

SECCIÓN III

FORMAS JURÍDICAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO VIII: *Facultades regladas y discrecionales*

CAPÍTULO IX: *El acto administrativo*

CAPÍTULO X: *El poder de policía*

CAPÍTULO XI: *Los servicios públicos*

CAPÍTULO VIII

FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO

1. Concepto y diferencias	VIII-1 / 179
2. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional.....	VIII-2 / 180
3. Los límites a la actividad discrecional	VIII-3 / 181
1º) Razonabilidad	VIII-5 / 183
2º) Desviación de poder.....	VIII-5 / 183
3º) Buena fe	VIII-6 / 184
4º) “Discrecionalidad técnica”	VIII-6 / 184
4. Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional	VIII-7 / 185
5. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad	VIII-8 / 186
6. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple	VIII-9 / 187

Capítulo VIII

FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN¹

1. Concepto y diferencias

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.²

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 debe él elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

La regulación puede ser fundamentalmente de dos tipos: Directa o indirecta. Habrá regulación *directa* cuando la predeterminación de la conducta administrativa a seguir proviene de una ley, reglamento, etc., que se refiere directamente a la administración pública: Ley de obras públicas, ley de contabilidad, de presupuesto,

¹ 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, 1957, p. 216 y ss.; HAMSON, C. J., *Pouvoir discrétionnaire et controle 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," *Rev. de Adm. Pública*, Madrid, 1942, n° 38, p. 159 y ss., etc.; GORDILLO, *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., 2ª ed., p. 309 y ss.

² DE LAUBADÈRE, op. cit., pp. 216 y 217.

de ministerios, etc.; en cambio, la regulación será indirecta cuando proviene de una norma jurídica que, sin referirse directamente a la administración pública, sienta de todos modos un principio concreto que también la administración debe seguir, como, por ejemplo, la Constitución al establecer los derechos de los individuos, que la administración también debe respetar; ciertos principios del Código Civil, de Comercio, etc.³

2. *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 fuera casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional. 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 que dará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante. Lo mismo ocurre a la inversa: Jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma 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.”⁴ *Toda* actividad administrativa, por ejemplo, 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 argentinos⁵ dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional*, pero dado que *todo acto 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

³ Ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 311 y ss.

⁴ WALINE, *op. cit.*, p. 415.

⁵ 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 de LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 219.

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.

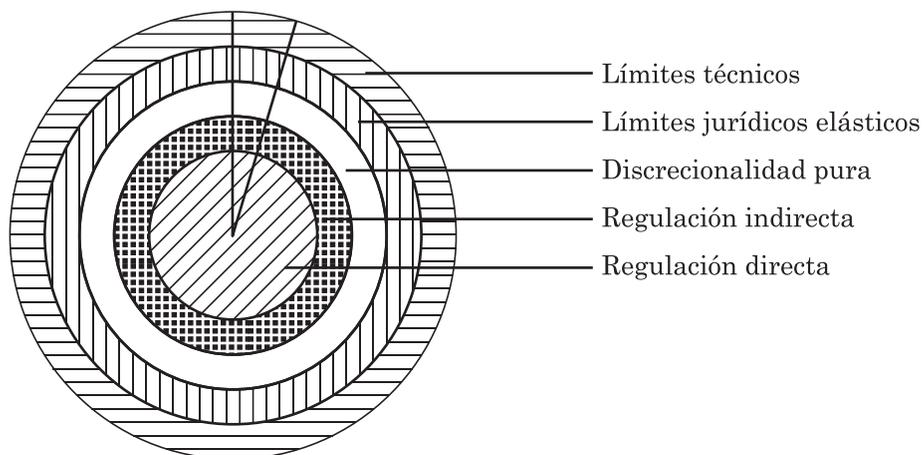
Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de “actos reglados” o “actos discrecionales,” sino en todo caso, respectivamente, de “actos dictados en el ejercicio de facultades regladas” o “discrecionales,” en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concedida —*esa parte*— en función de normas que la determinan necesariamente, o por el contrario, en virtud del libre arbitrio del funcionario. En 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 mas 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 llegar a no serlo si transgrede algunos de los llamados “Límites a las facultades discrecionales,” a que nos referimos más abajo.

