

**Trabajo Final - Ciclo Orientado de Derecho Público**

**Universidad FASTA - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Carrera: Abogacía

Tutor: Ramiro Rosales Cuello

Departamento de Metodología de la Investigación: Amelia Sara Ramírez

Título del Trabajo: "La potestad discrecional de la Administración Pública. Su complejo control en el Contencioso Administrativo"

Autor: Carlos Martín Murano

Octubre del 2006

CAJA 78



BIBLIOTECA

Caja 145

## Índice

|  |    |
|--|----|
| Abstract .....   | 5  |
| <b>Introducción: "Valores en juego"</b> .....  | 7  |
| La tutela judicial efectiva.....   | 7  |
| La forma republicana de gobierno. La división de poderes .....   | 9  |
| Modalidades de agravio de los principios referidos .....   | 11 |
| Principio de legalidad y discrecionalidad. Contemporización .....  | 12 |
| <b>Primera Parte: "La potestad discrecional del poder administrador"</b> .....   | 16 |
| I) La potestad discrecional según autorizada doctrina administrativista .....  | 16 |
| II) Origen de la discrecionalidad .....  | 17 |
| III) Fundamentos de la discrecionalidad.....   | 17 |
| IV) Distintos enfoques acerca de la discrecionalidad .....   | 18 |
| a) Enfoque adjetivo de la discrecionalidad.....  | 18 |
| b) Enfoque sustantivo de la discrecionalidad.....  | 20 |
| V) Actividades que puede asumir el administrador al ejercer la potestad discrecional   | 22 |
| <b>Segunda Parte: "Teorías reductoras de la discrecionalidad"</b> .....  | 27 |
| I) La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados .....   | 27 |
| II) La teoría de la discrecionalidad técnica.....  | 30 |
| <b>Tercera Parte: "Control judicial de la discrecionalidad. Casos problemáticos. Casuística jurisprudencial"</b> .....       | 35 |
| I) Punición de los agentes de la Administración Pública .....  | 36 |
| II) Licitación pública .....   | 40 |
| III) Dinámica de la relación de empleo público .....   | 45 |
| IV) Concursos Públicos .....   | 49 |
| V) Cuestiones científicas y técnicas.....  | 55 |
| <b>Cuarta Parte: "Instrumentos de operatividad de la tutela judicial efectiva en el ámbito de la discrecionalidad"</b> ..... | 60 |
| I) Control judicial a través de los elementos reglados del acto administrativo.....  | 60 |
| a) Hechos determinantes.....   | 60 |
| b) Forma, procedimiento y motivación .....   | 61 |
| II) Control mediante los principios generales del derecho.....   | 63 |
| a) Interdicción de la iniquidad manifiesta o de la arbitrariedad .....   | 64 |
| b) El principio de la buena fe .....   | 65 |
| c) El principio de igualdad.....   | 65 |
| d) El principio de la razonabilidad.....   | 67 |



Abstract

En el presente Trabajo pretendemos efectuar un abordaje conceptual de la facultad discrecional de la Administración Pública, como de su eventual control judicial.

Aunque el eje de este trabajo será analizar las manifestaciones concretas de la discrecionalidad- entienda el lector por esto: la potestad discrecional, sus teorías reductoras, casuística jurisprudencial derivada del problemático control de la misma e instrumentos de eficacia al enjuiciar estas facultades, etc. –no soslayaremos los valores que se encuentran implicados en esta difícil temática cuales son: la tutela judicial efectiva, la división de poderes y el principio de legalidad, postulados caros a todo Estado de Derecho que se precie de ser tal.



### Introducción: "Valores en juego"

Al comenzar este Trabajo nuestro cometido es posar nuestra atención sobre los importantes intereses que giran en torno a esta cuestión, pues sostenemos que el tratamiento de un tema en particular del derecho- en este caso administrativo -no nos autoriza a perder de vista la unidad y la integralidad del Ordenamiento. Esta visión nos obliga a abrir el Trabajo con algunos de los principios orientadores de todo Estado de Derecho que están involucrados en la temática elegida. Es así que en esta introducción brindaremos algunas nociones acerca de la tutela judicial efectiva, la división de poderes y el principio de legalidad.

#### La tutela judicial efectiva

¿En qué consiste y qué comprende la tutela judicial efectiva? Esta garantía consiste sencillamente en el acceso a la jurisdicción en forma amplia de toda persona que invoque una situación jurídico-subjetiva- derecho subjetivo, interés legítimo y colectivo -de modo que permita la sustanciación de un proceso, y de resultar admisible en este el derecho invocado, provocará un pronunciamiento que en un tiempo razonable permitirá el cumplimiento de la sentencia. La tutela judicial efectiva está limitada al cumplimiento de los requisitos procesales pertinentes que prevé el Ordenamiento y su contenido- como es lógico, aunque no por esto superabundante - no garantiza la procedencia de la pretensión, porque como ha dicho el Tribunal Superior español: "*El derecho público subjetivo a la jurisdicción no significa tener derecho a una resolución favorable, sino el derecho a obtener una decisión fundada*"<sup>1</sup>

Por tanto, la tutela judicial efectiva comprende:

- Acceder a un proceso.
- Un proceso debido.
- Un proceso que se desarrolle en un plazo razonable.
- Una resolución debidamente motivada.
- La efectividad y posterior cumplimiento de los mandatos judiciales.

La tutela judicial efectiva, a nuestro juicio, opera como garantía de sumisión a la legalidad que salvaguarda el catálogo de los derechos enumerados en el artículo 14 de nuestra Constitución Federal, con el fin de que los mismos se impongan en el mundo real y no sean meras declamaciones retóricas. Al respecto nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido que: "...*el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo, el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos sino también en la forma como este objetivo intenta alcanzarse. La existencia de un Estado de Derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales, producto de un régimen donde el derecho preexiste a la*

<sup>1</sup> Trib. Sup. español, 4/2/1994, Ar. 1384.



|  |    |
|--|----|
| III) Control por la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.....  | 69 |
| <b>Quinta Parte: " Caracterización y límites en la interacción de la Administración y la Jurisdicción. Conclusión"</b> ..... | 73 |
| I) Administrar y Juzgar. Diferenciaciones.....   | 73 |
| II) División de poderes.....   | 75 |
| III) Reflexiones finales.....  | 79 |
| IV) Propuestas.....  | 80 |
| V) Bibliografía.....   | 83 |

**Abstract**

En el presente Trabajo pretendemos efectuar un abordaje conceptual de la facultad discrecional de la Administración Pública, como de su eventual control judicial.

Aunque el eje de este trabajo será analizar las manifestaciones concretas de la discrecionalidad- entienda el lector por esto: la potestad discrecional, sus teorías reductoras, casuística jurisprudencial derivada del problemático control de la misma e instrumentos de eficacia al enjuiciar estas facultades, etc. —no soslayaremos los valores que se encuentran implicados en esta difícil temática cuales son: la tutela judicial efectiva, la división de poderes y el principio de legalidad, postulados caros a todo Estado de Derecho que se precie de ser tal.

### Introducción: "Valores en juego"

Al comenzar este Trabajo nuestro cometido es posar nuestra atención sobre los importantes intereses que giran en torno a esta cuestión, pues sostenemos que el tratamiento de un tema en particular del derecho- en este caso administrativo -no nos autoriza a perder de vista la unidad y la integralidad del Ordenamiento. Esta visión nos obliga a abrir el Trabajo con algunos de los principios orientadores de todo Estado de Derecho que están involucrados en la temática elegida. Es así que en esta introducción brindaremos algunas nociones acerca de la tutela judicial efectiva, la división de poderes y el principio de legalidad.

#### La tutela judicial efectiva

¿En qué consiste y qué comprende la tutela judicial efectiva? Esta garantía consiste sencillamente en el acceso a la jurisdicción en forma amplia de toda persona que invoque una situación jurídico-subjetiva- derecho subjetivo, interés legítimo y colectivo -de modo que permita la sustanciación de un proceso, y de resultar admisible en este el derecho invocado, provocará un pronunciamiento que en un tiempo razonable permitirá el cumplimiento de la sentencia. La tutela judicial efectiva está limitada al cumplimiento de los requisitos procesales pertinentes que prevé el Ordenamiento y su contenido- como es lógico, aunque no por esto superabundante - no garantiza la procedencia de la pretensión, porque como ha dicho el Tribunal Superior español: "*El derecho público subjetivo a la jurisdicción no significa tener derecho a una resolución favorable, sino el derecho a obtener una decisión fundada*"<sup>1</sup>

Por tanto, la tutela judicial efectiva comprende:

- Acceder a un proceso.
- Un proceso debido.
- Un proceso que se desarrolle en un plazo razonable.
- Una resolución debidamente motivada.
- La efectividad y posterior cumplimiento de los mandatos judiciales.

La tutela judicial efectiva, a nuestro juicio, opera como garantía de sumisión a la legalidad que salvaguarda el catálogo de los derechos enumerados en el artículo 14 de nuestra Constitución Federal, con el fin de que los mismos se impongan en el mundo real y no sean meras declamaciones retóricas. Al respecto nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido que: "...el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo, el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos sino también en la forma como este objetivo intenta alcanzarse. La existencia de un Estado de Derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales, producto de un régimen donde el derecho preexiste a la

<sup>1</sup> Trib. Sup. español, 4/2/1994, Ar. 1384.



