

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO EN EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES

Por Zarina Ross y Christian Andersen

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- FACULTADES DISCRECIONALES, APROXIMACIONES CONCEPTUALES. 3.- LA MOTIVACIÓN Y SU CONCEPCIÓN EN LA ARGENTINA, FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES. 4.- LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA. 5.- REFLEXIONES FINALES.

1.- INTRODUCCIÓN.

Bien es sabido que el acto administrativo resulta ser una de las piezas más importantes del Derecho Administrativo, y se ha dicho respecto de éste que es un instrumento imprescindible de la acción administrativa, aportando seguridad jurídica, pues define y garantiza el contenido de relaciones jurídicas que vinculan a los ciudadanos y a la Administración¹.

Ello es así, pues la Administración Pública encuentra su límite de actuación en el denominado principio de legalidad, es decir que su proceder está sujeto al ordenamiento jurídico, a lo que cabe agregar que el accionar de ésta se encuentra sujeto a control.

Se afirma, que la Administración despliega su actuación ejerciendo facultades regladas (es decir, cuando su hacer se encuentra estrictamente contemplado en la norma), y ejerciendo facultades discrecionales (es decir, cuando la norma le otorga varias opciones igualmente válidas para proceder).

En el ejercicio de éstas últimas, es donde adquiere mayor relevancia el elemento motivación, siendo necesaria para verificar si se ha actuado conforme al ordenamiento jurídico.

¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *“Derecho Administrativo Parte General”*, Editorial Tecnos, Madrid 2018, 536.

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Así, en el presente se analizará el elemento motivación del acto administrativo, concretamente cuando la Administración ejerce facultades discrecionales, tratando de establecer las similitudes entre Argentina y España.

2.- FACULTADES DISCRECIONALES, APROXIMACIONES CONCEPTUALES.

En nuestro país, uno de los trabajos mejor realizados con relación a las facultades discrecionales de la Administración Pública, es el del Dr. Domingo Juan Sesin², quien sostiene que la Administración se encuentra subordinada a un orden jurídico conformado por la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho, estén o no en la Constitución.

A lo expuesto por el autor, es conveniente agregar que dicho ordenamiento jurídico, en la actualidad se encuentra integrado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que ostentan jerarquía constitucional, denominado comúnmente como “bloque de constitucionalidad”³.

Se define entonces a la discrecionalidad, como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa, con el objeto de que a través de una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete, creativamente, el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas⁴.

Otra parte de la doctrina ha agregado que la discrecionalidad administrativa importa, siempre una valoración y ponderación de intereses y un poder de elección para actuar en la realización del interés público⁵.

² Cfr. SESIN, Domingo Juan, “*Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial*”, 2da, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, 59/65.

³ CN artículo 75 inciso 22).

⁴ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo; SCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), “*Curso de Derecho Administrativo*” T. 1, 1ra. Reimpresión Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 103.

⁵ Cfr. CASARINI, Luis, “La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa” en “*Control de la Actividad Estatal I: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*” bajo la dirección de REGUEIRA, Enrique M. Alonso, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, 124-125, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la.../cae-casarini-motivacion.pdf (accedido por última vez el 24/03/2019).

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Por otro lado, en nuestro país, la Procuración del Tesoro de la Nación ha elaborado una definición indicando que: “... *se configura la discrecionalidad cuando un norma jurídica confiera a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de límites que imponen los principios generales del derecho...*”⁶.

Por otro lado, y trayendo a colación la doctrina española, es conveniente remitirse al trabajo realizado por el destacado catedrático, Dr. Jaime Rodríguez Arana Muñoz, quien recopila las definiciones dadas por diversos autores españoles. Así, expone que para García-Trevijano la discrecionalidad es una unidad de medida prefabricada por la propia administración para actualizar y aplicar los conceptos estándares que se encierran en las normas. Por otro lado, describe que para Villar Palasi, el meollo de la discrecionalidad se encuentra en la «actividad autónoma» de la administración, la cual viene marcada por el modo de determinación y el ejercicio de una actuación discrecional. Asimismo, señala que para García Oviedo y Martínez Useros, obrar discrecionalmente equivale a obrar libremente, con la salvedad de acomodar la conducta a un fin público específico, de forma que la diferencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario se percibe claramente: es una diferencia teleológica. Por último, destaca la definición dada por Mozo Seoane, quien entiende a la discrecionalidad como una cualidad de los actos administrativos de simple valor relativo que se contrae a la apreciación de la idoneidad del resultado de un acto, y, por consiguiente, a la determinación de su objeto o contenido que no afecta ni a la competencia del órgano productor ni al fin de su generación. Por eso, se dice que no hay actos discrecionales puros, y que todo acto discrecional lo es solo en parte, ya que, en otra parte, es reglado (competencia y fin), o puede serlo o no, mas sin necesaria correlación en ambas indeterminaciones (oportunidad y forma)⁷.

