

Control judicial de la discrecionalidad administrativa tras la reforma de la Ley 19.549: intensidad del escrutinio, proporcionalidad y remedios jurisdiccionales

I. Introducción

Un juez federal recibe la impugnación del cese de una funcionaria dispuesto "por razones de servicio". La Administración obró dentro de su competencia, siguió un procedimiento formalmente correcto y ejerció una facultad que la norma le reconoce como discrecional. ¿Puede el juez revisar esa decisión? Si la revisa y la encuentra inválida, ¿puede decir quién debía ocupar el cargo, o sólo puede anular y devolver el asunto a la Administración? Y si anula, ¿anula porque el acto es "manifiestamente arbitrario" o porque, con un estándar más exigente, no justificó suficientemente la elección? Estas tres preguntas —qué controla el juez, con qué profundidad y con qué consecuencia— concentran el problema de este trabajo. El caso no es hipotético: corresponde, en lo sustancial, a "Scarpa", que la Corte Suprema resolvió en 2019 y que se examina más adelante.

La discusión argentina sobre la discrecionalidad recorrió durante décadas un camino que hoy puede darse por concluido en su primer tramo. Se admitió primero que ciertos actos de "mérito, oportunidad o conveniencia" quedaban sustraídos a la revisión judicial; luego, jurisprudencia y doctrina desmontaron esa premisa hasta consolidar el postulado de que también los actos discrecionales se controlan. Ese punto de llegada es el punto de partida de este artículo. Sostener que "los actos discrecionales también se controlan" ya no resuelve controversias: describe un consenso, no un método.

El interrogante fértil es otro. Admitido el control, la cuestión contemporánea se desplaza desde su *existencia* hacia dos problemas que conviene mantener separados y que la doctrina tiende a confundir: la *intensidad del escrutinio* con que el juez examina la juridicidad de la decisión, y la *intensidad del remedio* que corresponde una vez detectado el vicio. Anticipo la tesis que este trabajo procura demostrar y que constituye su aporte principal: ambos problemas son distintos y no necesariamente correlativos. Un escrutinio judicial riguroso puede y suele combinarse con un remedio institucionalmente contenido. El juez puede revisar en profundidad la causa, la motivación y la razonabilidad de una decisión, declararla inválida y, sin embargo, devolver el asunto a la Administración si subsisten varias soluciones jurídicamente admisibles. La máxima exigencia de juridicidad no equivale a la máxima intensidad substitutiva.

El trabajo se sitúa tras la reforma integral de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 por la Ley 27.742, que positivizó de modo expreso principios antes elaborados por la jurisprudencia —juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, entre otros— y reformuló el régimen del acto administrativo y de su invalidez.¹ Un objetivo del artículo es preguntar, sin respuesta presumida, qué agrega esa positivización al control judicial: si fortalece los estándares, si sólo los declara, o si —como se sostendrá respecto de la proporcionalidad— crea problemas interpretativos nuevos que la reforma no resuelve.

Conviene delimitar desde el inicio el alcance. El trabajo examina el régimen nacional de procedimiento administrativo y el control judicial en el ámbito federal argentino, y dentro de la reforma se concentra en un subconjunto de temas: los principios del artículo 1° bis, los requisitos del acto, la discrecionalidad, el régimen de invalidez y los remedios judiciales. No pretende comentar la totalidad de una reforma que alcanzó también al silencio administrativo, a los plazos, a la impugnación y a los contratos, materias que quedan fuera de estas páginas salvo en lo que incidan sobre el problema central.

El método combina el análisis del derecho positivo vigente, el examen crítico de la jurisprudencia de la Corte —distinguiendo con cuidado lo resuelto por la mayoría, lo que proviene de un dictamen de la Procuración al que el Tribunal remite, lo relatado como decisión de la instancia inferior y lo sostenido en disidencia— y un uso deliberadamente acotado del derecho comparado. La posición de fondo es de equilibrio institucional y exigencia jurídica: control intenso de la juridicidad, deferencia acotada en la elección administrativa que el ordenamiento haya reservado legítimamente al órgano.

II. La discrecionalidad como modalidad de ejercicio de potestades jurídicas

Definir la discrecionalidad como "libertad de la Administración" es cómodo y equívoco. Sugiere un espacio de indiferencia jurídica que el Estado de derecho no admite. La discrecionalidad es una forma de vinculación, no su ausencia: el ordenamiento, en lugar de imponer una única conducta debida, habilita al órgano a optar entre varias soluciones que él mismo reputa admisibles, dentro de un marco de competencia, procedimiento y finalidad.

¹Ley 27.742, "Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos" (B.O. 8/7/2024), Capítulo III del Título II, que sustituye e incorpora diversos artículos de la Ley 19.549. En particular, art. 24 (sustituye art. 1°), art. 25 (incorpora art. 1° bis), art. 27 (sustituye art. 7°), arts. 34 y 35 (sustituyen arts. 14 y 15).

Elegir no es hacer lo que se quiere; es optar allí donde la norma quiso que se optara y sólo entre lo que la norma consintió.

La distinción entre potestad reglada y potestad discrecional conserva utilidad si se la entiende como continuo y no como dicotomía. En la actividad reglada la norma predetermina la conducta debida; en la discrecional deja al órgano la valoración de la oportunidad, el contenido o la modalidad. Pero rara vez un acto es enteramente reglado o enteramente discrecional: lo común es la mezcla, y la proporción entre una y otra dimensión varía. La Corte lo reconoció al aludir a supuestos donde la discrecionalidad aparece cuantitativamente más atenuada que la regulación, y a la inversa.² Esa gradación importa: cuanto mayor la porción reglada, más denso el control disponible; cuanto mayor la discrecional, más se estrecha —sin desaparecer— el margen de revisión sobre el núcleo de la elección.

La diferencia con la arbitrariedad no debe despacharse con una fórmula. Discrecionalidad es margen jurídicamente permitido de elección; arbitrariedad es su desnaturalización. El interés reside en identificar el pasaje concreto de una a otra. Hay arbitrariedad cuando el acto se aparta del bloque de juridicidad, cuando prescinde de los hechos o los desfigura, cuando emplea la potestad para un fin ajeno a aquel para el que fue conferida, o cuando la solución escogida no guarda relación racional con sus antecedentes ni con la finalidad legal. La arbitrariedad no es un exceso de discrecionalidad sino su negación: allí donde el órgano debía elegir con criterios jurídicos y no lo hizo, no ejerció una facultad, abusó de ella. Por eso el control de la arbitrariedad no invade el margen de decisión; lo custodia.

Esta comprensión tiene un correlato jurisprudencial que conviene fijar temprano porque estructura buena parte del argumento posterior. La Corte ha sostenido que el control jurisdiccional de los actos discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero que ello no autoriza al juez a sustituir a la Administración en aspectos que no presenten esos vicios, porque la competencia jurisdiccional es "revisora, no sustitutiva".³ La fórmula sintetiza el equilibrio que este trabajo defiende: contiene una habilitación amplia de control —lo ilógico, lo abusivo, lo arbitrario— y un límite igualmente

2CSJN, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo", Fallos 315:1361 (23/6/1992), en cuanto alude a supuestos en los que la discrecionalidad aparece cuantitativamente más atenuada que la regulación, y a la inversa.

3CSJN, "Degremont S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego", Fallos 327:548 (16/3/2004), y su reiteración posterior; la fórmula caracteriza la competencia jurisdiccional como "revisora, no sustitutiva". Véase infra, nota 29.

claro —la prohibición de reemplazar la elección válida—. No es deferencia ante el poder ni activismo sustitutivo; es una distribución de tareas.