Unitaria, el Acuerdo de San Nicolás y el Proyecto Alberdi <sup>7</sup>-donde adopta para su gobierno la forma representativa "republicana" y federal, a los efectos de este Trabajo nuestro interés se focalizará en las consecuencias que dimanarían del segundo carácter postulado por nuestra Constitución.

Las implicancias de un gobierno republicano son esencialmente las siguientes:

- Periodicidad en el desempeño de los cargos públicos: en rigor de verdad la renovación se da sólo en dos poderes- Legislativo y Ejecutivo - no así en el Poder Judicial, esta excepción no encuentra sus fundamentos en fueros personales, sino en razones que cautelan la independencia y la imparcialidad, como la tranquilidad espiritual que deben gozar sus miembros, con fundamentos de orden orgánico-funcional que justifican el carácter vitalicio del cargo, mientras dure su buena conducta (art. 110 CN).

- Responsabilidad política de sus gobernantes: la misma se configura a través de los institutos constitucionales del juicio político (arts. 53, 59, 60 CN) respecto del Presidente, Vice, Ministros, Jueces de la Corte suprema y mediante la corrección y remoción de los miembros del Poder Legislativo (art. 66).

- Publicidad de los actos de gobierno: responde a fundamentos que tienden a transparentar el ejercicio de la función pública con la pretensión de que la información institucional relevante llegue de forma originaria a los ciudadanos.

- Igualdad ante la ley: este principio entiende por igualdad "igualdad de iguales"-enseñanzas de Aristóteles vigentes dos mil trescientos años después -y que prescribe un riguroso discernimiento de todas las diferencias particulares que pueden existir al momento de limitar o conceder el goce de los derechos, como al atribuir una obligación, en el ámbito constitucional, político, civil, etc.

- División de poderes: La Constitución Nacional organiza la soberanía en tres Poderes: El Legislativo (art. 44), el Ejecutivo (art. 87) y el Judicial (art. 108) por motivos de eficacia y especialidad en la gestión de las funciones gubernamentales en el marco de un régimen de pesos y contrapesos tanto funcionales como de contralor. A los poderes citados la Constitución los dota de una serie de facultades marcadamente diferenciadas, no obstante, debido a la dinámica competencial cotidiana el problema del conculcamiento de la división de poderes se da, a nuestro parecer, en las zonas limítrofes o aledañas a los distintos poderes del Estado, donde las funciones se confunden al acrecentarse la interacción de controles y el precio injusto que se paga es que la armonía constitucional se quiebra, trayendo como consecuencia que un poder condiciona al otro. Fundamentalmente estas relaciones de supremacía y ulterior

<sup>7</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p.13.

subordinación las establece el Poder Ejecutivo con los demás poderes, atento a nuestro sistema de neto corte presidencialista. En este orden de ideas, Sagües sostiene que: "En efecto, sino media una paridad básica entre tales órganos, el de mayor peso político condicionará o someterá a los demás. En nuestra experiencia constitucional ha sido frecuente que el Poder Ejecutivo haya tenido predominio sobre el Legislativo, e influido en el Judicial por medio del sistema de designación de jueces"<sup>8</sup>.

Nuestro Alto Tribunal Nacional ha sostenido que el principio de división de poderes ha de complementarse con el equilibrio de esos mismos poderes<sup>9</sup>. Con la misma inteligencia pero en orden a una de las modalidades- aunque la más usual respecto del reducto del derecho administrativo elegido -de alteración de la división de poderes que nos tocará abordar de forma recurrente en el recorrido del presente Trabajo ha sostenido que: "...la misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público"<sup>10</sup>.

#### Modalidades de agravio de los principios referidos

- La tutela judicial efectiva es agraviada, tanto si el juez rehúsa ilegítimamente un control adecuado de las facultades discrecionales, abdicando su jurisdicción; como también si la fiscalización impropia que ofrece al justiciable-administrado es excesiva y desmesurada, ejerciendo facultades que no son propias, a través de la absorción de facultades ajenas- ya sean estas de valoración subjetiva o criterios de oportunidad, mérito y conveniencia derivadas de la zona de reserva de la Administración - para el ejercicio de atribuciones y deberes propios. Pues, la tutela judicial efectiva se toma operativa y se basta a sí misma mediante las facultades que fueron constitucionalmente adjudicadas al poder jurisdiccional, en tanto idóneas y suficientes para cumplir con la manda constitucional preambular de "afianzar la justicia" y de los artículos 18, 75 inc. 22, 116 y 117 de nuestra Constitución federal.

- El principio de división de poderes se ve alterado cuando el juzgador realiza actividades de sustitución de actos administrativos con elementos discrecionales, en ocasión de su enjuiciamiento judicial. Si el mismo Ordenamiento prevé ciertos indiferentes jurídicos por los que el poder administrador puede optar al emitir un acto

<sup>8</sup> Sagües, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, T.I, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 279.

<sup>9</sup> CSJN, "Recchia de Sadrán", 11/9/1926.

<sup>10</sup> CSJN, "Bonevo", 21/12/1929.



administrativo, en aras de lograr el interés público (esencia de la discrecionalidad), y este acto luego es modificado, reemplazado o sustituido por el juzgador, resulta que este asume para sí el ejercicio de función administrativa (discrecional o con ciertas manifestaciones discrecionales), contrariando este principio que es el que, en virtud del orden jurídico manda a opinar a un órgano del Estado- Administración – y el que opina ilegítimamente es otro- Jurisdicción -, que siempre debe basar su actividad de pronunciamiento en el sistema legal y no en criterios de conveniencia. También el principio de división de poderes se ve menoscabado si el Poder del Estado que es el custodio de la sumisión al ordenamiento jurídico- Judicial –cohonesta en sede judicial el abuso de poder que perpetra la Administración a través del uso indebido de facultades discrecionales. En otras palabras cuando la Jurisdicción no fulmina de nulidad a estas resoluciones irregulares de la Administración contribuye al decisionismo del poder ejecutivo.

#### Principio de legalidad y discrecionalidad. Contemporización

El principio de legalidad y la discrecionalidad, a vista desprevénida, parecen nociones radicalmente enfrentadas, que se neutralizan entre sí y que sólo una puede prevalecer, los que piensan así suelen caer en el antagonismo clásico, y permítasenos decir falaz, de facultades regladas- prenormadas y sometidas rigurosamente a la legalidad -y facultades discrecionales- libres – . No obstante, actualmente la doctrina y la jurisprudencia- desde Harriou -entienden que no existen los poderes puramente reglados o puramente discrecionales, debido a que en un acto administrativo conviven elementos reglados y como ha dicho Fiorini a mediados del siglo pasado “**momentos discrecionales**”<sup>11</sup>, con lo que se ha ido de a poco configurando la idea de que el principio de legalidad y discrecionalidad son nociones concordantes. El camino transitado por la jurisdicción contencioso administrativa ha demostrado que estos conceptos han evolucionado a la par; es decir la potestad discrecional de la Administración Pública, en su origen omnímoda y fuente de numerosas arbitrariedades, se ha ido acomodando poco a poco bajo el “ala de la legalidad”. Las mutaciones del principio de legalidad, con consecuencias perceptibles en la naturaleza, fiscalización y tendencias de la discrecionalidad, han sido brevemente las siguientes:

- Principio de legalidad como principio de libertad: esta fue una de las máximas conquistas de los revolucionarios franceses, que concedieron todo el poder a la ley, poniendo coto a siglos y siglos de excesos por parte de un poder absoluto, irracional y descontrolado, ante la ausencia de parámetros que predeterminaran su actuar. Es en

<sup>11</sup> Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad de la Administración Pública*, Buenos Aires, Alfa, 1948, p. 63.

virtud de esta concepción que se elabora el axioma: “**Todo poder es de la ley y a causa de la ley**”. Es así que García de Enterría sostiene que: “...sólo en virtud de la ley, y no a causa de fueros personales se puede exigir obediencia. La ley otorga y limita la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la ley”. Además agrega, con respecto a la libertad que otorga esta concepción a los ciudadanos: “*El principio de libertad se convierte en garantía y una técnica jurídica operante y concreta, la libertad como ideario se convierte en derecho público subjetivo, derecho a la legalidad, que supone oponerse a la opresión que no venga en nombre de la ley, y a oponerse a toda posibilidad de ser afectado en la esfera de los intereses personales sino es por disposición expresa de la ley*”<sup>12</sup>. En esta etapa primaba la concepción del principio de legalidad de carácter negativo representada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>13</sup>.

