

DE LA RECURRIBILIDAD DE LOS LLAMADOS "ACTOS DISCRECIONALES"⁽¹⁾.

por JULIO A. PRAT

profesor adjunto de derecho administrativo
en la Facultad de Derecho de Montevideo

SUMARIO: I.—Los llamados "actos discrecionales". El poder discrecional. II.—Los límites del poder discrecional: A) en cuanto al fin; B) en cuanto a los motivos; C) en cuanto al contenido. III.—Conclusiones.

I.—Los llamados "actos discrecionales". El poder discrecional.

La pretendida distinción entre actos discrecionales y actos reglados ha sido definitivamente abandonada en nues-

(1) Bibliografía: WALTER, *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris 1929; WEI TENG LIN, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et le controle juridictionnel en droit francais*, tesis, Lyon 1944; FIORINI, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires 1948; LAUN, LASKI, GASCON y MARIN, *Le pouvoir discrétionnaire* en *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1935; ALIBERT, *Le controle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris 1926; WALINE, *Le pouvoir discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le controle juridictionnel* en *Revue de Droit Public*, 1930, t. 47, pág. 212; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán 1953; BONNARD, *Le pouvoir discretionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, en *Revue de Droit Public*, 1923, t. 40, pág. 363; BONNARD, *Le détournement de pouvoir*, *Revue de Droit Public*, 1938, t. 55, pág. 141; LUDOVICI, *L'évolution du pouvoir discrétionnaire*, tesis, Lila 1937; WALTER JELLINEK, *Verwal tungsrecht*, reimpression, Offenburg 1948; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwal tungsrecht*, Munich 1955, t. I; LOPEZ RODO, *Le pouvoir discretionnaire de l'Administration* en *Revue de Droit Public*, 1953, t. 59, pág. 578; SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1953, t. I, pág. 405 s.; ALBANELL MAC COLL, *La acción ordinaria de responsabilidad fundada en el abuso o la desviación de poder en La Justicia Uruguaya*, t. III, pág. 13 s.; PRAT, *Desviación de poder*, Montevideo, 1957, pág. 125 s.; DIEZ, *El acto Administrativo*, Buenos Aires 1956, pág. 191 s.; CAIO TACITO, *Abuso de poder administrativo en Brasil*, Rio 1959, pág. 75 s.; RODRIGUEZ ELIZONDO, *Protección jurisdiccional de los administrados*, Santiago de Chile 1961, pág. 87 s.

tros días (2). Todos los autores concuerdan en la actualidad, que lo que existe es un poder discrecional de la administración, más o menos amplio, que no justifica bajo ningún concepto, la exclusión a priori del examen jurisdiccional del acto administrativo.

La doctrina administrativista moderna (3) admite lisa y llanamente la existencia del poder discrecional de la Administración, pero limitan su concepto y afirman unánimemente la posibilidad del contralor jurisdiccional de los actos dictados discrecionalmente.

Si por discrecionalidad administrativa entendemos el margen de libertad de que dispone la Administración para apreciar la oportunidad o la conveniencia de su acción, dentro de ciertos límites (4), debemos concluir con Bonnard (5) que la discrecionalidad en sí misma considerada no admite restricciones, existe o no existe. Pero, debemos convenir con el autor citado de que en todo ejercicio del

(2) En general, durante el siglo XIX, se confundieron actos discrecionales y actos políticos o de gobierno, por no admitir ninguna de estas dos categorías, recursos administrativos y jurisdiccionales. Ya en este tiempo, la doctrina se manifestó abiertamente contra esta pretendida irrecurribilidad. Véase SERRIGNY, *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I, París 1865, Nº 24 s.

La evolución posterior distinguió ambas categorías de actos. En los actos de gobierno, el esfuerzo se centró a limitar el número de los mismos al través de una lista confeccionada sobre los datos jurisdiccionales. Véase DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París 1935 y PRAT, *Contribución al estudio del acto de gobierno*, Montevideo 1959.

Respecto a los actos discrecionales, la actitud de la jurisprudencia y de la doctrina fue hostil y finalmente se logró destruir dicha noción. V. LUDOVICI, *tesis cit.*, pág. 11 s.; Idem PRAT, *ob cit.*, págs. 126-128.

(3) Así, por ejemplo WALINE, *art. cit.*, pág. 212 señala: "La Administración no dispone nunca de un poder discrecional de apreciación de la legalidad de sus obligaciones jurídicas. Hay siempre competencia reglada. Sólo puede gozar de discrecionalidad cuando se trata de apreciar la oportunidad de una decisión a dictar en un determinado sentido o para un determinado momento. La Administración se encuentra ligada por lo justo, pero no por lo útil".

