



LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU FALTA DE CONTROL EN MÉXICO

José Guadalupe de la O Soto

México - Consejo de la Judicatura Federal
Secretario del Segundo Tribunal Colegiado en
Materias Administrativa y Civil del Vigésimo
Segundo Circuito en Querétaro.
jose.delao.soto@correo.cjf.gob.mx

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

José Guadalupe de la O Soto (2018): "La discrecionalidad administrativa y su falta de control en México.", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (enero 2018). En línea:
<http://www.eumed.net/rev/caribe/2018/01/discrecionalidad-administrativa-mexico.html>

RESUMEN

El propósito es presentar un esquema breve que sirva para entender la discrecionalidad administrativa de las autoridades, en particular del Poder Ejecutivo en todos sus niveles de gobierno, precisando el concepto y fundamento, así como los límites jurídicos que la afectan frente a las facultades regladas de la propia autoridad administrativa, además se examina su control y sus vinculaciones, incluidas las tendencias jurisprudenciales sobre el particular en el sistema jurídico mexicano.

PALABRAS CLAVE: administración, facultades regladas y discrecionales, control de la discrecionalidad de los actos administrativos.

ABSTRACT

The purpose is to present a brief outline that serves to understand the administrative discretion of the authorities, in particular those of the Executive at all levels of government, specifying the concept and foundation, as well as the legal limits that affect it in relation to regulated powers Of the administrative authority itself, and its control and linkages, including jurisprudential tendencies on the subject in the Mexican legal system, are examined.

KEY WORDS: Administration, regulated and discretionary powers, control of the discretion of administrative acts.

I. PREÁMBULO

Cualquier sociedad humana independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita un orden determinado, este no es arbitrario ni causal, sino el fruto de la observancia de aquellas normas jurídicas que a los efectos de organizar la vida en sociedad se crean, lo que concierne propiamente al principio de legalidad que no es más que el requisito de observar ese

determinado orden o sistema de normas jurídicas, que asegura una conducta adecuada de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias.

La legalidad abarca dos aspectos de la regulación jurídica: la creación del Derecho y el cumplimiento de la norma de derecho. Dicho cumplimiento que bien podemos entender dentro del amplio marco de ejecución que tienen a su cargo los órganos administrativos de la sociedad. Si bien, la legalidad no se convierte en concepto muerto, ha sufrido transformaciones que han llevado al Estado a dotar de ciertas potestades discrecionales a algunos de sus órganos para agilizar el proceso de aplicación de la norma.

El margen o la necesaria interrelación entre la legalidad y la discrecionalidad administrativa, sin negar la esencia de ambos fenómenos, constituye el objeto de este trabajo.

II. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La administración pública en nuestro país descansa sobre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, independientemente de su organización que impone tres distintas administraciones: federal, estatal y municipal, la primera concierne a nuestra carta fundamental en particular y las otras dos a la Constitución de cada entidad de la Federación, sujetas desde luego a la primera, lo que viene a instituir el sometimiento de los órganos del Estado a un régimen de derecho positivo, que no es otra cosa que el Estado de Derecho.

Tal sometimiento a las normas de derecho corresponde a las autoridades federales, estatales y municipales, en el desarrollo de sus funciones administrativas, legislativas y judiciales, en el entendido de que ninguna autoridad pública puede realizar o llevar a cabo alguna acción que no esté autorizada por un texto legal.

El principio de legalidad se entiende llanamente como la obligación que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley les confiere al expedir cualquier orden o mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos. No existe excusa que puede oponer la autoridad para no respetar ese principio y en caso de no suceder así se prevén instrumentos procesales efectivos como el juicio de amparo para obligarla a que lo acate. Inclusive constituye el remedio ejemplar de la responsabilidad oficial y de ahí le sigue el contencioso administrativo ya sea federal o estatal, así como lo estimó en su momento Alfonso Nava Negrete.¹

Lo anterior porque en principio, no existe la facultad discrecional absoluta que permite a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar explicación de sus actos, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que el uso de las facultades discrecionales deberá ser razonado adecuadamente, y que ese uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a que los razonamientos deben invocar correctamente las circunstancias del caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica.

Para el maestro español José Luis Villar Palasi, el principio de legalidad en su máximo sentido se apoya sobre ciertos presupuestos lógicos discutibles. El postulado de la complitud del ordenamiento a través de leyes formales parte de que el legislador ha regulado ya todo supuesto pensable, toda relación posible entre Estado y particular: si falta esta regulación se quiere que no exista esta relación jurídica.² Igualmente el maestro Alfonso Nava Negrete consideró que ejercer el poder administrativo es hacerlo dentro de los límites de la ley, no puede entenderse de otra manera, la función administrativa solo tiene tránsito por las vías de la ley.³

¹ Nava Negrete, Alfonso, *Ley y Administración*, en Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2ª Época, Año II, número 11, Marzo-Abril de 1980, México. p. 127.