III. Conceptos jurídicos indeterminados y apreciaciones técnicas

Dos categorías vecinas condicionan la intensidad del escrutinio y exigen deslinde. Los conceptos jurídicos indeterminados —"interés público", "idoneidad", "razones de servicio", "oferta más conveniente"— son expresiones que la norma no define con precisión pero cuya aplicación reclama, en cada caso, una respuesta jurídicamente correcta. La doctrina de raíz europea que más influyó entre nosotros los distingue de la discrecionalidad: en el concepto indeterminado, se afirma, la ley remite a una realidad que admite una única solución justa que el intérprete debe hallar; en la discrecionalidad, la ley admite una pluralidad de soluciones entre las que el órgano opta.⁴

La tesis merece adhesión matizada. Es cierto que muchos conceptos indeterminados, en su zona de certeza, admiten una única respuesta admisible, y allí el control debe ser pleno. Pero entre las zonas de certeza positiva y negativa suele mediar una franja de penumbra en la que la aplicación del concepto reclama una apreciación no reducible a un dato unívoco, y sostener que también allí existe siempre una única solución justa es más un postulado que una descripción. Conviene, además, no clasificar las expresiones en abstracto: una misma fórmula funciona de manera distinta según la estructura de la norma habilitante. "Oferta más conveniente" es ilustrativo. Sería un error afirmar que la oferta más cara nunca puede ser la más conveniente: en la contratación pública, la conveniencia no se identifica con el menor precio, sino que integra calidad, plazos, condiciones técnicas, antecedentes del oferente y ajuste al pliego. El concepto habilita una valoración comparativa reglada por el pliego y por los principios del régimen, controlable en su racionalidad, aunque no reducible a una operación aritmética.

La discrecionalidad técnica plantea un problema análogo con otro ropaje. Se la invoca cuando la decisión reposa sobre saberes especializados —juicios médicos, evaluaciones de riesgo, calificaciones de exámenes, apreciaciones económicas— y se sugiere que su carácter técnico la sustrae al control del juez. La categoría debe recibirse con cuidado, porque agrupa realidades que conviene separar: la comprobación de datos, la metodología empleada, las

⁴García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas; Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976. Para una crítica desde la dogmática alemana, Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

inferencias técnicas a partir de esos datos, la valoración experta y, distinta de todas ellas, la eventual elección discrecional apoyada en información técnica. El juez puede controlar con intensidad las premisas fácticas falsas, la metodología irracional o no reconocida, la contradicción interna, la omisión de evidencia decisiva, la desviación y la motivación. Lo que exige justificación cuidadosa es el paso siguiente: reemplazar una valoración especializada admisible por otra. "Deferencia" no es aquí una palabra mágica que clausure el control, sino la designación de una actitud acotada —prudencia epistémica ante lo que el juez no está institucionalmente mejor situado para decidir— que opera únicamente sobre ese residuo valorativo y no sobre los presupuestos verificables de la decisión. Sostener que la técnica, por serlo, se sustrae al derecho conduce a una tesis incompatible con el Estado de derecho, porque toda actividad jurídica de la Administración es, por definición, controlable por los jueces.⁵

IV. De un ámbito de "mérito" exento a la juridicidad plena

La trayectoria del problema tiene un sentido unívoco. El punto de partida fue una concepción que reservaba a la Administración un ámbito de "mérito, oportunidad o conveniencia" inmune a la revisión. El giro se produjo cuando se comprendió que la oposición pertinente no corre entre lo reglado y lo discrecional, sino entre juridicidad y ajuridicidad. Todo acto, reglado o discrecional, debe respetar el bloque de juridicidad; y el que lo respeta es, en esa medida, válido. La pregunta se uniformó: ¿se ajustó el acto al derecho aplicable, incluidos sus principios? Formulada así, no admite zonas exentas.

El precedente que ordenó estas ideas fue "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", de 1992.⁶ La Corte admitió el control de los elementos reglados de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales —competencia, forma, causa y finalidad— y encuadró en la finalidad el examen de la desviación de poder. El fallo fijó, además, una pauta que suele olvidarse: aunque el control procede, quien alega los vicios de causa o desviación de poder debe acreditarlos, y en el caso la Corte concluyó que no se había demostrado que el levantamiento del programa radial obedeciera a una finalidad distinta de la invocada, de modo que no se desvirtuó la presunción

⁵Sobre el tratamiento diferenciado de datos, método, inferencia y valoración técnica, y el rechazo a inmunizar la "discrecionalidad técnica", Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma-LexisNexis, 2ª ed., 2004; y Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006.

⁶CSJN, Fallos 315:1361, cit.

de legitimidad.⁷ La lección es doble: el control existe, pero sobre la base de una carga probatoria que pesa sobre quien impugna, y su resultado es la anulación de lo que se demuestre viciado, no una anulación automática.

Sobre esa base se consolidó la fórmula según la cual la legitimidad del acto se integra con la legalidad y la razonabilidad, y es esa legitimidad la que permite a los jueces verificar el cumplimiento de las exigencias legales ante planteos concretos.⁸ La razonabilidad ingresó así al núcleo del control como componente de la validez. El tránsito quedó completado: de un ámbito de mérito exento se pasó a un principio de juridicidad que abarca la razonabilidad y no reconoce reductos inmunes. Lo que restaba por definir —y es lo que este trabajo aborda— no era ya si se controla, sino con qué intensidad y con qué consecuencia.

V. La reforma de la Ley 19.549: qué cambia y qué no

La Ley 27.742 incorporó como artículo 1° bis un catálogo de principios fundamentales del procedimiento: juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela administrativa efectiva, simplificación administrativa y buena administración.⁹ Y reformuló el artículo 7, conservando en su inciso f) la exigencia de finalidad y la interdicción de fines encubiertos, y añadiendo que las medidas del acto deben ser "razonables y proporcionalmente adecuadas" a la finalidad.¹⁰ La razonabilidad y la proporcionalidad dejaron de ser construcciones pretorianas para convertirse en texto legal, como principios rectores y como recaudos de validez.

¿Qué agrega esa positivización? La respuesta debe desagregarse. En un primer plano, mucho de lo incorporado codifica estándares que la Corte ya había elaborado: la razonabilidad como componente de la legitimidad, la motivación como requisito esencial, la interdicción de la desviación de poder eran doctrina consolidada antes de 2024. Buena parte de la reforma, en este sentido, es declarativa, según coinciden los primeros análisis especializados.¹¹

⁷La Corte admitió el control de los elementos reglados en actos discrecionales y examinó los vicios de causa y desviación de poder, concluyendo que no se acreditó que la medida respondiera a una finalidad distinta de la invocada, por lo que se mantuvo la presunción de legitimidad. Sobre este precedente, Coviello, Pedro J. J., "Las pautas jurisprudenciales para el control de las potestades discrecionales. El caso 'Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca...'", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, 2006.

⁸La fórmula "legitimidad, constituida por la legalidad y la razonabilidad" se reitera en la jurisprudencia con cita de Fallos 307:639 y 320:2509 ("Solá, Roberto y otros", 25/11/1997).

⁹Ley 19.549, art. 1° bis (incorporado por art. 25 de la Ley 27.742).

¹⁰Ley 19.549, art. 7, inc. f) (sustituido por art. 27 de la Ley 27.742): las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas a la finalidad, sin perseguir encubiertamente fines distintos.