- Principio de legalidad como autorización: el que postula esta nueva concepción de la legalidad es Kelsen<sup>14</sup>, que entiende que la aplicación del derecho deviene de una atribución normativa precedente. Es decir, se parte de: “**Todo lo que no está prohibido está permitido**” para llegar a través del maestro Kelsen a la vinculación positiva del principio de legalidad, que se postula a través de la regla: “**Todo lo que no está prohibido está permitido- no obstante –si no existe una atribución normativa precedente, está prohibido**”. Se puede percibir claramente que esta concepción es impracticable, ya que supone una actividad legislativa de previsión absoluta de todas las conductas, imposible de realizarse, en el marco de una realidad estatal siempre cambiante. Por esto Giannini<sup>15</sup>, analizando esta última noción estima como excepciones a la regla, en primer lugar los decretos de necesidad y urgencia- nos preguntamos, ¿Cómo prever la emergencia?, en todo caso se podrán prever ciertas facultades parcialmente indeterminadas o en blanco a favor del que será el “piloto de tormenta o director de orquesta” de la emergencia, facultades, que en último término no son más que medios no necesariamente especificados en la normativa para superar situaciones graves, súbitas, futuras e inciertas y de gran relevancia para la buena salud del país y de sus instituciones – y en segundo lugar la técnica jurídica que nos convoca en este Trabajo cual es: la discrecionalidad.

<sup>12</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, p. 16.

<sup>13</sup> En su artículo quinto expresa: “*Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena*”

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 320.

<sup>15</sup> Giannini, Massimo, *Derecho Administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 87.



Es fiel reflejo de esta concepción de la legalidad la Constitución austríaca de 1920<sup>16</sup>

- Principio de legalidad como juridicidad o sometimiento al orden jurídico: las dos etapas antes descritas, pecaban de "legalistas", en virtud de esta nueva noción el concepto de legalidad se amplía- más allá de que parezcan diferenciaciones de carácter semántico -a toda manifestación normativa, entendiendo al orden jurídico en su integralidad con la misión de no reducir todo a la ley. Es por eso que a instancias de Merkl<sup>17</sup> se realiza por primera vez el distingo entre legalidad y juridicidad. En suma, es autor advierte que la juridicidad es una locución omnicomprensiva de todas las manifestaciones jurídicas- Constitución Nacional, los tratados con o sin jerarquía constitucional suscritos por nuestro Estado, los reglamentos, los precedentes administrativos, los principios generales del derecho, y ciertos contratos administrativos- por su vocación de generalidad -, modalidad del principio de legalidad que es receptada en diversos pronunciamientos por nuestra Corte federal<sup>18</sup>. Los dispositivos constitucionales que adhieren a esta moderna concepción pertenecen fundamentalmente al derecho continental- Austria, Alemania, España, entre otros Estados europeos -a modo de ejemplo el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, expresa: "Los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al orden jurídico".

Con razón se nos preguntará, ¿Cuál es la conexión de la discrecionalidad- en tanto potestad libre - con las distintas fases evolutivas del principio de legalidad arriba descritas? Pues, justamente, el principio de legalidad en sus distintas formas de entenderlo ha condicionado a la discrecionalidad. Primero por su inexistencia, ante la ausencia de parámetro legal la discrecionalidad se configuraba como un poder incondicionado que no le rendía cuentas a nada ni a nadie; luego de la postulación del principio de legalidad esta facultad se ve recortada en gran proporción reduciéndole un espacio de libertad por imperio de la autoridad de la ley, que conquista espacios de la Administración hasta entonces inexplorados por "reglas de juego" de ninguna índole. Cuando se instaura la noción de vinculación positiva la discrecionalidad se ve influenciada por un criterio de estricto asentimiento legal; y finalmente mediante la noción de legalidad como sometimiento al orden jurídico, pareciera que la actividad discrecional se ha transformado en reglada, sin embargo hay ciertas porciones de la discrecionalidad- que serán analizadas en sus múltiples manifestaciones en el curso

<sup>16</sup> En su artículo 18 expresa: "La Administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino sobre el fundamento de la ley".

<sup>17</sup> Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Comares, 2004, p. 205.

<sup>18</sup> CSJN, "Consejo de la Presidencia Delegación Bahía Blanca", 23/6/1992; "Naveiro", 16/8/1992.

del presente Trabajo -a veces mínimas, otras máximas, donde la Administración dispone de entera libertad para actuar entre indiferentes jurídicos, que pertenecen a la zona de reserva del Poder Ejecutivo y que nunca podrá ser susceptible de reglamentación, sustitución o corrección si son razonables y soportan los límites negativos y positivos de las que emanan del principio de juridicidad, porque el costo usurario que se afrontaría es vaciar de contenido a un órgano que tiene a su cargo la gestión del bien común.

Para finalizar con estas nociones preliminares, adelantamos tentativamente que las distintas modalidades de agravio a la tutela judicial efectiva y a la división de poderes pueden ser neutralizadas y por tanto reconducidas si se acomodan al yugo de la legalidad, legalidad entendida por la doctrina moderna como juridicidad.

### Primera Parte: "La potestad discrecional del poder administrador"

En esta parte del Trabajo tendremos como objetivo conceptualizar a la discrecionalidad, así como tratar su origen, fundamentos y distintos enfoques que ha tenido con el transcurrir del tiempo esta facultad monopolizada por la Administración Pública, para luego poder mostrar las distintas actividades que pueden comportar discrecionalidad en el obrar de la Administración.

#### I) La potestad discrecional según autorizada doctrina administrativista

Mairal, entiende que la discrecionalidad: "Se encontrará allí donde la Administración cuenta con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación de los motivos como del objeto del acto"<sup>19</sup>.

Gordillo, estima que: "...las facultades del órgano serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de otra manera"<sup>20</sup>.

Marienhoff, sostiene que: "...en la actividad discrecional la Administración actúa con mayor libertad, ...la Administración aquí no está constreñida por la norma, a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda facultada para apreciarlos o valorarlos, y resolver luego si, de acuerdo con tales hechos o situaciones, se cumple o no la finalidad perseguida por la norma"<sup>21</sup>.

Tawil, afirma que: "...la potestad administrativa resulta en consecuencia discrecional siempre que el Ordenamiento no establece cuando, como y en que sentido debe ejercitarse"<sup>22</sup>.

Por último, Comadira considera que: "...se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere 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 los límites que imponen los principios generales del derecho"<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Mairal, Héctor, *Control judicial de la Administración pública*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 647.

<sup>20</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2000, p. VIII-16.

<sup>21</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T.I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 415.

<sup>22</sup> Tawil, Guido, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, T.I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p.371.

<sup>23</sup> Comadira, Julio, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 500.

#### II) Origen de la discrecionalidad

La potestad discrecional o la expresión "acto de pura administración" es de génesis francesa y se ubica cronológicamente a inicios del siglo XIX, con esta locución se quería aludir a una actividad de la Administración absolutamente incondicionada no sujeta a regla alguna. La sola presencia de una facultad de esta índole convertía inmediatamente a la cuestión implicada en no judicial. En aquellos tiempos, también surge la contraposición entre facultades regladas y discrecionales, que tenía como lógica consecuencia en aquellas un factible y efectivo control judicial, por tratarse de facultades prenormadas, en cambio en las discrecionales el control se marginaba, ante la falta de parámetro legal la hermenéutica judicial era de imposible aplicación. ¿Cómo podía controlar el juzgador una facultad de la Administración- conforme a esta concepción - que no posee fundamento en la ley, siendo que el Poder Judicial tiene el deber de encontrar las soluciones a un conflicto en el orden jurídico? Además de la problemática mencionada, en aquella época existía la problemática de los actos límites- que poseían un "minumum" de discrecionalidad - y que por esa causa se los consideraba discrecionales, y por tanto incontrolables. Como se puede verificar, existía una cantidad sustancial de actos que escapaban a la revisión judicial, a los que si adicionamos los actos políticos o institucionales, nos inclinamos a pensar que la incontrolabilidad era la regla.

#### III) Fundamentos de la discrecionalidad

La potestad discrecional de la Administración Pública puede ser susceptible tanto de apologías como de críticas, según que tomemos partido por la importante gestión que tiene a cargo la Administración o consustanciamos con la debilidad de inermes administrados ante una potestad de esta naturaleza. Sin embargo, actualmente, existen cada vez más numerosas necesidades, necesidades que se demandan y que el Estado debe satisfacer, estas respuestas que reclaman los administrados por parte del Estado deben contar con una herramienta que posea cierta flexibilidad para poder ser realizadas con miras a la más eficaz realización del interés comunitario, este instrumento imprescindible del que hablamos- como el lector podrá imaginar -es la discrecionalidad. Probadamente un Estado hiperreglamentado no puede suministrar aquellas respuestas por propender a mecanismos poco ágiles, que la mayoría de las veces no pueden ofrecer a los administrados las satisfacciones que estos mismos precisan; la discrecionalidad es un instrumento para una más efectiva, oportuna, creativa y dinámica realización del interés público, teniendo en cuenta la multiforme e incierta realidad estatal, sus transformaciones y emergencias, generalmente difíciles de planificar. Contemplando positivamente a la discrecionalidad y condenando el reglamentarismo que todo quiere normar, Gordillo, considera



que: "...es inconveniente prever hasta el último detalle lo que el órgano debe hacer..."<sup>24</sup>, Fiorini, por tanto, la concibe como un fenómeno que deriva de la realidad de las cosas, expresando que: "...la actividad discrecional no es un problema contingencial o precario, como tampoco un recurso político de los administradores fuertes y arbitrarios. El gobernante lo reclama como un poder para realizar su labor sin ningún control y el administrado lo acepta como algo que no puede rechazar", más adelante, agrega: "... sólo el jurista que afirma la pervivencia viva del derecho en el orden y en la actividad estatal pretende encuadrar la discrecionalidad en una institución creada y amparada por la norma jurídica. Institución, expresión y creación íntegra del derecho y sin razón de ser fuera de él"<sup>25</sup>.

