

## EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

FEDERICO CAMPOLIETI

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo,  
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. Distintos modos de ejercicio de la actividad administrativa. II.1. Las facultades regladas. II.2. Las facultades discrecionales. II.2.1. Concepto. II.2.2. El fundamento de la discrecionalidad. II.2.3. Discrecionalidad y arbitrariedad. III. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. III.1. Principios generales. III.1.1. Los aspectos judicialmente fiscalizables. III.1.1.1. La competencia. III.1.1.2. La causa. II.1.1.3. La forma. III.1.1.4. La finalidad. III.1.1.5. El objeto. III.1.2. El alcance del control judicial. III.2. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. III.3. La discrecionalidad técnica\*.

### I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre facultades regladas y facultades discrecionales es clásica en el Derecho Administrativo. En sus orígenes, esta clasificación del modo de ejercicio de la actividad administrativa era esencial para determinar la suerte de los recursos contencioso administrativos. Mientras los actos reglados eran cuestionables judicialmente, el ejercicio de una facultad discrecional automáticamente impedía su impugnación judicial.

En la actualidad, la importancia de esta clasificación se mantiene, aunque se ha reducido de manera progresiva el alcance de lo que otrora se interpretaba como discrecionalidad administrativa.

Concretamente, la atribución legal de discrecionalidad a la Administración fija un ámbito de independencia en su obrar que no puede ser invadido por los otros poderes del Estado. Pero esa discrecionalidad se limita exclusivamente al juicio sobre la actuación o la elección que permite la norma, sin alcanzar al resto de los aspectos de la actividad administrativa, los que normalmente son reglados y sobre los cuales el control judicial se impone.

\* El presente trabajo, con alguna mínima modificación de orden netamente editorial, ha sido publicado como Capítulo XXXV en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 619-630.

## II. DISTINTOS MODOS DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### II.1. *Las facultades regladas*

La facultad es reglada cuando el ordenamiento jurídico regula el ejercicio de la actividad administrativa en todos sus aspectos<sup>1</sup>. En estos casos, la norma que confiere competencia para actuar al órgano administrativo predetermina de manera precisa la consecuencia jurídica asignable a un supuesto de hecho determinado<sup>2</sup>.

Para ejemplificarlo gráficamente:

X  $\longrightarrow$  Y

Dado el supuesto de hecho “X”, la consecuencia jurídica es necesariamente “Y”.

Así, por ejemplo, una norma que establece el cumplimiento y la acreditación de determinados requisitos para el otorgamiento de una licencia para conducir automóviles. Si el interesado cumple las condiciones legales exigidas, la Administración *debe* otorgarle la licencia.

En el caso de la facultad reglada, la actividad administrativa queda reducida a la mera constatación del supuesto de hecho definido por la norma y a la obligatoria aplicación de la solución que el ordenamiento jurídico establece<sup>3</sup>. La norma jurídica elimina cualquier libertad de actuación que pudiera tener el órgano administrativo, exigiendo la realización de una conducta de contenido predeterminado.

Estas particularidades determinan, entre otros efectos, la imposibilidad de revocar por razones de oportunidad los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades regladas o la aplicación de la doctrina de los vicios inoperantes según la cual la obligación de la Administración de actuar en un determinado sentido priva de relevancia jurídica a los vicios de incompetencia y forma, puesto que independientemente de que el acto administrativo dictado fuese irregular por la presencia de tales vicios, carecería de sentido proceder a su revocación o a su

1 MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de derecho administrativo, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 411: “Trátase de una predeterminación específica de la conducta administrativa. En presencia de tal o cual situación de hecho, la Administración debe tomar tal o cual decisión: no tiene el poder de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta le está señalada de antemano por la regla de derecho”.