¹¹En este sentido, entre los primeros análisis de la reforma, Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *La Ley*, supl. del 17/9/2024, y *Revista de Derecho Administrativo* 2024-155,

En un segundo plano, la positivización no es jurídicamente inocua aunque no cree estándares *ex novo*. Trasladar un principio desde la jurisprudencia al texto legal altera la carga argumentativa —quien invoca la razonabilidad o la proporcionalidad se apoya ahora en la ley, y quien las resiste discute contra el texto— y provee un anclaje de control más firme, porque el juez no necesita derivar su competencia de revisión de una inferencia constitucional. La preeminencia de los principios sobre las soluciones puramente subsuntivas modifica, además, el modo del razonamiento aplicativo, en el que la ponderación adquiere un lugar más visible.

Conviene resistir dos lecturas exageradas. La primera diría que, como todo estaba ya en la jurisprudencia, la reforma es irrelevante; se ha visto que no lo es. La segunda sostendría que la positivización de la proporcionalidad habilita un escrutinio más intenso, con potestad judicial de ponderar la necesidad y el balance de la medida como si el juez fuera un legislador de segundo grado. Esta segunda lectura debe rechazarse. La ley incorporó la proporcionalidad como estándar de validez del acto y como principio del procedimiento; no reguló la intensidad del control judicial ni la potestad remedial de los tribunales. No es que el silencio del legislador "prohíba" un control más intenso —sería un argumento *ex silentio* excesivo—; es, más modestamente, que la reforma no contiene una habilitación positiva para ampliar la potestad sustitutiva de los jueces, de modo que de la incorporación de la proporcionalidad no puede deducirse una modificación de la distribución institucional de competencias. Esa distribución sigue rigiéndose por la Constitución, por la atribución legal de competencia a la Administración y por la jurisprudencia sobre jurisdicción revisora que se analiza más adelante. La reglamentación por el Decreto 695/2024, que adecuó el Reglamento de Procedimientos Administrativos a la reforma, confirma esta lectura: operó sobre el procedimiento, no sobre el poder remedial del juez.¹²

VI. Los elementos reglados y el control de juridicidad

El control de la discrecionalidad se ejerce, en primer término, sobre lo que en ella hay de reglado, y el artículo 7 ofrece el mapa. La competencia (*inc. a*) es siempre reglada: resulta de la Constitución, las leyes y los reglamentos, y su ejercicio es obligatorio e improrrogable.¹³

273; Perrino, Pablo E., "La reforma al régimen de los recursos administrativos producidos en la Ley 27.742", en *Bases para la libertad. Estudios sobre la reforma de la LNPA*, Facultad de Derecho, UBA, 2025; Canda, Fabián O., "Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA", en la misma obra colectiva.

¹²Decreto 695/2024 (B.O. 5/8/2024), Anexo I, que aprobó la reglamentación del Título II de la Ley 27.742 y, en su Capítulo III, adecuó el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72, t.o. 2017) a la reforma; con posterioridad, el Decreto 971/2024 introdujo precisiones sobre el silencio con sentido positivo.

¹³Ley 19.549, arts. 3 y 7, *inc. a*).

La causa (inc. b) —los hechos y antecedentes y el derecho aplicable— es controlable en su existencia y en su calificación: la discrecionalidad recae sobre la elección de la consecuencia, no sobre la invención de los presupuestos. El objeto (inc. c) debe ser cierto y posible; el procedimiento (inc. d) exige cumplir los trámites previstos y los implícitos, entre ellos la tutela administrativa efectiva y el dictamen jurídico previo cuando el acto pueda afectar derechos.¹⁴ La motivación (inc. e) reclama expresar en forma concreta las razones del acto. La finalidad (inc. f) obliga a ajustarse al fin de la norma habilitante y añade la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.

De este inventario se sigue una consecuencia práctica de primer orden: numerosas controversias pueden resolverse mediante el examen de los elementos reglados, sin necesidad de ingresar al núcleo de la elección. Antes de preguntarse si la opción administrativa fue la mejor —pregunta que, se verá, casi nunca corresponde al juez—, hay que verificar competencia, hechos, procedimiento, razones y fin. Agotar el examen de los elementos reglados antes de acercarse al reducto discrecional es la técnica de control más segura y menos invasiva. La circunstancia de obrar en ejercicio de facultades discrecionales no exime del cumplimiento de los recaudos que para todo acto exige la ley 19.549.¹⁵

VII. Motivación y discrecionalidad

La motivación ocupa un lugar singular en el control de la discrecionalidad. Es la exteriorización de las razones que justifican el acto: no la invocación de la norma habilitante, sino la explicitación concreta de por qué, ante los hechos del caso y a la luz del fin legal, se adoptó la decisión adoptada.

Suele enunciarse una regla —"a mayor discrecionalidad, mayor motivación"— que conviene formular con cuidado, evitando convertirla en una proporción matemática. Lo defendible no es que cada incremento de discrecionalidad eleve mecánicamente la exigencia de justificar, sino que la motivación adquiere especial relevancia cuando la norma no predetermina la solución. En la actividad reglada, la ley provee de antemano la justificación de la decisión: constatado el supuesto de hecho, se conoce la razón de la consecuencia. En la discrecional, la razón de la elección no está en la norma sino en el acto, y sólo la motivación permite controlar la causa, la finalidad y la razonabilidad. Esto no significa que la actividad reglada quede dispensada de motivar —hay actos reglados que exigen motivación intensa—,

¹⁴Ley 19.549, art. 7, inc. d).

¹⁵Doctrina reiterada de la Corte: infra, "Lema", "Schnaiderman" y "Scarpa".

ni que más motivación sea siempre mejor motivación. Importa distinguir la intensidad de la obligación de justificar de la extensión material del texto: una decisión no está mejor motivada por ser más extensa, y la Corte ha señalado que el recaudo de motivación debe adecuarse a la índole particular de cada acto, de modo que la modalidad de justificación de una decisión singular no será la de una decisión de alcance general, técnica o masiva.¹⁶

La jurisprudencia de la Corte construyó una línea coherente sobre este punto, que conviene reconstruir con precisión de fuentes. En "Lema", de 2001, el Tribunal coincidió con el dictamen del Procurador General y sostuvo que, tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, la motivación resulta aún más necesaria, y que su ausencia descalifica el acto.¹⁷ En "Schnaiderman", de 2008, la Corte —esta vez por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal— reiteró que el ejercicio de facultades discrecionales para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba no exime de verificar los recaudos del artículo 7, ni del sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión pública, y advirtió que es impropio confundir la discrecionalidad con la irrazonabilidad.¹⁸ El criterio se reiteró en "Villar c/ COMFER", de 2015, donde volvió a considerarse viciada la motivación por la ausencia de fundamentos para cancelar designaciones supeditadas a la acreditación de idoneidad.¹⁹

El caso más rico de la línea es "Scarpa", de 2019, y su análisis exige el mayor cuidado en la lectura de los votos, porque el borrador de este trabajo lo describía de manera imprecisa. El pronunciamiento no fue suscripto por cinco jueces: firmaron la jueza Highton de Nolasco según su voto, los jueces Maqueda y Rosatti, y el presidente Rosenkrantz en disidencia; Lorenzetti no integró el fallo.²⁰ Existe una doctrina común a quienes confirmaron la invalidez —

16CSJN, "Lema, Gustavo Atilio c/ Estado Nacional -Ministerio de Justicia de la Nación- s/ juicios de conocimiento en general", Fallos 324:1860 (2001), en cuanto el recaudo de motivación debe adecuarse, en su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo.

17CSJN, "Lema", Fallos 324:1860, cit., considerando 1º: el Tribunal coincidió con lo dictaminado por el Procurador General en cuanto a que, por tratarse del ejercicio de facultades discrecionales, la motivación resulta aún más necesaria, y no se desvirtuaron las razones que descalificaron un acto carente de motivación suficiente.