No obstante sus bondades evidentes; no se puede soslayar que la frecuente labor creativa que puede implicar el uso de facultades discrecionales, puede suponer un repentino cambio de reglas entre los administrados, susceptible de sembrar las semillas de la arbitrariedad y de la inseguridad jurídica, mediante resoluciones irregulares e ilegítimas de los agentes de la Administración- basados en el autoritarismo y el abuso de poder -pasibles de lesionar los derechos de los administrados; aunque siempre que esto acontezca estos acudirán al juzgador, que si actúa valientemente restablecerá en su quicio la situación jurídica alterada- anulando, es decir corrigiendo y no modificando o sustituyendo -por el uso inapropiado del instituto explicitado, encauzándolo como guardián de la legalidad en la medida tolerable por el orden jurídico.

#### IV) Distintos enfoques acerca de la discrecionalidad

##### a) Enfoque adjetivo de la discrecionalidad

Las posturas adjetivas de la discrecionalidad se identifican con la llana imposibilidad de enjuiciamiento judicial, su detectabilidad en dicha sede tomaba de forma inmediata su incontrolabilidad, y por tanto transformaba a la discrecionalidad en una potestad inmune judicialmente. Este enfoque parte del presupuesto del antagonismo entre lo reglado- judicial -y lo discrecional- no judicial -. Uno de los fundamentos más importantes que fomentaban un antagonismo de tal carácter era porque se creía que sólo en las facultades regladas residía un derecho subjetivo administrativo y por tanto merecedor de tutela jurisdiccional, mientras que las facultades discrecionales, ante la ausencia de pauta legal previa, no podían hacer surgir un derecho de tal carácter. Existen numerosos pronunciamientos judiciales que son fiel reflejo de la regla explicitada, en "Aguilar", el Alto Tribunal de Mendoza, afirmó: "...hay ejercicio de facultades discrecionales cuando los preceptos legales no

<sup>24</sup> Gordillo, Agustín, ob. cit., p.VIII-18.

<sup>25</sup> Fiorini, Bartolomé, ob cit., p.31.

imponen a la Administración lo que esta puede hacer o no hacer, dejándole la libertad para dar una solución; y frente a esta facultad los particulares no tienen derechos administrativos, sino meros intereses que pueden o no ser legítimos, pero que escapan a la acción contencioso administrativa, pues el poder discrecional reclama una libertad de apreciación y aplicación de normas técnicas no sujetas a control judicial"<sup>26</sup>. Con similares argumentos el Máximo Tribunal bonaerense rehusaba la acción- vale recordar que en ese momento y sólo hasta hace unos pocos años la materia contencioso administrativa era de competencia originaria de este Máximo Tribunal -recurriendo a la incompetencia, a través del instituto procesal de la inadmisibilidad, argumentando: "La justicia no puede conocer en las demandas contencioso administrativas, cuando estas no demuestren que haya habido en la resolución que se impugna lesión a un derecho amparado por ley, que pueda dar origen a la acción que se interpone"<sup>27</sup>. Es decir, el actuar derivado de facultades regladas amparaba o creaba un derecho subjetivo administrativo y la resolución administrativa que lo alteraba o modificaba era controlable en el contencioso; en cambio la situación jurídica derivada del actuar discrecional de la Administración no era susceptible de revisión judicial, porque constituía una causal de inadmisibilidad de la acción contencioso administrativa que a su vez generaba sólo intereses no merecedores de protección, con motivo de la falta de parámetro legal condicionante. Al respecto, Bielsa, contemporáneo a esta postura, afirmaba que: "...los jueces no pueden juzgar lo discrecional del acto administrativo, porque siendo un acto discrecional de otro poder, les falta a los jueces base legal para fundar la decisión"<sup>28</sup>.

El reflejo legal típico de este modo de abordar a la discrecionalidad es la Ley española Santamaría de Paredes de 1884, que se caracterizaba por adherir a la distinción entre lo reglado y lo discrecional, no previendo para esta última facultad, control judicial alguno<sup>29</sup>. La ley citada fue fuente de inspiración de numerosos ordenamientos procesales en lo contencioso administrativo de nuestros Estados provinciales- por ejemplo, los Códigos Procesales en lo Contencioso Administrativo de Salta, San Luis, Santiago del Estero, Córdoba, Chaco, Misiones, Catamarca, entre otros -y fundamentalmente del código bonaerense- denominado "Código Varela", por su redactor Rodolfo Varela -y de igual forma que la Ley Santamaría, excluía de la revisión judicial a las facultades discrecionales, exigiendo como requisito de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa, que la cuestión verse sobre

<sup>26</sup> Corte Sup. Pvcia. de Mendoza, "Aguilar", 12/10/1942.

<sup>27</sup> Corte Sup. Pvcia. de Buenos Aires, "González Costa", Causa B 21.218.

<sup>28</sup> Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público*, T. II, Buenos Aires, Lajouane 1932, p. 190.

<sup>29</sup> Su artículo cuarto, establecía que: "No corresponderá al conocimiento de los tribunales de lo contencioso administrativo: 1) las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional".



facultades regladas<sup>30</sup>. No obstante, más allá de la letra la Corte provincial ha abierto la jurisdicción en ciertas ocasiones, utilizando como válvula de escape la falta de razonabilidad de la decisión, la escasa o nula motivación y a la concordancia de esta con la causa<sup>31</sup>.

¿Cuáles eran las materias que quedaban fuera de la jurisdicción, en razón de la inteligencia de los códigos enunciados, o por vía jurisprudencial?, entre otras eran las siguientes:

- Poder de policía y disciplinario derivado de la relación de empleo público.
- Organización- entiéndase su creación, modificación y extinción -de los servicios públicos.
- Otorgamiento de autorizaciones, permisos y concesiones.
- El otorgamiento y retiro de la personería jurídica<sup>32</sup>.
- El funcionamiento de las casas de tolerancia.
- La valoración de idoneidad de los postulantes en los concursos públicos.

#### b) Enfoque sustantivo de la discrecionalidad

Este abordaje sustantivo, con el fin de no dejarse llevar por preconceptos dogmáticos rechaza la falsa diferenciación entre las facultades regladas y las discrecionales, entre otros argumentos, porque tal visión ataca el principio de la unidad del orden estatal. Este enfoque no concibe lo discrecional en sentido negativo de lo que es reglado, o como lo no controlable judicialmente u otros conceptos vagos y simplistas por el estilo, sino que se encarga de analizar la esencia de la discrecionalidad. Esta postura entiende que en una porción de los actos administrativos emitidos por la Administración existen ponderaciones de oportunidad, mérito y conveniencia, o si se quiere, determinados espacios elásticos que configuran cierta libertad de elección y/o acción- aunque siempre en conformidad con el orden jurídico -entre diversas alternativas válidas de actuación indiferentes jurídicamente, en base a directivas de actuación y a criterios no siempre jurídicos sino, en ciertos casos políticos, económicos, de realidad, técnicos, científicos, sociales pero siempre teniendo en miras el interés público comprometido, gestión, que según nuestro

<sup>30</sup> En su artículo 28 inciso 2º establecía, que: "La demanda contencioso administrativa puede interponerse, por un particular, por una autoridad administrativa o por el Fiscal de Estado, en contra de resoluciones administrativas que versen sobre un asunto en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades reglamentadas por leyes o disposiciones anteriores", además en el primer inciso del artículo siguiente establecía: "la Corte Suprema debe desechar in limine (entiéndase inadmisibilidad o lo que es lo mismo desamparo judicial-la bastardilla nos pertenece) de toda demanda que verse sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales".

<sup>31</sup> Corte Sup. Pvcia. de Buenos Aires, "Trezza", 10/11/1992, "Serpe", 29/4/1997, "Villegas", 12/9/1998.

<sup>32</sup> Corte Sup. Pvcia. de Buenos Aires, "Arriaga", Causa B-22.278.

Ordenamiento debe llevar a cabo el poder administrador. A su vez también entiende esta corriente que los actos puramente discrecionales o puramente reglados no existen en la realidad del Ordenamiento, lo que si existe es que en un acto administrativo pueden anidar elementos reglados y discrecionales, como también cada elemento del acto, en apariencia reglado, puede contener algún componente discrecional. A través de esta simple explicación se puede percibir fácilmente el reduccionismo de la concepción adjetiva que habla de actos discrecionales y reglados, reduccionismo que, en tanto tal, no indagó nunca en los elementos, ni en las tendencias que poseen los actos administrativos con componentes discrecionales, sólo analizó la consecuencia desfavorable que deriva de la ausencia de fiscalización judicial, pero nunca pudo explicar el núcleo íntimo de la discrecionalidad. El maestro Fiorini- siguiendo a Harriou -postula la inexistencia del acto discrecional, afirmando que: "...en el Estado de Derecho no existen actos discrecionales sino actividades discrecionales que configuran sólo momentos especiales anteriores a la manifestación exterior del acto administrativo"; luego agrega que: "...los diversos pasos procedimentales son precedentes necesarios del acto administrativo, deben tener en cuenta todas las circunstancias e intereses implicados como presupuestos condicionantes del fin que deben perseguir"<sup>33</sup>, poder ponderativo- momentos especiales o discrecionales -presente en una gran variedad de actos que emite la Administración.