2 GORDILLO, AGUSTÍN A., Tratado de derecho administrativo. Parte general, T. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, p. X-10. En el mismo sentido, Balbín, CARLOS F., Curso de derecho administrativo, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 485; Marcer, ERNESTO A., Demandas contra el Estado, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 77. Similares definiciones pueden verse en el Derecho comparado. Bandeira de Mello, CELSO A., Curso de direito administrativo, Malheiros, San Pablo, 1993, p. 199.

3 TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 372.

anulación en la medida en que el nuevo acto administrativo a emitirse conduciría al mismo resultado<sup>4</sup>.

En síntesis, frente a una situación de hecho determinada, existe una única solución justa prevista por la norma. El órgano administrativo queda reducido al rol de ejecutor mecánico de una decisión legislativa o reglamentaria previamente definida.

## II.2. *Las facultades discrecionales*

### II.2.1. Concepto

Las facultades son discrecionales cuando el ordenamiento jurídico otorga al órgano administrativo un margen de libertad para elegir entre distintas posibilidades frente al acaecimiento de un supuesto de hecho concreto<sup>5</sup>. De este modo, se autoriza al órgano administrativo a realizar una estimación subjetiva en el caso concreto, no imponiéndose anticipadamente la conducta que debe seguirse.

Si la facultad es discrecional, el órgano administrativo tiene la posibilidad de optar entre varias alternativas igualmente válidas y justas<sup>6</sup>. Es decir, frente a un supuesto de hecho determinado, existen varias soluciones que resultan indiferentes para el Derecho. La conducta administrativa que mejor satisface el interés público no se encuentra predefinida por la norma, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las facultades regladas.

La discrecionalidad opera exclusivamente en el plano de las consecuencias jurídicas. Técnicamente, no existe discrecionalidad en la constatación o calificación del supuesto de hecho sino que, en todo caso, la flexibilidad que admita su definición puede permitir un cierto margen de apreciación, pero que

4 DEBBASCH, CHARLES, *Institutions et droit administratifs. L'action et le contrôle de l'administration*, Thémis, París, 1978, p. 220: "Dans l'hypothèse de compétence liée, si l'administration a donné des motifs erronés à sa décision, le juge, saisi d'un recours, procédera à une substitution de motifs et n'annulera pas la décision administrative. Cette annulation serait inutile, l'administration ayant l'obligation de reprendre la même décision... lorsque le pouvoir de l'administration est lié, les moyens tirés de l'incompétence, de l'irrégularité de formes ou de procédure, du détournement du pouvoir sont inopérants s'ils ont été sans influence sur le fond de la décision".

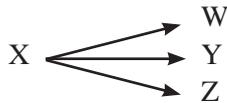
5 CHAPUS, RENÉ, *Droit administratif général*, T. I, Montchrestien, París, 1992, p. 773.

6 MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 652.

resulta distinto del margen de volición presente en la discrecionalidad propiamente dicha, referida exclusivamente a las consecuencias jurídicas.

Existen dos supuestos distintos de discrecionalidad que parten de la indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas, pero que difieren según la estructura condicional de la norma.

En primer lugar, la *discrecionalidad de elección* que implica la previsión de varias alternativas de contenido determinado ante un supuesto de hecho concreto. En la simbología utilizada:



Siendo “X” el supuesto de hecho, debe optarse entre las consecuencias jurídicas “W”, “Y” o “Z”.

Dado el supuesto de hecho, la norma permite que el órgano administrativo elija una de las distintas soluciones previstas. Así, por ejemplo, una norma que asigna una partida presupuestaria para la construcción de una escuela, un hospital o una cárcel; en ese caso, la Administración *puede* optar por cualquier alternativa que la norma jurídica permite, sin que pueda cuestionarse jurídicamente esa decisión.

Ahora bien, en estos casos de discrecionalidad de elección, el margen de opción se reduce a las posibilidades planteadas en la norma. Sería inválida la decisión administrativa que optara por una solución no prevista. En el ejemplo apuntado, sería el caso si el órgano administrativo decidiera utilizar la partida para la construcción de una ruta en lugar de una escuela, un hospital o una cárcel.