18CSJN, "Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", Fallos 331:735 (8/4/2008), por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, del que surge que el ejercicio de facultades discrecionales no justifica la omisión de los recaudos del art. 7 de la ley 19.549 ni del sello de razonabilidad, y que es impropio confundir discrecionalidad con irrazonabilidad. La doctrina invoca Fallos 307:639 y 320:2509.

19CSJN, "Villar, Lisandro Nelson c/ COMFER s/ contencioso administrativo", CSJ 342/2012 (48-V)/CS1 (16/6/2015), que reiteró el criterio de "Schnaiderman" al considerar viciada la motivación por la falta de fundamentos para cancelar designaciones supeditadas a la acreditación de idoneidad.

20CSJN, "Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986", FRO 9979/2015/CS1, sent. del 22/8/2019 (publicada en Fallos 342; no se consigna aquí la página por no haber podido corroborarse en fuente oficial). El pronunciamiento lleva la firma de la jueza Highton

Maqueda, Rosatti y Highton—: respecto de los actos discrecionales el control judicial alcanza tanto los elementos reglados (competencia, forma, causa, finalidad y motivación) como la razonabilidad, y la sola invocación de "razones de servicio", sin referencia a ningún hecho concreto, no constituye motivación suficiente del cese, que por ello resulta inválido. Pero hay una formulación más exigente que no fue compartida por todos: la proposición según la cual el ejercicio de facultades discrecionales impone una observancia mayor de la debida motivación proviene del dictamen al que Maqueda y Rosatti remitieron íntegramente, mientras que Highton adhirió al dictamen con exclusión expresa del párrafo que la contenía.²¹ Atribuir esa proposición a "la mayoría" sería inexacto: pertenece sólo a dos de los tres jueces que confirmaron. El presidente Rosenkrantz, en disidencia, sostuvo que el control del acto debía ceñirse a sus requisitos formales y que la disposición impugnada contenía fundamentos que impedían tenerla por dictada con arbitrariedad manifiesta.²² El contraste es instructivo: los votos no discuten si los actos discrecionales se controlan —lo dan por sentado— sino con qué intensidad debe exigirse la motivación cuando el cargo es precario y la vía es el amparo. La discrepancia versa, exactamente, sobre la intensidad del escrutinio.

Dos precisiones completan el punto. La primera: no cumple la exigencia legal la motivación aparente —la fórmula genérica, la cláusula de estilo, la invocación de "razones de servicio" sin sustrato fáctico—; esas expresiones simulan motivar. La segunda: las razones deben constar en el acto o en sus antecedentes; no pueden ser inventadas por la Administración en el litigio ni suplidas por el juez, porque construir la motivación omitida equivaldría a sustituir al órgano en aquello que le era propio. Esta segunda precisión conecta con el problema del remedio: constatada la falta de motivación, lo que corresponde no es que el juez decida el fondo, sino que se restablezca la posibilidad de una decisión debidamente fundada.

VIII. Finalidad, desviación de poder y prueba

de Nolasco (según su voto), de los jueces Maqueda y Rosatti, y del presidente Rosenkrantz (en disidencia); el juez Lorenzetti no integró la decisión. La Corte confirmó la sentencia de la Sala A de la Cámara Federal de Rosario que había declarado la invalidez de la disposición 183/2015 por la que se dispuso el cese de la actora, al considerar que la sola invocación de "razones de servicio", sin referencia a hecho concreto alguno, no satisface el requisito de motivación (art. 7, incs. b y e, ley 19.549).

²¹La proposición según la cual el ejercicio de facultades discrecionales impone una observancia mayor de la debida motivación integra el dictamen al que los jueces Maqueda y Rosatti remitieron íntegramente; la jueza Highton de Nolasco adhirió al dictamen con exclusión expresa del párrafo final del apartado pertinente, apartándose de ese punto. No corresponde, por ello, atribuir esa formulación a la totalidad de los jueces que confirmaron la invalidez.

²²CSJN, "Scarpa", cit., disidencia del juez Rosenkrantz, que postuló que el control del acto debía ceñirse a sus requisitos formales y que la disposición contenía fundamentos que impedían tenerla por dictada con arbitrariedad manifiesta.

La finalidad revela con nitidez la naturaleza jurídica de la discrecionalidad: toda potestad se confiere para un fin, y ese fin, aunque el medio sea discrecional, es siempre reglado. Un acto puede ser ilegítimo aunque el órgano fuera competente, el objeto posible y existiera margen de apreciación, si la potestad se ejerció para un fin distinto de aquel para el que fue conferida. Ese vicio —la desviación de poder— está recogido en la exigencia positiva del artículo 7, inciso f), y sancionado con nulidad absoluta por el artículo 14 para el acto emitido con desviación o abuso de poder.²³

La dificultad de la desviación de poder es probatoria y no debe disimularse. El fin espurio rara vez se declara; se oculta bajo un fin aparente legítimo. Aquí es preciso matizar la relación entre la presunción de legitimidad del artículo 12 y la carga de la prueba. Es correcto que el acto goza de presunción de legitimidad y que quien lo impugna soporta, como regla, la carga de demostrar el vicio.²⁴ Pero esa presunción no es una regla probatoria absoluta ni traslada al particular una carga imposible. Varios factores la modulan: la disponibilidad probatoria, que suele estar del lado de la Administración, titular del expediente; la admisibilidad de la prueba indiciaria, imprescindible en la desviación de poder, donde no puede exigirse la confesión del propósito; y la circunstancia de que ciertos vicios surgen del propio acto, como la falta de motivación, cuya constatación no requiere prueba externa. La tutela judicial efectiva impide convertir la presunción de legitimidad en un obstáculo que vacíe el control. La desviación de poder no se presume, pero tampoco se torna indemostrable: se acredita mediante la concatenación de indicios —la contradicción entre lo declarado y lo actuado, la desproporción inexplicable, el trato desigual sin fundamento—, y la motivación cumple aquí una función instrumental, porque el acto que se ata a un fin explícito dificulta su desviación.

IX. Razonabilidad y proporcionalidad

La razonabilidad tiene anclaje constitucional propio, anterior a la reforma. El artículo 28 de la Constitución sirvió de base a la doctrina de la razonabilidad de las leyes, que exige una relación adecuada entre medios y fines y veda la alteración desproporcionada de los

²³Ley 19.549, art. 7, inc. f), y art. 14, inc. b), ap. (v) (sustituídos por arts. 27 y 34 de la Ley 27.742), que sanciona con nulidad absoluta e insanable el acto emitido con desviación o abuso de poder.

²⁴Ley 19.549, art. 12, que consagra la presunción de legitimidad del acto administrativo.

derechos.²⁵ Trasladada al control de los actos administrativos, opera como examen de la relación racional entre los antecedentes, la finalidad legal y la medida.

El riesgo del estándar es que degenera en fórmula vacía por la que el juez imponga su preferencia. Si "irrazonable" significa en la práctica "aquello con lo que el juez discrepa", el control de razonabilidad se vuelve el vehículo de la sustitución. Para conjurarlo, el examen debe recaer sobre la relación medios-fines y no sobre el acierto de la decisión; ejercerse con deferencia acotada cuando la apreciación está motivada y se apoya en hechos ciertos; y respetar la carga probatoria en los términos ya matizados.

