

## CAPÍTULO VII

### CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

#### SUMARIO

I. <i>Acto, hecho, reglamento, contrato</i> .....	211
1. Conceptos clasificadores .....	211
2. Función administrativa .....	212
3. Actividad jurídica y no jurídica .....	212
4. Actos y hechos de la administración .....	212
4.1. Actos no jurídicos .....	215
4.2. Actos jurídicos.....	216
4.3. Hechos no jurídicos .....	216
4.4. Hechos jurídicos .....	217
5. Primera definición. ....	217
6. Actos y contratos administrativos.....	217
7. Segunda definición .....	218
8. Actos unilaterales generales e individuales .....	218
9. Tercera definición.....	219
II. <i>Facultades regladas y discrecionales de la administración</i> .....	220
10. Introducción.....	220
11. Criterio de distinción .....	221
12. Aspectos que comprende la regulación .....	222
12.1. Regulación directa .....	222
12.2. Regulación indirecta o inversa.....	224
12.3. Regulación residual .....	225
12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”)..	225
12.5. Conclusiones.....	227
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales.....	228

14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional..	228
15. Los limites a la actividad discrecional.....	230
15.1. Razonabilidad.....	231
15.2. Desviación de poder .....	232
15.3. Buena Fe .....	233
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional .....	233
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportu- nidad.....	234
18. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple .....	236

## Capítulo VII

### CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

#### *I. Acto, hecho, reglamento, contrato'*

##### *1. Conceptos clasificadores*

Las nociones de “acto administrativo,” “reglamento,” “contrato administrativo,” etc., cumplen meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; están desprovistas, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de reglamento o acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público, y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica.

Pero si bien la discusión acerca de cómo dar una definición de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto, ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar luego. La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad administrativa. En el proceso de lograr esa sistematización que producirá por resultado la definición buscada, podemos distinguir varios pasos.

<sup>1</sup> Ampliar en nuestra obra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979; comparar: DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961; STASSINOPOULOS, MICHEL D., *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954; FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929; LUCIFREDI, ROBERTO, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milán, 1941; RANELLETTI, DRESTE, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945; EISENMANN, CHARLES, *Droit Administratif approfondi*, París, 1957; NIGRO, *Le decisioni amministrativi*, Nápoles, 1953; PANTOJA BAUZA, ROLANDO E., *Concepto de acto administrativo*, Santiago de Chile, 1960; GUARTA, “El concepto de acto administrativo,” *REDA*, n° 7, p. 529 y ss.

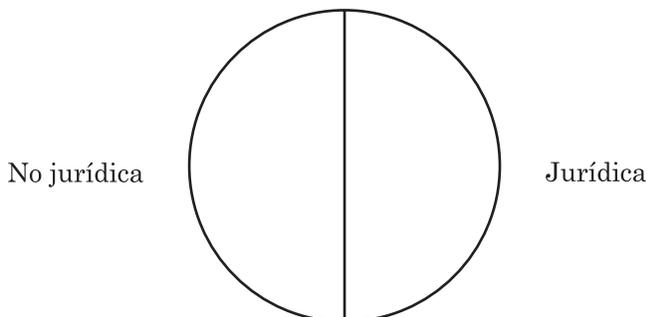
## 2. *Función administrativa*

El punto de partida reside en el concepto de función administrativa, que según se recordará comprende toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiere a sus funciones específicas: Para llegar a una definición de acto administrativo, en consecuencia, deberemos clasificar y sistematizar la realidad que nos presenta dicha función administrativa.

## 3. *Actividad jurídica y no jurídica*

La primera clasificación a efectuar es aquella que distingue entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración, o sea, actividad que produce o no efectos jurídicos directos; obviamente, la parte que nos va a interesar más intensamente a efectos de la investigación es la primera.

Distinguiremos entonces dentro de un círculo que representaría simbólicamente la función administrativa, las dos partes señaladas:



## 4. *Actos y hechos de la administración*

A continuación distinguiremos según que esa actividad o función administrativa, jurídica o no jurídica, se manifieste a través de actos o de hechos. Diremos que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así, y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los administrados a través de la palabra oral o

escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental, y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto: Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto "a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa ejecución. Así, la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva; la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc.

En cambio, la decisión *declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: La decisión de permitir pasar surgirá, pues, de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc.

De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí no más, como determinación, opinión o conocimiento: Que no se ejecuta al exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse; lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre *a*) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado, y *b*) la ejecución de esa decisión, por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.) no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: Tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde.

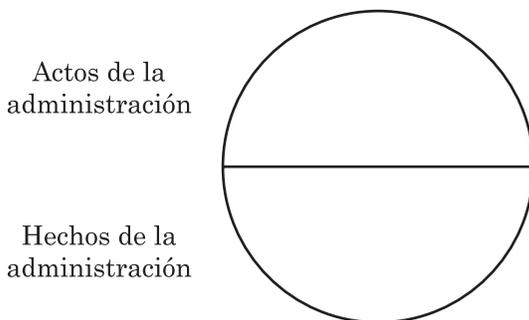
El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: Pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible

de dicho acto.) Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión es destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aún, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: En este último caso faltará el acto administrativo.