En segundo lugar, la *discrecionalidad de actuación* que supone la adopción facultativa de la consecuencia jurídica frente al acaecimiento del hecho previsto en la norma. Simbólicamente:



Siendo “X” el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica puede consistir en una determinada acción “Y” o su abstención “- Y”.

Dado un supuesto de hecho determinado, la norma faculta al órgano administrativo a realizar una determinada conducta de manera no preceptiva. Por ejemplo, una norma que permite al órgano administrativo ordenar el cese de una determinada actividad en caso de que se produzca un siniestro; ante la ocurrencia del siniestro, la Administración *puede* adoptar esa determinación o no, siendo ambas alternativas jurídicamente aceptables.

Existe una variante más amplia dentro del supuesto de discrecionalidad de actuación que se presenta cuando la norma –en lugar de facultar la adopción de

una solución concreta— no predetermina el contenido de la consecuencia jurídica asignable al supuesto de hecho.

$$X \longrightarrow \infty$$

Dado el supuesto de hecho “X”, las posibles consecuencias jurídicas son ilimitadas.

En este caso, dado el supuesto de hecho previsto en la norma, la Administración puede adoptar la consecuencia jurídica que estime más oportuna, sin que exista un elenco de opciones predeterminadas<sup>7</sup>.

En síntesis, la discrecionalidad administrativa debe ser entendida como el margen de volición<sup>8</sup> que la norma habilitante concede al órgano administrativo frente a un supuesto de hecho concreto, permitiéndole optar por una consecuencia jurídica de contenido predeterminado entre varias posibles, o elegir entre actuar y no actuar, o, finalmente, adoptar la consecuencia jurídica que se estime más apropiada cuando la norma no hubiera precisado su contenido.

### II.2.2. El fundamento de la discrecionalidad

Originariamente, se interpretaba que la discrecionalidad quedaba configurada en caso de vacío normativo, cuando la norma no regulaba el modo de ejercicio de una determinada competencia administrativa o ante la mera ausencia de una norma que funcionara como límite externo de la conducta administrativa<sup>9</sup>.

Modernamente, esta tesis ha sido abandonada en el entendimiento de que la discrecionalidad sólo puede ser producto de una norma que previamente la establezca. En efecto, así como cualquier competencia administrativa reconoce como fuente una norma jurídica que la atribuye a un órgano determinado, la

7 En algunos casos, esta segunda variante de discrecionalidad de actuación puede ser resistida desde el punto de vista constitucional. Si la norma otorga una habilitación genérica, sin límites precisos y para supuestos de hecho también generales, se vulneraría el principio de legalidad contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, dado que la competencia administrativa quedaría regida por el principio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento jurídico.

8 BACIGALUPO, MARIANO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 116.

9 HAURIUO, MAURICE, *Précis de droit administratif et droit public*, Sirey, París, 1933, p. 353: “Si les règles de droit ne sont que des limites extérieures, on comprend que dans la mesure où elles n’ont pas posé des bornes à l’indépendance des sujets, ou même à l’intérieur des cadres tracés par elles, ceux-ci conservent leur autonomie et leur liberté. Le pouvoir discrétionnaire de l’administration apparaît donc, de ce point de vue, comme cette part de l’initiative et de l’indépendance juridique de l’administration, qui n’a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe de l’autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats sur le plan du droit international”.

naturaleza reglada o discrecional de la facultad depende también de la estructura lógico formal de esa norma de atribución.

En consecuencia, las facultades discrecionales son siempre otorgadas por la norma<sup>10</sup>. Sostener que existe discrecionalidad donde no hay norma jurídica que impida actuar al órgano administrativo implica violentar el principio de legalidad, que no funciona como un mero límite externo de la actuación administrativa sino como el presupuesto de su validez, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico.