⁶ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, “*La Actividad Discrecional de la Administración Pública. Justa medida de Control Judicial*”, ED, Buenos Aires, 29/03/00, 3 y 4.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001-207/229. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085090.pdf>.

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

En consecuencia, surge tanto de la doctrina argentina como de la española que la nota característica de la discrecionalidad es la libertad de actuar de la Administración Pública, en determinadas ocasiones, apreciando el interés general. Pero como se dijera previamente, esa libertad de actuar tiene que estar sujeta en el ordenamiento jurídico, y ello está sometido a control.

Ello es así, porque la base fáctica que funda o determina la elección que lleva adelante la Administración Pública constituye un elemento objetivo condicionante de la conducta que luego desplegará, pues el derecho de la Administración de optar entre dos o más soluciones –igualmente justas, igualmente legítimas– supone el deber de justificar el porqué de tal elección y, paralelamente, por qué fueron desechadas las demás soluciones⁸.

Así, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en la causa “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”⁹ reconoció el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, en los elementos reglados de la decisión (competencia, forma, causa y finalidad) y en el examen de su razonabilidad, por ello, en este sentido adquiere relevancia el instituto bajo estudio, como condición necesaria para la validez del acto administrativo.

3.- LA MOTIVACIÓN Y SU CONCEPCIÓN EN ARGENTINA. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES.

De esa forma, la motivación en nuestro país es considerada dentro del elemento forma del acto administrativo¹⁰, como la exteriorización de la causa y de la finalidad

⁸ Cfr. CASARINI, 124.

⁹ CSJN Fallos: 315:1361 sentencia de fecha 23/06/1992.

¹⁰ Sobre este punto, es conveniente señalar que no toda la doctrina está de acuerdo con dicha postura, a modo de ejemplo cabe señalar la postura de CASARINI, Luis, en su trabajo “La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa” en “Control de la Actividad Estatal I: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial” bajo la dirección de REGUEIRA, Enrique M. Alonso, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, 122, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la.../cae-casarini-motivacion.pdf (accedido por última vez el 24/03/2019) quien sostiene: “Por ello, disintimos de aquellas doctrinas que asignan a la motivación de los actos administrativos el carácter de un mero requisito de forma –externa corporis–. Se trata de un requisito de fondo. Esencial. Un elemento estrechamente relacionado con la razonabilidad de la decisión, como así también con sustento

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

(artículo 7, inciso e. de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, N° 19549)¹¹, y es obligatoria, ya sea que ésta surja del texto del acto administrativo (motivación contextual) o bien de sus antecedentes (motivación in aliunde¹²), pero debe estar presente siempre previo a la emisión del acto, no siendo aceptable su integración posterior¹³.

Sostiene la doctrina argentina que la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones: por un lado permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad¹⁴, en tanto de ésta surgen los motivos de la decisión de la Administración y además sirve como garantía del derecho de defensa reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, es decir que se vincula a la tutela judicial efectiva. Y también se puede afirmar, que la motivación no sólo es la expresión de la causa sino también de la finalidad¹⁵.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la motivación del acto administrativo, se convierte en uno de los elementos más importantes del acto administrativo pues está directamente relacionada a la forma republicana de gobierno¹⁶.

En este entendimiento, la Dra. Gelli nos enseña que la república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley¹⁷.

constitucional y en los principios generales del Derecho, que no son otra cosa que derivaciones de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas”.

¹¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ta., 8/9/1998, “Alcade, Raúl Víctor v. Instituto de Obra Social del Ejército s/proceso de conocimiento”.