² Villar Palasi, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I*, Madrid 1977, Ed. Artigrafía, S.A., p. 131.

³ Nava Negrete, Alfonso, op. cit., p. 127.

Tocante a esto último, José Humberto Sánchez Gutiérrez, refirió que el régimen del Estado de derecho si bien concibe al Estado como un poder soberano, es decir, como el supremo poder que rige en su territorio, no lo considera como un poder absoluto, sino como un poder sujeto al derecho y por tanto un poder limitado y constreñido por normas jurídicas.⁴

Concepto de legalidad que se encuentra contenido en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que solo se podrá privar al gobernado de sus propiedades, posesiones o derechos, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, con la obligación de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

Aquí cabe traer a cuento la definición de acto administrativo que se entiende como la manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y propone satisfacer el interés general.⁵

Respecto de lo cual, la atribución de potestades a la administración por el ordenamiento jurídico puede hacerse de dos maneras, en términos generales, mediante la determinación por la ley en forma precisa y completa de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de manera que cree un supuesto legal concreto y una potestad aplicable al mismo, también definida en todos sus términos y consideraciones. En este caso se está en ejercicio de una facultad reglada.⁶

En cambio, definiendo la ley algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad y remitiendo a la estimación subjetiva de la administración el resto de dichas condiciones, ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, o en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien de ambos elementos, estos supuestos se refieren a la potestad discrecional.⁷

III. FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Primero debe decirse que se está en presencia de un acto formado por elementos puramente reglados, cuando una vez realizado el supuesto previsto en la norma jurídica y satisfechos los requisitos que ella prevé, la autoridad administrativa está obligada a actuar en el sentido predeterminado en la misma norma, sin posibilidad de elección. Al respecto, la ley dispone qué es lo que conviene al interés público, consistente en que siempre debe actuar con miras al interés común, al interés general ya que de actuar de forma contraria desvirtuaría la razón de la existencia de la administración, del gobierno y del propio Estado; en este caso la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto.

El mérito del acto administrativo, al igual que la finalidad, es esencialmente subjetiva, no confundible con aquel, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque este comparte su carácter de razonador, pero se insiste, es subjetivo en cuanto determinante de la oportunidad para la

⁴ Sánchez Gutiérrez, José Humberto, *El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía*, p. 353. Ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/24.pdf>

⁵ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 7ª. Ed., Porrúa, México, 1986, p. 529.

⁶ Marcheco Acuña Benjamín, *El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba*, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 39, núm. 110, enero-junio, 2009, pp. 60-61.

⁷ Id.

expedición del acto. Su grado de subjetividad nos resulta tan profundo y amplio, que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa en muchos casos en el campo de los juicios políticos.⁸

Santofimio citando a Escola, mencionó que el mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia en la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo, a expresarla cuando se requiere verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de este. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que los actos expedidos sean realmente beneficiosos.⁹

Cabe señalar que el mérito y la oportunidad como elementos del acto administrativo, el primero se entiende como la conveniencia del acto en razón de su utilidad; y por la oportunidad su conveniencia en razón del tiempo. Por ejemplo, el acto administrativo que ordena la clausura de un expendio de cohetes y juegos pirotécnicos, tiene como mérito evitar explosiones y daños a los gobernados en sus personas y bienes, lo cual resulta conveniente por indudable utilidad para la población; y su oportunidad consiste en dictar esa clausura en la época de las fiestas patrias en que sin duda hay una marcada tendencia por detonar cohetes y encender juegos artificiales, por lo que la clausura sería conveniente en razón del tiempo.

Diverso ejemplo del mérito del acto administrativo se puede encontrar, refirió Eréndira Salgado Ledesma, en la revocación de la autorización para la celebración de un concierto masivo, cuando la autoridad advierte que los organizadores no cuentan con las medidas de seguridad y protección civil necesarias para llevarlo a cabo sin contratiempos. Ahora, con relación a la oportunidad la citada autora dijo que si se desalojó a un grupo de personas asentada en la parte baja de los márgenes de un río con anticipación a la temporada de lluvias, el acto resultará oportuno.¹⁰

Otro ámbito de la doctrina refiere la oportunidad solo como presupuesto de los actos discrecionales, donde debe justificarse la actuación en cada caso para que el acto no se tilde de arbitrario. Verbigracia, en la legislación castrense se prevé que un militar puede ser transferido por necesidades del servicio cuantas veces se requiera. Sin bien es una decisión discrecional que debe tomar su superior, la misma debe justificarse para que el acto no resulte una arbitrariedad.