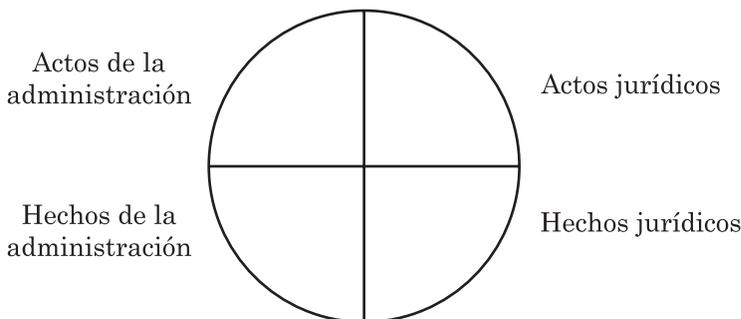
Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho: Y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: Orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

Otros ejemplos: Si un agente de policía me dice: “Queda usted detenido,” eso es un acto; si luego me toma del brazo y me lleva a la comisaría este es el hecho que ejecuta el acto anterior; si directamente me toma del brazo y me lleva a la comisaría, sin antes haberme transmitido aquella decisión de detención, entonces se tratará de un hecho administrativo. En este último caso, el hecho administrativo puede también seguir un acto con posterioridad: Al llegar a la comisaría, el comisario decide constituirme detenido, y así lo certifica por escrito: Esto es ahora un acto; cuando me llevan al calabozo, esto será otra vez un hecho administrativo. Si más tarde advierten que se trata de un error en la persona, y que debieran detener a otra persona de nombre parecido, podrán abrir la puerta del calabozo, y esto será un hecho; decirme: “Salga, está en libertad,” y ello será un acto: Devolverme mis objetos personales, y ello será un hecho. Finalmente cuando ante mi requerimiento se aplique una sanción administrativa a los agentes policiales que me detuvieron irregularmente, ello será un acto; el cumplimiento de la sanción un hecho.

Trasladando al gráfico la distinción tendríamos:



Con ello aparecen ya cuatro divisiones en la actividad administrativa: Los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos.



#### 4.1. Actos no jurídicos

También llamados *actos de la administración*. Se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos), en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc. Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: Los *informes* producidos por oficinas técnicas o no técnicas, en que se relatan hechos ocurridos y de conocimiento de la oficina, o se verifican hechos expresándose los resultados, o se realizan averiguaciones, informándose de ellas, etc.; los *dictámenes*, en los cuales el funcionario pertinente emite una opinión, juicio, consulta, etc., destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir. Los dictámenes forman parte de la actividad llamada “consultiva” de la administración, y se clasifican en dictámenes “facultativos” (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y “obligatorios” (que es debido requerirlos, como condición de validez del acto.) A su vez, los dictámenes obligatorios se subdividen en *vinculantes* (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), *semivinculantes* (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, pero no puede adoptarse la solución contraria a la recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo), y *no vinculantes* (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo.) Dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los *dictámenes jurídicos*, los cuales

son obligatorios, de acuerdo con el art. 7º, inc. *d*), *in fine*, del decreto-ley 19.549,<sup>2</sup> pero no vinculantes.

También cabe considerar dentro de los actos no productores de efectos jurídicos directos, todas las medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento: Pericias, declaraciones testimoniales, producción de pruebas documentales o instrumentales, tales como copias simples o certificadas, etc.

#### 4.2. *Actos jurídicos*

Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho: Veremos más adelante que pueden distinguirse según sea unilaterales o bilaterales, y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales. Podemos también adelantar ahora que igualmente pueden distinguirse en el caso de los actos unilaterales individuales, en actos “definitivos” o equiparables a ellos (“los que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado,” v. gr., una orden de archivo de las actuaciones, o una decisión que niega al particular el derecho de defenderse, o el acceso a las actuaciones, o a la defensa letrada, etc.) y en actos “interlocutorios” o “de mero trámite:” Estos últimos son actos que producen un efecto jurídico directo, pero sin decidir el fondo de la cuestión central planteada: Un pase, un traslado, una vista concedida parcialmente, una medida ordenando o denegando la producción de una prueba, un acto relativo a la forma de producción de determinada prueba, el pedido de un dictamen o informe, etc. La diferencia entre unos y otros reside en que los recursos administrativos utilizables contra ellos de acuerdo con el decreto 1.759/72, son distintos en el caso del acto administrativo que decide el fondo de la cuestión o paraliza el procedimiento, y en el caso del acto que decide una cuestión de trámite; a su vez, ambos se distinguen de los actos o medidas preparatorias en que estas últimas no son recurribles, mientras que los primeros sí lo son, sin perjuicio de la diversidad de recursos aplicables.

#### 4.3. *Hechos no jurídicos*

Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas. Así, el profesor da su clase de pie o sentado, o camina durante la misma, hace gráficos en el pizarrón o pasa diapositivas; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado; el ordenanza barre el aula, trae agua o

<sup>2</sup> “Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.” Otros aspectos pueden verse en WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, 1968.

café; el profesor trae expedientes administrativos a clase para que los vean los alumnos, etc.

#### 4.4. *Hechos jurídicos*

Son las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea él la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración: El agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente, comete un hecho antijurídico que lo hace responsable a él y a la administración; el funcionario que no obedece una orden judicial de pronto despacho ante un amparo por mora, incurre en responsabilidad; la posesión pacífica de una cosa, durante un determinado tiempo, hace nacer un derecho sobre ella; el agente que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo; el conductor de un vehículo oficial que con culpa o negligencia choca contra el vehículo de un tercero, incurre en igual responsabilidad patrimonial para sí y para el Estado, etc.

#### 5. *Primera definición*

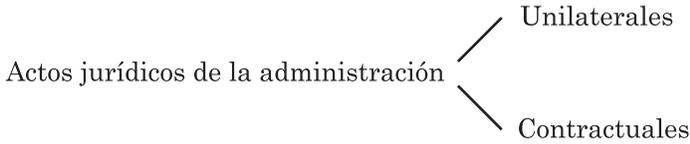
Con estos elementos podemos, si lo deseamos, dar una definición elemental de acto administrativo, diciendo que es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos.