La proporcionalidad, incorporada expresamente por la reforma, plantea un problema que el borrador de este trabajo resolvía con demasiada rapidez al presentarla como mera "precisión analítica" de la razonabilidad. La cuestión merece plantearse como genuinamente abierta, porque el texto legal ofrece un dato en sentido contrario: el artículo 1° bis menciona por separado la razonabilidad y la proporcionalidad, y el artículo 7, inciso f), exige que las medidas sean "razonables y proporcionalmente adecuadas". Esa mención diferenciada admite, al menos, tres lecturas: que consagra dos estándares conceptualmente autónomos; que refleja dos estándares parcialmente superpuestos; o que introduce la proporcionalidad como una técnica particular dentro de una concepción amplia de razonabilidad. La decisión entre ellas no puede tomarse en abstracto ni por deferencia a la dogmática extranjera.

El test de proporcionalidad de origen germánico descompone el examen en idoneidad —aptitud de la medida para el fin—, necesidad —inexistencia de una alternativa igualmente eficaz y menos gravosa— y proporcionalidad en sentido estricto —equilibrio entre el sacrificio y el beneficio—. La recepción de ese esquema en el derecho argentino fue mediada: durante décadas la proporcionalidad operó como contenido de la razonabilidad del artículo 28, y sólo con la reforma adquirió reconocimiento legal diferenciado. Mi propuesta —y la presento como interpretación del autor, no como derecho vigente consolidado— es que la mención separada habilita a tratar idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como pasos analíticamente distinguibles del examen, sin que ello equivalga a autorizar en todos los casos la misma intensidad. El componente de idoneidad puede ejercerse con relativa seguridad, porque coincide con el control de la relación medios-fines. Los de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto exigen extrema cautela, porque acercan al juez a la

²⁵Constitución Nacional, art. 28. La doctrina de la razonabilidad de las leyes y del debido proceso sustantivo fue sistematizada por Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea.

elección administrativa: evaluar si existía una alternativa menos lesiva, o rehacer el balance entre costos y beneficios, es acercarse a decidir en lugar del órgano.

Decisivo es advertir que la intensidad del test no rige por igual en todos los ámbitos. Conviene distinguir, cuando menos, cinco: el control de restricciones a derechos fundamentales, donde el escrutinio de proporcionalidad puede y suele ser más intenso; el control ordinario de actos administrativos, donde opera con más contención; la revisión de decisiones regulatorias complejas, donde el balance entre medios y fines involucra apreciaciones prospectivas y sistémicas que aconsejan mayor deferencia; el ejercicio de potestades sancionadoras, donde la proporcionalidad de la sanción admite un control relativamente denso; y las decisiones técnicas, donde el examen recae sobre premisas y método más que sobre el juicio experto en sí. Confundir estos ámbitos y aplicar un único test conduce, según el caso, a un control insuficiente o a una sustitución encubierta. La proporcionalidad no es, entonces, un estándar de intensidad fija, sino un método cuya densidad debe modularse por el tipo de decisión y el bien jurídico comprometido.

X. El nuevo régimen de invalidez y su conexión con el control

La utilidad práctica del control depende de una pieza que el análisis suele descuidar: la categoría de invalidez en que encuadra el vicio detectado, porque de ella depende el remedio. La Ley 27.742 reformuló los artículos 14 y 15 y mantuvo la bipartición entre nulidad absoluta e insanable y nulidad relativa, con una precisión relevante: el artículo 15, en su parte final, dispone que las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna, lo que consolida legislativamente la categoría de las irregularidades no invalidantes.²⁶ La doctrina posterior a la reforma ha subrayado que el sistema conserva su estructura clásica y que no todo defecto acarrea nulidad absoluta.²⁷

Esta advertencia obliga a corregir una afirmación demasiado categórica del borrador, según la cual todo defecto de motivación produciría nulidad absoluta. El artículo 14 enumera las causales de nulidad absoluta —entre ellas la falta de causa por inexistencia o falsedad de los hechos o el derecho (inc. b, ap. ii), la grave violación del procedimiento (inc. b, ap. iv) y la

²⁶Ley 19.549, arts. 14 y 15 (sustituídos por arts. 34 y 35 de la Ley 27.742). El art. 15, primer párrafo in fine, dispone que las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad.

²⁷Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", cit., en cuanto la reforma mantuvo la teoría de la bipartición (actos nulos y anulables) y consolidó la categoría de las irregularidades no invalidantes; Sammartino, Patricio M., "El requisito esencial 'procedimiento' en la LNPA reformada", en *Bases para la libertad*, cit., sobre la exigencia de gravedad ("grave violación del procedimiento aplicable", art. 14, inc. b, ap. iv).

desviación o abuso de poder (inc. b, ap. v)— y en esa enumeración la motivación no figura como causal autónoma.²⁸ De ello se sigue que un vicio de motivación debe reconducirse jurídicamente: cuando la ausencia de razones traduce, en rigor, la inexistencia de causa — porque no hay hechos que sustenten el acto—, encuadra en el artículo 14; cuando el defecto es de tal gravedad que impide conocer el fundamento de la decisión y frustra el control, puede asimilarse a un vicio esencial; y cuando se trata de una insuficiencia menor que no compromete la sustancia del acto, puede quedar en el terreno de la nulidad relativa o, incluso, de la irregularidad no invalidante del artículo 15. La gravedad y la materialidad del defecto, y no una etiqueta automática, determinan la categoría.

Esta conexión —discrecionalidad, estándar de control, vicio detectado, categoría de invalidez, remedio— es uno de los ejes del trabajo. La categoría de invalidez no es un tecnicismo posterior a la decisión de fondo: condiciona el efecto de la sentencia, el alcance retroactivo de la nulidad y, en definitiva, el margen que queda a la Administración después de anulado el acto. Un vicio de causa por inexistencia de los hechos puede dejar, en ocasiones, una única solución conforme a derecho; un vicio de motivación, en cambio, suele dejar subsistentes varias alternativas válidas, porque lo que falta no es la solución sino su justificación. De esa diferencia depende, como se verá, el remedio.

XI. Jurisdicción revisora, no sustitutiva: fundamento del límite

El corazón del artículo es la distinción entre control y sustitución. Admitido el control y modulada su intensidad, resta el problema del desenlace: qué puede hacer el juez cuando constata el vicio. Aquí se juega la diferencia entre el control legítimo y la sustitución indebida.

El fundamento del límite a la sustitución no reside en un solo precepto ni, como sugería el borrador, en un "reverso implícito" del artículo 109 de la Constitución. Ese argumento —si el Ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales, tampoco el juez funciones administrativas— tiene atractivo intuitivo, pero no puede presentarse como si la prohibición de sustituir surgiera directamente de una norma que prohíbe otra cosa. El fundamento es plural y converge desde varias fuentes. Reside, en primer lugar, en la división funcional del poder que estructura la forma republicana (arts. 1, 99 y 116 de la Constitución), de la que el artículo 109 es una manifestación entre otras, invocable como argumento sistemático pero no como fuente autosuficiente de una prohibición simétrica. Reside, en segundo lugar, en la atribución legal de

²⁸Ley 19.549, art. 14, inc. b), aps. (ii), (iv) y (v). La motivación, requisito esencial del art. 7, inc. e), no está enumerada de modo autónomo entre las causales de nulidad absoluta del art. 14.

competencia: cuando la ley confía a un órgano la elección entre alternativas admisibles, esa elección le pertenece, y el juez que decide en su lugar desconoce una distribución querida por el legislador. Y reside, sobre todo, en una línea jurisprudencial argentina consolidada.

Esa línea sostiene, con palabras de la Corte, que el control jurisdiccional de la discrecionalidad se limita a corregir la actuación ilógica, abusiva o arbitraria, pero no habilita al juez a sustituir a la Administración en aspectos que no presenten esos vicios, "ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva".²⁹ La formulación proviene de "Degremont" (2004) y fue reiterada en pronunciamientos posteriores, entre ellos "Ferrocarriles Argentinos c/ Río Negro" (2012), con remisión a precedentes anteriores.³⁰ Este es el fundamento argentino de la distinción, mucho más sólido que cualquier construcción deducida de un único artículo constitucional: el control jurisdiccional corrige vicios, no reemplaza elecciones válidas.