Este enfoque tiene consagración legal mediante la Ley de jurisdicción contencioso administrativa española del año 1956. La disposición citada al enumerar los actos excluidos de control no nombra los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, sólo excluye a los actos políticos o "institucionales", problemática por demás interesante y cara, como la que tratamos, a numerosos principios constitucionales, configurando este tipo de actos, a nuestro parecer, el último residuo de privilegio que posee la Administración y por consiguiente, la última conquista que le queda reivindicar al Poder Judicial, en la esfera del derecho administrativo. Los actos políticos o institucionales- que a menudo ostentan facultades con componentes marcadamente discrecionales -no serán objeto de este Trabajo, sin embargo a los efectos de delimitar su conceptualización para diferenciarlos de los discrecionales, Cassagne los define de la siguiente manera: "El acto institucional es producto de la llamada función gubernativa o política y engloba la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales- (abarcando supuestos tales como la intervención federal, declaración del estado de sitio, designación de diputados y senadores,

<sup>33</sup> Fiorini, Bartolomé, ob. cit., p.63 y ss.



*nombramiento de los jueces de la Corte federal, etc.-la bastardilla nos pertenece) - que organiza la Constitución, tanto en el plano de Derecho Público Interno como en el concerniente al Derecho Internacional Público<sup>34</sup>, en suma, se tratan de actos de "alta política", que pueden implicar o no el uso de facultades discrecionales.*

Tras los pasos del dispositivo español citado, nuestros Códigos Procesales en lo Contencioso Administrativo se han ido "aggiornando"- como los de Mendoza, Entre Ríos, Formosa y La Rioja -a los nuevos tiempos, como a las nuevas ideas que suponen esta sana adaptación legal. Afortunadamente lo ha hecho en igual manera también nuestro nuevo Código bonaerense, (Ley 12.008 y modificatorias) ya que según Comadira: "...al regular la impugnación de los actos administrativos<sup>35</sup>, no formula distinción alguna relativa a la índole reglada o discrecional de la potestad que ellos pueden traducir, ... esto significa el control pleno de la actividad preponderantemente discrecional<sup>36</sup>; es consecuente tal interpretación de tan distinguido autor con su proyecto de Código Contencioso Administrativo federal<sup>37</sup>, dirigido por el mismo<sup>38</sup>.

Este recorrido de posturas que hemos encarado no constituyen meros contrapuntos de plumas sin implicancias en la realidad, sino que esta discusión asume relevancia para la organización del Estado de Derecho, el posicionamiento que uno adopte por la elección de uno u otro enfoque significa, a nuestro juicio, nada más y nada menos, que bregar o no por una interacción más madura, sólida y responsable de dos de nuestras funciones constitucionales como son la administrativa y la jurisdiccional.

#### V) Actividades que puede asumir el administrador al ejercer la potestad discrecional

<sup>34</sup> Cassagne, Juan, *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 69 y ss.

<sup>35</sup> El artículo 2 inciso 1º, establece: "...las que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos, de alcance particular o general". (Si bien no contradecemos la concepción de Comadira- ver comentario en el texto de la nota siguiente -la cual creemos que es que a silencio del Código se está por el control. Consideramos un error de técnica legislativa del codificador no haber explicitado la factibilidad de dicho control, ya que ante el silencio legal, empieza a campear la interpretación, interpretación que produce el riesgo innecesario de que unos jueces abran la jurisdicción al control y otros la restrinjan-la bastardilla nos pertenece).

<sup>36</sup> Comadira, Julio; D'Argenio, Inés; Hutchinson, Tomás; Logar, Ana; Marafuschi, Miguel; Milanta, Claudia; Ortiz, Ricardo; Perrino, Pablo; Richero, María; Salaberren, Roberto; Soria, Daniel, Tribiño; Carlos El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ob. cit., p. 212 y ss.

<sup>37</sup> En su artículo 2, inciso d, establece que: "...corresponde al juez de la materia el control de los actos emitidos en ejercicio de facultades regladas o discrecionales". (A esta simple explicitación legal hacemos referencia para despejar dudas de cualquier especie que puedan ser expuestas a multidireccionales interpretaciones en sede judicial-la bastardilla nos pertenece).

<sup>38</sup> Comadira, Julio, *Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la República Argentina*, Ministerio de Justicia de la Nación, 1999.

Con el objetivo de seguir manteniendo el centro de atención dentro de lo que constituye la función administrativa, como actividad continua e ininterrumpida gestora mediata e inmediata del bien común, y siendo la potestad discrecional un modo peculiar de ejercicio de la función administrativa, posaremos ahora nuestra atención en las eventuales acciones- momentos genésicos y realizativos de discrecionalidad -que pueden implicar la asunción concreta de la discrecionalidad por parte del administrador, en aras de lograr ese fin abstracto comunitario. Conforme con lo expresado, las acciones, entre otras, pueden ser las siguientes:

- Apreciar valores y optar entre varias soluciones permitidas: (por ejemplo: ante un servicio público que es suministrado por el contratista público de forma negligente, con una calidad paupérrima y con precios altos que ofrece a los administrados más molestias que la satisfacción de las necesidades mínimas que debe procurar, la Administración podría considerar como una posible solución la revocación de la concesión- valoración -y eventualmente analizar- entre distintas soluciones o alternativas, en razón de la libertad de elección -si corresponde llamar a una nueva licitación, concurso, contratación directa, etc.) Al indagar la Administración en este cuadro de situación, implicará que valore y luego opte por el curso de acción más conveniente, teniendo en cuenta la dinámica que esta transitando la realidad estatal. García de Enterría, afirma que: "...la reducción de las inmunidades del poder no pueden desconocer la esencia de la discrecionalidad, constituida por la apreciación de los valores singulares sobre la que se monta la libertad de elección, que en último extremo consiste<sup>39</sup>. Es decir en cada caso particular habrá que apreciar valores- si el Ordenamiento lo autoriza o lo silencia -y luego optar entre las distintas soluciones permitidas o alternativas válidas. Al respecto Giannini, sostiene que: "...cualesquiera que fueran las especies o el número de ellas, la discrecionalidad importa siempre una elección entre varias soluciones posibles, en procura de lo más oportuno para el caso concreto<sup>40</sup>.

- Valorar los medios y el fin: Si nos remitimos al ejemplo dado más arriba, los medios a valorar serán las modalidades permitidas por el Ordenamiento respecto de la selección del contratista; en cambio la valoración del fin- interés público - podría darse si al ejemplo anterior le agregamos el ingrediente del concepto jurídico indeterminado "emergencia en la contratación", en razón de la urgencia comunitaria que importa el suministro de un servicio público esencial. Al respecto Mozo Seoane, afirma que "...a la discrecionalidad no le preocupa señalar cual es el interés público, debido que es cometido natural determinado por el orden jurídico diseñado por el legislador. La

<sup>39</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, ob. cit., p.23.

<sup>40</sup> Giannini, Massimo, ob. cit., p. 475.



discrecionalidad se ocupa de seleccionar el medio, el modo y los instrumentos necesarios para la realización del fin, valorando y sopesando las distintas opciones posibles<sup>41</sup>. El fin del que habla este autor es el interés público, misión principal que siempre debe tener en miras el administrador, y de forma indirecta, de acuerdo con la naturaleza de sus facultades, los demás poderes organizados por la Constitución. En otras palabras, la discrecionalidad se ocupa del (¿Cómo?), se puede realizar ese interés público en la situación concreta y de ahí su indeterminación y complejidad. En referencia a la noción de interés público, Giannini, advierte que: "No existe un interés público solitario, sino un conjunto de intereses, públicos, colectivos y privados...", luego agrega una diferenciación: "Existe un interés público primario y otros secundarios, y a su vez, estos últimos no responden a un objetivo homogéneo, algunos se contraponen al interés primario y otros lo procuran, fomentan y fortalecen"<sup>42</sup>. Siguiendo el ejemplo antes citado y a Giannini, el interés público primario se configuraría a través de la procura de un servicio público eficaz para los usuarios-administrados, y según el caso, optando por la modalidad de la licitación pública el interés secundario se identificaría con la adjudicación a la "oferta más conveniente", siempre que esta coincida con la obtención de las necesidades de los administrados que ocasionaron la revocación de la concesión.

- Completar el orden jurídico en la situación concreta: en ocasiones el orden jurídico- por abstracto y general -derivado de la actividad legislativa, precisa de una concretización que es llevada a cabo por el administrador, ya sea por atribución explícita o laguna del derecho. (Por ejemplo: Pensemos en una norma urbanística que contemple que siempre que un edificio de importancia y valor histórico amenace ruina, la Administración podrá llevar a cabo todas las medidas que estime pertinentes). Esta última parte- muy usual en numerosísimos dispositivos legales de toda índole - conlleva una enorme indeterminabilidad de la conducta administrativa a seguir, conducta que autoriza el uso de facultades discrecionales- en este caso en materia urbanística -en aras de otorgar cierto margen flexible para que la Administración, llegado el caso pueda escoger libremente por una las distintas alternativas válidas que el administrador considerase como pertinente, adaptando la ley a la realidad del caso concreto. Jellinek fue el primer autor que concibió a la discrecionalidad como un instrumento técnico que completa la actividad legislativa, al analizar los problemas derivados de la norma flexible, elástica e indeterminada<sup>43</sup>, actividad que el administrador no puede rehusar su ejercicio, en tanto la función administrativa es una

<sup>41</sup> Mozo Seoane, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 205.