Sin embargo, esta definición —aunque dogmáticamente correcta— peca de una deficiencia metodológica y práctica, cual es la de ser excesivamente amplia y vaga como para permitir una adecuada y precisa utilización técnica, y parecería necesario continuar todavía con la investigación.

#### 6. *Actos y contratos administrativos*

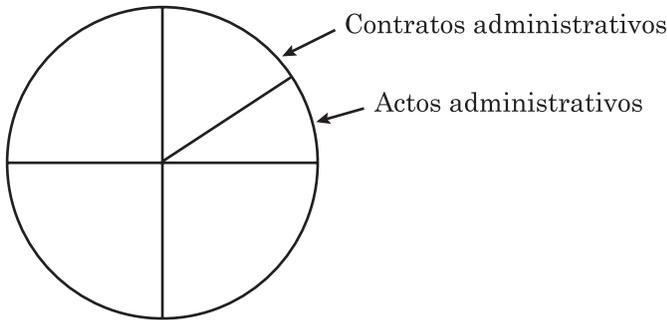
Puede entonces advertirse que dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos, existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos” y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: Ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo” y puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales.

En una palabra, distinguir dentro del género que serían los “actos jurídicos” de la administración, los unilaterales y los contractuales:



Y reservar el concepto de “actos administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.

En el gráfico, en consecuencia, distinguiríamos un nuevo segmento dentro de la actividad administrativa:



### 7. Segunda definición

Si nos damos por satisfechos con este estado de la investigación podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración *unilateral* realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa.

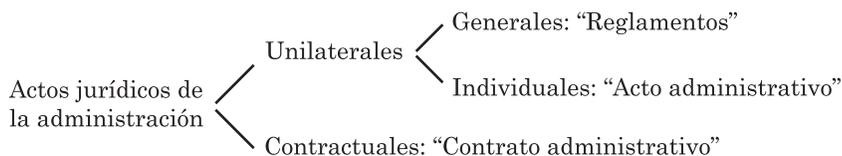
Sin embargo, pareciera también, a nuestro juicio, que ello es todavía prematuro.

### 8. Actos unilaterales generales e individuales

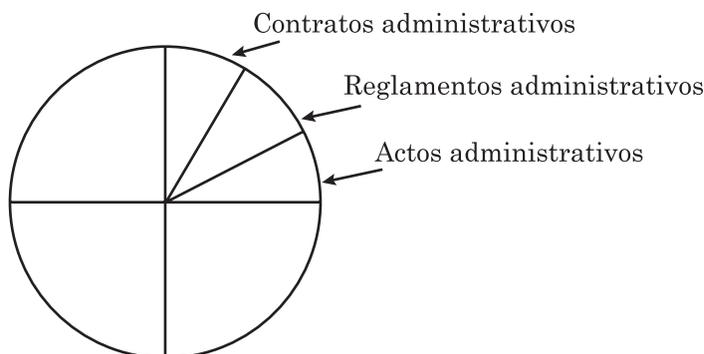
En efecto, incluso dentro de los actos unilaterales de la administración es dable encontrar una sensible diferencia entre aquellos que producen actos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o individuales (esto es, particulares, concretos: Para un solo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)

Al observar esta diferencia caemos inmediatamente en la cuenta de que los primeros no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración) y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su propia denominación específica y su propio régimen especial, que los diferencia de los demás actos de la administración. Siendo ello

así, es evidente que la metodología adecuada no puede ser en modo alguno la de superponer los conceptos de “acto administrativo” y “reglamento administrativo,” haciéndole perder precisión al primero: Debe por lo tanto darse a los reglamentos administrativos única y exclusivamente esa denominación, “reglamentos,” y reservarse el nombre de acto administrativo en sentido específico y técnico, sólo para los actos unilaterales.



y gráficamente:



### 9. Tercera definición

Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica, y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa.” Tal vez podría decirse que el término “acto administrativo” admite un doble uso: Amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración *unilateral e individual* que produzca tales efectos jurídicos.

No puede, por lo tanto, considerarse objeción válida a esta definición aquella que afirma que los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, para de allí querer sacar la conclusión de que deben integrarse en la noción de acto administrativo. Si bien la primera parte de esta afirmación es correcta, en cuanto los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, ello

no funda la siguiente conclusión, pues el no llamarlos “actos administrativos” en modo alguno se basa en quitarles el carácter de “administrativos,” según ya se dijo, sino simplemente en usar el término “acto administrativo” en un sentido más restringido, por razones didácticas y metodológicas. Podrá preferirse una u otra definición por estimársela más práctica y útil, pero no porque alguna de ellas deba ser necesariamente la única definición válida.

## *II. Facultades regladas y discrecionales de la administración*

### *10. Introducción*

El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o “intereses legítimos”) es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar de algún punto determinado de la materia (especialmente, el llamado “contencioso-administrativo.”)

Estos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello se hace indispensable su estudio e investigación en forma autónoma.

Estas nociones, además, tienen una finalidad ordenadora y metodizadora, al igual que la noción de acto administrativo. En efecto, la actividad administrativa puede ser clasificada de muy diversos modos, de acuerdo con las distintas formas jurídicas que pueda asumir; tales clasificaciones responden a diferentes finalidades, explicando una u otra de las particularidades del ejercicio de la unión administrativa; por ello no resultan necesariamente excluyentes las unas de las otras, sino que se superponen en gran medida. Podríamos decir que según sea el distinto ángulo con que se enfoque la actividad administrativa, así serán las formas jurídicas encontradas y, por lo tanto, las clasificaciones a que éstas darán lugar.

Las clasificaciones precedentes son fundamentales en el derecho administrativo, pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general. Todos los demás temas del derecho administrativo giran necesariamente al rededor de estas clasificaciones, y deben recurrir a ellas para solucionar más de una cuestión decisiva. Ellas cumplen una función ordenadora y metodizadora dentro del derecho administrativo, y son una suerte de columna vertebral, un nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia.