### II.2.3. Discrecionalidad y arbitrariedad

En primer lugar, discrecionalidad nunca puede significar arbitrariedad desde que el ejercicio de una facultad discrecional debe encontrar fundamento en el ordenamiento jurídico. Para que exista discrecionalidad es necesario que una norma confiera la facultad con ese carácter.

Pero el hecho de que una norma permita optar por una consecuencia jurídica entre varias posibles no releva a la Administración de decidir sobre la base de fundamentos que justifiquen objetivamente la elección que realice y sean explicitados en la decisión<sup>11</sup>. En este sentido, el ejercicio de una facultad discrecional no puede constituir un eximente del deber de adoptar una decisión fundada o una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos.

Esta regla fue claramente enunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Solá”: “... la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional”<sup>12</sup>.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cívitas, Madrid, 1983, p. 25: “Es falsa, pues, la tesis, bastante común, por otra parte, de que hay potestad discrecional allí donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la vinculación negativa de la Administración al derecho”.

11 FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 106: “Discrecionalidad no es arbitrariedad... nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso (...), mientras que lo segundo (lo arbitrario), no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente– la conocida *sit pro ratione voluntas*”.

12 Fallos: 320:2509.

Por lo tanto, en el ejercicio de una facultad discrecional cobra decisiva relevancia el requisito de adecuada motivación del acto administrativo<sup>13</sup>, dado que es justamente la expresión de los motivos que indujeron a su dictado lo que permite ejercer el control de proporcionalidad o razonabilidad de la decisión<sup>14</sup>.

En el Derecho español, por ejemplo, si bien la motivación de los actos administrativos no se halla exigida de manera general como sucede en el Derecho argentino<sup>15</sup>, una de las excepciones a esa regla es precisamente el ejercicio de facultades discrecionales por parte de órganos administrativos<sup>16</sup>.

### III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

#### III.1. Principios generales

##### III.1.1. Los aspectos judicialmente fiscalizables

En sus orígenes, la distinción entre actos reglados y actos discrecionales servía para determinar la admisibilidad de las acciones contencioso administrativas<sup>17</sup>. Si el acto administrativo era emitido en ejercicio de una facultad discrecional, se entendía que no era revisable en sede judicial porque la Administración, en ese caso, actuaba siguiendo su libre arbitrio<sup>18</sup>. Únicamente los actos administrativos reglados eran susceptibles de impugnación ante los tribunales judiciales<sup>19</sup>.

Este criterio fue paulatinamente abandonado en el entendimiento de que los actos discrecionales no son una categoría completamente excluida del control jurisdiccional<sup>20</sup>.

13 ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Tecnos, Madrid, 1965, p. 149.

14 PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 106.

15 El artículo 7 de la Ley 19.549 dispone que: "Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo".

16 El artículo 54 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que: "Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) f) los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...".

17 VARELA, LUIS V., *Código de procedimientos en lo contencioso administrativo para la provincia de Buenos Aires*, Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1906, p. 57: "El poder público tiene funciones de puro imperio, que se ejercen por actos de gobierno generales o particulares; pero que no están sujetos a leyes, reglas o fórmulas establecidas de antemano para su ejercicio. Esas funciones discrecionales de la Administración, que se desempeñan sin instancia ni intervención de nadie, por medio de actos de puro mando que no se refieren directamente a los individuos, no pueden dar lugar a una acción contencioso-administrativa".

18 BIELSA, RAFAEL, *Sobre lo contencioso administrativo*, Castellví, Santa Fe, 1964, p. 69.

19 Esta concepción fue plasmada en la mayoría de los códigos contencioso administrativos provinciales que fueron sancionados promediando el siglo pasado, al excluirse a los actos administrativos discrecionales del alcance de la acción de plena jurisdicción.