<sup>42</sup> Giannini, Massimo, ob. cit., p. 481.

<sup>43</sup> Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1981, p. 33.

atribución-deber, y que en la especie además trasunta, estimamos, un evidente perfeccionamiento de la ley al hacerla accesible a la realidad que reclaman los administrados en una coyuntura concreta.

#### - Llenar los vacíos legales

Es un lugar común lógico y jurídico, que todo no puede preverse, (por ejemplo: no existe legislador, por más prudente, instruido, autorizado y sabio que este sea, que pueda anticiparse a las desviaciones conductuales de las que son capaces de perpetrar los ciudadanos, en la convivencia colectiva en sociedad, a los efectos de tipificar todo el catálogo de delitos posibles). De la misma manera en el plano de la cambiante realidad estatal es imposible reglamentarlo todo, entonces es que se acude por obra de la naturaleza de las cosas o de forma intencional y planificada, al polémico y dudoso instrumento, aunque siendo realistas eficaz y necesario denominado por la doctrina continental "ley inacabada por conveniencia". En lo referente a este fenómeno en conjunción con la discrecionalidad administrativa, Sánchez Morón, afirma: "...la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos, o de mera oportunidad o conveniencia- económica, social, organizativa, etc. -lo que se hace inevitable cuando las respuestas que da el legislador a los problemas cuya solución ha de abordar, se puede caracterizar por la renuncia a definiciones precisas y la utilización de enumeraciones ejemplificativas, presunciones, descripciones amplias y muy abstractas, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o abiertas, remisión a estándares metajurídicos, etc."<sup>44</sup>. Más adelante agrega en relación con la moderna concepción del principio de legalidad contemporizándolo con las realidades actuales, afirmando que: "La función del principio de legalidad de la Administración Pública no puede entenderse ya a la manera formalista de antaño, nada impide que, fuera del ámbito de la reserva de ley, el gobierno y la Administración puedan tomar iniciativas en ejercicio de sus funciones propias. Por otra parte, incluso en las materias reservadas a la ley puede el legislador conferir a aquellos amplios poderes normativos y, desde luego, discrecionales. Y esto es lo que, en realidad, está ocurriendo hoy en día, puesto que es evidente que el Parlamento no tiene capacidad para regular con minuciosidad todos los sectores de la acción administrativa. No sólo eso, sino que en muchos casos una regulación legal exhaustiva puede producir consecuencias no deseadas, pues la adecuación de la acción administrativa a las circunstancias cambiantes exige una cierta flexibilidad; flexibilidad que normalmente comporta un margen de libertad de decisión para adaptar

<sup>44</sup> Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 67.



los mandatos legales a las circunstancias de cada caso. De todo ello se deriva la amplitud de las potestades discrecionales de que goza cualquier Administración moderna<sup>45</sup>. En el mismo orden de ideas, Parejo Alfonso, explicando el fenómeno de "la renuncia legislativa", afirma que: "...la progresión del fenómeno de renuncia del legislador a la adopción de decisiones sustantivas, dejando a la Administración su integración durante el proceso de ejecución-aplicación, es calificable de relacional en función de fines objetivos, que supone una abierta remisión de la decisión al escalón administrativo y, por tanto, la generación del correspondiente espacio administrativo de configuración social, en el que el poder político administrativo debe actuar bajo la propia responsabilidad. En este espacio, la Administración Pública es hoy, pues, el "locus" de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello"<sup>46</sup>.

El Tribunal Constitucional español<sup>47</sup> ha tenido oportunidad de pronunciarse por la validez de estos institutos modernos- de difícil compatibilidad con las concepciones clásicas de la división de poderes y el principio de legalidad -, siempre que respeten los siguientes recaudos:

- La remisión legislativa no puede ser imprecisa e incondicionada.
- No podrá admitirse la normación de los conceptos esenciales, si la remisión es en blanco.
- Que no suponga una total abdicación del legislador para establecer reglas en el ámbito de su competencia específica.

En fin, creemos, que con el fin de lograr una seria conjugación de los tres poderes del Estado, debe estarse a la dinámica de la realidad, más que aferrarse a dogmatismos que se dan de bruces con los hechos. Sin embargo, también entendemos conveniente, que en nuestro país no sería apropiado adoptar inmediatamente estas modernas teorías e interpretaciones, más aún si todavía no se ha zanjado totalmente el arduo debate acerca de las condiciones a que deben sujetarse tanto la legislación delegada como los decretos de necesidad y urgencia.

<sup>45</sup> Sánchez Morón, Miguel, ob. cit., p. 110.

<sup>46</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 73.

<sup>47</sup> Trib. Const. español, sent. 99/87, 179/85, 162/86.

## Segunda Parte: "Teorías reductoras de la discrecionalidad"

Ante una facultad tan amplia, tan poco encasillable y "libre", característica esta última, algunas veces, mal utilizada por la Administración e interpretada como válvula de escape de la legalidad del proceder administrativo; es muy comprensible que hayan surgido teorías que propugnen la eliminación, o cuanto menos la aplicación de cortapisas al arbitrio de esta potestad, para posteriormente someterla a un control judicial pleno- entienda el lector, por pleno: total -. Por esta razón el cometido de esta parte del Trabajo es analizar las más célebres teorías reductoras de la discrecionalidad.

### 1) La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados

Con cierta frecuencia los dispositivos legales- Constituciones, Tratados, reglamentos, contratos de derecho público, pliegos licitatorios, etc.- contienen conceptos vagos, oscuros, imprecisos, abstractos, inasibles, que el administrador a través de la interpretación- debido que la ley no los define o lo hace explicitando ciertas pautas ambiguas que no esclarecen la situación- debe determinar su resultado, determinado este por la Administración y agravio judicial mediante del administrado, serán susceptibles de indagación por el juzgador. Tanto la Administración como la Jurisdicción se enfrentarán a locuciones tales como, por ejemplo: **la probidad del funcionario público, la emergencia en la contratación, la seguridad de la obra, la ruina inminente, el postulante más idóneo, la oferta más conveniente, la utilidad pública, la sustancia contaminante, la baja recaudación, el orden público, el precio justo, la conducta de buena fe;** en cada situación concreta. ¿Como aprehender el significado de tales locuciones? La respuesta a este interrogante múltiple será más confuso que la pregunta misma, de lo que se deriva la gran complejidad que ofrecen estos conceptos cuando debe ejercerse la interpretación administrativa y luego la judicial con el fin de poder descifrar y desentrañar el contenido concreto de estos conceptos para después actuar, discrecionalmente o no- administrador-o para fiscalizar- juzgador-.

La teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados tiene como finalidad dotar de unicidad a la interpretación del concepto, por tanto tiende a eliminar la discrecionalidad- que es siempre libertad de elección y acción entre varias alternativas válidas para el derecho -ya que, para esta teoría, los conceptos ya esbozados, como otros numerosísimos desperdigados en todo el Ordenamiento, se dan o no se dan. En otras palabras, la oferta es conveniente o no, el precio es justo o no, la enfermedad es peligrosa o no; y si se da, en virtud de esta teoría la interpretación del mismo es justa, sino se da no lo es. Con esta metodología se puede deducir, que al postular una interpretación unívoca del concepto, se esta

desterrando a la discrecionalidad del mundo del derecho, con la excusa de un control más eficaz en sede judicial que corroborará la unicidad o no del concepto, y en caso de no darse anulará el acto administrativo. Veamos con un ejemplo el absurdo que implica reducir a una sola opción conceptos tan amplios. Por ejemplo, en materia de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado, los pliegos de bases y condiciones que reglamentan la licitación pública, suelen disponer que la licitación será adjudicada a la "oferta más ventajosa o conveniente", nos preguntamos entonces: ¿Cuál es la oferta más ventajosa o conveniente, la que ofrezca mayores garantías, la que preste un servicio de mejor calidad, la que tenga mejores antecedentes de solvencia, la que ostente mayor profesionalidad empresarial, la que posea una vasta experiencia en la materia, la que cuente con mayor infraestructura, la que sea extranjera, la que posea mejores relaciones con la Administración?. Así podríamos seguir considerando diversas alternativas y optar imaginariamente por la que nos parece más oportuna o adecuada, en razón de una locución que demanda discurrir en este tipo de ponderaciones, pues bien este "sopesar" antes de actuar es la discrecionalidad administrativa. Esta teoría al eliminar estas ponderaciones atenta contra la zona de reserva del poder administrador y transforma mediante su influencia en la ley a la discrecionalidad en actividad reglada, a más de convertir la intervención del juzgador en una labor meramente mecánica- no hermenéutica -de confrontación de si se da o no el concepto- entienda el lector la unicidad del mismo -que en virtud de esta teoría es el más adecuado. Mozo Seoane dice al respecto que: "Esta teoría sustenta que el concepto jurídico sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas"<sup>48</sup>. Es decir, se reduce a la discrecionalidad a un mecanismo de interpretación simplista como de inmediata y mecánica aplicación de la ley, transmutando a la facultad discrecional en vinculada. En referencia la delimitación conceptual de esta teoría contrastándola con la discrecionalidad el Tribunal Superior español ha dicho que: "Las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, justo precio, utilidad pública, etc.), es configurado por la ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del jurado de expropiación, que, como organismo encargado de aplicar el concepto indeterminado de justo precio a unos bienes