En resumen, estas dos clasificaciones consideran un distinto aspecto o momento de la actividad administrativa, y por ello será perfectamente posible expresar que en un caso la administración ha ejercido una atribución reglada, o discrecional, que al ejercerla ha afectado un derecho subjetivo, o un interés legítimo, o un interés simple; que a tal efecto ha dictado un acto, o un contrato, o un reglamento administrativo, o que ha realizado un simple hecho, etc. Ninguna de

estas nociones es determinante de que concretamente se dicte uno u otro tipo de acto o hecho (acto administrativo, reglamento, contrato; hecho administrativo); la primera tiene, sin embargo, íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo, según veremos.

### 11. *Criterio de distinción*<sup>3</sup>

Las facultades de un órgano administrativo están *regladas* cuando *una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir*, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán, en cambio, *discrecionales* cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley —en sentido lato: Constitución, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.<sup>4</sup>

En el primer caso, *la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo*, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

En este caso la actividad administrativa está *reglada*: El orden jurídico *dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión*; el administrador no tiene elección posible: Su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Ampliar y comparar: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires, 1948; VENEZIA, JEAN-CLAUDE, *Le pouvoir discrétionnaire*, París, 1959; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1963, p. 213 y ss.; HAMSON, C. F., *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1958; EHMKE, HORST, "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo," *Revista de administración pública*, Madrid, 1962, n° 38, p. 159 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 78 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 381 y ss.

<sup>4</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

<sup>5</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. 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.

Se trata entonces de la correspondencia entre el *objeto del acto*<sup>6</sup> y las *circunstancias de hecho exteriores a él*; en un caso se precisan —facultades regladas— cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro —facultades discrecionales— no: El acto puede darse libremente ante cualquier situación de hecho;<sup>7</sup> expresado de otra forma, en un caso se determina un solo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho, y en el otro puede con cierta amplitud elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.<sup>8</sup>

## 12. Aspectos que comprende la regulación

Esa predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas puede realizarse de distintas maneras:

### 12.1. Regulación directa

La ley siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita, la *competencia*<sup>9</sup> que tienen los órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad; ese es un primer e importante grupo de casos de *regulación* de la actividad administrativa.

Un ejemplo de regulación directa de la competencia lo encontramos en el art. 7º, inc. a), del decreto-ley 19.549, de acuerdo con el cual el acto debe “ser dictado por autoridad competente,” el cual se complementa con el art. 3º del mismo texto, que establece que la competencia será la que resulta según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos que se dicten, pudiendo también surgir de delegación o sustitución expresamente autorizada por una norma concreta.

El mismo decreto-ley regula la *forma* del acto, cuando dice en su art. 8º que “El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito... sólo por excepción... podrá utilizarse una forma distinta,” y en su art. 7º inc. e), que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a

<sup>6</sup> Aquello que el acto decide, certifica u opina con efectos jurídicos directos e inmediatos.

<sup>7</sup> Siempre, claro está, que tenga verdaderamente una situación de hecho que lo justifique, y la apreciación sea razonable, proporcionada, etc.

<sup>8</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 214.

<sup>9</sup> Ampliar *infra*, cap. VIII, punto III.

emitir el acto,” en particular “los hechos y antecedentes que le sirven de causa” (inc. *b*) y “el derecho aplicable.”

También el *procedimiento* previo a la emanación del acto se halla reglado en diversos aspectos, exigiéndose el dictamen jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7º, inc. *e*), y el cumplimiento de los procedimientos y trámites esenciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Entre los procedimientos esenciales previstos expresamente, y que el administrador está por lo tanto obligado a cumplir, en virtud de una facultad reglada, está el permitir y facilitar a los interesados que ejerzan el “derecho a ser oído,” “derecho a ofrecer y producir pruebas”<sup>10</sup> y “derecho a una decisión fundada,” o sea, “que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas” (art. 1º, inc. *f*), apartados 1º, 2º y 3º.)

Una cuarta regulación directa de la actividad administrativa se encuentra en relación al objeto del acto; por ejemplo, en la prohibición del objeto del acto (la así llamada “violación de la ley”); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.<sup>11</sup>

En este sentido dice el decreto-ley 19.549, art. 7º, inc. *c*), que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas:” Acá se observa que existe regulación en la medida en que existiendo “cuestiones propuestas” o cuestiones que deben ser decididas o están planteadas en el expediente, tenemos las *circunstancias de hecho* a las cuales debe corresponder el objeto del acto. La correspondencia exigida “por la norma en este caso es que esas cuestiones planteadas sean resueltas por el objeto del acto: Si la decisión no resuelve entonces las cuestiones propuestas, el acto transgrede la regulación normativa existente.

También con referencia al *objeto*, puede ocurrir que la ley sólo autorice el objeto para ciertas *circunstancias de hecho*; allí se trata de un caso de actividad *reglada* en relación al objeto que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto.<sup>12</sup> Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación del

<sup>10</sup> Ampliar en *Tratado*, t. 2, cap. XVII, § 13.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el decreto-ley 19.549 autoriza en su art. 17º primera parte, que la administración revoque el acto irregular, o sea viciado de nulidad; pero en la segunda parte limita esta facultad y prohíbe la revocación “si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento,” incluso aunque el acto fuere irregular; del mismo modo, el art. 9º, inc. *b*), prohíbe a la administración poner en ejecución un acto estando pendiente “algún recurso administrativo de los que... impliquen la suspensión de aquél.”