20 TAWIL, *Administración y Justicia*, op. cit., p. 378. En el mismo sentido, GUASTAVINO,

En la actualidad, el *leading case* en la materia es “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”<sup>21</sup>, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la inexistencia de una categoría de acto discrecional en bloque y, consecuentemente, admitió el control judicial de los elementos reglados de la decisión administrativa, entre los que se destacan la competencia, la causa, la forma y la finalidad.

### III.1.1.1. La competencia

Evidentemente, en la competencia asignada al órgano administrativo no puede existir discrecionalidad alguna. Se trata de un elemento siempre reglado, dado que las atribuciones del órgano se encuentran conferidas expresa o implícitamente por la norma.

De allí que el control judicial sobre la competencia del órgano proceda en toda su extensión, con independencia del carácter reglado o discrecional de la facultad ejercida.

A modo de ejemplo, corresponde recordar que, en el caso “Provincia de San Luis”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el ejercicio del control de constitucionalidad “exige examinar, en primer término, si la norma fue dictada dentro del ámbito de las facultades que le competen al Poder Ejecutivo Nacional...”, lo que implica decidir “si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas...”<sup>22</sup>.

### III.1.1.2. La causa

En el elemento causa, entendido como los antecedentes de hecho y de Derecho que justifican el dictado del acto administrativo, tampoco es posible aceptar la existencia de la discrecionalidad propiamente dicha.

Los hechos integran el antecedente de la norma y, por lo tanto, son ajenos al juicio de discrecionalidad<sup>23</sup>.

En el Derecho francés, desde el *arrêt Camino* de 1916, el Consejo de Estado tiene admitido que la revisión de la decisión administrativa se integra con

---

ELÍAS P., *Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial*, T. I, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie II, obras, N° 19, Buenos Aires, 1987, p. 103.

21 Fallos: 315:1361.

22 Fallos: 326:417.

23 DIEZ, MANUEL M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 66. El ejercicio de una facultad discrecional supone el previo acaecimiento del supuesto fáctico definido por la norma. Si el supuesto de hecho que habilita la aplicación de una de las soluciones jurídicas previstas ocurre o no en el plano de la realidad no puede ser objeto de un juicio de discrecionalidad por parte de la Administración.

el control sobre la exactitud material de los hechos que motivaron el dictado del acto<sup>24</sup>.

Un criterio equivalente puede verse en el precedente “Video Club Dreams”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al definir el alcance del control, sostuvo que “... corresponde que esta Corte estudie (...) si en la especie se hallan presentes las circunstancias de hecho que justifican la adopción de decretos de necesidad y urgencia. Examen, este último, en el que no existen óbices para que esta Corte valore la calificación de excepcionalidad y urgencia (...) lo que no implica un juicio de valor acerca del mérito, oportunidad o conveniencia de la medida, sino que deviene imprescindible para admitir o rechazar el ejercicio de la función legislativa por parte del Poder Ejecutivo...”<sup>25</sup>.

Lo mismo sucede con el Derecho aplicable. No puede existir impedimento para que el tribunal judicial controle, por ejemplo, si la norma aplicada existe, si está vigente, si se encuentra en contraposición con otra norma de jerarquía superior, etc. Se trata de cuestiones que no dependen de un juicio de discrecionalidad propiamente dicho.

En síntesis, no hay límites al control judicial sobre la verificación o constatación de los hechos que motivaron el ejercicio de una facultad discrecional<sup>26</sup>, así como tampoco sobre la determinación del Derecho aplicable.

### III.1.1.3. La forma

Si la norma establece la observancia de una determinada forma o procedimiento que debe necesariamente seguirse para el dictado del acto administrativo, la Administración se encuentra vinculada en este aspecto. En estos casos, el cumplimiento de las formas o del procedimiento es plenamente fiscalizable por el tribunal judicial.

Sólo puede admitirse la existencia de un margen de discrecionalidad en este elemento cuando la norma establece distintas formas alternativas o no impone la estricta observancia de una forma determinada, en cuyo caso la Administración es libre para determinar aquella que juzgue más conveniente<sup>27</sup>.