(4) V. PRAT, *Desviación de poder cit.*, pág. 129 s.; en que se examinan las definiciones clásicas de poder discrecional de Michoud, de Giraud, etc., y los criterios de Bonnard y de Waline respecto a sus límites.

(5) BONNARD, *Précis de droit administratif*, París 1943, pág. 77.

poder discrecional del actuar administrativo, hay límites externos que delimitan su campo de acción (6).

Toda acción administrativa reclama un cierto margen de discrecionalidad; sin ella, no se concibe. El constituyente en el esquema de su norma, no puede prever la totalidad de la vida administrativa; menos aún el legislador por más exceso de detallismo que trate de impregnar a la norma legal. Es imposible regular de antemano toda esa vida administrativa totalmente proteiforme, y encerrarla en envases normativos. Es dable prever de antemano ciertas contingencias, aún más en el caso del legislador, pero es imposible material y jurídicamente una previsión total de la forma y medidas del actuar administrativo. Por esta razón es que la discrecionalidad tiene un fundamento innegable e indiscutido (7).

Oponer pues acto discrecional a acto reglado sobre la base de que los primeros son irrecurribles y los segundos, no, carece de sentido. Todos los actos administrativos tendrán su cuota parte de discrecionalidad y la correspondiente de previsión legislativa que regle la conducta del administrador. Pero, según cada caso concreto, serán más o menos reglados, más o menos discrecionales, sin integrar dos categorías conformadas de actos administrativos y siendo perfectamente permisible su recurribilidad, aún aquellos que sean considerados los más discrecionales.

II.—Los límites del poder discrecional.

Si el contralor jurisdiccional del acto administrativo es un contralor de legalidad y no de oportunidad o conveniencia, es evidente que la conclusión que se impondría es que la discrecionalidad no sería nunca examinada en sede jurisdiccional. El margen de libertad de apreciar la

(6) BONNARD, *Précis cit.*, pág. 78.

(7) Así, FIORINI, *ob. cit.*, pág. 35 s.; BONNARD, *art. cit.*, pág. 365; WALINE, *art. cit.*, pág. 203; WELTER, *ob. cit.*, pág. 33; SAYAGUES LASO, *Tratado cit.*, pág. 407, etc.

oportunidad o conveniencia de la acción administrativa no podría ser el objeto de examen de un contralor de legalidad. Hasta aquí el razonamiento no ofrece dudas, ni merece observaciones.

Pero el ejercicio del poder discrecional reconoce límites que permiten el examen jurisdiccional, y es por esta vía que el contralor de legalidad se justifica respecto de actos más o menos discrecionales.

El problema pues se desplaza no ya a la consideración del contralor del ejercicio de la discrecionalidad administrativa sino a la averiguación de si la Administración en su acción, desbordó o no dichos límites. Si la Administración discrecionalmente puede decidir según su leal saber y entender, si actúa o no, y en caso afirmativo, cómo va actuar y qué medidas debe adoptar, también el juez administrativo puede examinar la acción administrativa discrecional a los efectos de determinar si con ella, se rebasaron o no los límites propios de su discrecionalidad. Y si esto sucedió, el juez puede perfectamente anular el acto o los actos discrecionalmente dictados, por razón de legalidad.

Corresponde señalar claramente que este examen jurisdiccional del actuar administrativo no implica en ningún momento un contralor de oportunidad o de conveniencia. El juez administrativo no puede ni debe sustituirse al administrador. Es un contralor de legalidad y esta razón de legitimidad encuentra justamente su fundamento en los límites mismos del ejercicio del poder discrecional.

¿Cuáles serían dichos límites?

a) En primer término, la actuación del administrador está subordinada a la observancia de normas jurídicas de superior valor formal: constitución y ley. Cualquiera sea la escuela de derecho a que el administrador participe, es evidente que el accionar administrativo debe ajustarse a normas formalmente superiores que las que la propia administración pueda o pretenda dictar. Puede

rrir, y desgraciadamente es frecuente en nuestros días, las normas legales posean una redacción insuficiente defectuosa, que den cierta latitud al administrador. Almente puede suceder con las normas reglamentarias. pues imprescindible que el intérprete desentrañe de textos, la solución exacta respecto hasta donde existe discrecionalidad para el agente administrador. Pero e suceder, dada la infinita variedad del mundo de la ministración que ni siquiera exista un texto oscuro o redactado, sino que simplemente no haya texto, ni discrecional, ni legal, ni reglamentario a aplicar. Existe discrecionalidad amplia para el administrador. Esto dudable. Pero, y aquí surge el primer límite a dicha discrecionalidad: el fin que preside toda actividad administrativa.