Elementos que no figuran enunciativamente en el artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, empero, ello no significa que para la emisión de un acto administrativo no puedan llegar a ponderarse y desde luego ser objeto de control jurisdiccional; como sí sucede en el derecho colombiano en que los actos administrativos llevan el mérito como uno de sus elementos.

Según Santofimio, se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración, empero, que no genera vicios en la legalidad del acto, generando controles políticos o administrativos, pero de ninguna manera contenciosos administrativos.

Entonces, tratándose de facultades regladas la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito legalmente y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto, esto significa que la norma no solamente fija sus elementos de validez como son la competencia de la autoridad, la forma que debe revestir la resolución y la finalidad que debe perseguir, sino además el otro elemento que es su contenido.

Por otra parte, se coincide con la doctrina de que la razón de ser de los actos discrecionales radica en la imposibilidad para el legislador de concebir y prevenir en la ley todas las posibilidades de la conducta humana, motivo por el cual necesariamente al gobierno y a la administración debe conferírseles discreción para resolver los casos que aquel no pudo prever, de modo que si la

⁸ Santofimio, Jaime Orlando, *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 81.

⁹ *Idem*, p. 82.

¹⁰ Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho administrativo, acto y autoridades administrativas*, editorial Porrúa y Universidad Anáhuac, México, 2015, pp. 169 y 170.

administración pública quedara sujeta al cerrado régimen de facultades regladas, se vería rebasada por las necesidades de la realidad y maniatada para cumplir sus funciones.

Así las cosas, cuando la autoridad goza de discrecionalidad, aun cuando el particular se encuentre colocado en la hipótesis legal y cumpla con todas las exigencias de la norma, solo tendrá derecho a que se resuelva su petición, pero no a que la administración se conduzca en un sentido determinado, ya que esta puede legítimamente elegir entre varias posibilidades por razones de conveniencia.

En este caso, la ley difiere en el órgano administrativo la apreciación subjetiva de la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina totalmente cuál es la situación de hecho ante la que se dictará. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.¹¹

Se insiste, por discrecionalidad administrativa podemos entender la decisión que la administración toma entre dos o más posibles soluciones, todas estas válidas para el derecho. Por tanto, en la potestad discrecional de la administración se encuentra presente una libertad de elección por parte de ella, esto es así, dado que sin esa dosis de libertad de que goza la administración no es posible concebir a la discrecionalidad.

Para José Luis Cea Egaña, la discrecionalidad es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración para que, en caso de situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella;¹² en suma, toda esta implica un amplio margen de libertad, y aunado a ese margen discrecional de que goza la administración debemos añadir la indeterminación de los conceptos jurídicos mismos que contribuyen enormemente a la discrecionalidad de la administración, la potestad administrativa de decidir discrecionalmente.

Fernando Sainz Moreno, estimó que la discrecionalidad suele fundarse en dos tipos de argumentos: de un lado, en la naturaleza de aquello sobre lo que se decide (criterio de la importancia y criterio de la dificultad técnica o valorativa), y de otro, en la posición institucional de la administración, a la que el ordenamiento constitucional atribuye una función configuradora del orden social.¹³

De lo anterior deriva que la discrecionalidad sería algo necesario, impuesto por la naturaleza misma de las cosas como única vía de resolver cuestiones de singular importancia o en cierto grado complicado. Es este un argumento que parte de la idea de que cierto tipo de decisiones no es posible que estén íntegramente determinadas por el derecho, en ocasiones porque plantea problemas de conocimiento o de enjuiciamiento cuya situación conlleva a condiciones únicamente superables tomando una, la que sea, de las decisiones que sean posibles.

Cabe agregar que en la discrecionalidad está inmersa la decisión política, así por ejemplo, la declaración de incapacidad del Jefe de Estado o la militarización de un servicio público son decisiones jurídicamente discrecionales, dado que el criterio con que se toman es político, esto a pesar de que se encuentran enmarcadas en una norma.

Otro argumento que justifica la discrecionalidad de la administración es el de la posición institucional que guarda esta dentro del orden constitucional. A la administración le corresponde una función configuradora del orden social cuya realización exige tomar decisiones discrecionales, esto es, dentro de un amplio margen de libertad.

¹¹ Marcheco Acuña Benjamín, *op. cit.*, pp. 60-61.

¹² Cea Egaña, José Luis, *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, 1984, pp. 12 y 14.

¹³ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 304.

Ese margen de apreciación es un espacio o ámbito de decisión no regulado o solo parcialmente regulado por el derecho que el ordenamiento y en concreto el legislador ha otorgado a la administración. Se trata de valorar los hechos ajustados al concepto legal respectivo, teniendo presente el interés público que debe tutelarse en el caso concreto; y esta valoración se esgrime para sostener la imposibilidad que le afecta al juez para sustituir los criterios valorativos de la administración por los suyos.

La posición institucional que tiene la administración dentro del ordenamiento constitucional como ejecutora de los fines del Estado lleva consigo, ineludiblemente, la necesidad de apreciación de circunstancias muy singulares, de estimar la oportunidad concreta del poder público, lo que en suma alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Ahora, ese mismo precepto supone que la discrecionalidad administrativa se justifica en aras de la satisfacción del interés general.

De ahí que la discrecionalidad pura solo existe cuando el criterio de la decisión deja de ser jurídico para convertirse en político.

Por ende, los actos de discrecionalidad administrativa se justifican solo por su naturaleza política de la decisión que se toma. Además, la discrecionalidad administrativa se puede ver en su esencia política por derivar esta decisión una decisión del poder público. La potestad reglamentaria, la potestad organizativa, las potestades directivas de la economía, son discrecionales en la medida en que las opciones en que se mueven solo se resuelven por criterios políticos.

En ese tenor, el dato decisivo que determina la potestad discrecional radica en la naturaleza del criterio en que ha de fundamentarse la decisión. Solo cuando el criterio es de naturaleza política existe una potestad discrecional desde el punto de vista jurídico.

IV. ARBITRIO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Se dice que la autoridad administrativa lo tiene, cuando realizada la hipótesis está obligada a aplicar la consecuencia legal, aunque tenga arbitrio para evaluar o considerar circunstancias de derecho que deban matizar la aplicación de las consecuencias previstas en la norma, sin embargo, no se deben confundir las facultades discrecionales con el uso del arbitrio que la ley concede a las autoridades en determinadas condiciones.

Por ejemplo, cuando en el Código Fiscal de la Federación o cualquiera otra ley se establece el sistema de infracciones, el legislador da un límite inferior y un límite superior, la autoridad que deba aplicar la sanción tendrá que razonar adecuadamente ese arbitrio, respetando los hechos pertinentes, los lineamientos legales y las reglas de la lógica. Pero dada la infracción, la autoridad estará legalmente obligada a imponer la sanción, y dadas las circunstancias atenuantes o agravantes del hecho que deberá apreciar adecuadamente, tendrá que moverse dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable.¹⁴

En cambio, se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal prevé una hipótesis de hecho, a la que la autoridad puede aplicar o no, la consecuencia legal prevista en la propia norma, es decir, no basta que se satisfaga la hipótesis para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino que esta queda a discreción de la autoridad, aunque deba razonar adecuadamente su decisión.

Si la norma que señala una infracción permitiese a la autoridad sancionarla o no según su opinión se estaría frente a facultades discrecionales, empero, si a la infracción debe seguir la sanción, la autoridad está ligada por la norma.

¹⁴ De la Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1994, pp. 720-721.

Y el que deba adecuar la sanción a las peculiaridades del caso, es decir, a la existencia de atenuantes o de agravantes, o a la ausencia de ambas o al beneficio económico que por la infracción obtenga el particular, es uso de un arbitrio, pero no de una facultad discrecional. En ese tenor, el Juez penal al individualizar la pena hace uso de su arbitrio, y el Ejecutivo al conceder el indulto por gracia, hace uso de una facultad discrecional.

Lo anterior se corrobora con la interpretación de los tribunales de amparo en el sentido de que es inexacto se ejerza una facultad discrecional, no delegable, en atención a que al órgano administrativo se le conceda cierto margen de apreciación para fijar la cuantía de una multa dentro del máximo y el mínimo que establece la ley, puesto que, como lo ha precisado la doctrina, únicamente puede afirmarse con certeza que hay discrecionalidad cuando la ley le otorga al funcionario administrativo un amplio campo de apreciación, para decidir si debe obrar o debe abstenerse, para resolver cuándo y cómo debe obrar, o aun para determinar libremente el contenido de su posible actuación.

Y en los casos en que se dan los supuestos que prevé la norma, el órgano administrativo necesariamente impondrá la sanción, como se advierte de la tesis 414 de rubro: **“FACULTADES DISCRECIONALES. NO TIENEN ESE CARÁCTER LAS QUE DERIVAN DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA QUE DEJA EN APTITUD A LA AUTORIDAD PARA IMPONER SANCIONES ENTRE UN MÍNIMO Y UN MÁXIMO.”**¹⁵

Dicho de otra manera, las autoridades administrativas pueden cuantificar las multas que correspondan a infracciones cometidas y, al hacerlo gozan de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los límites señalados en la ley; empero, al determinar la sanción, deben expresar pormenorizadamente los motivos que tengan para fijar la cuantía de la multa, para lo cual hay que atender a las peculiaridades del caso y los hechos generados de la infracción, y especificar cómo influyeron en su ánimo para detener dicho arbitrio en cierto punto entre el mínimo y el máximo en que oscila la multa permitida en la ley.

Otro ejemplo es cuando se solicita el registro de una marca y la autoridad examina si esa marca es susceptible de confundirse con otra en términos de la ley de la materia, y si ampara o no productos iguales o similares; dicha autoridad no está dotada de facultades discrecionales, sino de un arbitrio semejante al judicial, pues si se dan las hipótesis de la norma, la autoridad está obligada a aplicar sus consecuencias legales, y a la inversa.

Las facultades discrecionales se caracterizan por el hecho de que, aun dada la hipótesis normativa, queda la autoridad facultada para aplicar o no sus consecuencias.

Determinar el parecido de dos marcas o dos clases de productos es materia de arbitrio no de discreción, siendo de notarse que en uno y otros casos, tiene que haber un juicio más o menos subjetivo, aunque basado en dichos objetivos, para llegar a una conclusión legal sobre si se ha satisfecho o no la hipótesis normativa para, en caso afirmativo, aplicar ineludiblemente la consecuencia legal prevista en la propia norma.

V. LAS FACULTADES DISCRECIONALES REGULADAS EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Para entender el contexto normativo en que actúa la administración y por tanto en que decide, en cuanto al margen en que la autoridad realiza una actividad de determinación de los contenidos normativos, cabe hacer la interpretación de un precepto que contiene una facultad discrecional, que constituye un supuesto jurídico que se presenta y se ha presentado en el quehacer administrativo.

¹⁵ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000, Jurisprudencia Tomo III, Tesis 414, página 455.

Referente a que la posibilidad de compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto, en términos del artículo 22 del propio código, que establece el pago de lo indebido, aun en el caso de que la devolución hubiera sido o no solicitada contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retención a terceros cuando estos hayan quedado firmes por cualquier causa.

Del aludido numeral se desprende que los contribuyentes pueden optar por compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención de terceros, siempre que ambas deriven de impuestos federales distintos de los que se estimen con motivo de la importación, los administre la misma autoridad y no tengan destino específico, presentando el aviso correspondiente.

Asimismo, no se podrán compensar las cantidades cuya devolución se haya solicitado, o cuando haya prescrito la obligación para devolverlas, ni las cantidades que hubiesen sido trasladadas de conformidad con las leyes fiscales, expresamente y por separado o incluidas en el precio, cuando quien pretenda hacer la compensación no tenga derecho a obtener su devolución en términos del artículo 22 del código, que establece el pago de lo indebido.

Inclusive, las autoridades fiscales podrán compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de dichas autoridades, por concepto de pago de lo indebido, aun en el caso de que la devolución hubiera sido o no solicitada, contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retención de terceros, cuando estos hayan quedado firmes por cualquier causa.

Ahora, en el citado numeral se establecen dos supuestos diferentes a efecto de llevar a cabo la compensación, el primero de ellos se refiere al derecho que tiene el contribuyente a compensar las cantidades que tengan en su favor, contra las que esté obligado a pagar, para lo cual se establece de manera expresa que no se podrán compensar las cantidades cuya devolución se haya solicitado.

También dispone dicho artículo la facultad de la autoridad para compensar de oficio las cantidades que se adeuden al contribuyente por concepto de pago de lo indebido, independientemente de que hubiera existido o no la solicitud de devolución.

Por ejemplo, si lo que el contribuyente pretende es ejercer el derecho a compensar que se establece, ello no es posible toda vez que existe prohibición expresa de llevar a cabo una compensación de cantidades cuya devolución se ha solicitado previamente.

Otro ejemplo, si lo que el contribuyente pretende es que la autoridad ejerza su facultad discrecional de compensar de oficio las cantidades a que se ha hecho referencia, también trae como consecuencia que no sea posible compensar dichas cantidades, ya que la facultad de que se habla es discrecional, donde expresamente se señala que las autoridades fiscales podrán compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de dichas autoridades por concepto de pago de lo indebido, contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar.

De tal suerte, al establecer una facultad discrecional por parte de la autoridad, no existe en la especie una obligación de esta, para que necesariamente efectúe la compensación de manera oficiosa, como se supondría haberlo solicitado el contribuyente, razón por la cual no existiría derecho alguno a favor de este.

Para abundar sobre el tema, cabe mencionar que las facultades discrecionales existen cuando la ley otorga a las autoridades administrativas prerrogativas para decidir a su arbitrio lo que considere correcto en una situación determinada, en cambio las facultades regladas existen

cuando la norma señala las consideraciones para su aplicación, las cuales obligan a la autoridad a cumplir con lo que la ley señala.

Otro supuesto envuelve el término “podrán” que aparece en la parte inicial del artículo 55 del Código Fiscal de la Federación, al establecer que las autoridades fiscales podrán determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes o el remanente distribuible de las personas que tributan conforme al título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sus ingresos y el valor de los actos, actividades o activos, por lo que deban pagar contribuciones cuando se opongan u obstaculicen la invención o desarrollo de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, no presenten los libros y registros de contabilidad, entre otras.

No ha de entenderse en el sentido de que el legislador otorgó a la autoridad administrativa la facultad discrecional de dar o no la oportunidad al contribuyente de que corrija su situación fiscal cuando exista la posibilidad de determinarse presuntivamente su utilidad fiscal, pues el alcance de la norma no radica en el significado puramente gramatical que se le pide al término aludido, sino del resultado que se obtiene del examen relacionado con la naturaleza de las facultades conferidas a la autoridad hacendaria.

Ahora bien, conforme a la disposición citada es claro que se está en presencia de facultades regladas, pues dicha norma señala las consideraciones pertinentes para su aplicación, como lo es que el visitado se encuentre en alguna de las causales de determinación presuntiva establecidas por la ley, y que la autoridad visitadora tenga elementos suficientes para apreciar en lo fundamental la situación fiscal de visitado; eventos que obligan a la autoridad a proceder al cumplimiento forzoso con lo que la ley de la materia estatuye.

Por otra parte, el artículo 66 del Código Fiscal de la Federación, establece una facultad discrecional en favor de las autoridades fiscales, consistente en que a petición de los contribuyentes, podrán autorizar el pago a plazos ya sea en parcialidades o diferido de las contribuciones omitidas y de sus accesorios, sin que dicho plazo exceda de dos meses para pago diferido y de treinta y seis meses para pago en parcialidades, siempre que los contribuyentes presenten el formato que para tal efecto establezca el Servicio de Administración Tributaria y paguen el 20% del monto total del crédito fiscal al momento de la solicitud de autorización del pago a plazos.

Facultad que si bien es cierto no es para ejercerse o aplicarse en forma caprichosa o arbitraria, dado que la autoridad para tal efecto debe ajustarse a la ley y a la lógica (fundamentación y motivación), y desde luego está sujeta a control constitucional, también lo es que el hecho de que el particular satisfaga los requisitos previstos en la hipótesis legal, no es suficiente para que la autoridad forzosamente deba aplicar la consecuencia, ya que esta queda a su discreción, naturalmente expresada en forma fundada y motivada.

También debe invocarse para advertir las facultades discrecionales de las autoridades administrativas o fiscales, el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, que establece la obligación del personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias, de guardar absoluta reserva en lo conveniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellas relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación, con las limitaciones que dispone el propio numeral en cuanto a la aplicación de dicha reserva.

Y el artículo 74 del código tributario federal, prevé una facultad genérica en favor de la autoridad hacendaria consistente en la posibilidad de condonar hasta el 100% las multas por infracción a las disposiciones fiscales y aduaneras, inclusive las determinadas por el propio contribuyente, que hubiesen quedado firmes con base en la apreciación discrecional de las circunstancias particulares de cada caso y las causas que asignaron la imposición de la sanción, para lo cual el Servicio de Administración Tributaria establecerá mediante reglas de carácter general los

requisitos y supuestos por los cuales procederá la condonación, así como la forma y plazos para el pago de la parte no condonada.

Asimismo, establece que la solicitud de condonación de multas en los términos del citado numeral, no constituirá instancia y las resoluciones que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al respecto no podrán ser impugnadas por los medios de defensa que establece el Código Fiscal de la Federación.

VI. FACULTADES DISCRECIONALES DE APARIENCIA NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Hablar en ese tenor, bajo el criterio estrictamente personal del que suscribe, el más próximo ejemplo es el que atiende a la intención de dividir la Ciudad de México en regiones para vender la gasolina en tarifas distintas o a precios diferenciados, cuya determinación fue emitida por la Comisión Reguladora de Energía; inclusive, la decisión de la Federación de cobrar distintas tarifas por la gasolina en el país fue discrecional y sin bases para generar condiciones de equidad.

Aquí cabe señalar que en el caso de la Megalópolis se argumentó que el cobro por traslado de combustible se debe a la complejidad en la transportación, porque no se tiene la infraestructura adecuada.

Al respecto, mucho se ha dicho de que no hay razones para subir el precio de la gasolina, inclusive, si bien el precio del petróleo ha aumentado y el tipo de cambio se ha recuperado en los últimos meses, podría pensarse que el aumento a las gasolinas debería ser marginal o incluso bajar. Todo esto sin mayor comentario queda a la reflexión de usted estimado lector.

Diverso caso mucho más trascendente atañe al secreto fiscal y discrecionalidad del Servicio de Administración Tributaria para condonar créditos fiscales, de lo cual cabe preguntarse qué tan grave o delicado es la facultad de mérito frente a la discrecionalidad que ha ejercido dicho órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para favorecer a empresas importantes con perdones fiscales, como lo ha mencionado Eduardo Revilla,¹⁶ profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Entretanto aludió a que se abrió la caja de pandora en materia fiscal, con la revelación de una lista de contribuyentes a los que se condonó deudas millonarias, la cual forma parte de una investigación realizada por la organización no gubernamental Fundar, titulada “privilegios fiscales, beneficios inexplicables para unos cuantos”.

Mencionó el referido catedrático y abogado que hay quienes se oponen al secreto fiscal, es decir, a que el fisco revele los detalles de las condonaciones fiscales, por ejemplo, montos o nombres de quienes recibieron el beneficio, argumentando, principalmente, que la reserva de información puede dar cabida a la discrecionalidad. Otros defienden el secreto fiscal porque de dar publicidad a lo anterior podría dar pie a la competencia desleal, hágame usted el favor, como coloquialmente se dice.

Empero, la mayoría coincide en que el secreto fiscal establecido en el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, no es claro respecto a en qué casos se puede aplicar y en cuáles no, pues organizaciones como Fundar y México Evalúa argumentaron que el Servicio de Administración Tributaria debe hacer públicos los nombres y montos, así como los motivos por los cuales se realizó una condonación de impuestos para evitar que el beneficio se asigne discrecionalmente y para generar credibilidad.

¹⁶ Revilla, Eduardo, *Secreto fiscal y discrecionalidad del SAT para condonar impuestos divide opinión de expertos*, publicación de 3 de octubre de 2016, por Arena Pública, ver en: <http://arenapublica.com.articulo/2016/10/03/5157>.

Respecto de lo cual, siguió diciendo, el argumento del Servicio de Administración Tributaria para no publicar esta información se debe a un tecnicismo, pues lo que dicen es que la multa existía hasta ese momento y que es un crédito fiscal que no es parte de las obligaciones de transparencia y que están en la ley general.

Cabe recordar que en dos mil trece, el Congreso impulsó un programa masivo de condonaciones que se denominó "Ponte al corriente", aunque hubo voces de que el problema es que no existen criterios generales que acoten cuando se pueden ejecutar los programas de condonación deberían implementarse estos programas con una justificación más allá de dos o tres párrafos de un decreto, porque para que el programa fuera posible los legisladores añadieron un artículo tercero transitorio a la Ley de Ingresos de la Federación, con un análisis serio en términos de política pública y además que esos programas no beneficien de manera continua a los contribuyentes.

Ponte al corriente, según tenía por objetivo condonar principalmente multas por incumplimiento de obligaciones fiscales del ejercicio dos mil trece y anteriores. El programa recaudó 40,335 millones de pesos brutos y condonó 166,479 millones de pesos. En ese año el Servicio de Administración Tributaria fue ampliamente criticado porque entre los condonados figuraron empresas como Televisa con 3,334 millones de pesos, señaló la investigación de Fundar; de ahí lo conveniente para algunos dichas facultades discrecionales y su falta de control.

VII. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL ADMINISTRATIVA

Se considera que la discrecionalidad administrativa tiene como límite el principio de legalidad, porque sin lugar a dudas una de las características del Estado de derecho es la sujeción de la administración a los controles jurisdiccionales que supone la posibilidad de encontrar un referente que establece el lindero de licitud o regularidad de la actuación pública.

En el derecho comparado se han presentado diversas opciones, para un sistema de corte contencioso administrativo se ha caminado en la dirección de que el juez adquiera plena jurisdicción de la cual no hay espacios exentos a su control. La influencia nos llega en la ruta de España a nuestros tribunales contenciosos administrativos, al menos a nivel federal, con la instauración hace algunos años de la plena jurisdicción al ahora Tribunal Federal de Justicia Administrativa; justamente al inicio de este milenio y refrendando dieciséis años después con las reformas publicadas en agosto de dos mil dieciséis.

Por consiguiente, en el plano jurisdiccional se dice que aunque las autoridades administrativas cuenten con libertad de apreciación que la ley otorga para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, su ejercicio implica necesariamente la posibilidad de optar o elegir entre dos o más decisiones, o bien, que cuentan con espacios propiamente discrecionales, de apreciación, sea de los hechos determinantes o de las consecuencias o efectos jurídicos.

Lo cual no permite la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permitiendo que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.

Lo anterior implica que las autoridades administrativas aun con facultades discrecionales, pueden ser censuradas por un órgano jurisdiccional, cuando se ejercen en forma arbitraria o caprichosa, no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica.

En consecuencia, las autoridades administrativas aun tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, deben observar las normas legales de competencia y forma, así como realizar el

acto según el fin de la ley, sin que les sea dable apartarse de los motivos justificantes de su decisión, ni falsear los datos o hechos que invoque, mucho menos concluir razonamientos ilógicos, o contrarios al fin último y al interés esencial de su actuación, lo cual se encuentra enmarcado por la necesidad de fundar y motivar su decisión, lo que se corrobora con el criterio que ha sostenido el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, mismo que ha sido ratificado por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, de que no solo las facultades regladas deben ser legales, sino que también lo deben ser las discrecionales.

A lo largo de su quehacer jurisdiccional, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa¹⁷ ha distinguido entre facultad discrecional y facultad reglada, cuando las facultades o poderes de que se encuentra investido el órgano administrativo se encuentran establecidos en la ley, no solo señalando la autoridad competente para obrar, sino también su obligación de obrar y cómo debe hacerlo, en forma que no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del funcionario sobre las circunstancias del acto, se está en presencia de facultades o poderes totalmente reglados, vinculado su ejercicio por completo a la ley.

VIII. CONCLUSIONES

Es válido que ante el sometimiento a las normas de derecho, por parte de los órganos del Estado, como obligación de todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y las atribuciones que la ley les confiere, no obstante que sus facultades se encuentren investidas de discrecionalidad para elegir entre varias posibilidades el sentido de su actuar, tener como límite el principio de legalidad con relación a la sujeción de la administración a los controles jurisdiccionales, tales como el juicio de amparo y el juicio contencioso administrativo ya sea federal o local, que suponen la posibilidad de encontrar un referente de licitud o regularidad de la actuación pública.

Por lo que, en ejercicio de facultades discrecionales, la administración debe observar las normas legales de competencia y forma, así como realizar el acto según el fin de la ley, sin que le sea dable apartarse de los motivos justificantes de su decisión, ni falsear los datos o hechos que invoque, mucho menos concluir razonamientos ilógicos, o contrarios al fin último y al interés esencial de su actuación. Así pues, la autoridad que realiza un acto administrativo, en ejercicio más o menos amplio de facultades discrecionales, no está liberada de la obligación constitucional de fundar y motivar su actuación.

También debe ponderarse como en otras legislaciones de América Latina (Cuba), donde mucho se ha dicho que la potestad discrecional de la administración, estrictamente considerada, no es susceptible de control jurisdiccional, pero el acto que la contiene sí es revisable por esa vía con respecto a los elementos reglados que todo acto administrativo debe observar, en consecuencia, la procedencia o no de la pretensión que contra él se dirija es una cuestión de fondo a examinar en la sentencia.

Finalmente en nuestro México, los tribunales federales, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cada caso concreto deben hacer un replanteamiento de los criterios que se han sostenido y permanecido en el campo jurídico, los que incluso hasta hoy, ciertamente, limitan la revisión judicial de los actos administrativos donde se ejercen facultades discrecionales, a fin de adecuar la realidad a las concepciones actuales del derecho administrativo, a fin de arribar a la plena realización del derecho y la justicia social.

IX. REFERENCIAS

¹⁷ En la tesis número II-J-165, del Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, del rubro: “**FACULTADES REGLADAS Y FACULTADES DISCRECIONALES. SU DISTINCIÓN.**”, publicada en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación número 42, año V, segunda época del mes de junio de 1983, p. 871.

Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 7ª. Ed., Porrúa, México, 1986.

Cea Egaña, José Luis, *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, 1984.

De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1994.

Marcheco Acuña Benjamín, *El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba*, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 39, núm. 110, enero-junio, 2009, pp. 60-61.

Nava Negrete, Alfonso, *Ley y Administración*, en Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2ª Época, Año II, número 11, Marzo-Abril de 1980, México, Tribunal Fiscal de la Federación.

Revilla, Eduardo, *Secreto fiscal y discrecionalidad del SAT para condonar impuestos divide opinión de expertos*, publicación de 3 de octubre de 2016, por Arena Pública, <http://arenapublica.com.articulo/2016/10/03/5157>.

Roldán Xopa, José, *Control jurisdiccional y decisión administrativa*, en Lex. Difusión y análisis, número 96, Junio de 2003, 8avo. Aniversario.

Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Civitas.

Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de derecho administrativo, acto y autoridades administrativas*, editorial Porrúa y Universidad Anáhuac, México, 2015, pp. 169 y 170.

Sánchez Gutiérrez, José Humberto, *El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía*. Ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/24.pdf>

Santofimio, Jaime Orlando, *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994.

Villar palasi, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I*, Madrid 1977, Ed. Artigrafía.

Legislación consultada:

Código Fiscal de la Federación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Semanario Judicial de la Federación