24 LONG, M. – WEIL, P. – BRAIBANT, G. – DELVOLVÉ, P. – GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 1996, p. 171.

25 Fallos: 318:1154.

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Thomson Cívitas, Madrid, 2004, p. 478: “Ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra (...) la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo”.

27 MARIENHOFF, op. cit., p. 423.

#### III.1.1.4. La finalidad

Por último, la finalidad concreta de interés público que persigue el dictado del acto administrativo es también un elemento reglado y, por lo tanto, susceptible de fiscalización judicial.

Lógicamente, no puede existir un margen de libertad que autorice una desviación de poder en el ejercicio de una facultad discrecional.

#### III.1.1.5. El objeto

Solamente en el objeto del acto administrativo –aquello que el acto decide, certifica u opina– puede admitirse la existencia del juicio de discrecionalidad propiamente dicho.

Se trata de un elemento que se encuentra enteramente vinculado al consecuente de la norma. El alcance de la discrecionalidad queda delimitado por la existencia de una pluralidad de soluciones o, mejor dicho, de posibles objetos igualmente válidos y justos para una situación de hecho concreta. Es en el contenido del acto en donde únicamente puede residir el poder discrecional de la Administración<sup>28</sup>.

#### III.1.2. El alcance del control judicial

Como la discrecionalidad se presenta exclusivamente en la órbita de la elección de una de las posibles consecuencias jurídicas que permite la norma frente al caso concreto, todo aquello que resulte ajeno al ámbito de esa discrecionalidad propiamente dicha es revisable en sede judicial.

Cuando una norma contempla diversas soluciones igualmente justas, la Administración debe realizar un análisis respecto de qué medida u opción resulta más apropiada o acertada en el caso concreto y, consecuentemente, satisface de la mejor manera el interés público. Ese examen integral de las distintas alternativas, junto con la efectiva elección de una de las opciones previstas, configura una actividad privativa de la Administración que no resulta pasible de cuestionamiento desde una perspectiva jurídica.

Por lo tanto, del ejercicio de una facultad discrecional debe seguirse el respeto del juicio que realiza la Administración. De tal manera que las valoraciones

28 DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, T. I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 142: “Consideremos ahora el ejercicio del poder discrecional en lo relativo al objeto o contenido. En este supuesto, la decisión de la administración está en algunas oportunidades impuesta por el legislador en atención a ciertas y especiales circunstancias. Si así ocurriera, la actividad administrativa se encontraría ligada a la norma y su libertad sería muy reducida. Sin embargo, la determinación legislativa en lo que al contenido se refiere, es casi imposible en todos los casos (...) Por ello el órgano administrativo ejercerá un poder discrecional, en cuanto al contenido del acto se refiere, en aquellos casos en que la regla de derecho le deje la posibilidad de elegir entre varios objetos. En estos supuestos la Administración será, pues, soberana en cuanto a la oportunidad y conveniencia de la medida a adoptar”.

implicadas en la decisión no son susceptibles de ser sustituidas por el criterio de los tribunales judiciales<sup>29</sup>.

En este punto, resulta de aplicación la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya regla tradicional ha sido recordada en el caso “Prodelco” en los siguientes términos: “las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial”<sup>30</sup>.

Consecuentemente, frente al ejercicio de una facultad discrecional, el control judicial debe limitarse a constatar la legalidad de la medida adoptada y la ausencia de irrazonabilidad de la decisión en el caso concreto<sup>31</sup>.

El control de legalidad se realiza fundamentalmente sobre los aspectos reglados de la decisión administrativa, aunque también alcanza a los límites externos de la discrecionalidad propiamente dicha, es decir, si la actividad discrecional fue ejercida dentro del margen de actuación o elección permitido por la norma.