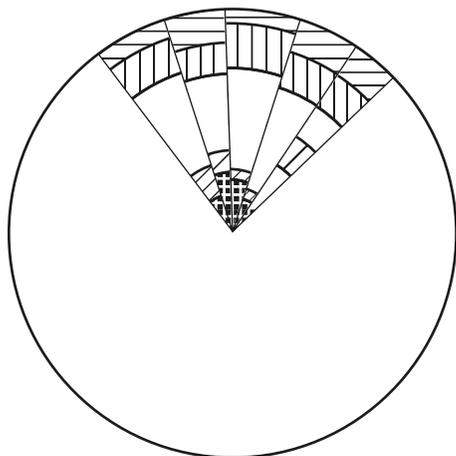
Resumiendo, todo acto es en parte reglado y en parte discrecional, pues nunca se presenta de hecho la total libertad de hacer cualquier cosa, ni tampoco la total regulación de una conducta. A ello se agrega que la discrecionalidad, por lo demás, tiene ciertos límites que el administrador no puede ultrapasar: Límites jurídicos elásticos (razonabilidad, desviación de poder, buena fe) y límites técnicos. Gráficamente entonces, en cada acto el administrador tiene ciertos aspectos reglados: 1º) La competencia, 2º) eventualmente la forma o el objeto, y tiene también 3º) cierta libertad para actuar de acuerdo a su criterio, pero esta libertad debe ejercerla de tal modo que no transgreda límites jurídicos elásticos, ni 5º) límites técnicos:



Trasladando ese enfoque al total de la actividad administrativa hallaríamos que tanto en ella globalmente, como en los actos concretos a través de los cuales ella puede manifestarse, aparece toda la gama de regulación, discrecionalidad y límites:



Ello no significa, sin embargo, que exista uniformidad en cuanto al grado de regulación o de discrecionalidad presente en los distintos actos administrativos, pues habrá actos con mayor o menor regulación de uno u otro tipo y, por lo tanto, con menor o mayor discrecionalidad; también los límites técnicos podrán ser muchos o pocos según el caso de que se trate:⁶



Veremos ahora cuáles son y en qué consisten los límites a la actividad discrecional.

3. Los límites a la actividad discrecional

La total irrevisibilidad de la actividad administrativa no puede lógicamente presentarse, porque existen a su vez ciertos límites jurídicos a las facultades

⁶Sólo los límites jurídicos son inmutables, pues sea cual fuere la actividad que se realice, siempre rige para ella del mismo modo la prohibición de ser irrazonable, desviada o de mala fe.

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, vagas, 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 el precepto legal; así, la regulación es limite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.

Los principales límites 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), la buena fe y la así llamada “discrecionalidad técnica” entendida con sentido moderno, como prohibición de violar las normas técnicas. En ese orden los analizaremos.

1º) *Razonabilidad*

La decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir cuando: 1º) No dé los fundamentos de derecho que la sustentan, ó 2º) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o 3º) 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 a lo que se quiere lograr.⁷

2º) *Desviación de poder*

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.)⁸

⁷ Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo, op. cit.*, pp. 133-140, y en LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo, op. cit.*; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, 1961, p. 343 y ss.

⁸ Ver las referencias de la nota precedente y nuestro artículo “La desviación de poder en el derecho argentino,” *Rev. de Adm. Pública*, n° 2, Buenos Aires, 1961, p. 93 y ss.

3º) *Buena fe*

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artificios 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.

4º) *“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 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 cualquiera 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 irrevisibles los actos que dictara en ejercicio de estas 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 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 poco menos que de “regulación.” (Sujeción a normas, en el caso técnicas.) En suma, que la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad.⁹

⁹ Ampliar en nuestra Introducción..., *op. cit.*, pp. 320 y 321.

4. *Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional*

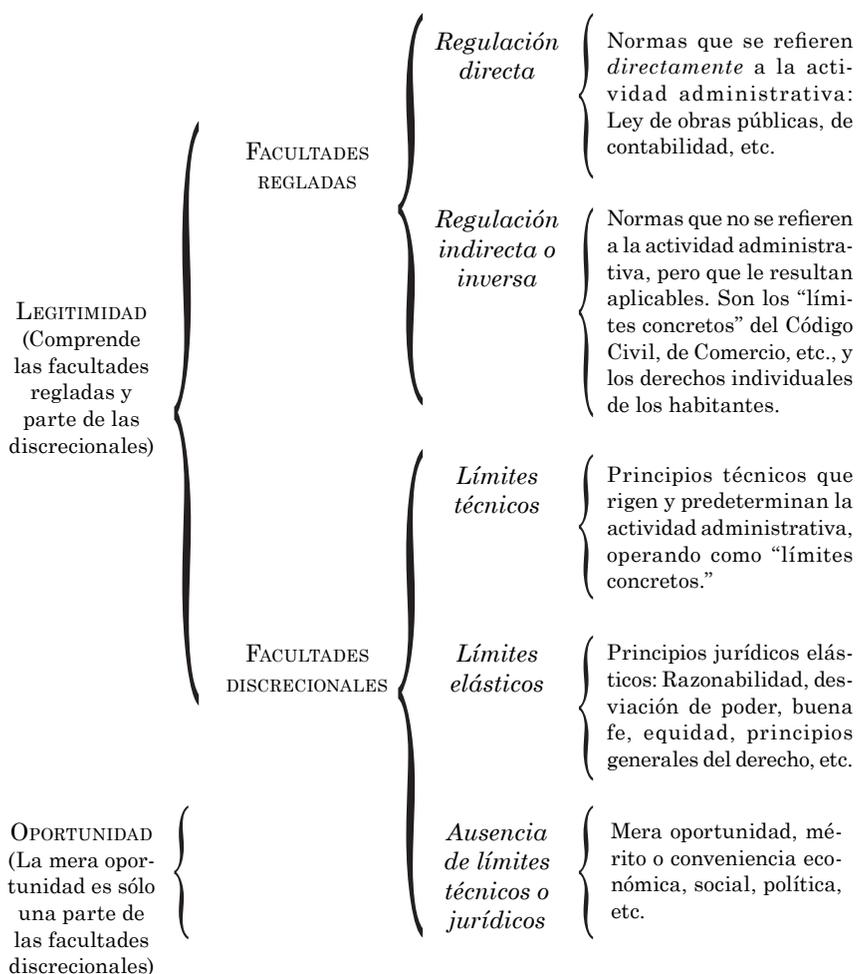
Es fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional;” es este un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal,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