Conviene precisar la fenomenología del desenlace, superando la clasificación binaria — "control negativo" frente a "sustitución positiva"— que el borrador empleaba. Entre la mera constatación del vicio y la sustitución de la elección se despliega una gama de respuestas de intensidad creciente: la declaración de invalidez; la anulación del acto; la suspensión cautelar de sus efectos, que no lo elimina del mundo jurídico sino que lo paraliza de modo provisional; la orden de volver a decidir; el reenvío con parámetros jurídicos obligatorios que acotan la nueva decisión sin predeterminedar su contenido; la condena a realizar una conducta determinada; el reconocimiento judicial directo de un derecho; y, en el extremo, la sustitución de la elección discrecional. Dos observaciones son centrales. La suspensión cautelar es un remedio provisional y no un juicio definitivo de validez, de modo que responde a lógicas propias —verosimilitud, peligro en la demora, contracautela— que no deben confundirse con el control de fondo. Y el reconocimiento judicial directo de un derecho, cuando la ley predetermina completamente la solución, no constituye sustitución de la Administración: si ya no subsiste margen discrecional, el juez que reconoce el derecho no reemplaza una elección — que no existe— sino que aplica el derecho al caso.

²⁹La fórmula proviene de CSJN, "Degremont S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego", Fallos 327:548 (16/3/2004), y ha sido reiterada por tribunales federales y por la propia Corte con cita, además, de Fallos 304:721 y 331:1169. Su tenor: el control jurisdiccional de los actos discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos que no presenten esos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva.

³⁰CSJN, "Ferrocarriles Argentinos (E.L.) c/ Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria", Fallos 335:770 (2012), que reiteró la doctrina de la jurisdicción revisora y no sustitutiva con remisión a los precedentes citados en la nota anterior.

Esta última observación conduce a la categoría de la reducción del margen discrecional. La doctrina alemana la conoce como reducción de la discrecionalidad a cero: el margen de apreciación puede contraerse hasta desaparecer cuando las circunstancias reducen las alternativas admisibles a una sola.³¹ No corresponde presentarla como derecho argentino vigente; su recepción entre nosotros es más doctrinaria que jurisprudencial, y su empleo debe ser excepcional. Pero la proposición puede formularse sin depender del nombre alemán y con anclaje en nuestro propio derecho: cuando la normativa aplicable y las circunstancias comprobadas del caso eliminan todas las alternativas jurídicamente admisibles salvo una, deja de subsistir un margen discrecional susceptible de deferencia, y la cuestión se aproxima a la de una potestad reglada. Así reformulada, la idea no importa un avance del juez sobre la Administración, sino el reconocimiento de que, agotado el margen, no hay elección que preservar: es la contracara de la doctrina de la jurisdicción revisora, que reserva la deferencia únicamente para las elecciones válidas que efectivamente subsisten.

XII. Dos intensidades: escrutinio y remedio

Aquí se formula la contribución que este trabajo ofrece como propia, y conviene identificarla como tal: no se atribuye a jurisprudencia previa, aunque dialoga con ella y con la mejor doctrina argentina sobre el alcance de las sentencias contra la Administración.³² La tesis es que el control judicial de la discrecionalidad involucra dos problemas distintos, que la práctica y buena parte de la literatura tienden a fundir en uno.

El primer problema es la intensidad del escrutinio: con qué profundidad revisa el juez la juridicidad de la decisión —los hechos, la causa, la motivación, la finalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la metodología técnica—. El segundo es la intensidad del remedio: una vez detectado el vicio, hasta dónde puede avanzar la respuesta judicial en la gama que va de la declaración a la sustitución.

La afirmación central es que ambos ejes no son necesariamente correlativos. Es perfectamente coherente —y a menudo debido— un escrutinio muy intenso combinado con un

³¹Sobre la *Ermessensreduzierung auf Null* y sus límites, Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, cit. Su recepción argentina es fundamentalmente doctrinaria; véase Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, cit.

³²Sobre el alcance de las sentencias contra la Administración y el carácter revisor de la jurisdicción, Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984; Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, cit.; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, cit. La distinción entre intensidad del escrutinio e intensidad del remedio, en la forma en que aquí se articula, es una propuesta del autor.

remedio institucionalmente contenido. El juez puede examinar en profundidad la causa, la motivación y la razonabilidad de una decisión, declararla inválida y, sin embargo, devolver el asunto a la Administración cuando subsisten varias opciones legítimas, porque lo que el vicio comprometió fue la juridicidad de esta decisión, no la existencia del margen de elección. A la inversa, un escrutinio deferente en materias técnicas o regulatorias no autoriza a la Administración a prescindir de los presupuestos verificables de su decisión. La separación de los dos ejes explica mejor que cualquier fórmula la posición de fondo: la máxima exigencia de juridicidad no implica máxima intensidad sustitutiva.

La línea jurisprudencial examinada ilustra la construcción. En "Schnaiderman" el escrutinio fue intenso —la Corte exigió motivación sustantiva de un acto discrecional—, pero el remedio fue contenido en términos institucionales: el Tribunal, al resolver un recurso de hecho, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia de la Cámara del Trabajo que había rechazado la demanda y devolvió los autos al tribunal de origen para un nuevo pronunciamiento; no reinstaló al agente ni decidió el fondo en lugar de la Administración.³³ En "Scarpa", tramitado por amparo, el escrutinio también fue intenso —el cese por "razones de servicio" se juzgó insuficientemente motivado—, y el remedio consistió en confirmar la declaración judicial de invalidez del acto, sin que la Corte determinara quién debía ocupar el cargo ni predeterminara la nueva decisión.³⁴ En ambos casos, control riguroso de la juridicidad y contención del remedio conviven sin contradicción. Es significativo, además, que la afirmación según la cual la Administración podía disponer un nuevo cese si expresaba razones suficientes provenga, en "Scarpa", del razonamiento de la Cámara relatado en el dictamen, y no de una declaración explícita de la Corte: una precisión que evita atribuir al Tribunal una directiva sobre la conducta administrativa futura que no formuló.

XIII. Factores de modulación del escrutinio

Si la intensidad del escrutinio es variable, su graduación no puede quedar librada a la inclinación del juez: debe responder a factores identificables y, tan importante como ello, el

33CSJN, "Schnaiderman", Fallos 331:735, cit. El pronunciamiento resolvió un recurso de hecho de la parte actora; la Corte declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III) —que había rechazado la demanda— y dispuso la devolución de los autos al tribunal de origen para un nuevo pronunciamiento. Se trató, por tanto, de un reenvío judicial, y no de un reenvío directo de la Corte a la Administración.

34CSJN, "Scarpa", cit. Por tratarse de un amparo (ley 16.986), la Corte confirmó la sentencia de Cámara que había declarado la invalidez del acto de cese, sin determinar la nueva decisión administrativa. La afirmación de que la Administración podía disponer un nuevo cese si expresaba razones suficientes corresponde al razonamiento de la Cámara relatado en el dictamen, no a una declaración explícita del Tribunal.

juez debe explicitar el factor que la justifica. La intensidad aplicada debe ser, ella misma, motivada. Conviene distinguir para cada factor si cuenta con respaldo positivo, jurisprudencial o doctrinario, o si constituye una propuesta del autor, para no presentar como derecho vigente lo que es interpretación.