El control de razonabilidad funciona de manera diferente. Entre las distintas soluciones jurídicas que prevea la norma puede existir, a juicio del tribunal judicial, alguna que resulte más razonable que la elegida por la Administración. No obstante, la efectiva invalidación de la opción escogida por la Administración depende exclusivamente de su irrazonabilidad en el caso, pero no se encuentra supeditada a la existencia de una medida más razonable entre las posibles alternativas<sup>32</sup>. El mayor o menor acierto de la solución adoptada por la autoridad administrativa es un aspecto que se encuentra fuera del alcance del control judicial.

En el *arrêt Librairie François Maspero* de 1973, el Consejo de Estado francés entendió que el juez administrativo solamente puede controlar el denominado error manifiesto de apreciación (*erreur manifeste d'appréciation*) en el ejercicio de una facultad discrecional. Los simples errores no están alcanzados por el control porque justamente el poder discrecional le permite a la Administración

29 COVIELLO, PEDRO J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 645.

30 Fallos: 321:1252.

31 SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative law*, Little, Brown y Company, Boston, 1991, p. 652: “This restates the traditional rule that agencies vested with discretion possess only the authority to exercise such discretion reasonably. If the discretion is abused, the courts will intervene”.

32 MAIRAL, HÉCTOR A., “Control judicial de las políticas públicas”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 327. El control de razonabilidad “... permite al juzgador verificar si la normativa impugnada guarda un mínimo de compatibilidad con los valores medios de la sociedad. No se trata de determinar si la solución (...) está de acuerdo con las preferencias del juez, sino... si una persona razonable podría haber llegado a la misma conclusión (...) El juez, por lo tanto, no reemplaza el juicio de conveniencia que ha llevado a cabo el legislador o el administrador, sino que evalúa cuán compatible es tal juicio con las pautas promedio de valoración de la sociedad que integra”.

equivocarse. Pero si el error es manifiesto y conduce a un resultado irrazonable, no existiría impedimento para anular la decisión administrativa<sup>33</sup>.

Por lo tanto, si no se configura un supuesto de irrazonabilidad en el caso concreto, el juicio de la Administración debe prevalecer, aún cuando a criterio del tribunal judicial la norma admita soluciones más razonables que la finalmente adoptada.

En síntesis, no existen verdaderos límites a la discrecionalidad administrativa. El juicio de la Administración es supremo cuando la norma le permite optar por una de las distintas alternativas que ofrece y no puede ser controvertido sobre la base de consideraciones jurídicas, con excepción del supuesto en que la aplicación de la solución elegida resulte irrazonable en el caso concreto.

### III.2. *La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*

No obstante, es preciso deslindar las implicancias que conforman el *juicio discrecional* propiamente dicho –que resulta privativo de la Administración– de aquello que no forma parte de la discrecionalidad.

En esta categoría aparece la teoría de los *conceptos jurídicos indeterminados*, ideada con el propósito de reducir el ámbito de aquello que normalmente se consideraba concedido a la discrecionalidad de la Administración<sup>34</sup>.

En este sentido, “orden público”, “moral pública”, “emergencia”, “necesidad y urgencia”, “oferta más conveniente”, “utilidad pública”, por mencionar algunos, son ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados que usualmente se manejan en el Derecho Administrativo<sup>35</sup>.

Cuando alguno de estos conceptos es incluido en una norma, parecería que, por su vaguedad e imprecisión, se otorga discrecionalidad a la Administración para definir su contenido específico y, en última instancia, juzgar si la norma resulta de aplicación al caso.

Sin embargo, estos conceptos operan como calificadores de una circunstancia de hecho concreta<sup>36</sup>, vinculada exclusivamente con el antecedente de la norma. Por lo tanto, al no tener relación con el proceso de selección de la consecuencia jurídica aplicable, el concepto jurídico indeterminado no admite juicio

33 BRAIBANT, GUY, *Le droit administratif français*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, París, 1984, p. 525.