Este es uno de los límites más difíciles de vencer por el administrador cuando éste está empeñado en ejercer libremente el poder discrecional que dispone.

La Administración actuando discrecionalmente no puede actuar de acuerdo con sus simpatías o antipatías, ni, precisamente, a su real placer. No puede satisfacer inclinaciones personales de amistad o enemistad ni puede permitirse el lujo de hacer justicia como podría hacer un juez particular en su vida y con sus cosas privadas. El actuar administrativo está presidido por un fin de interés público que elimina la intervención o la persecución por un fin extraño (enemistad o amistad personal, nepotismo, nepotismo, persecución de cualquier índole política, religiosa, deportiva, etc.). Si el acto discrecional dictado en vistas a obtener un resultado querido por un fin extraño, el acto es evidentemente ilícito, contrario a los principios fundamentales que mueven la actividad administrativa y es posible de anulación jurisdiccional (8).

doctrina y la jurisprudencia en general son unánimes al respecto. V. *ob. cit.*, pág. 149.

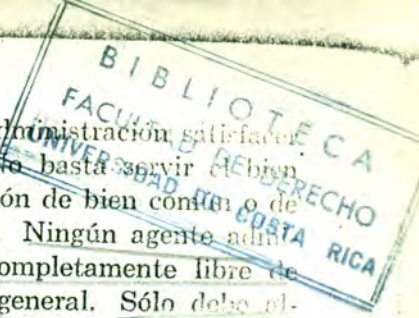
Pero, tampoco es dable a la Administración satisfacer cualquier fin de interés público. No basta servir el bien común o el interés general. La noción de bien común o de interés general es vaga e imprecisa. Ningún agente administrativo está autorizado, ni es completamente libre de satisfacer cualquier fin de interés general. Sólo debe alcanzar aquel fin de interés general que se inscribe en su función administrativa específica, que resulta de su propia competencia, determinada por textos jurídicos expresos o por principios generales de derecho. Esta segunda limitación es mucho más concreta que la anterior y en el examen jurisdiccional del acto revela una mayor fineza que los ejemplos que proporciona el apartamiento liso y llano del fin por razones de interés personal del administrador.

En cualquiera de ambos casos, apartamiento del fin por razones de interés personal o por otros fines públicos del que le es específico, la determinación del fin no integra la conveniencia o la oportunidad sino la legalidad del acto administrativo y su apartamiento conoce la sanción de nulidad por el juez administrativo. Esta nulidad se opera por desviación de poder (9). En este sentido puede afirmarse categóricamente que el fin es el límite externo, de mayor entidad, del poder discrecional.

b) Pero evidentemente no es el único límite. Hay otros. Estos surgen del análisis de la formación de la voluntad administrativa, que permite determinar claramente el campo de la discrecionalidad.

Para que medie un pronunciamiento administrativo, es necesario que preexistan antecedentes de hecho o consideraciones de derecho que impongan la actuación de la Administración. La Administración no actúa sin motivos, todo acto administrativo supone la existencia de ciertos presupuestos que la Administración debe evaluar. Es justamente en la apreciación de estos hechos que el proceso

(9) BONNARD, ob cit., pág. 138; PRAT, ob cit., pág. 155 s.



fin de interés general de su competencia

fin ley el ->

← FIA

Motivos

de volición administrativa se inicia. No debemos olvidar que estos antecedentes de hecho o de derecho son el fundamento del acto que la Administración va a dictar. Son sus motivos, su razón de ser. La Administración debe apreciarlos; aquí el margen de discrecionalidad es verdaderamente mínima, por no decir inexistente. Los motivos son o no son, existen o no existen. No influye en esta afirmación, la circunstancia de que sean motivos calificados, de índole técnica, etc. Más aún, ello es indiferente, ya que no altera los principios en juego.

Determinados los hechos o las circunstancias de derecho que motivan el actuar administrativo, la Administración debe examinarlos legalmente. Es su calificación legal; es el examen jurídico de los antecedentes. Lo que aquí se realiza en la interpretación de los textos jurídicos frente a los antecedentes apreciados como existentes. Nuevamente, en esta etapa, tampoco podemos entender que medie discrecionalidad, ya que lo que hay es una verdad legal. Si la calificación administrativa no se ajusta a los textos, es errónea, el acto que ella dicte será evidentemente ilegal en cuanto al fondo.