La naturaleza del derecho comprometido intensifica el escrutinio cuando el acto restringe derechos fundamentales. El fundamento es constitucional —la protección reforzada de esos derechos y la doctrina de la razonabilidad del artículo 28— y no una mera preferencia; su articulación como factor de graduación es, en la formulación que aquí se ofrece, una propuesta del autor apoyada en esa base.

La vía procesal es un factor que el borrador omitía y que resulta relevante. El amparo exige, por definición legal, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de modo que el estándar de "arbitrariedad manifiesta" que aparece en "Scarpa" está condicionado por el carril elegido y no debe trasladarse mecánicamente a toda acción contencioso-administrativa de conocimiento pleno. En una acción ordinaria, con amplitud de cognición y de prueba, el control puede alcanzar defectos que no serían "manifiestos" pero sí acreditables. La vía procesal condiciona, así, no la validez sustantiva del acto —que es la misma cualquiera sea el carril—, sino el alcance práctico del control y la carga que soporta el impugnante. Distinguir validez sustantiva, intensidad del control y amplitud de la vía es una precisión que mejora la comprensión del problema.

La calidad de la motivación opera como factor, aunque con una cautela que el borrador no formulaba: una motivación robusta facilita comprender y controlar la decisión, pero no inmuniza un acto jurídicamente inválido. No es correcto afirmar sin más que "cuanto mejor motivado está el acto, mayor deferencia merece", porque un acto profusamente fundado en razones ilegítimas o en hechos inexistentes sigue siendo inválido. Lo que la motivación robusta permite es un control informado; la deferencia, cuando corresponde, se dirige a la elección entre opciones válidas, no a la validez misma.

La capacidad técnica del órgano y el conocimiento especializado justifican prudencia epistémica sobre el residuo valorativo de las decisiones técnicas, en los términos ya precisados: deferencia acotada, no incapacidad de control. La amplitud de la habilitación legislativa gradúa el control en sentido inverso a su precisión: cuanto más abierta la norma que atribuye la potestad, mayor el margen; cuanto más precisa, más denso el control. La participación procedimental —hoy reforzada por los mecanismos del artículo 8° bis en materia tarifaria y de

servicios públicos— aumenta la legitimidad y suele mejorar la calidad de la decisión, pero de ello no se sigue automáticamente una reducción de la intensidad del control sustantivo; la ley, por lo demás, precisa que el resultado de esas instancias no es vinculante, aunque obliga a considerarlo fundadamente.³⁵ Presentar la participación como un factor que atenúa el escrutinio sustantivo sería extraer del artículo 8° bis una consecuencia que no contiene.

XIV. Una metodología en seis fases

Las consideraciones anteriores pueden ordenarse en una secuencia que un juez esté en condiciones de emplear. Se ofrece como propuesta perfectible, y su virtud no está en la novedad de cada paso —todos tienen respaldo en la ley o en la jurisprudencia— sino en su articulación y, en particular, en separar el juicio de validez del juicio sobre el remedio, y en situar la intensidad como decisión previa que condiciona todo el análisis y no como un paso más.

La primera fase delimita la potestad: reconstruir la norma habilitante, su finalidad, los elementos reglados, el margen real de elección y los derechos involucrados. La segunda determina la intensidad del escrutinio, a partir de los factores ya examinados —derecho comprometido, naturaleza de la potestad, conocimiento técnico, procedimiento seguido, vía procesal, amplitud normativa—; esta fase es previa porque fija la densidad con que se ejercerán las siguientes. La tercera controla la juridicidad: competencia, voluntad no viciada, procedimiento, hechos, causa, objeto, motivación y finalidad; aquí se resuelve la mayoría de los casos, por los elementos reglados. La cuarta ejerce el control sustantivo: razonabilidad y, cuando corresponda y con la intensidad propia del ámbito, proporcionalidad, igualdad y principios constitucionales. La quinta plantea la pregunta decisiva para el remedio: constatado el vicio, ¿subsisten varias decisiones jurídicamente admisibles o queda una única solución posible? La sexta elige el remedio, relacionando la naturaleza del vicio, la categoría de invalidez, el margen discrecional residual, la tutela judicial efectiva y los límites institucionales.

La secuencia obliga a hacer explícitas dos decisiones que suelen quedar implícitas: por qué se aplica tal intensidad de escrutinio y por qué se elige tal remedio. Un control así estructurado es a la vez más exigente en juridicidad y más respetuoso del margen

³⁵Ley 19.549, art. 8° bis (incorporado por art. 29 de la Ley 27.742), sobre consulta y audiencia pública en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos, con la previsión de que el contenido de tales instancias no es vinculante, sin perjuicio del deber de considerarlo fundadamente.

administrativo, porque cada movimiento del juez queda justificado y expuesto, él también, a control.

XV. Una matriz orientadora: vicio, margen residual y remedio

La quinta y la sexta fase pueden ilustrarse mediante una matriz que relacione el vicio detectado, el margen administrativo que subsiste tras constatarlo y la respuesta judicial presumiblemente adecuada. No es un algoritmo ni pretende automatismo: funciona como guía razonada que el juez debe adaptar al caso.

Cuando el vicio es de incompetencia, la respuesta depende del régimen —la incompetencia en razón de grado dentro de una misma esfera puede ser subsanable, según el artículo 14— y suele conducir a la anulación con eventual reenvío al órgano competente. Cuando el vicio es de motivación, normalmente subsisten varias alternativas válidas, porque lo que falta es la justificación y no la solución; la respuesta típica es la anulación con devolución para que la Administración decida con expresión de razones. Cuando el vicio consiste en la inexistencia del presupuesto de hecho, el desenlace depende del caso: si la inexistencia de los hechos deja una única solución conforme a derecho, cabe el reconocimiento directo; si deja abanico de opciones, corresponde el reenvío. Cuando media desviación de poder, la invalidación se acompaña de la posibilidad de una nueva decisión por el órgano competente ajustada al fin legal. Cuando el derecho está plenamente reglado y el margen es cero, el juez puede reconocer directamente el derecho sin sustituir elección alguna. Cuando la decisión es técnicamente opinable pero jurídicamente válida, la respuesta es el rechazo de la impugnación. Y cuando se controla una sanción desproporcionada, debe analizarse si corresponde anular y reenviar para que se gradúe nuevamente, o si el ordenamiento predetermina la solución. La matriz muestra que el remedio no depende sólo de la gravedad del vicio, sino, sobre todo, del margen de decisión válido que subsista tras constatarlo: la misma nota que abre este trabajo — el escrutinio y el remedio como intensidades distintas— gobierna la última decisión del juez.

XVI. Objeciones y respuestas

Un modelo de control intenso en juridicidad y contenido en sustitución debe medirse con sus mejores objeciones.

La objeción de la división de poderes advierte que un control judicial intenso amenaza con transferir al Poder Judicial decisiones que no le competen. La respuesta no niega la premisa sino su conclusión: la división de poderes no exige zonas exentas, sino que cada poder ejerza

su función. El control de juridicidad es función judicial; ejercerlo la realiza, no la viola. Lo que sí violaría la división de poderes es la sustitución, y por eso el modelo es intenso en control y restrictivo en reemplazo. La distinción entre los dos ejes —escrutinio y remedio— es, precisamente, el instrumento que preserva la división de poderes.

La objeción de la legitimidad democrática señala que los órganos administrativos responden a autoridades electas y los jueces no. La respuesta reconoce el peso del argumento en su terreno —la elección entre políticas admisibles— y lo desactiva en el del control de juridicidad: la legitimidad democrática habilita a elegir entre opciones válidas, no a prescindir de la ley, de los hechos o de las razones. El juez que exige competencia, motivación y ausencia de desviación no opone su preferencia a la del órgano electo; le exige actuar conforme al derecho que el propio sistema democrático sancionó.