34 SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976, p. 67.

35 En la sentencia del 13 de julio de 1984, el Tribunal Supremo de España definió a los conceptos jurídicos indeterminados como “aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos (...), su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando pues incompatible con la técnica de la discrecionalidad”.

36 COMADIRA, JULIO R., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, *ED*, 186–606.

de discrecionalidad alguno sino, simplemente, un margen de apreciación flexible en la calificación del supuesto de hecho a la luz de las particularidades del caso.

Un supuesto de hecho concreto puede quedar abarcado por un concepto jurídico indeterminado –lo que resulta plenamente controlable por el tribunal judicial–, pero de esa circunstancia no se deriva necesariamente la existencia de una pluralidad de soluciones justas, lo que sigue dependiendo de la estructura formal del consecuente de la norma.

### III.3. *La discrecionalidad técnica*

Originalmente, con la expresión *discrecionalidad técnica* se denominaba aquella actividad administrativa que, por el hecho de estar sustentada en reglas o juicios de carácter técnico o científico –no jurídico–, se encontraba exenta del control judicial<sup>37</sup>.

En la actualidad, se niega mayoritariamente que la denominada *discrecionalidad técnica* sirva de argumento para eludir la fiscalización de un acto administrativo en sede judicial<sup>38</sup>.

En realidad, los aspectos técnicos involucrados en una determinada decisión administrativa forman parte de los antecedentes del acto y, por lo tanto, no escapan al control del tribunal judicial por ser ajenos a la esfera de la discrecionalidad propiamente dicha.

Así, por ejemplo, si existe unanimidad de criterio en la medicina respecto de la ineficacia de una determinada vacuna cuya inoculación se exige de manera obligatoria, el tribunal judicial podrá anular esa decisión de política sanitaria. En este caso, la decisión administrativa carece de los antecedentes de hecho que la justifican.

37 ARGANAÑARÁS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 174. En idéntico sentido, BIELSA, RAFAEL, *Principios de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 252: “Según sea una u otra la índole de la actividad de la Administración, actividad técnica o actividad administrativa en sentido legal, habrá o no protección jurisdiccional (...) la actividad técnica puramente es considerada como actividad libre de la Administración. Y se comprende que cuando tal actividad no se la refiere a derecho o a intereses legítimos de los administrados, no puede hablarse ni de actividad reglada ni de actividad discrecional (...) respecto de la actividad técnica no puede hablarse de recursos jurisdiccionales, porque en su realización no se desenvuelve la acción administrativa en relación de dependencia de determinadas normas jurídicas; en efecto, no se trata entonces de actividad administrativa legal, aunque sea discrecional, sino de actividad puramente técnica”.

38 FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 275. En el mismo sentido, MARIENHOFF, op. cit., p. 430 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 238.

No obstante, la conclusión a la que arribe el tribunal judicial debe ser objetiva e incontrovertible desde el punto de vista técnico o científico, además de no estar influenciada por valoraciones de índole social, política o económica<sup>39</sup>.

Si, por caso, todos los economistas coinciden en que la alícuota de un determinado arancel a las exportaciones es perjudicial para la economía nacional, el tribunal judicial no puede declarar la nulidad de la medida por ese motivo<sup>40</sup>.

De la misma manera, si existen discrepancias entre los expertos respecto de una determinada materia, bastará que la decisión administrativa encuentre fundamento en alguna de las posiciones que goce de respaldo científico para sortear exitosamente el escrutinio judicial<sup>41</sup>.

39 MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, op. cit., p. 649.

40 Distinto sería el caso si el juez encuentra vicios en los elementos reglados de la decisión como, por ejemplo, en caso de incompetencia del órgano que la emitió.

41 Aun en caso discrepancia técnica o científica, tampoco habría discrecionalidad propiamente dicha, sino un margen de apreciación y valoración más amplio sobre el antecedente considerado.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## I

### *Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE  
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA  
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO  
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA  
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA  
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO  
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS  
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI  
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ  
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY  
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Octubre de 2016*

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina