta que era más cara. El acuerdo de adjudicación lógicamente se impugnó por la otra empresa que había acudido al concurso, y el Tribunal Supremo resolvió en los siguientes términos: “en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de la buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución (...). De ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el control a la hoy apelante y así ha declarado esta Sala, que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial –art. 24.1 de la Constitución– puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya para ello base suficiente en los autos”¹²⁸.

A nuestro juicio, en estos casos, e insistimos, solo cuando el juez se encuentre ante supuestos como los descritos, sería posible proceder a un control judicial de estas características –es decir, un control no estrictamente negativo o de cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración sino un control pleno en que el juez determine el contenido del acto discrecional, el único contenido posible conforme a Derecho¹²⁹–.

El juez, por tanto, no sólo puede, sino que debe proceder de esta manera. Pero más que sustituir la decisión administrativa, lo que se estaría haciendo sería proceder al reconocimiento de una situación jurídica individualizada como consecuencia de la anulación de un acto, dadas las concretas circunstancias del caso concreto¹³⁰. Será éste el único supuesto en el que cabría la determinación del contenido del acto discrecional respetando además los límites de actuación y la naturaleza de los distintos poderes del Estado¹³¹. Para ello, será además necesario que el interesado así lo solicite expresamente porque, como ya hemos tenido ocasión de señalar, las pretensiones de las partes determinan el contenido de la sentencia.

Y es, teniendo en cuenta esta salvedad que acabamos de hacer, como debe interpretarse la legislación vigente, en lo que respecta a la prohibición de determinación del contenido del acto discrecional contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Esta forma de actuar entendemos que no contradice el artículo 72.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Antes bien, se trata de

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991. (Ar. 4874), fundamento jurídico cuarto.

¹²⁹ Esta facultad del juez se limita, por tanto, a supuestos como el aquí descrito, y en este sentido consideramos que se trata por tanto de un supuesto excepcional. Y es al observar casos como éste donde se puede comprobar que el contencioso administrativo ha superado en la actualidad su mero carácter revisor, para ser concebido como plena jurisdicción que puede proceder al pleno reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, tal y como expresamente recoge el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. La propia Exposición de Motivos de la Ley así lo indica cuando afirma: “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

¹³⁰ HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., pp. 330.

¹³¹ En este mismo sentido, HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., p. 332, afirma “Solo se puede producir esta transformación cuando la anulación de un acto discrecional permita identificar, por medio de una argumentación jurídica (y por tanto comprendida en la función judicial), la existencia de una sola forma de ejercer conforme a derecho la discrecionalidad, lo que puede suceder porque sólo existen dos posibilidades incluidas en ese marco discrecional (la del acto anulado y la otra) o porque la Administración ya haya formulado, en el procedimiento que llevó a la producción del acto anulado o anteriormente, declaraciones que estrechen su ámbito de discrecionalidad hasta reducirlo a una sola opción”.

una interpretación del mismo acorde con la satisfacción de los artículos 24 y 106.1 de la CE a los que la jurisprudencia y la doctrina han llegado¹³².

Habiéndonos ya pronunciado sobre el alcance del control judicial del acto discrecional, analizaremos ahora sobre la existencia, o no, de discrecionalidad en el margen de apreciación que comporta la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, tal y como ya afirmamos al inicio de este capítulo.

Así, la segunda cuestión a determinar era la relativa a si el margen de apreciación implica necesariamente el ejercicio de una actividad volitiva o de apreciación libre, o, por el contrario, se puede reducir a una simple actividad cognoscitiva de la realidad y de aplicación de la norma a un supuesto dado. Tal y como ha quedado resuelto el tema relativo al control jurisdiccional del acto administrativo, poco importa que se reconozca, o no, la existencia de discrecionalidad en el margen de apreciación, puesto que el control del acto discrecional y el control del acto que aplica un concepto jurídico indeterminado será idéntico; jamás podrá existir sentencia sustitutiva, sino sentencia condenatoria para la Administración, o lo que es lo mismo, declarará la nulidad del acto en uno u otro supuesto.

No obstante, veamos el estado de la cuestión, que será determinante para llegar a la conclusión final del presente trabajo.

En el margen de apreciación, en determinados supuestos que podemos llamar difíciles –integrados por aquellos casos en los que el concepto jurídico indeterminado es todo él zona de incertidumbre–, es imposible apreciar una cualidad tal que permita diferenciar el proceso de determinación que lleva a cabo la Administración en el margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado, del margen de valoración que entraña un acto discrecional.

Son muchos los autores que estudiaron la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado teniendo en cuenta su localización dentro de la estructura de la norma¹³³.

La mayor parte de los autores sitúan la discrecionalidad en el campo de las consecuencias jurídicas de la norma, reservando el ámbito de actuación específico del concepto jurídico indeterminado al supuesto de hecho de la norma¹³⁴.

La Administración, cuando emplea margen de apreciación para determinar si se da el supuesto de hecho integrado por un concepto jurídico indeterminado, utiliza criterios que van más allá de la mera integración del caso planteado en el supuesto de hecho de la norma. Estos criterios son el bagaje jurídico consolidado por la práctica de la Administración, la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina. Aún así, a pesar de que el concepto está ya, en cierto modo determinado, no se puede afirmar que la discrecionalidad haya desaparecido necesariamente¹³⁵.

¹³² Cfr. HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., p. 319. Se trata, para este autor, de una norma muy parca que zanja lapidariamente el problema, sin reparar en que existen problemas muy complejos que quedan fuera del alcance del legislador. Así por ejemplo no menciona el problema del margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado. Por este motivo, entiende que habría sido mucho mejor no incluir una norma como el actual artículo 71.2, pues al tratarse de una norma claramente limitativa en el contexto del artículo 71, su interpretación extensiva podría dar lugar a un control excesivo de estos conceptos, razonando a “sensu contrario” a partir del artículo 71.2. Tampoco menciona el supuesto de reducción a cero de la discrecionalidad, colocándose este precepto por debajo del nivel de control de actuación administrativa alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia.

¹³³ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, prólogo a la obra de *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983...*, ob. cit., p. 21, considera que un planteamiento correcto del estudio de la discrecionalidad debe partir del análisis de la estructura lógica de la norma: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

¹³⁴ Así, GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, ob. cit., p. 12: “los presupuestos de hecho se integran siempre por conceptos, cuya interpretación y aplicación es un proceso lógico, por lo que su fiscalización compete siempre, como ocurre con cualquier aplicación de normas, al Poder Judicial”. GALLEGO ANABITARTE, A.: “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, prólogo a la obra de *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983...*, ob. cit., p. 21, afirma “En el supuesto de hecho jamás existe discrecionalidad, sino conceptos determinados e indeterminados de muy diversas clases, donde no hay discrecionalidad (libertad de actuación), sino interpretación, análisis racional de conceptos, examen empírico de hechos, etc. Propongo introducir las expresiones discrecionalidad de decisión y discrecionalidad de elección para el caso de que la norma o proposición jurídica otorgue a la Administración la libertad de decidir o la libertad de elegir entre diversas decisiones, respectivamente”.

¹³⁵ Vid. apartado anterior donde se habla del concepto jurídico indeterminado como distinto del concepto jurídico indeterminable.

Del mismo modo procede cuando escoge una de las consecuencias jurídicas posibles; es decir, cuando emplea el margen de volición propio de una potestad discrecional.

Lo que no podemos negar es que, efectivamente, existen íntimas afinidades entre ambas formas de proceder por parte de la Administración¹³⁶. Incluso el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, cuando se pronunció sobre las potestades discrecionales, entendió que era lícito apoderar a la Administración para llevar a cabo actuaciones que “estando sujetas a un juicio de oportunidad, sólo pueden articularse mediante el empleo de conceptos que determinen claramente la naturaleza de la potestad y el fin con el que podrá ser utilizada, pero que dejen al órgano al que se otorga el suficiente margen de apreciación para resolver sobre el uso que de ella habrá de hacer en cada caso concreto”¹³⁷. Es interesante el empleo por parte del Tribunal del término “concepto” y nos permite plantearnos si estaría admitiendo, en contra de la teoría clásica, que existe discrecionalidad en su aplicación.

Entendemos que, identificar ambos procesos como discrecionales, significaría estar hablando de una discrecionalidad en sentido amplio, y no de una discrecionalidad en sentido estricto, tal y como señalamos al comienzo del presente trabajo¹³⁸.

¹³⁶ Esta misma interpretación es la que se lleva a cabo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1989 (Ar. 4730). En ella se resuelve un supuesto particular dentro del derecho urbanístico. Es el relativo a las licencias urbanísticas, en los que está vedado que los planes de ordenación urbanística otorguen a la Administración una potestad discrecional. Pues bien, en estos casos, la jurisprudencia considera igualmente prohibido que se empleen conceptos indeterminados que obliguen a reconocer a la Administración un amplio margen de apreciación, puesto que el resultado es el mismo. En dicha Sentencia se afirma: “la ordenación urbanística puede alcanzar las características estéticas –art. 29.1 h) del Reglamento de Planeamiento–, y en este sentido puede resultar imprescindible la utilización de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados: esto es perfectamente lícito pues, a diferencia de los que ocurre en la discrecionalidad que implica una “libertad” para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes jurídicamente, los conceptos jurídicos indeterminados, solo admiten “una” única solución justa; cabe distinguir en ellos una zona de certeza negativa y una zona de certeza positiva separadas por otra de incertidumbre. Pero no resulta viable que ya en su formulación se abra un espacio de penumbra tan intenso que implique una “libertad” de la Administración para decidir: con ello desaparece la figura del concepto jurídico indeterminado, como elemento reglado para abrir el paso a la discrecionalidad”. Por lo tanto, el Tribunal, admite implícitamente la existencia de “espacios de penumbra” intensos dentro de los conceptos jurídicos indeterminados que implican libertad para la Administración.

De esta misma idea participan BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar...”, *ob. cit.*, p. 417.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1982, de 23 de diciembre de 1982, fundamento jurídico 3.

¹³⁸ BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*..., *ob. cit.*, p. 181 y ss., considera que donde opera la discrecionalidad administrativa es en el supuesto de hecho, y no en las consecuencias jurídicas. Según este autor, el supuesto de hecho de la norma habilitante es imperfecto por motivos diversos tales como la ausencia o insuficiencia de criterios, o la imprecisión de los mismos. Para este autor, la discrecionalidad administrativa es una habilitación a la Administración para completar (o incluso crear) en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto (o inexistente) de una norma jurídico-administrativa. Por tanto la discrecionalidad no radica en la adopción o no y, en la elección de una consecuencia jurídica entre las varias posibles, sino en la adopción o concreción, precisamente, de los criterios finalmente determinantes de la aplicación o no de una consecuencia o de otra.