La objeción de la capacidad institucional es la más seria y merece una concesión: el juez no está bien situado para evaluar las consecuencias regulatorias de una decisión de política pública, y esa limitación justifica un control más contenido en ese ámbito. Pero la objeción prueba demasiado si de ella se pretende derivar la exención. Que el juez deba ser prudente al revisar valoraciones técnicas no significa que deba abdicar de verificar sus presupuestos fácticos, su método y su racionalidad. La capacidad institucional es un factor de modulación de la intensidad —de los ya enumerados—, no un fundamento de inmunidad.

La objeción del gobierno de los jueces advierte que estándares maleables como la razonabilidad y la proporcionalidad pueden convertirse en vehículos de las preferencias del juzgador. La objeción es certera respecto de un riesgo real, y por eso el trabajo insistió en disciplinar la razonabilidad como control de la relación medios-fines, en modular la proporcionalidad por ámbitos, en exigir la explicitación de la intensidad y en distinguir escrutinio de remedio. La respuesta al riesgo no es abandonar los estándares que la ley consagra, sino exigir que su aplicación sea verificable. Un control así no es gobierno de los jueces; es gobierno del derecho, ejercido por jueces sujetos ellos mismos al deber de motivar.

XVII. Conclusiones

Las proposiciones que siguen distinguen su distinto estatuto: las asentadas en derecho positivo (A), las que expresan reglas jurisprudenciales (B), las que constituyen interpretación del autor (C) y las que son propuestas metodológicas u originales (D).

1. (A) La discrecionalidad no es una excepción al principio de juridicidad, sino una modalidad de ejercicio de potestades jurídicas. Tras la reforma, la razonabilidad y la proporcionalidad son principios del procedimiento y recaudos de validez del acto (arts. 1° bis y 7, inc. f, LNPA).

2. (B) Los actos discrecionales están sujetos a control judicial de sus elementos reglados y de su razonabilidad; el ejercicio de facultades discrecionales no exime del cumplimiento de los recaudos del artículo 7, según una línea que va de "Bahía Blanca" a "Scarpa".

3. (B) La competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva: el juez corrige la actuación ilógica, abusiva o arbitraria, pero no reemplaza a la Administración en aspectos que no presenten esos vicios ("Degremont"; "Ferrocariles Argentinos c/ Río Negro").

4. (C) El límite a la sustitución no deriva de un único precepto —y en particular no del artículo 109 leído en espejo— sino de la división funcional del poder, de la atribución legal de competencia y de aquella línea jurisprudencial.

5. (B/C) La motivación es condición del control de la discrecionalidad; en ese ámbito "resulta aún más necesaria" ("Lema"), pero la exigencia no se traduce en una regla matemática ni se satisface con extensión: debe adecuarse a la índole de cada acto, distinguiendo la intensidad de la obligación de justificar de la extensión material del texto.

6. (A/C) Un vicio de motivación no produce, sin más, nulidad absoluta: debe reconducirse a la falta de causa (art. 14) o graduarse por su gravedad, pudiendo derivar en nulidad relativa o quedar como irregularidad no invalidante (art. 15, in fine).

7. (C) La mención separada de razonabilidad y proporcionalidad en la reforma habilita a tratar idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como pasos analíticamente distinguibles, sin que ello imponga una intensidad uniforme; el test debe modularse según se controlen restricciones a derechos fundamentales, actos ordinarios, decisiones regulatorias, sanciones o apreciaciones técnicas.

8. (D) La intensidad del escrutinio y la intensidad del remedio son problemas distintos y no necesariamente correlativos. Un control riguroso de la juridicidad puede y suele combinarse con un remedio contenido cuando subsisten alternativas válidas. Esta separación es el aporte principal del trabajo.

9. (B/D) El remedio típico frente al acto discrecional inválido por defecto de motivación es la anulación con devolución a la Administración; el reconocimiento judicial directo del

derecho procede cuando la ley predetermina la solución y no subsiste margen, supuesto en el que el juez aplica el derecho y no sustituye elección alguna.

10. (C) La reducción del margen discrecional —análoga a la reducción a cero de la dogmática alemana, pero formulable en clave argentina— no es derecho vigente consolidado entre nosotros; opera como reconocimiento excepcional de que, agotadas las alternativas admisibles, no hay elección que deferir.

11. (C) La vía procesal es una variable del alcance práctico del control: la exigencia de arbitrariedad manifiesta propia del amparo no se traslada a la acción ordinaria de conocimiento pleno, y conviene distinguir validez sustantiva, intensidad del control y amplitud de la cognición.

12. (D) La intensidad del escrutinio y la elección del remedio deben ser motivadas por el juez. Un control intenso en juridicidad y contenido en sustitución no es una posición tibia, sino la traducción del lugar que el Poder Judicial ocupa en un Estado constitucional: asegurar que la Administración actúe conforme al derecho, sin gobernar en su lugar.

Fuentes

Normativa

Constitución Nacional, arts. 1, 16, 18, 19, 28, 33, 75 inc. 22, 99, 109 y 116.

Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (t.o. según Ley 27.742), en especial arts. 1, 1° bis, 3, 7, 8, 8 bis, 12, 14, 15, 17, 23, 24 y 25.

Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (B.O. 8/7/2024), Capítulo III del Título II.

Ley 16.986 de Acción de Amparo.

Decreto 1759/72, Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017).

Decreto 695/2024 (B.O. 5/8/2024), reglamentación del Título II de la Ley 27.742.

Decreto 971/2024, sobre el régimen del silencio con sentido positivo.

Jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia de la Nación)

"Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo", Fallos 315:1361, 23/6/1992.

"Solá, Roberto y otros", Fallos 320:2509, 25/11/1997.

"Lema, Gustavo Atilio c/ Estado Nacional -Ministerio de Justicia de la Nación- s/ juicios de conocimiento en general", Fallos 324:1860, 2001 (por remisión al dictamen del Procurador General).

"Degremont S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego", Fallos 327:548, 16/3/2004.

"Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación", Fallos 331:735, 8/4/2008 (por remisión al dictamen de la Procuración Fiscal).

"Ferrocarriles Argentinos (E.L.) c/ Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria", Fallos 335:770, 2012.

"Villar, Lisandro Nelson c/ COMFER s/ contencioso administrativo", CSJ 342/2012 (48-V)/CS1, 16/6/2015.

"Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986", FRO 9979/2015/CS1, 22/8/2019 (Fallos 342).

Bibliografía

Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I.

Canda, Fabián O., "Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA", en *Bases para la libertad. Estudios sobre la reforma de la Ley 19.549*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2025.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006, t. I.

Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *La Ley*, supl. del 17/9/2024, y *Revista de Derecho Administrativo* 2024-155, 273.

Coviello, Pedro J. J., "Las pautas jurisprudenciales para el control de las potestades discrecionales. El caso 'Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos'", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, 2006.

Durand, Julio, "Un primer análisis de las modificaciones a la LNPA", en *Bases para la libertad. Estudios sobre la reforma de la Ley 19.549*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2025.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, t. I.

Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea.

Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, 2 vols.

Perrino, Pablo E., "La reforma al régimen de los recursos administrativos producidos en la Ley 27.742", en *Bases para la libertad. Estudios sobre la reforma de la Ley 19.549*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2025.

Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

Sammartino, Patricio M., "El requisito esencial 'procedimiento' en la LNPA reformada", en *Bases para la libertad. Estudios sobre la reforma de la Ley 19.549*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2025.

Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Depalma-LexisNexis, 2004.



Nicolas Guillermo Fernandez Miguel, abogado, Magister em Derecho Penal por la Universidad Austral.