<sup>48</sup> Mozo Seoane, Antonio, ob. cit., p. 251.

expropiados no es libre de decidir, a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que, realizando un proceso de juicio o estimación, ha de atenerse, necesariamente, sin libertad de decisión, a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado al concepto de justo precio, para determinar, a través de su valoración, no cualquier posible justo precio, sino el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y por ello dicha función, al no admitir más que una solución adecuada y conforme a la norma, constituye un proceso de subsunción de la categoría de justo precio en el supuesto normal de aplicación del derecho"<sup>49</sup>. Esta teoría para llegar al doble destino de vaciar de contenido la función administrativa de carácter discrecional y un enjuiciamiento total de los actos dictados en ejercicio de facultades de tal índole, acude a una interpretación, antojadizamente, objetiva del concepto indeterminado inserto, o más propiamente que por obra de su influjo pretende insertar en la norma, siendo lo natural y lógico que si un concepto normativo es indeterminado, este espacio sea llenado por la interpretación subjetiva del agente administrativo que tiene competencia atribuida por el Ordenamiento para hacerlo. Siguiendo a Parejo Alfonso<sup>50</sup>, que hace la distinción entre conceptos empíricos o descriptivos y normativos o valorativos, los primeros refieren acontecimientos de la realidad de fácil experimentación y los segundos se encuentran desprovistos de referencia a la realidad, ya que aluden a juicios o apreciaciones metajurídicas, científicas, técnicas, de incierta interpretación. Nos inclinamos por la posibilidad de aplicación de esta teoría, sólo en el primer supuesto por pertenecer a la actividad vinculada, no en el segundo porque se expropiaría los criterios de valoración que la Administración posee de forma inherente en su seno.

Bacigalupo<sup>51</sup> al exponer esta teoría recoge los argumentos que esgrime la jurisprudencia alemana- país de origen de la teoría citada -para excepcionarse de su aplicación concediendo a la Administración, por tanto el margen de apreciación, bajo las siguientes condiciones:

- Cuando la aplicación de un concepto jurídico indeterminado haga necesaria ponderaciones, pronósticos o valoraciones.
- Luego el tribunal se encargará de controlar si la Administración ha traspasado los límites legales de la habitación de apreciación o ha ejercido la misma de un modo adecuado a su finalidad.

<sup>49</sup> Trib. Sup. español, sent. del 28/4/1964.

<sup>50</sup> Parejo Alfonso, Luciano, ob. cit., 121.

<sup>51</sup> Bacigalupo, Mariano, La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 129.



En favor de la aplicación de esta teoría- si bien tiene en cuenta las cuestiones de difícil resolución, como por ejemplo: los pronósticos y las valoraciones de idoneidad - se pronuncia Sainz Moreno<sup>52</sup>, quién reduce la cuestión a un problema de derecho procesal, como a la vez optando por la primacía de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados.

En síntesis, esta teoría tiene dos tendencias preponderantes: una propugnar por la eliminación definitiva de la potestad discrecional y la segunda es someter la cuestión a un control judicial más riguroso y total. Para descifrar estos conceptos indeterminados acude a criterios meramente jurídicos- imitando al silogismo dialéctico judicial que manda en todo momento buscar y encontrar la solución más justa e intentando transplantar sus criterios en sede administrativa -para lograr la unidad de solución justa. Esta teoría puede ser útil como método, al indagar en un concepto y verificar si tiene una o varias alternativas de acción, siempre que se tenga que poner un freno judicial a decisiones ilegítimas de la Administración, o en aquellas situaciones donde posteriormente a la interpretación del concepto, efectivamente se compruebe que este sólo posee una solución inequívocamente unívoca. Sin embargo, es difícil adherir plenamente con una teoría que parte de preconceptos que otorgan mayor confianza a una función del Estado- la jurisdiccional - por sobre otra- la administrativa-, vulnerando las competencias legalmente atribuidas. Validando argumentos como estos se viola palmariamente la división de poderes y la organización armónica de competencias instituida por el poder constituyente se rompe, surgiendo relaciones de subordinación a través de la transferencia de facultades de un poder a otro, ya que un poder ejerce una potestad recortada y el otro un control ampliado. Creemos que es nocivo caer en un extremo como en el otro, el exceso de discrecionalidad perjudica a los administrados, y un control judicial desmesurado puede paralizar la gestión administrativa.

#### II) La teoría de la discrecionalidad técnica

En la anterior teoría hemos verificado que los instrumentos legales se encuentran insertos conceptos ambiguos, abstractos, poco claros que reclaman de interpretación, integración, aplicación o de discrecionalidad en aras de la solución particular. La teoría italiana de la discrecionalidad técnica al igual que la anterior pretende la reducción de la discrecionalidad y afirma un profundo control judicial, sin embargo para lograr iguales destinos, estas teorías transitan distintos caminos. La teoría de la discrecionalidad técnica se circunscribe a explicar los fenómenos de remisiones explícitas o implícitas de parámetros técnicos y científicos que están

<sup>52</sup> Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 246.

presentes en las distintas normas jurídicas, y su adecuada interpretación auténtica está depositada en cabeza de los agentes cualificados de la Administración Pública. Las materias en las cuales puede intervenir la ciencia y técnica en el seno del derecho administrativo son variadísimas, a título ejemplificativo enumeraremos las siguientes:

- En los procedimientos de selección de los contratistas del Estado.
- En la ejecución de los contratos públicos.
- En la creación, modificación, control y extinción de los servicios públicos.
- En los procedimientos de ingreso de los agentes públicos, su valoración de idoneidad, ascensos, medición de productividad, retiros.
- En el ejercicio del poder de policía, en lo referente a salubridad, moralidad, higiene, seguridad, urbanismo, etc.

Este particular fenómeno de intervención de la ciencia y técnica en el mundo del derecho fue vislumbrado por Jellinek<sup>53</sup>, advirtiendo que la legislación en algunas ocasiones es pasible de remitirse- y por tanto, entrar a formar parte del sistema jurídico -a una técnica determinada a través de expresiones como: **idoneidad, peligrosidad, salubridad, ruina, contaminación, valor histórico o artístico.** Conceptos abstractos que deberán ser desentrañados por algún agente especializado de la Administración Pública nacional, provincial o municipal que para diseñar una medida de acción concreta tendrá que saber previamente a que aluden en la realidad particular. A su vez, si se adopta otra postura menos garantista también podrán ser susceptibles de reinterpretación por la actividad probatoria pericial en el ámbito del contencioso administrativo, agravio judicial mediante. Los funcionarios de la Administración Pública, al igual que los peritos para determinar el significado de estos conceptos deberán contar con preparación formal en las ciencias duras- matemáticas, física, medicina, química, ingeniería, arquitectura, geología, etc.-o blandas- economía, sociología, ciencias políticas, pedagogía, estética, etc.-.

Ildarraz y Zarza Mensaque, al tratar del reconocimiento jurídico de la ciencia y la técnica hacen una diferenciación entre las reglas científico-técnicas y las normas de derecho (*Consideramos que las dos son normas de derecho unas por su naturaleza y otras por remisión legislativa-la bastardilla nos pertenece*), afirmando que: "...las normas de derecho indican el deber ser de la conducta humana, o sea, el principio deontológico que regla el comportamiento de la sociedad sobre la base de un estándar preestablecido. Las reglas científicas y técnicas, en cambio, están muchas

<sup>53</sup> Jellinek, Georg, ob. cit., p. 89.



veces sujetas a caracteres de fatalidad en procura de desentrañar el ser de la cosa, o su principio ontológico<sup>54</sup>.

La discrecionalidad técnica ha cooperado en el cambio de roles que ha asumido el Estado, en lo atinente a esta cuestión explica Benvenuti: "...la transformación del cometido del Estado liberal en intervencionista y la ampliación del cometido estatal para satisfacer los intereses colectivos con mayor intensidad, perfilaron el tratamiento de la discrecionalidad técnica en sus orígenes. El control judicial era retaceado a favor del estatismo organizacional: la Administración gozaba de mayor libertad en tanto emitía juicios de valor en cada momento de la decisión"<sup>55</sup>.