En la próxima etapa, una vez determinada la existencia de antecedentes y su calificación jurídica, corresponde a la Administración decidir si actúa o no. Si no actúa, si lo hará por pronunciamiento expreso u omite pronunciarse al respecto. Si actúa, qué medidas adoptará. Es lo que algunos autores (10) denominan "la apreciación de eventos futuros". Evidentemente, la Administración por encontrarse en mejor posición que cualquier otro para realizar esta apreciación, goza de discrecionalidad. Ella puede variar en cada caso concreto, ya que en algunas oportunidades podrá determinar la forma de actuar, el momento, el contenido del acto, etc. Y en otros casos, podrá estar limitada por los textos, pudiendo discrecionalmente precisar un solo aspecto y a veces, parcialmente.

(10) WALINE, *art. cit.*, pág. 217.

Es evidente que estas limitaciones al poder discrecional, vinculadas a otro elemento del acto administrativo, el motivo, permiten fijar algunos principios. Así, la Administración no puede, ni debe apreciar discrecionalmente la existencia de los antecedentes; tampoco dispone de discrecionalidad al calificarlos jurídicamente. Cabe sí, la apreciación discrecional respecto de las eventualidades futuras, pero aún en este caso, la Administración está obligada a actuar razonablemente, ya que toda libre apreciación en la acción de la Administración no puede convertirse en lisa y llana arbitrariedad, lo cual implicaría desbordar sus propios límites e incurrir en ilegalidad.

Es en estos sentidos que se ha orientado siempre la jurisprudencia administrativa. El juez administrativo controla la existencia de los antecedentes y si éstos no existen, es evidente que el acto se anulará por inexistencia del motivo. Tampoco el juez queda satisfecho con la calificación jurídica de los antecedentes, cumplida por la Administración. Si dicha calificación no se ajusta a derecho es evidente que impondrá la nulidad del acto administrativo.

La tarea del juez administrativo es harto delicada; más aún, en los casos en que no existe obligación de motivar los actos administrativos (11).

c) Por último, verificada la existencia de los motivos, calificados éstos jurídicamente y "apreciados los eventos futuros", la Administración puede emitir su decisión.

El administrador sigue siendo soberano de la oportunidad y de la conveniencia de la medida a dictar; el contenido del acto queda en principio, librado a la discrecionalidad de la Administración. Pero este margen de discrecionalidad comienza a reducirse cuando el legislador le impone dictar un determinado acto, dado un cierto ante-

(11) Así la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado Francés que considera que le pertenece, en los casos en que el acto impugnado se ha motivado, determinándose los hechos en que se funda, establecer si dichos hechos justifican la decisión.

cedente y desaparece totalmente cuando le obliga a intervenir preceptivamente, excluyéndole hasta la opción del momento en que el administrador va a actuar.

III.—Conclusiones.

De este breve análisis de los límites de la discrecionalidad podemos extraer algunas conclusiones de utilidad:

1º)—No existen actos discrecionales, ni un acto administrativo puede ser discrecional en su totalidad. Los actos administrativos serán más o menos discrecionales, más o menos reglados.

70 - discrecionales

2º)—Un acto administrativo puede ser más o menos discrecional por su contenido y por la valoración de los motivos en que se funda; jamás lo podrá ser por la existencia de los motivos, por la calificación jurídica de los mismos, ni por la finalidad que informa al acto. La Administración está pues, limitada en el ejercicio del poder discrecional y es en el examen de estos límites del poder discrecional que entra el contralor de legalidad ejercido por el juez administrativo (12).

3º)—Aún cuando se reconozca la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de un poder administrativo, ello no significa que la Administración está autorizada a actuar arbitrariamente, según su capricho. Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Si bien discrecionalidad es "libertad de determinar el sentido de una noción que delimitadamente los textos jurídicos han dejado indeterminada" (13), dicha determinación debe cumplirse dentro de los límites precedentemente expuestos.

discrecional

12 HOLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris 1947, pág. 349.

13 STASSINOPIULUS, *Traité des actes administratifs*, Atenas 1955, pág. 156.

4°)—Al contralor jurisdiccional le incumbe verificar, no la oportunidad o la conveniencia de los actos dictados por el administrador (14), en ejercicio de su discrecionalidad, sino si la Administración no ha desbordado los límites de su competencia discrecional. El examen de los límites de la discrecionalidad integra el contralor de legalidad del acto administrativo, pudiendo incluso fallar anulando el acto impugnado. Este contralor pues es de juridicidad y nunca oportunidad o conveniencia.

(14) Así ROLLAND, *ob cit.*, pág. 348 s.; señala: "Los tribunales administrativos son incompetentes para pronunciarse sobre la oportunidad; es un principio definitivamente establecido. Diferente es el caso en que la apreciación de la oportunidad está íntimamente ligada a la de la legalidad y en la medida en que es necesaria para solucionar la cuestión de legalidad".