El ejercicio de la discrecionalidad consiste, por tanto, en transformar la norma habilitante en otra norma igual a la que atribuye una potestad reglada, en la que opera en clásico automatismo entre la concurrencia del supuesto de hecho normativo y la adopción de la consecuencia jurídica. Como explica el mismo autor: “Con otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad radicaría en la transformación del elemento cópula de la norma que habilita, es decir, en la sustitución del *operador permisivo* que ésta contiene en su origen (el <<podrá>> o <<está autorizado a>>) –según se diría en la lógica deóntica– por un *operador imperativo* (<<deberá>> o <<está obligado a>>)”. Y continúa: “la descripción habitual de la estructura lógico-formal de una norma que habilita tanto la *discrecionalidad de actuación* como *discrecionalidad de elección* en la adopción y determinación de su consecuencia jurídica (a saber: <<Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos R1 y R2, la Administración *podrá* adoptar las consecuencias Y o Z>>) podría –y debería!– reescribirse de tal modo que de la misma surgieran normas de programación condicional en las que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica fueran unidos por un *operador imperativo*; concretamente de la siguiente manera:

- <<Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos R1, R2 y Rn determinados por la Administración, ésta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica Y>>; y
- <<Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos R1, R2 y los requisitos Rs determinados por la Administración, ésta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica Z>>.

Como se puede apreciar, la discrecionalidad dejaría así de radicar en el elemento cópula que une el supuesto de hecho normativo con la consecuencia jurídica (el <<podrá>> se convierte en <<deberá>>), consistiendo su ejercicio, en cambio, en la perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho inacabado de la norma que la habilita (es decir, en la determinación de los requisitos adicionales Rn o Rs).”

Lo que ocurre es que este autor parte de un concepto de discrecionalidad en sentido amplio, frente a la discrecionalidad administrativa en sentido estricto, de la que hablamos al comenzar nuestro trabajo. Es más, esta teoría lo único que hace es demostrar precisamente la tesis que aquí se defiende. La Administración, cuando emplea margen de apreciación para concretar el supuesto de hecho, utiliza criterios que van más allá de la mera integración del caso planteado en el supuesto de hecho

En el primer caso –determinación de los requisitos para que se dé el supuesto de hecho– estaremos ante el margen de apreciación que se puede presentar cuando se necesita concretar un concepto jurídico indeterminado. La Administración entiende que se da el supuesto de hecho porque concurren las circunstancias previstas en la norma, y que ella ha concretado y la costumbre o la jurisprudencia han respaldado.

En el segundo caso –elección de la consecuencia jurídica de entre las varias posibles–, estaremos ante la discrecionalidad administrativa propiamente dicha, o discrecionalidad en sentido estricto.

Si bien el margen de apreciación está predeterminado en cierto sentido –porque siempre existe un supuesto de hecho en la norma–, y en la elección de la consecuencia jurídica el margen de volición puede ser mayor (en ocasiones no existe abanico de indiferentes jurídicos y es la Administración la que libremente lo elige), se trata de dos procesos muy similares. La prueba de esta similitud se encuentra además en que ambos procesos convergen en dos cuestiones fundamentales.

Precisamente, por darse esta estrecha afinidad, ya dijimos anteriormente que la distinción entre el margen de apreciación de un concepto y el margen de volición de una potestad discrecional carece, a nuestro juicio, de relevancia práctica en la actualidad.

La primera similitud, básica y fundamental, consiste en la obligación constitucionalmente establecida que tiene la Administración de servir con objetividad a los intereses generales. Se trata de una obligación que afecta a todo su actuar, discrecional o no, y, por tanto, que debe tenerse en cuenta siempre que la Administración procede en el ejercicio de cualquiera de las potestades que el ordenamiento jurídico le ha atribuido. En este sentido, en el margen de apreciación que necesariamente existe cuando se aplica un concepto jurídico indeterminado, será lógico que este interés general sea tenido en cuenta¹³⁹.

que integra la norma. Por ello, determina los requisitos Rn y Rs. ¿Por qué los añade? Pues simplemente porque así lo ha decidido para el caso concreto. Del mismo modo que cuando la Administración escoge una de las posibles consecuencias jurídicas, decide optar por la consecuencia Y o por la consecuencia Z, asociadas a los requisitos R1, R2 y Rn y R1, R2 y Rs respectivamente. ¿Por qué esa asociación? Pues porque así lo ha decidido para el caso concreto.

En el primer caso (determinación de los requisitos adicionales Rn y Rs para que se dé el supuesto de hecho) estaremos ante el margen de apreciación que se da, no siempre, cuando se necesita concretar un concepto jurídico indeterminado.

En el segundo caso (asociación del supuesto de hecho previamente determinado a las consecuencias jurídicas Y o Z), estaremos ante la discrecionalidad administrativa propiamente dicha o discrecionalidad en sentido estricto.

En definitiva, ya se llame margen de apreciación, ya se llame discrecionalidad en sentido estricto, la Administración es la que en el primer caso concreta las circunstancias para que se dé el supuesto de hecho, y, en el segundo, elige la asociación a una consecuencia jurídica u otra, y el fundamento último de tal elección no puede ser otro que aquel que convenga más al interés general subyacente en el supuesto dado.

¹³⁹ No podemos dejar de mencionar aquí un debate doctrinal intesísimo surgido en torno a la consideración a su vez del interés general como concepto jurídico indeterminado, susceptible por tanto no solo de anulación sino de sustitución por parte de los Tribunales. Con ello se abrirían las puertas definitivamente al control judicial pleno de cualquier acto administrativo con independencia de que el mismo sea o no sea discrecional. Y ello porque tal acto discrecional queda reducido en última instancia a la constatación de que se ha adoptado en virtud del interés general, el cual, en tanto que es concepto jurídico indeterminado, corre su misma suerte.

Por las razones anteriormente expuestas y a las que nos remitimos, esta posibilidad no es viable tal y como está configurado nuestro Contencioso-Administrativo en la actualidad.

Vid. sobre el tema SAINZ MORENO, F.: “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto”, *Revista de Administración Pública*, n.º 8, 1976, pp. 63 y ss. Partidario de la concepción del interés general como concepto jurídico indeterminado es BELTRAN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución...*, *ob. cit.*, pp. 235 y ss. Y entre quienes niegan esta posibilidad, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración...*, *ob. cit.*, pp. 217 y ss., donde se recoge su artículo “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”.

SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, *ob. cit.*, analizó también el problema, concluyendo de un modo que a nuestro juicio es el más ponderado y resuelve el problema que se plantea. “La concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado significa reducir la discrecionalidad a aquellos supuestos en los que no es posible demostrar cual es la única solución correcta en la aplicación de la norma a un caso concreto. En tales supuestos, el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar validez jurídica a la decisión que la Administración tome entre las posibles soluciones del problema planteado.

La concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado abre así una profunda vía de penetración en el último reducto de la discrecionalidad administrativa, no para destruirlo, sino para someterlo a criterios de razón y de justicia. La discrecionalidad subsiste pero nunca puede amparar <<decisiones arbitrarias, ilógicas o abusivas>>”.

Compartimos la opinión de BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”..., *ob. cit.*, p. 418 cuando afirman que “el concepto jurídico indeterminado de interés público no se comporta como un concepto jurídico indeter-

En segundo lugar, y no por ello menos importante que el primero, se encuentran las técnicas de control por parte de los tribunales de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y del acto discrecional. En efecto, en algunos casos, el supuesto de hecho tendrá elementos reglados que vienen fijados por la propia norma; en otros casos, para determinar si se da o no el mismo, la Administración deberá concretar criterios que serán tenidos en cuenta; criterios que jamás podrán atentar contra la Ley o contra los principios generales del Derecho. Y, finalmente, está la necesidad de motivación, en la que la Administración explicará el modo de proceder en su actuación para facilitar así el control por parte de los Tribunales¹⁴⁰. Estas formas de control no son técnicas “ad hoc” para los actos discrecionales, sino que podemos decir que se trata de una pauta de comportamiento válida cuando cualquier Tribunal se encuentra frente a una petición de anulación de un acto administrativo¹⁴¹. Finalmente, hay que añadir, teniendo en cuenta lo argumentado anteriormente, que, en ambos casos, el Tribunal, con mucho, declarará la nulidad del acto, no procediéndose, en ningún supuesto, a su sustitución¹⁴².

III.7. La Administración valora: la teoría del interés general

De lo dicho hasta ahora, podemos extraer las siguientes conclusiones. La potestad discrecional consiste en la facultad que la Ley concede a la Administración para la determinación en un caso concreto de lo que resulte más satisfactorio para el interés general. En el ejercicio de esta potestad –que supone el empleo de un margen de volición–, la Administración actuará con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, tal y como así dispone el artículo 103. 1 de la CE.

En cualquier caso, los Tribunales podrán y deberán controlar la legalidad de la Administración (artículo 106.1 de la Constitución). En primer lugar, en la norma de atribución de la potestad discrecional, existen elementos reglados, hechos determinantes y además la Administración debe actuar con sometimiento a la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidos los principios generales del derecho. Teniendo en cuenta estos límites, y puesto que no estamos ante un concepto jurídico indeterminado, sino ante un acto discrecional en el sentido estricto del término, la Administración podrá elegir una de entre todas las soluciones posibles, siempre que tal elección no contravenga el principio de interdicción de la arbitrariedad y sea racional y proporcionada. El juez, a través del expediente de motivación del acto discrecional, podrá comprobar el cumplimiento de todos estos límites. En el caso de vulneración de algunos de estos elementos, anulará la decisión discrecional, pudiendo además determinar –no sustituir–, el contenido del acto discrecional en aquellos supuestos en los que, dadas las circunstancias del caso concreto, la discrecionalidad en la práctica haya desaparecido, de modo que solo una es la solución ajustada a Derecho. En este caso, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva le obligan a adoptar tal decisión.

Cuando nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, en algunos supuestos, y precisamente por tratarse de un concepto de estas características, es difícil admitir la existencia

minado <<normal>>, esto es, que el Juez puede aplicar por sí mismo, identificando, en la mayoría de los casos, la <<única solución justa>>, sino que es un concepto <<en el que todo está incluido en el halo del concepto>>, y cuya única virtualidad es justificar la aplicación de técnicas de control judicial, como la verificación o examen de la racionalidad de la decisión impugnada, que hoy se aplica a todas las decisiones discrecionales.”

¹⁴⁰ Vid. supra pp. 31 y ss.

¹⁴¹ BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*..., ob. cit., p. 134, señala, en este sentido: “La teoría de los vicios jurídicos en que puede incurrir la Administración con ocasión de la aplicación de un concepto normativo indeterminado habilitante de un margen de apreciación (Beurteilungsfehlerlehre) se parece mucho a la teoría de los vicios jurídicos de la discrecionalidad (Ermessensfehlerlehre). Tanto es así que cada vez más se habla en la doctrina alemana de una notable similitud o afinidad (cuando no identidad) estructural o funcional entre ambas. Es más, existe incluso una corriente doctrinal que considera que el alcance y la intensidad del control jurisdiccional del margen de apreciación se ha de regir también –analógicamente– por el parágrafo 114 VwGO, es decir, el precepto de la Ley de lo contencioso que, como se dijo, define en Alemania los límites justiciables a la discrecionalidad administrativa”.

¹⁴² HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*..., ob. cit., p. 319, en este sentido, considera que cuando el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se refiere únicamente a los actos de discrecionales, también se está refiriendo a los conceptos jurídicos indeterminados, y este evidente silencio legislativo al respecto, se debe a que difícilmente una norma legal puede llegar a perfilar concepto tan claramente doctrinales como éste. Y concluye “Esto nos remite a un control negativo, como el aplicado a la discrecionalidad, lo que excluye que el órgano judicial establezca mediante una simple subsunción el contenido del concepto legal indeterminado y corrija, a partir de este concepto, el acto administrativo impugnado”.

de una única solución posible. De hecho, la Administración empleará un margen de apreciación para subsumir el concepto dentro del supuesto de hecho de la norma. Este margen de apreciación está más próximo al margen de volición que al margen de cognición. Pero, como ya hemos demostrado, se trata de diferencias puramente nominales, puesto que, en la práctica, el control judicial de ambos procesos es el mismo.

En definitiva, ya se llame margen de apreciación, ya se llame discrecionalidad en sentido estricto, la Administración es la que concreta las circunstancias para que se dé el supuesto de hecho, y la que elige su asociación a una consecuencia jurídica u otra. Siendo imposible apreciar diferencias sustanciales entre ambas formas de proceder, –salvo el hecho de que uno de ellos, se da dentro del supuesto de hecho de la norma y el otro, opera en las consecuencias jurídicas–.

Es más lo que les une o tienen en común, que lo que les diferencia. Las técnicas de control, por un lado, y un aspecto muy importante: el fundamento último de tal elección. En ambos casos es el mismo. Este fundamento no puede ser otro que aquel que mejor convenga al interés general subyacente en el supuesto dado.

Por ello, nos inclinamos decididamente por la elaboración de una teoría del interés general, a sabiendas de que el mismo no puede ser sino determinado en el caso concreto, en el supuesto que se plantea, para que el interés general respete igualmente otros principios, tales como la justicia y la igualdad; y a sabiendas también de que se trata el interés general de un concepto subjetivo, opinable. Pero no por ello debemos renunciar a ajustarlo, lo más posible, a estos principios reconocidos en la Constitución. No cabe duda de que los mismos están unánimemente aceptados y tienen un contenido elemental sobre el que no se discute.

Por ello, hoy en día se hace absolutamente necesario una vuelta a los principios generales del Derecho anteriormente mencionados –principios como el de la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad–, de modo que los Tribunales comprueben, a través de la motivación del acto administrativo, que los mismos son respetados, y, por tanto, se pueda concluir que el interés general se ha concretado debidamente a través de la satisfacción de estos principios¹⁴³.

IV. LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO

IV.1. Introducción

Una vez analizado el concepto de discrecionalidad administrativa, estudiaremos, a continuación, las potestades discrecionales en el Derecho Tributario. Para ello, en primer lugar veremos las posiciones doctrinales más relevantes que existen en nuestra doctrina sobre la discrecionalidad tributaria. A partir de las mismas, comprobaremos que es necesario proceder a una estudio del principio de seguridad jurídica y de legalidad tributaria, para finalizar elaborando nuestra propia teoría al respecto, que será la de la admisión, dentro de ciertos límites, de la discrecionalidad en el Derecho Tributario.

IV.2. La doctrina española

El estado de la cuestión entre nuestra doctrina es vacilante. Nos encontramos con posturas que niegan su existencia; otras reconocen la presencia de la misma; y finalmente existen autores que la admiten, dentro de ciertos límites, sin ningún tipo de problemas. No obstante, advertimos ya

¹⁴³ Vid. supra apartado 3 de este capítulo.

que son escasos los específicos estudios que sobre la discrecionalidad en el Derecho Tributario se han producido¹⁴⁴.

De entre la doctrina española, ha sido CALVO ORTEGA quien, con rotundidad, ha negado la posibilidad de cualquier potestad discrecional en Derecho Tributario. Es más, eleva a la categoría de principio de Derecho Financiero el <<principio de no discrecionalidad administrativa>>, junto con otros clásicos principios no discutidos tales como el principio de reserva de ley, el principio de preferencia de ley, el control parlamentario retrospectivo e indisponibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas¹⁴⁵.

Las causas de esta ausencia de discrecionalidad son dos: la presión de determinadas normas (principios) sobre la producción jurídica y la inexistencia en la normativa financiera de conceptos jurídicos indeterminados¹⁴⁶.

Para CALVO ORTEGA, el ordenamiento jurídico tiene principios sobre la producción jurídica que limitan la discrecionalidad. Entre ellos, el principio de reserva de ley supone un límite, ya no sólo a la discrecionalidad en su actuación, sino también a la discrecionalidad normativa que pueda ejercer la Administración mediante la aprobación de reglamentos. Y ello, porque este principio exige que la Ley fije los elementos esenciales del tributo, no sólo su aprobación, lo cual es ya una limitación mediata a la discrecionalidad. Además estarían las limitaciones derivadas del principio de preferencia de ley, que impide la producción normativa reglamentaria en la materia, salvo que expresamente se atribuya la facultad de aprobar reglamentos a la Administración por una norma.

El segundo motivo que justifica la ausencia de discrecionalidad en el Derecho Financiero es la inexistencia de situaciones atípicas en la realidad concreta que regula. En esta rama del Derecho, se da una "propensión a la tipicidad" que "no puede ser predicada de otras actividades administrativas: el orden público, la sanidad, el urbanismo"¹⁴⁷. Por ello, los conceptos jurídicos indeterminados constituyen una verdadera excepción en el campo del Derecho Financiero. Y, en este sentido, añade "Ninguna rama del Derecho, creo que ni siquiera el Derecho penal, ha llegado en su pretensión de determinación a la que podríamos llamar determinación negativa o determinación por exclusión, que sin embargo, es de uso frecuente en el Derecho Tributario a través de la técnica legislativa de la formulación de supuestos de no sujeción"¹⁴⁸.

Siguiendo esta misma línea, MORENO FERNÁNDEZ parte de una absoluta y necesaria "juridificación de la actuación administrativa hasta donde sea posible, mediante el sometimiento de ésta al principio de legalidad y su judicialización en los términos más absolutos"¹⁴⁹. Esta necesidad se debe al hecho, según este autor, de que la Administración tributaria, cuando ha tenido facultades discrecionales, han devenido, incomprensiblemente, en facultades arbitrarias, y ello debido a un mal

¹⁴⁴ De entre las aportaciones que han abordado específicamente el tema de la discrecionalidad en el Derecho Tributario cabe destacar las siguientes: ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad Técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Diálogo, Valencia, 1999; ARSUAGA DE NAVASQUÉS, J.J.: "El principio de legalidad y la flexibilidad fiscal discrecional", AA.VV.: *XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, pp. 473 y ss.; CAYÓN GALIARDO, A.: "La interdicción de la discrecionalidad en la gestión tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 36, 1982, pp. 563 y ss.; GAMBA VALEGA, C.: "Unos breves apuntes sobre la discrecionalidad en el Derecho Tributario", [www.fiscalcomunicación.com/doctrina científica](http://www.fiscalcomunicación.com/doctrina_científica); GARCÍA DE AÑOVEROS, J.: "Los poderes de comprobación, la actividad de liquidación y la discrecionalidad de la Administración Financiera"..., *ob. cit.*; GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, *ob. cit.*; MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario...*, *ob. cit.*; LÓPEZ MARTÍNEZ, M.: "Discrecionalidad de la potestad de imposición", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 114, 1974, pp. 1483 y ss.; ROSEMBUJ, T.: *La transacción tributaria. Discrecionalidad y actos de consenso*, Atelier, Barcelona, 2000. No obstante, la mayor parte de la doctrina, con ocasión del estudio de otras materias relacionadas con el estudio de potestades discrecionales, fundamentalmente el estudio de los principios de Derecho Tributario, se han pronunciado al respecto, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este capítulo.

¹⁴⁵ Cfr. CALVO ORTEGA, R.: "Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero", *Hacienda Pública Española*, n.º 1, 1970, pp. 123 y ss. O también en su *Curso de Derecho Financiero I, Derecho Tributario (Parte General)*, Civitas, Madrid, 1997, p. 83.

¹⁴⁶ *Ídem*, p. 144.

¹⁴⁷ *Ídem*, p. 146.

¹⁴⁸ *Ídem*, p. 147.

¹⁴⁹ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario...*, *ob. cit.*, p. 21.

entendido afán recaudatorio de la Administración¹⁵⁰. Por ello, reconociendo que, en la práctica, es imposible suprimir la discrecionalidad del ordenamiento, propugna su reducción a los límites más estrechos. Y afirma que, “en la mayoría de los casos en los que se pretende hablar de discrecionalidad administrativa dentro del Derecho Tributario, no se trata de verdaderos supuestos de “*discrecionalidad pura*” (entendiendo por tal la capacidad para elegir entre varias alternativas igualmente válidas). Se trata, sencillamente, o bien de actuaciones delimitadas *a priori* por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (en las que no existe capacidad electiva alguna para la Administración sino únicamente una labor cognoscitiva) y que se enmarcan dentro de lo que se denomina “*discrecionalidad técnica*”, o bien del ejercicio de facultades que permiten la elección del medio, pero nunca el resultado y que integran aquello que se denomina como “*discrecionalidad instrumental*”¹⁵¹.

Estos dos autores son, quizás, los que con mayor claridad postulan la ausencia de discrecionalidad en el Derecho Tributario, y ello basándose en la importancia que, en este sector del ordenamiento jurídico, ha adquirido el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

En una línea de pensamiento similar se encuentra GONZÁLEZ GARCÍA, cuando, en su estudio sobre el principio de legalidad tributaria, considera que, en la base de este principio, “laten una serie de ideas de muy variada índole y significación, que, en líneas generales, podrían reconducirse, con sentido positivo, a los principios de certeza y objetividad en la tributación (igualdad ante la ley) y, en sentido negativo, a postular la ausencia de discrecionalidad en la Administración llegado el momento de aplicar el tributo establecido por ley”¹⁵². Con idéntica orientación, se vuelve a pronunciar este autor en el estudio, junto con PÉREZ DE AYALA, sobre el principio de seguridad jurídica, afirmando que “la vigencia efectiva de este principio de certeza o seguridad jurídica del contribuyente en un ordenamiento exige (...) postular la ausencia de discrecionalidad en la Administración llegado el momento de aplicar el tributo establecido por ley”¹⁵³.

Por su parte, FERREIRO considera que, para lograr una efectiva seguridad jurídica, es necesario “formular normas claras, precisas, y coherentes con el resto del ordenamiento jurídico (...), haciendo ver con claridad a los ciudadanos sus derechos y obligaciones en este ámbito, y permitiendo ser a los funcionarios los encargados de gestionar los tributos y a los jueces encargados de decidir las controversias entre la Hacienda y los ciudadanos, lo que debe ser: ejecutores de la ley en el primer caso, sin margen alguno para interpretaciones caprichosas o arbitrarias y <<la boca de la Ley>> en el segundo que permita corregir, con el mínimo margen de duda, cualquier desviación”¹⁵⁴. Este autor señala, entre los defectos de las normas que ponen en peligro el cumplimiento de este principio, algunos tales como “el abuso de los conceptos jurídicos abusivamente indeterminados, el aliento de técnicas interpretativas situadas al margen de las técnicas habituales en Derecho, que, a su vez, alienten sustituir la Ley por la voluntad de la Administración, presunciones y ficciones que tergiversen la realidad sujeta a tributación, facultades discrecionales que fomentan la inseguridad”¹⁵⁵.

Hay también una serie de autores que, en sus estudios sobre distintos procedimientos tributarios, descubren poderes de la Administración que consideran discrecionales y entienden que deben reducirse, ya que supone contravenir diversos principios constitucionales.

Así, el profesor GARCÍA AÑOVEROS consideró que los procedimientos de comprobación y liquidación son, y deben ser, procedimientos reglados, con escasos poderes discrecionales¹⁵⁶.

¹⁵⁰ *Ídem*, p. 39.

¹⁵¹ *Ídem*, pp. 41 y 42.

¹⁵² GONZÁLEZ, E.: “El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978”, AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1970, p. 972.

¹⁵³ GONZÁLEZ, E. y PÉREZ DE AYALA, J.L.: *Curso de Derecho Tributario, Tomo I*, 6.ª ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1991, p. 28.

¹⁵⁴ FERREIRO LAPATZA, J.: *Curso de Derecho Financiero Español, Volumen I, Derecho Financiero (Ingresos, Gastos. Presupuesto)*, 22 ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 68 y 69.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ GARCÍA DE AÑOVEROS, J.: “Los poderes de comprobación, la actividad de liquidación y la discrecionalidad de la Administración Financiera”..., *ob. cit.*, p. 616.

Por su parte, TEJERIZO LÓPEZ estudia la posibilidad de la Administración tiene de iniciar de oficio los procedimientos tributarios; posibilidad que es discrecional, y opina, en este sentido, que genera problemas desde el respeto al principio de tutela judicial efectiva¹⁵⁷.

En un sentido diferente, se encuentran aquellos otros autores que, si bien no muestran expresamente su conformidad o disconformidad respecto de la concesión legal de potestades discrecionales en el ámbito del Derecho Tributario, constatan su existencia y la someten a un estricto cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad y de su control judicial.

Así, SAINZ DE BUJANDA se pronunció sobre la discrecionalidad tributaria, al hilo de su discurso sobre el principio de seguridad jurídica¹⁵⁸.

Para este autor, la seguridad jurídica tiene dos manifestaciones: una, positiva –constituida por la certeza de la norma–, y otra, negativa –la interdicción de la arbitrariedad–. Así, hay distintas causas que producen la falta de certeza de la norma y, entre ellas, está “la concesión de márgenes excesivamente amplios a la actuación discrecional de la Administración en sectores en los que la ausencia de vinculaciones o condicionamientos normativos impida a los individuos delimitar con precisión suficiente el área de lo lícito y de lo obligatorios en el despliegue de sus actividades dentro del concierto social”¹⁵⁹. De lo cual puede deducirse, en sentido contrario, que la discrecionalidad es posible siempre que no genere inseguridad jurídica para el administrado.

PONT MESTRES admite que existan potestades discrecionales en el Derecho Tributario adjetivo o formal, pero nunca en el Derecho sustantivo o material¹⁶⁰.

También, SAINZ MORENO al hablar de los principios de Derecho Fiscal enuncia el principio de seguridad y concluye que: “Con la seguridad intenta evitar el abuso y la desviación de poder y, dentro de ciertos márgenes para la discrecionalidad, se combate toda arbitrariedad”¹⁶¹.

ROSEMBUJ afirma que la gestión tributaria, en sentido amplio, observa momentos de discrecionalidad difusa, en los que la decisión administrativa del caso concreto se apoya en la ponderación de los intereses en juego¹⁶².

Los profesores MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ reconocen, al hilo de su explicación del régimen de aplazamiento y fraccionamiento del pago, la existencia de una potestad discrecional en manos de la Administración tributaria, de ahí su pleno sometimiento al control judicial¹⁶³.

También, PÉREZ ROYO admite la existencia de la discrecionalidad en el Derecho Tributario, pero únicamente dentro de la estricta gestión; es decir, sin dar lugar a actos de disposición sobre la deuda tributaria. En estos casos, la discrecionalidad, deberá ser ejercitada de manera racional y con pleno sometimiento al control judicial¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Vid. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: “El principio de tutela judicial efectiva y los procedimientos tributarios”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 82, 1994, pp. 271.

¹⁵⁸ SAINZ DE BUJANDA, “Reflexiones sobre un sistema de Derecho Tributario español”, *Hacienda y Derecho, Volumen III*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 289 y ss.

¹⁵⁹ *Ídem*, pp. 296 y 297.

¹⁶⁰ PONT MESTRES, M.: “Administración tributaria y Estado de Derecho”, AA.VV.: *El contribuyente ante las anomalías en la actividad de la Administración Tributaria*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 32.

¹⁶¹ Cfr. SANIZ MORENO, J.: *Elementos de Derecho Financiero, Tomo I, Parte General*, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1983, p. 142.

¹⁶² Cfr. ROSEMBUJ, T.: *La transacción tributaria. Discrecionalidad y actos de consenso...*, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁶³ MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 12 ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 438 y 440. En sentido similar, MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 62, donde reconociendo que la Administración goza en determinadas partes de su actuación de potestades discrecionales, en la práctica se encuentran muy limitadas, como consecuencia de los elementos reglados que configuran las potestades de esa clase.

¹⁶⁴ PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, 10 ed., Civitas, Madrid, 2000.

ESEVERRI MARTÍNEZ, a diferencia de lo hasta ahora dicho, respecto de la suspensión del acto de liquidación tributaria, postula el cambio de la mera concesión automática instada por el interesado que garantiza el pago, hacia su fundamentación en un juicio de ponderación de los intereses por parte de los órganos encargados de su revisión, que decidirán atendiendo a las circunstancias concurrentes¹⁶⁵. Este autor no tiene inconveniente en admitir la existencia de potestades discrecionales en el ámbito tributario¹⁶⁶.

Así mismo, GÓMEZ CABRERA admite, sin mayores problemas, la existencia de la discrecionalidad en el Derecho Tributario, siempre y cuando la misma respete los límites que vienen impuestos por el principio de reserva de ley. Exceptuando estas materias de regulación legal obligatoria, en el resto de las cuestiones propias del Derecho Tributario es perfectamente admisible la existencia de discrecionalidad¹⁶⁷.

Del panorama doctrinal que acabamos de describir, entendemos que hay dos grandes corrientes doctrinales. Aquellos autores que entienden que, como consecuencia del principio de legalidad (artículo 31 de la CE) y del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) –ambos de indudable aplicación en el Derecho Tributario–, no es posible postular la existencia de discrecionalidad en el ámbito del Derecho Tributario, y por tanto, niegan expresamente su admisibilidad. De otro lado, aquellos que, sin pronunciarse acerca de su posible inclusión en el Derecho Tributario, constatan la existencia de la misma en determinados supuestos, y la someten a límites tales como la interdicción de la arbitrariedad y el control judicial.

Se hace necesario realizar un análisis del principio de seguridad jurídica y del principio de legalidad tributaria, para ver si realmente los mismos, exigen la proscripción absoluta de la arbitrariedad en materia tributaria o si, por el contrario, es posible admitir su existencia.

IV.3. El principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad tributaria

El principio de seguridad jurídica en materia tributaria significa, como bien ha señalado SAINZ DE BUJANDA, dos cuestiones: “estar asegurado: 1.º Respecto a la normativa aplicable y a su contenido y efectos; 2.º Respecto a la circunstancia de que los órganos estatales actuarán de conformidad con aquella y velarán por su cumplimiento”¹⁶⁸.

Su reconocimiento por el artículo 9.3 de la Constitución tiene una especial trascendencia, puesto que su mención expresa conlleva su consagración como principio, convirtiéndose en fuente de Derecho, dotado de obligatoriedad y de la máxima jerarquía¹⁶⁹.

Ya desde los comienzos de su andadura –Sentencia 27/1981, de 20 de julio– el Tribunal Constitucional precisó que la seguridad jurídica era “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La

¹⁶⁵ Vid. ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: “La suspensión del acto de liquidación tributaria: ¿Automática o discrecional?”, *Tribuna Fiscal*, n.º 45, 1994, pp. 45 y ss.

¹⁶⁶ Vid. en contra CHICO DE LA CÁMARA, P.: *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios con garantía y sin garantía distinta del aval*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 158. Para este autor la suspensión sin garantía constituye una actividad reglada, cuyo supuesto de hecho está integrado por conceptos jurídicos indeterminados. MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vía de recurso*, Marcial Pons, Madrid, 1999, afirma que, en todo caso, se trata de un acto reglado.

¹⁶⁷ GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, *ob. cit.*, pp. 91 a 94.

¹⁶⁸ Cfr. SAINZ DE BUJANDA, “Reflexiones sobre un sistema de Derecho Tributario español...”, *ob. cit.*, p. 294. Sobre el principio de seguridad jurídica en el Derecho Tributario, vid. FERREIRO LAPATZA, J.J.: “El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo”, *Crónica Tributaria*, n.º 68, 1993, pp. 45 y ss.; GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000; LAGO MONTERO, J.M.: “Aplicación administrativa de los tributos y seguridad jurídica (actas previas y liquidaciones provisionales complementarias)”, *Crónica Tributaria*, n.º 65, 1993, pp. 59 y ss.

¹⁶⁹ LOZANO SERRANO, C.: *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 1990, p. 17.

seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”. Por ello, la norma debe ser “cierta, precisa y formalmente publicada”¹⁷⁰.

A ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre añadió: “Y es que, si bien la seguridad jurídica se enlaza con el principio de reserva de Ley y, en sentido más general, con el de legalidad, y también la seguridad jurídica requiere certeza en la regla de derecho y proscrib[e] fórmulas proclives a la arbitrariedad”¹⁷¹.

Y, el mismo Tribunal, en su Sentencia 49/1999, de 5 de abril, precisó que “el legislador ha de hacer el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica (...) o, dicho de otro modo, <<la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho>>”¹⁷².

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 1994, también se pronunció al respecto afirmando que: “El principio fundamental del <<derecho a la seguridad jurídica>>, que el citado apartado 3, del artículo 9, de la Constitución, garantiza, implica, en todo caso, la exigencia de la «certeza de la norma» que ha de ser lo suficientemente clara y precisa, sin dar lugar a ambigüedades, para que sus destinatarios (...) encuentren en ella respuesta adecuada a las dudas que sobre sus derechos, obligaciones y responsabilidades les pudieran acontecer”¹⁷³.

Una de las manifestaciones específicas en el Derecho Tributario del principio de seguridad jurídica es la previsibilidad de la actuación administrativa¹⁷⁴. Esto es, que el particular sepa anticipadamente los posibles sentidos del actuar administrativo.

Para ello, es necesaria una adecuada tipicidad de las normas, como otra de las manifestaciones de la seguridad jurídica. Así, sólo la posibilidad de prever consecuencias genera la necesaria confianza, cuya protección constituye parte importante del contenido sustancial a la seguridad jurídica¹⁷⁵.

Pues bien, una potestad discrecional, como hemos tenido ocasión de comprobar, supone que exista cierta indeterminación, en el campo de las consecuencias jurídicas, sin que ello signifique admitir que no se trate de una potestad parcialmente reglada, esto es, que se ejerce dado un supuesto de hecho determinado, por un órgano que la norma habilitante determina y con una finalidad concreta y determinada. Por ello, no puede entenderse que la discrecionalidad administrativa colisione con el principio de seguridad jurídica. GARCÍA NOVOA entiende que este modo de concebir la tipicidad “no debe servir para proscribir cualquier forma de discrecionalidad. Una cosa es que elementales exigencias de certeza excluyan la actividad libre de la Administración, entendida como actividad no sujeta a límites, y otra muy distinta, que la actividad administrativa pueda llevarse a cabo dentro de aquellos límites con una cierta libertad para ponderar determinadas circunstancias inherentes a la aplicación de la norma”¹⁷⁶.

Por tanto, el derecho del particular a la seguridad jurídica, como indica GARCÍA NOVOA, es un derecho limitado en función del interés general, pero no se trata de que el interés público limite a la seguridad jurídica, sino que, en ocasiones, el interés público en materia tributaria exige que sea la Administración la que adopte la solución más adecuada al mismo.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, fundamento jurídico 10.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 4.

¹⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril de 1999, fundamento jurídico 4, remitiendo a las Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico 7 c) y 36/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 5.

¹⁷³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 (Ar. 3130), fundamento de derecho primero. En términos similares, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1999 (Ar. 9367), fundamento de derecho cuarto.

¹⁷⁴ Vid. GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, ob. cit., p. 88.

¹⁷⁵ GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria...*, ob. cit., p. 119.

¹⁷⁶ *Ibidem*.



No se trata tampoco de que dicho interés prevalezca sobre la seguridad jurídica, sino, en definitiva, de que se articulen ambos criterios. Y la articulación de tales criterios no puede venir dada sino por el cumplimiento de los principios materiales de justicia tributaria. Allí donde sea necesario el empleo de una potestad tributaria discrecional para hacer realidad los principios tributarios constitucionalmente establecidos, no puede entenderse que ha existido un menoscabo del principio de seguridad jurídica. Antes bien, debe verse que se trata de una exigencia de la tutela del interés público que tiene encomendada la Administración tributaria. No obstante, sobre esta cuestión incidiremos a continuación.

Los artículos 31.3 y 133.3 de la Constitución establecen el principio de legalidad en materia tributaria¹⁷⁷. Ya hemos visto como el mismo ha sido invocado por aquel sector doctrinal que niega la existencia de la discrecionalidad en esta rama del Derecho.

Este principio ha sido estudiado detenidamente por nuestra doctrina. Por ello, no vamos a continuación a proceder a su análisis exhaustivo, pero sí intentaremos aproximarnos de un modo suficiente que nos permita concluir si mediante Ley es posible la atribución de potestades discrecionales a la Administración Tributaria¹⁷⁸.

El principio legalidad en materia tributaria tiene una doble proyección, como acertadamente ha señalado GONZÁLEZ GARCÍA. Por un lado, estaría la reserva de ley en la esfera normativa, como mandato directamente dirigido al legislador ordinario. Por otro lado, la proyección de este principio en la esfera administrativa, que no es otra cosa que el principio de legalidad que vincula a la Administración, establecido en el artículo 103.1 de la CE¹⁷⁹.

Comenzaremos, en primer lugar, por la reserva de ley. Para ello se hace necesario saber cuál es el ámbito del principio de reserva de ley; es decir, a qué elementos del tributo afecta, y si el mismo se refiere única y exclusivamente a lo que conocemos como Derecho Tributario material, o por el contrario afecta también al Derecho Tributario formal.

No cabe duda, en este sentido, que el principio de reserva de ley afecta no sólo a las prestaciones patrimoniales de carácter público, sino también a las prestaciones personales, puesto que la dicción del artículo 31.3 de nuestra Constitución no ofrece duda alguna al respecto¹⁸⁰.

Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado, en sus pronunciamientos, que se trata, en todo caso, de una reserva de ley relativa; es decir, que sólo será necesaria una ley para la regula-

¹⁷⁷ El artículo 31.3 de la CE establece. "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley".

El artículo 133.3 de la CE dispone: "Todo beneficio fiscal que afecte a los Tributos del Estado deberá establecerse en virtud de la ley".

¹⁷⁸ Sobre el principio legalidad en materia tributaria, entre otros estudios, cabe destacar: CAZORLA PRIETO, L. M.: "Los principios constitucional-financieros en el nuevo orden jurídico", AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 493 y ss.; CHECA GONZÁLEZ, C.: "El principio de reserva de ley en materia tributaria", AA.VV.: *Estudios de Derecho y Hacienda, Volumen II, Homenaje a Cesar Albiñana García Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 783 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R.: "La Ley como fuente del ordenamiento tributario", AA.VV.: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, Volumen I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 207 y ss.; FERREIRO LAPATZA, J.J.: "Las fuentes del Derecho Financiero en la Constitución Española (1)", AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 901 y ss.; "El principio de legalidad y las relaciones Ley-Reglamento en el ordenamiento tributario español", AA.VV.: *Estudios de Derecho y Hacienda, Volumen II, Homenaje a Cesar Albiñana García Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 867 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, E.: "El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978"... , *ob. cit.*; PÉREZ DE AYALA, J.L.: "Las fuentes del Derecho Tributario y el principio de legalidad", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 122, 1976, pp. 363 y ss.; PÉREZ ROYO, F.: "Fundamento y ámbito de la reserva de la ley en materia tributaria", *Hacienda Pública Española*, n.º 14, 1972, pp. 207 y ss.; "El principio de legalidad tributaria en la Constitución", AA.VV.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 391 y ss.; PONT I CLEMENTE, J.F.: "Las fuentes del Derecho Tributario (Artículo 9.º)", AA.VV.: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, Volumen I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: "Las fuentes del derecho financiero a la luz de la Constitución", AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen III*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 1989 y ss.

¹⁷⁹ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, E.: "El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978"... , *ob. cit.*, p. 972.

¹⁸⁰ Vid. CAZORLA PRIETO, "Los principios constitucional-financieros en el nuevo orden jurídico"... , *ob. cit.*, p. 520.

ción de los elementos esenciales del tributo. Así, entre otras muchas, la Sentencia 179/1985, de 19 de diciembre de 1985: “Si bien la reserva de ley en materia tributaria ha sido establecida por la Constitución de manera flexible, tal reserva cubre los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y concretamente la creación *ex novo* del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo”¹⁸¹. Por tanto, la ley necesariamente determinará el hecho imponible, la base y el tipo de gravamen, los obligados tributarios, las infracciones y sanciones y las exenciones.

Así mismo, también entrarán dentro del ámbito de esta reserva, los elementos esenciales de cualquier obligación de colaboración con la Administración tributaria, puesto que cualquier obligación de estas características se situaría dentro del concepto de prestaciones personales públicas¹⁸².

Ello implica la improcedencia de ejercer facultades discrecionales a la hora de concretar, mediante un acto administrativo, tales elementos esenciales del tributo o de la obligación, puesto que los mismos vienen determinados por la Ley¹⁸³. Ahora bien, nada impide, a nuestro juicio, que, en el resto de las materias tributarias, se puedan conceder este tipo de potestades¹⁸⁴.

En cualquier caso, tal atribución de potestad está siempre limitada en un doble sentido. De un lado, por la Ley que regula los elementos esenciales tanto de la prestación patrimonial como de la prestación personal. Sobre esos elementos no cabe el ejercicio de facultad discrecional alguna, pues deben estar determinados en todos sus extremos por una Ley. Por esa vía, las posibilidades de conceder facultades discrecionales a la Administración quedarán ya reducidas. Pero la segunda posibilidad, que no podemos olvidar, viene dada por la naturaleza de la propia potestad; esto es, una potestad discrecional es siempre una potestad limitada, porque viene atribuida por una norma, no es un facultad absoluta, y, como tal, podrá ser, en todo caso, controlada por los Tribunales conforme a los criterios que hemos tenido ocasión de examinar.

De modo que, a nuestro juicio, la atribución de potestades discrecionales a la Administración tributaria es constitucionalmente posible, siempre que se respeten los límites marcados por el principio de reserva de ley.

Al comenzar a hablar de este principio, dijimos que el mismo tenía una doble vertiente. La primera de ellas, relativa a la reserva de ley en la esfera normativa, ya la hemos analizado. Faltaría ahora hacer referencia a la segunda, esto es, a la proyección de este principio en la esfera administrativa, que no es otra cosa que el principio de legalidad que vincula a la Administración, establecido en el artículo 103.1 de la CE¹⁸⁵.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre de 1985, fundamento jurídico 3.

¹⁸² Vid. GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria...*, *ob. cit.*, p. 75.

¹⁸³ Y deben venir correctamente determinados. En este sentido, entendemos que el empleo de conceptos jurídicos excesivamente amplios que se remitiesen a un desarrollo reglamentario posterior, también podría vulnerar el principio de reserva de ley en la materia. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 mayo de 1991, fundamento jurídico 4.

¹⁸⁴ Conviene dejar señalado una problemática compleja que puede darse en la práctica. Como ha señalado RAMALLO MASSANET, J.: “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, n.º 76, 1995, pp. 79 y ss.: “es la misma ley la que, al no ser plena o completa –lo cual constituye, por otra parte, el problema de la limitación del lenguaje para aprehender la realidad– deja zonas discrecionales y no regladas, utiliza conceptos jurídicos indeterminados, normas en blanco, términos que pueden ser llenados con distintos contenidos. Es la propia ley la que nos coloca ante supuestos de hecho o elementos del hecho imponible inciertos que hay que concretar con pruebas que pueden ser también contradictorias. Si bien la ley no autoriza a negociar o a transigir, utiliza unas definiciones legales –con lo que, recordémoslo, cumple el Principio de reserva– indeterminadas que producen incertidumbre entre las partes”, p. 91. GARCÍA-HERRERA BLANCO y HERRERA MOLINA muestran cómo, en ocasiones, se produce una clara indeterminación de la norma a la hora de fijar elementos esenciales del tributo, sobre todo los de cuantificación, cuando el legislador emplea conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de incertidumbre insuperable, que otorga una auténtica discrecionalidad administrativa –a pesar de que aparentemente se respeta el principio de reserva de ley–. Propugnan estos autores una adecuada técnica legislativa que evite estos problemas que, por otro lado, atentan contra el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad. Así mismo, presentan el empleo de técnicas convencionales como un instrumento idóneo al servicio de estos principios y eficaz para lograr que la carga tributaria se reparta entre la comunidad solidaria de contribuyentes según el principio de capacidad económica. Cfr. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.M.: “Técnicas convencionales e igualdad tributaria (Mitos y paradojas de un aparente conflicto)”..., *ob. cit.*

¹⁸⁵ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978”..., *ob. cit.*, p. 972.



Respecto del principio de legalidad de la Administración, basta lo dicho con carácter general al comienzo del presente trabajo, puesto que el artículo 103.1 de la CE se refiere a la Administración con carácter general, y no cabe duda alguna de que dentro de la misma se encuentra la Administración tributaria, sometida con la misma intensidad a la Ley y al Derecho y con idéntica obligación de servir con objetividad a los intereses público o generales.

De nuevo el interés público se revela como un límite fundamental en el ejercicio de las facultades discrecionales. Y ello, sin olvidar que éstas también están limitadas por el resto de las técnicas de control propias de las potestades discrecionales: el hecho determinante, sus elementos reglados, los principios generales del derecho, y la motivación del acto.

En cuanto a los principios generales del Derecho, en el ámbito tributario, se concretan en la enumeración de los principios de justicia tributaria, de modo que adquieren, como técnica de control, mayor virtualidad si cabe¹⁸⁶.

Asimismo, la motivación del acto administrativo tributario adquiere una importancia fundamental. En este sentido, el artículo 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes dispone: "2. Los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que resuelvan recursos y reclamaciones, los que denieguen la suspensión de la ejecución de actos de gestión tributaria, así como cuantos otros se establezcan en la normativa vigente, serán motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho"¹⁸⁷.

Pudiera parecer que la motivación del acto tributario, al proceder única y exclusivamente en los supuestos expresamente previstos en la norma, no constituye la regla general. Sin embargo, compartimos plenamente, por los motivos que alega, la opinión de ALVAREZ MARTÍNEZ, cuando afirma que "el deber de motivar los actos tributarios, y en general todos los administrativos, representa en el momento actual la *pauta general*, no la excepción". La motivación no puede concebirse ya como una mera enumeración de los motivos que permitirá un futuro control de la resolución administrativa, sino que será un auténtico "discurso justificativo" de la misma y de su contenido, pasando a cumplir, así, una función democrática, permitiendo a los particulares alcanzar una opinión acerca de la legitimidad del poder de la Administración¹⁸⁸.

La jurisprudencia adquiere conciencia, cada vez más, de la importancia de la motivación en nuestra rama del Derecho. Así, por citar un ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2001 anula una comprobación de valores por estar insuficientemente motivada¹⁸⁹.

Por lo tanto, puesto que la motivación del acto tributario adquiere en la actualidad este protagonismo, se está de un lado, limitando enormemente la arbitrariedad de la Administración tribu-

¹⁸⁶ En este sentido GONZÁLEZ GARCÍA, E.: "El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978"... , *ob. cit.*, p. 988, afirma "En este sentido, el mayor relieve que en este estudio otorgamos a los mecanismos de carácter formal en la lucha contra la arbitrariedad, y en particular al respeto de la jerarquía entre las fuentes normativas, no debe llevar a pensar que desconocemos o marginamos el papel que en esta lucha corresponde a los principios generales de Derecho, tanto cuando los mismos están positivizados (...) como cuando extienden su acción de bóveda protectora e informadora del ordenamiento jurídico".

¹⁸⁷ No faltan autores que muestran su disconformidad con el precepto por tratarse de una lista incompleta, y entienden que hubiese sido suficiente una remisión a la legislación de procedimiento administrativo común. Así, ALONSO MURILLO, F., BLASCO DELGADO, C., GOMEZ CABRERA, C. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 128 y BADAS CEREZO, J., LAMOCA PÉREZ, C. Y MARCO SANJUÁN, J.: *Aplicación de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 112. Para otros, apenas introduce novedades, vid. FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: "Derechos generales de los contribuyentes", AA. VV.: *Derechos y Garantías del Contribuyente (Estudio de la nueva Ley)*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 104. En cualquier caso, el artículo 54 de la Ley 30/1992, seguirá siendo aplicable, vid. BANACLOCHE, J.: *Los derechos del contribuyente*, La Ley, Madrid, 2000, p. 138, y DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, E., FERNÁNDEZ CUEVAS, A. y OGEA MARTÍNEZ-OROZCO, M.: *El Estatuto del Contribuyente, Comentarios a la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 117.

¹⁸⁸ Cfr. ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios...*, *ob. cit.*, p. 188.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 19 mayo de 2001 (JT 2001\1347), fundamento de derecho segundo. También la propia Administración tiene en cuenta la importancia de la motivación. Así la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 31 de enero de 1996 (JT 1996/241), anuló una sanción impuesta a una asociación por no estar debidamente motivados los criterios de graduación, reconociendo la indefensión que ello supone.

taria, que deberá justificar, en todo caso su actuación y por otro lado, se está sirviendo al contribuyente y a los Tribunales la posibilidad de controlar el acto tributario, de modo que podrá ser enjuiciado conforme a los test de racionalidad y proporcionalidad anteriormente mencionados, y declararse, en su caso, la nulidad de los mismos.

En este sentido, nos interesa destacar, de nuevo, que, en el ejercicio de sus facultades, discrecionales, o no, la Administración tributaria, también debe actuar siempre teniendo en cuenta el interés general.

IV.4. El interés general como límite último al ejercicio de facultades discrecionales en el Derecho Tributario. El interés general no es el interés recaudatorio. El interés general y los principios constitucionales de justicia tributaria

De lo dicho hasta el momento, podemos extraer dos conclusiones inmediatas.

El principio de seguridad jurídica en materia tributaria se traduce en la previsibilidad de la actuación administrativa. La existencia de una potestad discrecional no altera sustancialmente dicha previsibilidad, puesto que toda potestad discrecional tiene elementos reglados, elementos que afectan al supuesto de hecho en el que procede, el órgano que adopta la medida, y el fin de la misma. Además, en ocasiones, el interés general exige que esta previsibilidad pueda ser parcialmente alterada, dentro de los límites que marcan cualquier actividad discrecional.

El principio de reserva de ley tampoco impide admitir la atribución de potestades discrecionales a la Administración tributaria. Lo que impide es que esas facultades afecten a los elementos esenciales de las prestaciones personales o patrimoniales públicas, ya que las mismas están cubiertas por dicha reserva. El legislador, debe en estos casos, evitar el empleo de técnicas legislativas inadecuadas como es el caso de los conceptos indeterminables o vacíos de contenido.

La potestad discrecional tributaria, en cuanto potestad discrecional, está además parcialmente reglada, debe ser motivada y la Administración tributaria, en su actuar, está sujeta a la Ley y también a los principios generales del Derecho, sin olvidar, especialmente, los principios materiales de justicia tributaria.

El principio de legalidad en su actuación supedita a la Administración tributaria a servir con objetividad al interés general.

Por lo tanto, el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad convergen, de nuevo, en una cuestión determinante, que es la consecución del interés general en la actuación de la Administración.

Es muy importante determinar qué se entiende por interés público o general en el ámbito tributario¹⁹⁰.

En este sentido, afirmamos que no es interés público o general en el ámbito tributario el estricto y libre interés recaudatorio. No se puede identificar el interés general tributario con el interés recaudatorio sin límites, y desconectado de otros principios de justicia tributaria.

El interés público se concreta en el ámbito del Derecho Tributario en la realización de los principios de justicia tributaria constitucionalmente reconocidos, principios tales como el principio de generalidad, igualdad, progresividad, no confiscación y principio de capacidad económica.

Por ello, el interés recaudatorio está siempre y, en todo caso, supeditado al cumplimiento de tales principios materiales, reconocidos en el artículo 31 de la CE¹⁹¹. Y sin tener en cuenta los

¹⁹⁰ Vid. TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes...*, ob. cit., p. 130.

¹⁹¹ Este peligro ha sido advertido ya en varias ocasiones por la doctrina. Así, SAINZ DE BUJANDA, F.: *Sistema de Derecho Financiero, volumen II*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1977, p. 75; LOZANO SERRANO, C.: *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario...*, ob. cit., pp. 62 y 81; GARCÍA

mismos, no puede la Administración proceder en su actuar, y menos proceder en el ejercicio de las facultades discrecionales.

De modo que, cuando motive la Administración, el acto discrecional deberá especificar que su actuación es racional, proporcionada, y que es la que más se ajusta al interés general, pero no porque ha logrado de forma eficaz una mayor o más rápida recaudación, sino porque ha tenido en cuenta además de los principios generales del Derecho, los principios anteriormente mencionados. Y ello podrá ser, por tanto, controlado por el Juez, que, en caso de que considere vulnerados los mismos, podrá proceder, en los términos indicados, a la anulación del acto.

De nuevo propugnamos aquí el necesario retorno a los principios de justicia tributaria. Principios que, a nuestro juicio, están siendo olvidados, y que se muestran, sin duda, como un perfecto instrumento a la hora de adaptar la aplicación de las normas a la realidad de controlar los excesos en que pueda incurrir la Administración en contra de los derechos del contribuyente¹⁹².

AÑOVEROS, J.: "Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales", *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 90, 1996, p. 218 y "Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales", AA.VV.: *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 103 y ss.; CHICO DE LA CÁMARA, P.: "Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales", *Tribuna Fiscal*, n.º 40, 1990, p. 61; MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario...*, *ob. cit.*, p. 39, "lo que no llegamos a comprender es la cesión de parcelas en las cuales la Administración goza de facultades discrecionales que por su propia naturaleza se convierten en arbitrarias (dado ese afán recaudatorio de la Administración)". También se han concretado una serie de críticas frente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, todas ellas en una misma línea, cual es la de atemperar su afán recaudatorio, afán que puede pasar por alto ninguno de los principios constitucionalmente reconocidos. Vid. MÁRQUEZ SILLERO, C.: "La Agencia Tributaria frente a la seguridad jurídica del contribuyente: consideraciones jurídico-críticas", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 234, 1994, pp. 1264 y 1265, califica, de un modo desproporcionado a nuestro juicio, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria como "el atropello del ordenamiento jurídico existente, la más absoluta vulneración de los principios constitucionales del sistema financiero y tributario y la anteposición de "pseudovalores", tales como la eficacia, la eficiencia y la recaudación, que se conviertan en ejes centrales de una nueva organización de la Administración Tributaria carente de adecuación a la Constitución y al Derecho".

¹⁹² Igual que en su momento dijimos respecto del interés general, los principios de justicia tributaria se pueden controlar, de mejor manera, no tanto por una definición exacta de los mismos, cuanto por la constatación de lo que no es conforme a ellos. Y así es como, a nuestro juicio, debe proceder el Tribunal cuando debe pronunciarse sobre la validez, o no, conforme a Derecho de un acto discrecional tributario.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coordinada por MARTÍN FERNÁNDEZ, J.): *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.
- AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “La desviación de poder: un recurso inédito”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 3, 1970, pp. 689 y ss.
- ALGUACIL MARÍ, P.: “La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 253, 1999, pp. 573 y ss.
- *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores. La problemática de su control judicial*, Diálogo, Valencia, 1999.
- ALONSO MURILLO, F., BLASCO DELGADO, C., GOMEZ CABRERA, C. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- ALVAREZ MARTÍNEZ, J.: *La motivación de los actos tributarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
- AROZAMENA SIERRA, J.: “Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, AA.VV.: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen V*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1988, pp. 3061 y ss.
- ARSUAGA DE NAVASQÜES, J.J.: “El principio de legalidad y la flexibilidad fiscal discrecional”, AA.VV.: *XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, pp. 473 y ss.
- BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BADAS CEREZO, J., LAMOCA PÉREZ, C. y MARCO SANJUÁN, J.: *Aplicación de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyente*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- BANACLOCHE, J.: *Los derechos del contribuyente*, La Ley, Madrid, 2000.
- BARNÉS, J.: “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994, pp. 495 y ss..
- “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15 y ss.
- BELTRAN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A.: "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 111, 2001, pp. 405 y ss.
- BORRAJA INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.
- BOSCH CHOLBI, J.L.: *La protección constitucional del domicilio ante el deber de contribuir*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Valencia, 1999.
- CALABUIG MORO, S.: "El deber de motivación de los actos administrativos en el ámbito tributario", *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 9, 2000, pp. 51 y ss.
- CALVO ORTEGA, R.: "Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero", *Hacienda Pública Española*, n.º 1, 1970, pp. 123 y ss.
- *Curso de Derecho Financiero I, Derecho Tributario (Parte General)*, Civitas, Madrid, 1997.
- CARRASCO PERERA, A.: "El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11, 1984, pp. 39 y ss.
- CASANA MERINO, F.: "La nueva redacción de la Ley 30/1992 y sus efectos en el ámbito tributario", *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 103, 1999, pp. 413 y ss.
- CAYÓN GALIARDO, A.: "La interdicción de la discrecionalidad en la gestión tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 36, 1982, pp. 563 y ss.
- CAZORLA PRIETO, L.M.: "Los principio constitucional-financieros en el nuevo orden jurídico", AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 493 y ss.
- CLAVERO AREVALO, M. F.: "La desviación del poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, n.º 30, 1959, pp. 105 y ss.
- CHECA GONZÁLEZ, C.: "Principios generales de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes", AA.VV.: *Derechos y Garantías del Contribuyente (Estudio de la nueva Ley)*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- "Base imponible y comprobaciones de valores en las operaciones mortis causa", AA.VV.: *La fiscalidad de las sucesiones y donaciones*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 128 y ss.
- "El principio de reserva de ley en materia tributaria", AA.VV.: *Estudios de Derecho y Hacienda, Volumen II, Homenaje a Cesar Albiñana García Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 783 y ss.
- CHICO DE LA CÁMARA, P.: "Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales", *Tribuna Fiscal*, n.º 40, 1990, pp. 51 y ss.
- *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios con garantía y sin garantía distinta del aval*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- CHUECA SANCHO, A.: "Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario", *Revista de instituciones europeas*, n.º 3, 1983, pp. 863 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

- DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, E., FERNÁNDEZ CUEVAS, A. y OGEA MARTÍNEZ-OROZCO, M.: *El Estatuto del Contribuyente, Comentarios a la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- DE PETRIS, D.: *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.
- *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1975.
- DÍEZ PICAZO, L.: “Constitución y fuentes de Derecho”, AA.VV.: *La Constitución y las fuentes del Derecho Volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1979, pp. 649 y ss.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: “La suspensión del acto de liquidación tributaria: ¿Automática o discrecional?”, *Tribuna Fiscal*, n.º 45, 1994, pp. 45 y ss.
- FALCÓN Y TELLA, R.: “La Ley como fuente del ordenamiento tributario”, AA.VV.: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, Volumen I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 207 y ss.
- FERNÁNDEZ, T. R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- “De nuevo sobre el poder discrecional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 80, 1993, pp. 577 y ss.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 2002.
- “¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?” *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 83, 1994, pp. 381 y ss.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “Derechos generales de los contribuyentes”, en AA. VV.: *Derechos y Garantías del Contribuyente (Estudio de la nueva Ley)*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 73 y ss.
- FERNANDO PABLO, M.M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
- “La motivación del acto administrativo en la Ley 30/92”, AA.VV.: *Procedimiento administrativo. Ponencias al I Coloquio hispano-portugués*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, pp. 193 y ss.
- FERREIRO LAPATZA, J.J.: “Las fuentes del Derecho Financiero en la Constitución Española (1)”, AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 901 y ss.
- “El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo”, *Crónica Tributaria*, n.º 68, 1993, pp. 45 y ss.
- “El principio de legalidad y las relaciones Ley-Reglamento en el ordenamiento tributario español”, AA.VV.: *Estudios de Derecho y Hacienda, Volumen II, Homenaje a Cesar Albiñana García Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 867 y ss.
- *Curso de Derecho Financiero Español, Volumen I, Derecho Financiero (Ingresos, Gastos. Presupuesto)*, 22 ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

- GALLEGO ANABITARTE, A.: “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, prólogo a la obra de MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 9 y ss.
- GAMBA VALEGA, C.: “Unos breves apuntes sobre la discrecionalidad en el Derecho Tributario”, [www.fiscalcomunicación.com/doctrina científica](http://www.fiscalcomunicación.com/doctrina_científica).
- GARCÍA DE AÑOVEROS, J.: “Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales”, AA.VV.: *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- “Una nueva Ley General Tributaria. Problemas constitucionales”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 90, 1996, pp. 213 y ss.
- “Los poderes de comprobación, la actividad de liquidación y la discrecionalidad de la Administración Financiera”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 76, 1992, pp. 597 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2000.
- “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 124, 1991, pp. 211 y ss.
- *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1974 (la primera edición de este trabajo se publicó en la *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, pp. 159 y ss.).
- “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 27, 1958, pp. 63 y ss.,
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, 10 ed., Civitas, Madrid, 2000.
- *Curso de Derecho Administrativo II*, 7.ª ed., Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ PÉREZ, J., MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.M.: “Técnicas convencionales e igualdad tributaria (Mitos y paradojas de un aparente conflicto)”, en prensa.
- GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTARANA, J.M.: *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 187.
- GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GIANNINI, M.S.: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.
- *Diritto amministrativo*, 3ª edizione, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, pp. 49 y ss.
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUELLAR, N.: *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

- GÓMEZ CABRERA, C.: *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978”, AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen II*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979. pp. 964 y ss.
- GONZÁLEZ, E. y PÉREZ DE AYALA, J.L.: *Curso de Derecho Tributario, Tomo I*, 6.ª ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 81 y ss.
- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) II*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 1998.
- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- GUICHOT REINA, E.: “Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho Comunitario”, AA.VV.: *Discrecionalidad Administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.
- HUERGO LORA, A.: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Madrid, 2000.
- “Artículo 33”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 100, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa*, 1998, pp. 341 y ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “Las <<sanciones impropias>> en materia tributaria en relación al principio de proporcionalidad”, *Actualidad Tributaria*, n.º 21, 1994, pp. D-555 y ss.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.
- LAGO MONTERO, J.M.: “Aplicación administrativa de los tributos y seguridad jurídica (actas previas y liquidaciones provisionales complementarias)”, *Crónica Tributaria*, n.º 65, 1993, pp. 59 y ss.
- LEGUINA VILLA, J.: “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, n.º 114, 1987, pp. 7 y ss.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: “El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 143 y ss.
- *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, M.: “Discrecionalidad de la potestad de imposición”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 114, 1974, pp. 1483 y ss.
- LOZANO SERRANO, C.: *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario*. Civitas, Madrid, 1990.

- MÁRQUEZ SILLERO, C.: “La Agencia Tributaria frente a la seguridad jurídica del contribuyente: consideraciones jurídico-críticas”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 234, 1994, pp. 1257 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “La desviación de poder en el derecho español”, *Revista de Administración Pública*, n.º 22, 1957, pp. 129 y ss.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vía de recurso*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 54, 1967, p. 197 y ss.
- MARTÍN PEREZ, P.A.: “La desviación de poder en el ordenamiento jurídico español (I)”, *Actualidad Administrativa*, n.º 42, 1991, pp. 527 y ss.
- “La desviación de poder en el ordenamiento jurídico español (y II)”, *Actualidad Administrativa*, n.º 43, 1991, pp. 539 y ss.
- MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2001.
- MARTÍN QUERALT, J.: “La aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los procedimientos administrativos en materia tributaria”, *Tribuna Fiscal*, n.º 32, 1996, pp. 3 y ss.
- MARTINEZ RUIZ, L.F.: “La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio de Derecho garantizado por la Constitución”, *Actualidad Administrativa*, n.º 45, 1987, pp. 2553 y ss.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996.
- MORENO MOLINA, A.M.: “La motivación y la notificación de los actos administrativos”, *Documentación Administrativa*, n.º 254-255, 1999, pp. 159 y ss.
- MORILLO MÉNDEZ, A.: “El principio de proporcionalidad y los procedimientos tributarios cautelares”, *Información Fiscal*, n.º 29, 1998, pp. 9 y ss.
- “El principio de proporcionalidad en los procedimientos tributarios”, *Tribuna Fiscal*, n.º 108, 1999, pp. 55 y ss.,
- “El principio de gravamen mínimo en la intervención del contribuyente en los procedimientos tributarios”, *Impuestos*, 1999-II, pp. 198 y ss.
- MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- NIETO, A.: “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, pp. 147 y ss.
- “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, (AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría III*), Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.
- PARADA, R.: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

- PARADA, R.: *Derecho Administrativo I, Parte General*, 12 ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- PAREJO ALFONSO L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo, Volumen I*, 5.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.
- PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, 6.ª edición, Bosch, Barcelona, 1998.
- PÉREZ DE AYALA, J.L.: “Las fuentes del Derecho Tributario y el principio de legalidad”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 122, 1976, pp. 363 y ss.
- PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario, Parte General*, 10 edición, Civitas, Madrid, 2000.
- “Fundamento y ámbito de la reserva de la ley en materia tributaria”, *Hacienda Pública Española*, n.º 14, 1972, pp. 207 y ss.
- “El principio de legalidad tributaria en la Constitución”, AA. VV.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 391 y ss.
- PONT MESTRES, M.: “Administración tributaria y Estado de Derecho”, AA.VV.: *El contribuyente ante las anomalías en la actividad de la Administración Tributaria*, segunda edición, Aranzadi, 1994, pp. 23 y ss.
- PONT I CLEMENTE, J.F.: “Las fuentes del Derecho Tributario (Artículo 9.º)”, AA.VV.: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, Volumen I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.
- RAMALLO MASSANET, J.: “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, n.º 76, 1995, pp. 79 y ss.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 22 edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.
- ROSEMBUJ, T.: *La transacción tributaria. Discrecionalidad y actos de consenso*, Atelier, Barcelona, 2000.
- RUBIO LLORENTE, F.: “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, AA.VV.: *El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 108 y ss.
- SAINZ DE BUJANDA, “Reflexiones sobre un sistema de Derecho Tributario español”, *Hacienda y Derecho, Volumen III*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 289 y ss.
- *Sistema de Derecho Financiero, Volumen II*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1977.
- SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto”, *Revista de Administración Pública*, n.º 8, 1976, pp. 63 y ss.
- SAINZ MORENO, J.: *Elementos de Derecho Financiero, Tomo I, Parte General*, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1983.
- SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Práctica procesal contencioso-administrativa, Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 1999.

- SÁNCHEZ ISAC, J.: *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973.
- *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*, Bayer Hermanos, Barcelona, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, AA.VV. (dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: “El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria (I)”, *Quincena Fiscal*, n.º 4, 1995, pp. 9 y ss.
- “El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria (II)” *Quincena Fiscal*, n.º 5, 1995, pp. 9 y ss.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: “Las fuentes del derecho financiero a la luz de la Constitución”, AA.VV.: *La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Volumen III*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 1989 y ss.
- “El principio de tutela judicial efectiva y los procedimientos tributarios”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 82, 1994, pp. 265 y ss.
- TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, traducida por HERRERA MOLINA, P.M., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- TORREGOSA CANÉ, M^a D.: “Nulidad y anulabilidad de actos administrativos tributarios: fuentes, concepto y delimitación”, *Técnica Tributaria*, n.º 56, 2002, pp. 101 y ss.
- VILLAR EZCURRA, M. y HERRERA MOLINA, P.M.: “Aportaciones del Derecho Comunitario al Estatuto del Contribuyente”, *Quincena Fiscal*, n.º 10, 1999, pp. 9 y ss.

**DOCUMENTOS DE TRABAJO EDITADOS POR EL
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES**

2000

- 1/00 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 1999.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 2/00 Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998.
Autores: M.^a Luisa Delgado, Consuelo Díaz y Fernando Prats.
- 3/00 La imposición sobre hidrocarburos en España y en la Unión Europea.
Autores: Valentín Edo Hernández y Javier Rodríguez Luengo.

2001

- 1/01 Régimen fiscal de los seguros de vida individuales.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 2/01 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2000.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 3/01 Inversiones españolas en el exterior. Medidas para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades.
Autora: Amelia Maroto Sáez.
- 4/01 Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: Semejanzas y diferencias.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 5/01 Procesos de coordinación e integración de las Administraciones Tributarias y Aduaneras. Situación en los países iberoamericanos y propuestas de futuro.
Autores: Fernando Díaz Yubero y Raúl Junquera Valera.
- 6/01 La fiscalidad del comercio electrónico. Imposición directa.
Autor: José Antonio Rodríguez Ondarza.
- 7/01 Breve curso de introducción a la programación en Stata (6.0).
Autor: Sergi Jiménez-Martín.
- 8/01 Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades.
Autor: Juan López Rodríguez.
- 9/01 Los convenios y tratados internacionales en materia de doble imposición.
Autor: José Antonio Bustos Buiza.
- 10/01 El consumo familiar de bienes y servicios públicos en España.
Autor: Subdirección General de Estudios Presupuestarios y del Gasto Público.
- 11/01 Fiscalidad de las transferencias de tecnología y jurisprudencia.
Autor: Néstor Carmona Fernández.
- 12/01 Tributación de la entidad de tenencia de valores extranjeros española y de sus socios.
Autora: Silvia López Ribas.
- 13/01 El profesor Flores de Lemus y los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 14/01 La nueva Ley General Tributaria: marco de aplicación de los tributos.
Autor: Javier Martín Fernández.
- 15/01 Principios jurídico-fiscales de la reforma del impuesto sobre la renta.
Autor: José Manuel Tejerizo López.
- 16/01 Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias.
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 17/01 El papel del profesor Fuentes Quintana en el avance de los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 18/01 Regímenes especiales de tributación para las pequeñas y medianas empresas en América Latina.
Autores: Raúl Félix Junquera Varela y Joaquín Pérez Huete.
- 19/01 Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario.
Autores: Varios autores.
- 20/01 Directiva sobre fiscalidad del ahorro. Estado del debate.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 21/01 Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comparado.
Autor: Francisco D. Adame Martínez.
- 22/01 Medidas antielusión fiscal.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.

- 23/01 La incidencia de la reforma del Impuesto sobre Sociedades según el tamaño de la empresa.
Autores: Antonio Martínez Arias, Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 24/01 La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 25/01 El impacto de la reforma del IRPF en la presión fiscal indirecta. (Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998 y 1999).
Autor: Área de Sociología Tributaria.

2002

- 1/02 Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 2/02 La tributación de las ganancias de capital en el IRPF: de dónde venimos y hacia dónde vamos.
Autor: Fernando Rodrigo Saucó.
- 3/02 A tax administration for a considered action at the crossroads of time.
Autora: M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 4/02 Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario Europeo: ¿Hacia la "comunitarización" de los CDIs?
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 5/02 La modificación del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los Servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 6/02 Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes.
Autores: José María Vallejo Chamorro y Manuel Gutiérrez Lousa.
- 7/02 La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos.
Autor: Andrés Jiménez Díaz.
- 8/02 IRPF y familia en España: Reflexiones ante la reforma.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 9/02 Novedades en el Impuesto sobre Sociedades en el año 2002.
Autor: Manuel Santolaya Blay.
- 10/02 Un apunte sobre la fiscalidad en el comercio electrónico.
Autora: Amparo de Lara Pérez.
- 11/02 I Jornada metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho financiero y tributario.
Autores: Pedro Herrera Molina y Pablo Chico de la Cámara (coord.).
- 12/02 Estimación del capital público, capital privado y capital humano para la UE-15.
Autoras: M.^a Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 13/02 Líneas de Reforma del Impuesto de Sociedades en el contexto de la Unión Europea.
Autores: Santiago Álvarez García y Desiderio Romero Jordán.
- 14/02 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2001.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales.
- 15/02 Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la Fiscalidad internacional.
Autor: Abelardo Delgado Pacheco.
- 16/02 Brief report on direct an tax incentives for R&D investment in Spain.
Autores: Antonio Fonfría Mesa, Desiderio Romero Jordán y José Félix Sanz Sanz.
- 17/02 Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades en materia contable y fiscal.
Autores: Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 18/02 Transparencia Fiscal Internacional.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 19/02 La Directiva sobre fiscalidad del ahorro.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 20A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 20B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 22/02 Medidas unilaterales para evitar la doble imposición internacional.
Autor: Rafael Cosín Ochaita.
- 23/02 Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA).
Autora: M.^a Dolores Bustamante Esquivias.
- 24/02 Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes.
Autores: Néstor Carmona Fernández, Fernando Serrano Antón y José Antonio Bustos Buiza.

- 25/02 Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia.
Autor: José María Tovillas Morán.
- 26/02 El impuesto sobre sociedades en la Unión Europea: situación actual y rasgos básicos de su evolución en la última década.
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 27/02 Un paso más en la colaboración tributaria a través de la formación: el programa Fiscalis de la Unión Europea.
Autores: Javier Martín Fernández y M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 28/02 El comercio electrónico internacional y la tributación directa: reparto de las potestades tributarias.
Autor: Javier González Carcedo.
- 29/02 La discrecionalidad en el Derecho Tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general.
Autora: Carmen Uriol Egido.