¹² La Corte ha aceptado esta doctrina en la causa "Arias, Guillermo", 02/04/1985- CSJN.

¹³ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo; SCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador). *“Curso de Derecho Administrativo”* T. 1, 1ra. Reimpresión Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 404.

¹⁴ Cfr. CASARINI, 122

¹⁵ CASARINI, 121.

¹⁶ Para desarrollar el tema conviene recurrir a COVIELLO, Pedro José Jorge, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de facultades discrecionales”, en *“Control de la Actividad Estatal I: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial”* bajo la dirección de REGUEIRA, Enrique M. Alonso, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, 129- 167, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la.../cae-casarini-motivacion.pdf (accedido por última vez el 24/03/2019).

¹⁷ Cfr. GELLI, María Angélica Editorial, *“Constitución comentada: Tomo I”*, Editorial: La Ley Primera Parte Capítulo Primero - Declaraciones, Derechos y Garantías Artículo 1° 5. Sistema republicano 5.3. Publicidad de los actos de gobierno.

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

En consecuencia, si los actos administrativos deben ser dados a conocer a la comunidad, más aún deben estar motivados, porque la motivación es la expresión de la causa, de los antecedentes de hecho y derecho que llevaron a la Administración a tomar la decisión que en dicho acto se plasma, vinculándose de esa forma directamente con el derecho de acceso a la información, como así también al ejercicio del derecho de defensa, tal como previamente se señalara, destacando que ambos tienen reconocimiento tanto constitucional como convencional¹⁸.

Con relación al derecho a acceder a información pública la Corte Suprema se ha expedido en varias causas¹⁹, siendo una de ellas “Giustiniani”²⁰, donde remitiéndose a un antecedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: “(…) *De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo control del Estado, tiene de manera clara las dos dimensiones, el individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (..). En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el*

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1/document/65A2028F-36A3-7E52-CF15-DB3C9E541B6D/anchor/ACFC7C77-8ED4-5B1A-F9E6-30B2C5136CEE>. (última vez consultado en 25/03/2019).

¹⁸ Cfr. ROSS, Zarina Eladia, “La actividad discrecional de la Administración y la motivación del acto en el caso del empleo público en Tierra del Fuego”. *Revista Derechos En Acción*, 8(8) (2018), 410-431, En <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/6052> última vez consultado en 24/03/2019.

¹⁹ “CIPPEC c/EN- M° de Desarrollo social- dto 1172/03 s/amparo por mora ley 16986”, Fallos 337:256 (2014); “Oehler, Carlos A.”, Fallos 337:1108 (2014); “Stolbizer, Margarita c/ EN – MO Justicia DDHH s/ amparo ley 16.986” (2015); Garrido, Carlos Manuel c/ EN – AFIP s/ amparo ley 16.986”, Fallos 339:827 (2016) y recientemente “Savoia, Claudio Martín c/ EN – Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986” (2019).

²⁰ CSJN “Giustiniani , Rubén Héctor c/ YPF SA- s/amparo por mora” Fallos 338:1258

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso".

Por otro lado, y concretamente a lo que hace al ejercicio del derecho de defensa, en el caso de actos administrativos que afectan derechos subjetivos, aquel se puede ejercer con mayores y mejores argumentos si se conocen los fundamentos por los cuales la Administración toma determinada decisión. La falta de motivación no tan sólo afecta la tutela judicial efectiva sino que también tiene incidencia sobre la tutela administrativa efectiva, reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas Astorga Bracht²¹, Losicer²², y Bonder Aaron²³.

Asimismo, no puede dejar de advertirse que tanto el derecho al acceso a la información pública como el ejercicio del derecho de defensa, son derechos fundamentales, por ello cuando un acto administrativo no cuente con motivación, podría calificarse al mismo como inconstitucional e incluso inconvenional²⁴.

Cabe preguntarnos entonces si es siempre necesaria la presencia de la motivación en el acto administrativo que se dicta en ejercicio de facultades discrecionales, pregunta cuya respuesta debe ser en sentido positivo, indicando que los mismos deben estar siempre motivados.

La motivación del acto debe ser la regla y no la excepción, y aun cuando no exista una norma que de modo expreso así lo exija, la obligación se halla íntimamente relacionada con la moralidad administrativa²⁵.