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el 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 de ella.¹⁰ 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, b) el caso particular del control técnico, que podría constituir un “límite concreto” a la discrecionalidad, c) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación, etcétera.

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada,” y que “oportunidad” sea 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 siguiente cuadro sinóptico:

¹⁰ LINARES, *op. cit.*, p. 159 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 421 y ss.; DIEZ, *op. ult. cit.*, p. 16 y ss.; SYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. 1, p. 406 y ss.; TACITO, CAIO, *O abuso de poder administrativo no Breasil*, 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 oportunidad...;” AMOTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, p. 16 y ss.



5. 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.¹¹ 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, sea como ejercicio de facultad discrecional; pero no

¹¹ Como en las provincias mencionadas en la nota 4; son embargo, la inconstitucionalidad de tales normas es clara, y así deberá ser declarada en los casos ocurrientes.

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*. A su vez, la revocación en sede administrativa presenta un caso de excepción, en que sólo procede por razones de legitimidad: Es el caso del control por el Poder Ejecutivo de los actos de las entidades autárquicas.

6. *Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple*¹²

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 quienes pueden acudir a la Administración o a la justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta.

Ello 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.

a) 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.

b) 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” o de “anulación,” o “por exceso de poder.” Por lo demás, el que 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.

¹² Ampliar en nuestro libro *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, cap. XI y XII, pp. 327-378.

c) Existe, por fin, una tercera noción: El interés simple. Se dice que este 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 la comunidad en que haya actos administrativos legítimos. 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.

Sinopsis

1. Hay facultad reglada cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; hay facultad discrecional cuando el orden jurídico otorga cierta libertad para hacer una u otra cosa.

2. En la práctica no existen actos totalmente reglados o discrecionales, pues siempre existe alguna norma que fija un marco de acción, y siempre queda algún margen de libertad para actuar.

3. Aunque no exista una norma que regule lo que debe hacerse; la discrecionalidad que entonces surge no es total, pues tiene también sus límites: La administración debe *a)* actuar razonablemente, *b)* no perseguir en su acción fines distintos de lo: Tenidos en cuenta por la ley, *c)* obrar de buena fe, *d)* no transgredir las reglas de la técnica.

4. La actividad administrativa es *ilegítima* tanto si viola la: Facultades regladas como si se aparta de los límites a las facultades discrecionales. El concepto de legitimidad abarca así la totalidad de las facultades regladas y la parte de límites de la: Facultades discrecionales.

5. El Poder Judicial debe controlar la legitimidad de la actividad administrativa (facultad reglada y límites de las facultades discrecionales), pero no su oportunidad.

6. El derecho subjetivo es una protección otorgada por el orden jurídico a una persona determinada, en forma exclusiva individual, y se traduce en la posibilidad de que se indemnice e daño ocasionado, pudiendo invocárselo tanto administrativa como judicialmente. El interés legítimo es una protección dada por el orden jurídico a un conjunto de personas en forma concurrente, global; no da derecho a pedir indemnizaciones sino tai sólo la anulación del acto ilegítimo; en el orden nacional sólo puede reclamárselo ante la administración, no ante la

justicia mientras no se dicte un Código Procesal Administrativo que permita esto último. El interés simple es el que corresponde a todo, los habitantes, y sólo da la posibilidad de efectuar denuncia ante la Administración, respecto de los actos que reputan ilegítimos si bien no afectan personalmente al denunciante.