<sup>12</sup> En este segundo caso el acto es también inválido, pero por violar una limitación a la discrecionalidad. La invocación de “hechos antecedentes inexistentes o falsos,” es prevista como causal

objeto; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*<sup>13</sup> y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada en cuanto al objeto. (Está, sí, reglada en cuanto a la forma.)

En todos estos casos (competencia, forma, procedimiento, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

Otros ejemplos de regulación directa de la actividad administrativa encontramos en las leyes de ministerios, de contabilidad, de obras públicas, de expropiaciones, estatutos del personal civil de la administración pública, normas sobre contratos de suministros, etc.

### 12.2. Regulación indirecta o inversa

En un gran número de situaciones la ley no reglamenta la forma en que la *administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales los *administrados no pueden ser molestados* por la administración. Llamar a esto “límite de las facultades discrecionales” es erróneo, ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: Su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros designamos a esto como *regulación indirecta o inversa*, o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

Por ejemplo, si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública, y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: Puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un administrado (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes. La regulación *indirecta* es, pues, en general, la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.<sup>14</sup>

de nulidad por el art. 14, inc. a) del decreto-ley 19.549. Si, en cambio, se invocan hechos ciertos, no se transgrede este aspecto de la limitación.

<sup>13</sup> Así lo exige el art. 7º, inc. e) del decreto-ley 19.549, que acertadamente establece esta obligación tanto para los actos reglados como discrecionales.

<sup>14</sup> Con todo, cabe señalar también que a veces la ley civil, comercial, etc., contiene *previsiones de derecho administrativo que regulan directa y no indirectamente la actividad administrativa*. Así, por ejemplo, el decreto-ley 19.550 de sociedades comerciales establece en su art. 302 ciertas atribuciones que la autoridad administrativa de contralor de las sociedades puede ejercer, y regula las sanciones que puede aplicar (apercibimiento, apercibimiento con publicación, multas a la sociedad,

### 12.3. *Regulación residual*

Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos<sup>15</sup> de la administración y los administrados.

La Constitución argentina y en forma similar otras constituciones americanas,<sup>16</sup> dispone en su art. 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio;” ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia* de los derechos subjetivos que ella concede. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta todavía esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.<sup>17</sup>

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado o violado la esencia del derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende considerablemente: Pero eso no es condición de la discrecionalidad, sino de ciertas actitudes judiciales.

### 12.4. *Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”)*

Por fin, la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas —indiscutibles e indiscutidas, por lo general— y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista

sus directores y síndicos); también el art. 299, al determinar los casos en que es de aplicación la “fiscalización estatal permanente,” regula en forma directa la actividad administrativa, ya que tal fiscalización no podrá extenderse a otras entidades no comprendidas en la enumeración; por fin, el art. 301 del mismo decreto-ley 19.550 prevé una facultad discrecional de la administración, al autorizar funciones de vigilancia sobre sociedades no comprendidas en el art. 99. “cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.” Disposiciones similares pueden encontrarse en la ley de bancos (18.061), de bolsas y mercado de valores (17.811), de seguros (17.418), metrología (19.511), quiebras (según la modificación de la ley 18.832), concursos (19.551, arts. 311 y 312); en todos estos casos se trata de disposiciones aisladas que contemplan en forma *directa* conductas regladas o discrecionales de la administración: Al margen de esas normas de regulación directa, pues, el todo de la legislación opera como una regulación indirecta en cuanto fija derechos de los particulares, que éstos tienen también frente a la administración en los casos ocurrentes.

<sup>15</sup> Ampliar en *Tratado*, t. 2, cap. XV.

<sup>16</sup> Así, Bolivia, art. 28; Brasil, art. 141, inc. 4°; Costa Rica, art. 17; Cuba, art. 40; Ecuador, art. 163; El Salvador, art. 221; Guatemala, art. 50; Honduras, art. 82; Nicaragua, art. 285; comparar las constituciones de Estados Unidos de Norteamérica, enmienda I; Haití, art. 31; México, art. 107, inc. IX; Uruguay, art. 332.

<sup>17</sup> Ejemplo: En el caso de un concesionario de servicios públicos, si la ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario, los derechos de éste no se hallarán reglados en este punto, por lo que, faltando tanto la regulación directa como la inversa, la administración tendría la facultad discrecional de aplicar multas y penalidades. Pero cuando éstas afecten la esencia del derecho de propiedad del concesionario, el acto es ilegítimo y violará su derecho subjetivo.

de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitablemente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda, y los mismos técnicos, no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

Es interesante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución en el presente siglo. Antiguamente se decía que la administración tenía una “discrecionalidad técnica,” esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irreversibles los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones. Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: Si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, *cierta*, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa “discrecionalidad” (no sumisión a normas), sino que corresponde, por el contrario, hablar de “regulación” (sujeción a normas, en el caso técnicas.) En suma, la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad. Si bien podría tal vez afirmarse que no habiendo reglas normativas a que sujetarse, se trataría de una actividad “discrecional,” no empleamos ya esta terminología, y consideramos que se trata de un caso de actividad reglada.<sup>18</sup> De todos modos, la doctrina moderna ya admite, según dijimos, que no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; afirma ALESSI en este sentido, que si la discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma... es errado hablar de una discrecionalidad *meramente técnica*, ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables:... cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas, y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas...,”<sup>19</sup> en sentido similar señala DIEZ que “La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo, ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es

<sup>18</sup> Es evidente que en rigor de verdad la regulación técnica, incluso aunque no sea incluida como facultad reglada, no participa de todos modos de los caracteres de los demás límites a la discrecionalidad; se diferencia de éstos en que ella también es un “límite concreto,” y no un “límite elástico,” con su consecuencia de que podrá dar origen a derechos subjetivos, etc.