Sobre lo expuesto la Corte ha desarrollado en los últimos años, una interesante jurisprudencia, sobre la temática y a modo de ejemplo se pueden mencionar, las causas, “Schnaiderman Ernesto Horacio c/Estado Nacional- Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (Recurso de Hecho)”²⁶ sentencia del 8 de abril de 2008, donde la Corte se remitió al dictamen de la Procuradora; “Micheli, Julieta E.

²¹ CSJN “Astorga Bracht”, Fallos, 327:4185, sentencia de fecha 14 de octubre de 2004.

²² CSJN “Losicer”, Fallos, 335:1126, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

²³ CSJN “Bonder, Aaron”, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013.

²⁴ Cfr. Ross, 422.

²⁵ CASARINI, 123

²⁶ CSJN Fallos: 331:735

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

v. Estado Nacional- Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos” sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009 y “Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN –Sindicatura General de la Nación – resol. 58/03- 459/03 s/ empleo público”²⁷.

En los antecedentes mencionados surge con claridad la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, en materia de actos discrecionales, estableciendo en primer lugar que cuando la Administración dicta actos en ejercicio de facultades discrecionales, ello no la exime del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7° de la LNPA, y en segundo lugar que en el caso concreto de la motivación, ésta debe estar presente con mayor recaudo, pues es el elemento que permite conocer la causa del acto administrativo, es decir, los antecedentes de hecho y derecho que le dan razón de ser, y de esa forma se evita la posible existencia de desvío de poder, directamente vinculado con la finalidad del acto administrativo²⁸.

4.- LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA.

Resulta interesante en este punto abordar la temática desde el derecho comparado a fin de destacar la importancia del instituto bajo análisis.

Así, al igual que en nuestro país, en España, la motivación del acto administrativo es entendida como una manifestación y exigencia del principio de transparencia y además está vinculada al derecho de los ciudadanos a la buena administración (artículo 41.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Tiene por finalidad permitir conocer los motivos de una decisión para poder contrastarlos jurídicamente y, en su caso impugnarla, es decir que los interesados tienen derecho a conocer las razones de las decisiones administrativas que les afecten, por un lado para poder defender sus derechos e intereses legítimos y por otro lado, como control social de la Administración, alcanzando entonces no solo a los actos donde se afecten derechos individuales²⁹.

Actualmente, en el ordenamiento Español, la motivación se encuentra contemplada en el artículo 35 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las

²⁷ CSJN Fallos 334:1909

²⁸ ROSS, 420.

²⁹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 546.

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

administraciones públicas³⁰, donde taxativamente se enuncian los actos administrativos que deben estar motivados, ello en clara diferencia a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos³¹, donde el artículo 7° no distingue entre los tipos de actos administrativos.

Ahora bien, el instituto bajo análisis es definido por la doctrina como una manifestación de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa, por el sentido racional del servicio al interés general que debe expresar toda manifestación de la actuación administrativa³². Aquella objetividad en el actuar administrativo, se encuentra plasmada en el artículo 103.1 de la Constitución Española³³. A su vez la objetividad, se satisface a partir de la racionalidad. Por eso, el Tribunal Supremo, en una sentencia del 10 de marzo de 2004 dice que la motivación, como ingrediente formal del acto administrativo, se cumple si del contenido del acto se deducen las razones determinantes de lo resuelto en el mismo³⁴.

Por otro lado, la motivación es también una garantía de los derechos de los particulares, que así podrán conocer las razones que han impulsado a la administración pública a resolver en una determinada dirección y no en otra. La ausencia de motivación, puede entenderse como un vicio merecedor de nulidad de pleno derecho, pues provoca indefensión y se conculca así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución³⁵.

³⁰ Antes se encontraba contemplada en el artículo 54 de la Ley Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común del 26 de noviembre de 1992.

³¹ Ley Nacional N° 19549.

³² Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 216. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085090.pdf>

³³ Constitución Española: 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 217. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085090.pdf>

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 217. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085090.pdf>

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

No obstante ello, y a diferencia de lo que sostiene la doctrina en nuestro país, se ha señalado que la motivación es un requisito esencial en los casos en que se exige, por eso un acto no motivado es en apariencia un acto arbitrario, pues dicha apariencia puede ser despejada cuando la Administración aporta la motivación, incluso luego, siempre que no limite las posibilidades de defensa del interesado. De ahí que en ciertos casos, la jurisprudencia admitió que el defecto de motivación del acto originado se subsana con la motivación del acto que resuelve el recurso de alzada o de reposición contra el mismo (SSTS de 15 de marzo de 1999 y 29 de julio de 2002), cuando ello no supone la indefensión material de quien lo impugna³⁶.

Por otro lado, cabe preguntarnos si así como en Argentina, en la madre patria se acepta la motivación in aliunde. De esa forma, se dijo que si bien lo normal sería que la motivación se encuentre en la redacción del acto, aquella puede deducirse del conjunto del expediente. En estos casos, el particular habrá de tener acceso al expediente, pues si no tiene la posibilidad de acceder a los mismos nos encontraríamos en un caso de indefensión³⁷.

Ahora bien, con relación a la motivación en los actos que la Administración dicta en ejercicio de poderes discrecionales, la doctrina y jurisprudencia española ha coincidido en que ésta es fundamental, pues en dichos supuestos se produce un juicio o una ponderación administrativa que lleva a la opción por una determinada solución de entre varias legalmente posibles, por lo que las exigencias generales de objetividad —que siempre acompañan a la actividad administrativa— son particularmente intensas³⁸.

Así como en nuestro país, la jurisprudencia española, parece inclinarse por la existencia de una exigencia constitucional general de motivación, la cual se desprende del

³⁶ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 548

³⁷ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 219. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085090.pdf>

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 220. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085090.pdf>

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

contexto constitucional, y especialmente de los artículos 9, 103 y 106³⁹. Y si bien, la Ley 39/2015, en su artículo 35, sólo exige la motivación para una serie de actos, la motivación general es exigible a todos los actos administrativos en el Estado de derecho, sin perjuicio de que, en determinados casos, debido a su especial relevancia, esta deba ser especialmente cuidadosa (como en el caso de los actos discrecionales)⁴⁰.

Concretamente el artículo 35. i) de la Ley N° 39/2015⁴¹, hace referencia a los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, en clara diferencia con lo que sucede en nuestro país, donde la obligación de motivar este tipo de actos, surge no de la norma sino de una evolución jurisprudencial, entendida en la vigencia del Estado constitucional de derecho.

Así como lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Consejo de Presidencia antes mencionada, la doctrina y jurisprudencia española enseñan que la discrecionalidad del acto nunca es absoluta o total, pues siempre habrá algún elemento del acto de naturaleza reglada, procedimental o formal. Como ha señalado también el Tribunal Supremo en su sentencia del 3 de febrero de 1998, cuando procede en el marco de la discrecionalidad, la Administración Pública «ha de apreciar y considerar, con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, reflejando consecuentemente en la resolución, mediante una motivación suficiente y congruente [...] las causas que determinen circunstancialmente, la concesión o no (sobre todo en caso de denegación) de la licencia o autorización»⁴².

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 222. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085090.pdf>

⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 223. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085090.pdf>

⁴¹ i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

⁴² Cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, *Derecho PUCO, Revista de la Facultad de Derecho*, 67-2001- 227. Consultado 24/03/2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085090.pdf>

Título: La motivación del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales.

Autores: Zarina Ross y Christian Andersen

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

5.- REFLEXIONES FINALES.

A modo de colofón de lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que la motivación del acto administrativo es uno de los elementos de mayor trascendencia en la conformación de la declaración administrativa que se plasma en el acto, pues la presencia de ella deriva directamente de la Constitución tanto argentina como así también de la española, tiene vinculación con el derecho al acceso a la información pública, y al derecho de defensa por medio del cual se garantiza la efectiva tutela administrativa y judicial.

La motivación deviene de la esencia misma del derecho a la buena administración que se reconoce a los ciudadanos y por lo tanto su omisión en el acto administrativo lleva como consecuencia la declaración de nulidad del mismo, más aún en aquellos casos en que la Administración ejerce potestades discrecionales en tanto la libertad de actuación de ésta se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico, siendo susceptible de control judicial.