<sup>19</sup> ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 430.

natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”<sup>20</sup>

### 12.5. Conclusiones

Podemos así hacer un quintuple planteo de las facultades regladas, diciendo que ellas se presentan, y, por lo tanto, falta la discrecionalidad:

1°) Respecto a la *competencia*, y generalmente también respecto al *procedimiento, formas o formalidades* (primera forma de regulación directa);

2°) respecto a los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto (segunda forma de regulación directa);

3°) cuando se violan las reglas de la técnica;

4°) respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho del *particular* a su propia actividad o conducta libre (regulación inversa de la actividad administrativa);

5°) respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado (regulación residual.)

Este planteo es, a nuestro juicio, el correcto.

Sin embargo, hemos visto que la actitud ocasionalmente adoptada por la doctrina, es mencionar dentro de las “facultades regladas” únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa*.

En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador*, dentro de las facultades regladas, se mencionan allí solamente a aquéllos que surjan de una ley “administrativa,” esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Se dice que cuando una ley que no contempla directamente a la actividad administrativa, establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una “limitación a la actividad discrecional de la administración.”

Pero, a nuestro juicio, ese tipo de terminología, aunque eventualmente pueda resultar más didáctico o más claro —cosa que dudamos también— implica de todos un falseamiento de la realidad, al resistirse a llamar “reglado” lo que en verdad está predeterminado por el orden jurídico, sea de un modo o de otro. Por ello mantendremos el criterio enunciado, llamando “regulación directa” a los dos primeros tipos recordados de facultad reglada, y “regulación indirecta” a los casos que consideramos bajo los números 3° a 5°.

<sup>20</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, 1ª ed., pp. 113 y 114.

### 13. *La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales*

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto,<sup>21</sup> pues la ley ha entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— *una condición de su legalidad*.<sup>22</sup>

### 14. *Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional*

Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día *todo* acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional.<sup>23</sup> En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: Siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.<sup>24</sup> Lo mismo ocurre a la inversa: Jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer

<sup>21</sup> Salvo que haya violación a los límites de las facultades discrecionales: Irrazonabilidad, falta de causa, desproporcionalidad, desviación de poder, etc.

<sup>22</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>23</sup> En realidad, no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que al efecto se ha ejercido. Como expresa DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 214, “Se ha tornado banal repetir de acuerdo a HAURIUO que no existen actos discrecionales, sino solamente un *cierto poder discrecional* de las autoridades administrativas. Esta precisión es una alusión a una categoría de actos hoy desaparecidas cuya noción era en realidad muy diferente de aquélla de poder discrecional. Se llamaban *actos discrecionales (o de pura administración)* a ciertos actos respecto de los cuales ninguna crítica de legalidad parecía concebible y que escapaban así por su naturaleza a todo control... Para desechar, en el vocabulario jurídico, toda resonancia... de la palabra «discrecional» la doctrina jurídica de los actuales Estados socialistas emplea más a gusto la expresión «libertad operacional de actuación de la administración».” (*Op. cit.*, p. 215.) La referencia a la mutación terminológica que propone STAINOV en Bulgaria es oportuna, pues muestra cómo la técnica jurídica del derecho administrativo no se altera en sus formas necesariamente —el cambio de denominación no es en realidad un cambio— por la existencia de uno u otro sistema social o económico, sin perjuicio de que se modifique el contexto y el contenido. La afirmación dogmática de un poder absoluto del Estado altera, sí, la estructura básica del derecho administrativo.

<sup>24</sup> So pena de pretender reducir la administración a una “no-mocracia,” a un supuesto “simple juego automático de normas.” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 383.

absolutamente cualquier cosa,<sup>25</sup> sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción. Como dice WALINE, la administración “dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales.”<sup>26</sup> Toda actividad administrativa, en el ejemplo ya visto, está *reglada* en cuanto a la *competencia*. (Es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar un órgano: Cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.)

El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos<sup>27</sup> dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional, pero dado que todo tiene una porción reglada, expresa o virtualmente* (la competencia, por ejemplo), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El “acto discrecional,” como acto irrevisible, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisible ni que sea totalmente discrecional: Sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos, y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisible por tener algún contenido discrecional: Sólo en esa parte discrecional puede serlo.

Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de “actos reglados” o “actos discrecionales,” sino en todo caso, respectivamente, de “actos dictados en el ejercicio de facultades regladas” o “discrecionales,” en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concebida —esa parte— en función de normas que la determinaban necesariamente, o, por el contrario, en virtud del arbitrio del funcionario. En

<sup>25</sup> Cuando quiera, como quiera, donde quiera, etc. Es el mismo problema que se plantean algunos autores cuando analizan si pueden existir derechos subjetivos de los individuos, frente a un Estado que concentre una mayor dosis de poder: “Mientras un sistema positivo no puede ser reducido a la fórmula *prohibido todo*, la subjetividad será un dato insoslayable y en esa medida la definición del derecho subjetivo como categoría mantendrá su significación dentro del esquema propuesto.” Ver LAQUIS, MANUEL A.; SIPERMAN, ARNOLDO; GROISMAN, ENRIQUE, y otros: “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1972, n° 4, p. 221 y ss., p. 259. De igual manera, la distinción entre facultad reglada y discrecional mantiene su validez y su utilidad en cualquier sistema positivo, sin perjuicio de que en uno u otro sistema podrá haber mayor discrecionalidad o mayor regulación; racionalmente no habrá, en cambio, discrecionalidad absoluta ni regulación absoluta.

<sup>26</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>27</sup> Buenos Aires, art. 29; Córdoba, art. 3°; Salta, art. 27; San Luis, art. 4°; Santiago del Estero, art. 3°; Santa Fe, art. 12; La Rioja, art. 14. En igual sentido la jurisprudencia francesa *del siglo pasado*; ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 215-218. Entre los códigos llamados contencioso-administrativos más modernos, que admiten la revisión de la parte discrecional del acto en cuanto a su legitimidad, véase Corrientes, art. 4°.

suma: Sólo con respecto a aspectos concretos de la actividad de un órgano y específicamente a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse en rigor de verdad de “regulación” o “discrecionalidad,” según se presente el caso: Y la distinción nos servirá para saber si el funcionario está *obligado* a hacer algo en particular, sin poder emplear su propio criterio acerca de qué es más conveniente, o mejor, y por ende, sin poder apartarse de lo que las normas le indican, o si en cambio puede utilizar su juicio y elegir entre más de un camino o medio de acción.

En el primer caso, si el órgano se aparta de lo que determina la norma, su conducta será sólo con ello ilegítima y podrá ser anulada; en el segundo caso, su conducta es en principio legítima cualquiera sea la decisión que adopte, pero puede no llegar a serlo si se transgrede alguno de los llamados “límites a las facultades discrecionales,” a que nos referimos a continuación.

### 15. *Los límites a la actividad discrecional*<sup>28</sup>

En verdad, la total irrevisibilidad de la actividad administrativa no puede lógicamente presentarse, porque existen a su vez ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, y el juez, para determinar si esos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar también la parte discrecional del acto. En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico, y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, indeterminadas,<sup>29</sup> imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.

Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: La razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), y la buena fe.

<sup>28</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., p. 24 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas,” separata de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1966, n° 2, p. 9 y ss.; 27 y ss.; RODRIGUES QREIRÓ, ALFONSO, *Estudos de direito administrativo*, t. I, Coimbra, p. 7 y ss.; del mismo autor, “A teoría do «desvíio de poder» em direito administrativo,” *Boletín da Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1942, suplemente al volumen XVI, p. 41 y ss.

<sup>29</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha....*, op. cit., p. 33 y ss.; SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

### 15.1. *Razonabilidad*

La decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: *a)* No dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o *b)* no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o *c)* no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.<sup>30</sup>

Estos principios, además de ser de índole constitucional, han sido consagrados por el decreto-ley 19.549, que en su art. 7°, incs. *b)* y *e)* exige simultáneamente que el acto tenga lo que se llama “causa” o “motivos” (de hecho y derecho), y “motivación” o explicitación de aquella causa o motivo.<sup>31</sup> El inc. *b)* exige así que el acto “Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable,” y el inc. *d)* determina que el acto “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. *b)* del presente artículo.” Aparece así doblemente consagrada la necesidad de una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la mera invocación de normas jurídicas que supuestamente fundamentan el acto, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan), y la necesidad tanto de que el acto explicite los

<sup>30</sup> Ampliar *infra*, cap. VIII y en LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.* Es lo que también se llama el “control de los hechos determinantes;” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pp. 397-400.

<sup>31</sup> La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes previos que enuncian el porqué —de hecho y de derecho— del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado. La causa del acto, en cuanto hechos y derecho que lo sustentan, puede estar *mencionada* en el acto, si se cumple con la ley en este aspecto, o puede estar igualmente fuera del acto sin haber sido tampoco mencionada; en cuanto hechos y antecedentes que justifican el acto, por supuesto, la “causa” es siempre externa al acto, y ha de hallarse en las constancias del expediente, si son ciertas, o en la realidad que rodea a toda la situación de que se trata: Nunca en el acto mismo. La falsa causa o falta de causa puede probarse por todos los medios probatorios (prueba testimonial, pericial, documental, de informes, de informaciones, de confesión, prueba ocular, táctil, etc.; prueba de *fotografías*, rayos X, *grabaciones*, *actas notariales*, etc.), mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (insuficiente o ausente explicación de la causa) es un vicio autónomo, que resulta de la mera lectura del acto, en sus “vistos” y “considerandos.” La segundo es no haberse dicho, o haberse dicho mal, los hechos y derechos que se cree sustentan el acto; lo primero es que no haya hecho o derecho que sustenten suficientemente el acto, con independencia de que se los haya mencionado o no. Claro está, si el acto no cumple siquiera con el requisito de *explicitar* los hechos que lo sustentan, cabrá presumir razonablemente, a falta de prueba en contrario producida por la administración, que el acto no tiene tampoco hechos y antecedentes que lo sustenten adecuadamente: De haberlos tenido, lo hubiera explicitado. Ampliar en RIVALTA, MARÍA, *La motivazioni degli atti amministrativi*, Milán, 1960, p. 41 y ss.; FAZIO, GIUSEPPE, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, 1966, p. 27 y ss.; DE LA VALLINA VELARDE, JUAN LUIS; *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1967, p. 27 y ss.

fundamentos fácticos que llevan a su dictado, como, asimismo, que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, esto es, apoyado, basado, “en los hechos y antecedentes que le sirven de causa.” El acto está viciado tanto si los hechos invocados son “inexistentes o falsos” (art. 14, inc. *a*), o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta (“falta de causa,” según el art. 14, inc. *b*).

De igual modo, el art. 7º, inc. *f*) *in fine*, consagra la necesidad de que “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad,” refiriéndose a la finalidad “que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes.” La proporcionalidad entre *a*) el fin de la ley y el fin del acto; *b*) el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla; *c*) las circunstancias de hecho que dan causa al acto, y las *medidas o el fin* que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal.

No estará de más advertir, por último, que si bien aparecen ahora estos principios de manera expresa en la ley, no por ello forman parte de la actividad reglada de la administración, sino que siguen siendo límites jurídicos a la discrecionalidad; ello se explica porque tales normas no predeterminan, según el concepto de facultad reglada, una conducta *concreta* que el administrador debe seguir, sino que señalan tan sólo un criterio elástico o impreciso, que será de aplicación según como sean los hechos y circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con la apreciación del órgano de control o del juez posteriormente.

### 15.2. *Desviación de poder*<sup>32</sup>

La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con “desviación de poder,” sea: *a*) Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); *b*) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: Si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será *desviado*, y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales.)

La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal, y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.) Al presente, ella se encuentra además consagrada en el art. 7º, inc. *f*), del decreto-ley 19.549, que expresa que “Habrá de cumplirse

<sup>32</sup> Ver, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, “Renovación entorno a la desviación de poder como instrumento de control,” *REDA*, n° 2, p. 303.

la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, *sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados*, distintos de los que justifiquen el acto, su causa y objeto.” Así la ley pertinente tendrá ciertas finalidades que, apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y lo que en él se decide (el objeto del acto), sólo pueden dar lugar a determinadas finalidades admisibles en el funcionario: La prosecución encubierta —o peor aún, desembozada— de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una transgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.

La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió;<sup>33</sup> pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través, por ejemplo, de su motivación, que adolece de este vicio: Mas normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso.

### 15.3. Buena fe<sup>34</sup>

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o a error a un administrado; tal tipo de conducta es, por cierto, incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa, y es también ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional.

### 16. Comparación entre legitimidad y oportunidad, y actividad reglada y discrecional

Es fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional;” es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal, y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el

<sup>33</sup> En el caso de la desviación de poder, desde luego, el problema probatorio se agudiza, y torna real la asimilación que a veces se hace procesalmente entre *verdad* y *prueba*. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 395.

<sup>34</sup> Ver PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977; WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977.

control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella.<sup>35</sup> Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control administrativo de legitimidad: a) Los que hemos llamado “límites elásticos:” Razonabilidad, desviación de poder, buena fe y, eventualmente, la equidad;<sup>36</sup> b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación,<sup>37</sup> etc.

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada,” y que “oportunidad” es un concepto más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control administrativo de “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales.

Todo ello puede resumirse en el cuadro que se incluye en la página siguiente.

### 17. *La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad*

Los conceptos enunciados tienen distintas aplicaciones; así, por ejemplo, ya vimos que el Poder Judicial puede revisar el ejercicio de las facultades regladas, y también si se han transgredido o no los límites a las facultades discrecionales, salvo que haya una norma legal que lo excluya:<sup>38</sup> Ambos aspectos constituyen elementos del concepto de legitimidad enunciado. Así, pues, el juez controla en sentido amplio la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional; pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente: Sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo.

La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí entonces que existan dos clases de *revocación* por la administración: Por *ilegitimidad* y por *inoportunidad*, mientras que la *anulación* judicial lo es sólo por razones de *ilegitimidad*.

<sup>35</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 159 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 41 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 16 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; TACITO, CAIO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 86; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, p. 27: “... en los actos discrecionales puede darse tanto la ilegitimidad como la inoportunidad...”; AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16 y ss.

<sup>36</sup> Fue admitida en un caso por la PTN, 79: 77, y nuevamente en 83: 180.

<sup>37</sup> Ver REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 9 y ss.; JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 7 y ss.; SORIANO GARCÍA, J. E., “Aplicación de la equidad en derecho público,” *REDA*, n° 23, p. 638.

<sup>38</sup> Sin embargo, la inconstitucionalidad de tales normas es a nuestro criterio indudable.



### 18. *Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple*<sup>39</sup>

Así como existen diferencias en lo que respecta a las atribuciones para extinguir un acto administrativo según que lo haga la administración o la Justicia, así también hay un distinto régimen en lo que se refiere a quiénes pueden acudir a la administración o a la Justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta.

Ello se deriva de las nociones de “derecho subjetivo” y de “interés legítimo” (también llamado “derecho reflejo,” “derecho objetivo,” etc.), considerado el primero como una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado, y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia. En el primer caso se protege a un individuo determinado en forma exclusiva; en el otro, a un número de individuos en forma conjunta.

18.1. Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia; si la administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto. Además, el individuo puede pedir no sólo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones que sean pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.

18.2. Quien, por el contrario, tiene tan sólo un interés legítimo, únicamente puede reclamarlo ante la propia administración, en el orden nacional, y sólo puede pedirlo ante la Justicia en algunos casos limitados en aquellas provincias que han instituido un recurso especial al efecto, el llamado “recurso de ilegitimidad,” de “anulación,” o “por exceso de poder.” Por lo demás, quien sólo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso, no puede pedir que se le indemnicen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del derecho subjetivo.

18.3. Como categoría intermedia entre el interés legítimo de un grupo definido y delimitado de personas, y el interés simple de todos los habitantes, se habla también del *interés difuso*, que sería el que pueden invocar las personas en defensa o tutela del medio ambiente, o para impugnar proyectos o actos estatales gravemente lesivos al interés público, etc.

18.4. Existe, por fin, una tercera noción: El interés simple. Se dice que éste es el mero interés que le corresponde a todo ciudadano en que la ley sea cumplida; no existe aquí ni el derecho exclusivo que era típico del derecho subjetivo, ni el interés legítimo de un número determinado de personas, sino el interés de *toda*

<sup>39</sup> El tema lo tratamos *in extenso* en el tomo 2 de nuestro *Tratado*, caps. XV y XVI. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Sobre los derechos públicos subjetivos,” *REDA*, n° 6, p. 427 y ss.

la comunidad en que no haya actos administrativos ilegítimos. El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; sólo permite hacer *denuncias* ante la administración sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un *recurso* administrativo, que la administración está obligada a resolver, en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta.