El interrogante clásico de los administrativistas, respecto de esta temática como derivación de su denominación es: si la discrecionalidad técnica configura una especie de la discrecionalidad general, o si por el contrario pertenece al plano de la actividad vinculada. Gordillo distinguiendo agudamente en la univocidad o equivocidad de la ciencia o técnica considera que: "...antiguamente se decía que la Administración tenía una discrecionalidad técnica, esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tomaba irrevocables los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones. Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: si esta es una cuestión meramente opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con el criterio subjetivo de quién en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no pueda en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependan de la apreciación personal de un sujeto, corresponde por el contrario hablar de regulación"<sup>56</sup>. Marienhoff, por el contrario la incluye dentro del plano de lo reglado, sosteniendo que: "...en tanto un acto deba basarse en informes científicos o técnicos incontrovertibles, el es, respecto de su contenido, reglado y no discrecional, porque las conclusiones de ese informe o dictamen configuran los hechos a considerar para la emisión del acto"<sup>57</sup>. Comadira, por su parte efectúa la siguiente diferenciación: "La denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido en base a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en estos, más de una posibilidad, o cuando siendo la valoración técnica unívoca, este ligada a una actuación elegible"<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Ildarraz, Benigno y Zarza Mensaque, Alberto, *Curso de derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1968, p. 9.

<sup>55</sup> Benvenuti, Luigi, *La discrecionalidad administrativa*, Barcelona, 1988, p. 181.

<sup>56</sup> Gordillo, Agustín, ob. cit., p. VIII-22 y ss.

<sup>57</sup> Marienhoff, Miguel, ob. cit., p. 431.

<sup>58</sup> Comadira, Julio, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, ob. cit., p. 516.

La doctrina italiana, a través de Cammeo explica esta cuestión a través de la descomposición de los conceptos de hecho simple y hecho complejo para finalmente ubicarla dentro de la actividad discrecional, afirmando que: "...los hechos simples se vinculan con la actividad reglada, esto se verifica cuando debido a la precisión de la norma no existen dudas respecto del comportamiento administrativo a seguir, ... los hechos complejos, en cambio se relacionan con una norma imprecisa que debe ser explicitada a través de un procedimiento intelectual"<sup>59</sup>. El maestro Giannini ofrece una respuesta magistral a la cuestión planteada describiendo el momento discrecional del agente administrativo que interpreta la norma técnico-científica de la siguiente manera: "...si bien la denominación discrecionalidad técnica es de uso normal, constituye un error histórico de la doctrina, porque la discrecionalidad comporta conjuntamente juicio y voluntad, a diferencia de lo técnico, que presupone un momento cognoscitivo y trasunta sólo un juicio. La apreciación discrecional puede efectuarse después. Cuando se comprueba que una sustancia es tóxica, el órgano competente puede elegir discrecionalmente entre prohibir su uso, sacar la mercadería de circulación, aconsejar su destrucción o permitir la utilización con cuidados especiales"<sup>60</sup>.

Adelantamos en carácter provisional- porque la dinámica casuística de estas y otras cuestiones serán objeto de partes ulteriores de este Trabajo -que estas materias, como es patente, son de delicada fiscalización judicial. Más aún cuando el juzgador debe revisar decisiones que derivan de valoraciones pertenecientes a las ciencias blandas, que a diferencia de las ciencias duras, poseen carácter opinable y discutible, características estas que se conectan íntimamente con la esencia de la discrecionalidad, como una opción entre varias alternativas válidas, opción ejercida con la intervención necesaria de agentes especializados de la Administración; luego en sede judicial, al discutirse la legalidad del acto, se hace compleja la actividad de contralor que el juzgador debe ejercer, ya que en estas cuestiones está siempre latente el control sustitutivo. Nos preguntamos: ¿Cómo controlar lo opinable, sino con otra opinión?, que, sin embargo, reemplaza la opinión del agente público cualificado por la del juez. Esta última situación esta refida con el Ordenamiento, por no existir atribución competencial alguna. A nuestro parecer, la cuestión tratada es susceptible de dividirse en dos supuestos. En aquellos casos donde la ciencia es unívoca, cierta, universal, objetiva- dura -en el sentido de que las distintas corrientes de pensamiento de los miembros de la ciencia de que se tratase son "distintas" semánticamente, coincidiendo luego de manera unánime acerca las cuestiones centrales de la disciplina

<sup>59</sup> Cammeo, Federico, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1969, p.128.

<sup>60</sup> Giannini, Massimo, ob. cit., p. 487.



científica, más allá de compartir el argumento de que toda ciencia dura o blanda es relativa y perfectible, siendo fruto de evolución permanente, de virajes y contravirajes por parte de sus distintos exponentes, convengamos que la certeza prima en las duras. Por esta razón en este último ámbito el juez es soberano y puede efectuar un enjuiciamiento pleno, como si de facultades regladas se tratara, ya que se limitará a una actividad de constatación del estándar técnico-científico, auxiliado por la prueba pericial. Sin embargo, estimamos, que aún en este ámbito puede haber un supuesto en el que se limitará a efectuar un control acotado que será en todos aquellos casos donde las normas prevean la opción entre distintos procedimientos derivados de esta área de la ciencia, aquí el juez le estará vedado optar por otro procedimiento que el elegido por la Administración, condicionado a que sea razonable. En aquellas situaciones en que la cuestión técnico-científica es equívoca, opinable, discutible, subjetiva- proveniente generalmente de las ciencias blandas -, donde es preferible, en virtud la naturaleza de las cosas, por la discrecionalidad o por imperio del Ordenamiento una decisión como otra, creemos que al juez le estará vedado controlar esta cuestión de corrección latente, por su carácter, y sólo si concurre la observancia de los requisitos que veremos ulteriormente en este Trabajo, la Administración emitirá un pronunciamiento definitivo, final e inmune judicialmente. (Por ejemplo: en las valoraciones pedagógicas de idoneidad de los agentes de la administración, ¿Cómo revisar judicialmente el dictamen o resolución administrativa de una Junta de Calificaciones- que no es ilógica, arbitraria, o irrazonable y esta basada en hechos verdaderos -si un aspirante a un cargo público, que precisa para su ingreso intervenir en un procedimiento de Concurso Público y Oposición de Antecedentes, en el cual obtuvo un puntaje de 6 (seis) se agravia porque considera que merece mayor puntaje que el obtenido? Nos inclinamos a pensar que al juzgador le está vedado penetrar en estos territorios- en los que profundizaremos después -ni aún con la ayuda de la pericial.

### Tercera Parte: "Control Judicial de la discrecionalidad. Casos problemáticos. Casuística jurisprudencial"

Dentro de esta parte del Trabajo nos proponemos mostrar la factibilidad del control de las problemáticas facultades discrecionales en casos concretos de difícil resolución. Es decir las implicancias que poseen tales facultades de la Administración en sede judicial, implicancias que ofrecen delicados matices, ya que el juzgador debe enfrentarse al dilema de fiscalizar o no este tipo de potestades, si ejerce un control profundo, este puede comportar un ejercicio indebido de la función administrativa y de la Jurisdicción, por ende vulneración de la división de poderes; mientras que la ausencia de revisión jurisdiccional adecuada del acto administrativo con componentes discrecionales, es susceptible de conculcar la tutela judicial efectiva, si entendemos a la función jurisdiccional como una atribución-deber que el orden jurídico encomienda a sus miembros como principal cometido.

La potestad discrecional aquí en esta parte- más que nunca -se manifiesta mediante la vigencia y adjudicación de ciertas misiones exclusivas al poder administrador. (Por ejemplo: disponiendo correcciones disciplinarias a sus agentes; valorando a través de agentes especializados las condiciones que deben reunir los miembros de la planta estatal a los efectos de determinar el ingreso, la conservación del cargo, el ascenso y el paso a retiro del agente público; eligiendo a los contratistas del Estado por los distintos procedimientos permitidos- que, de igual manera trasunta la facultad discrecional de dejarlos sin efecto -; interpretando mediante agencias especializadas normas científico-técnicas con relevancia jurídica, etc.)

Un control judicial incorrecto- por desmesurado y excesivo -de las cuestiones ejemplificadas implicaría que por vía indirecta el Poder Judicial determine indebidamente la conveniencia de la política de contratación de los servicios públicos; que elija a los miembros que formarán parte de la planta permanente de la Administración, los ascienda, los retire y eventualmente los sancione, que incursione en la hermenéutica de normas científico-técnicas, en las cuales no posee preparación. Respecto de esta última cuestión, nuestra intención es recordar que el juzgador sólo posee una preparación formal en derecho, por tanto su labor y obligación preponderante es pronunciarse de acuerdo a las leyes y al orden jurídico, del cual es fiel custodio, usando criterios "dikelógicos"; mientras que a la Administración, en la actuación de sus miembros, si bien no le está vedado utilizar la hermenéutica "dikelógica", a menudo acude a parámetros de oportunidad, mérito y conveniencia de índole técnica, científica, política, económica, social, etc., pautas todas estas necesarias para lograr la continua realización del interés público en juego que los ciudadanos reclaman. Sin embargo, para no caer en excesos, que harían discurrir a la

potestad jurisdiccional en lo que a principios del siglo XIX, por obra de numerosas resoluciones de la Corte Federal de Estados Unidos se ha denominado el "gobierno de los jueces", que suponía una marcada intervención del citado Poder en el Mercado y el Estado; consideramos como justo, necesario y sano límite de la tutela judicial efectiva en la temática elegida a una actividad que se limite a aplicar un freno valiente a una Administración exorbitante y descontrolada, que acostumbre basarse mediante los actos administrativos que emita en criterios meramente "decisionistas", motivación esta claramente incompatible con los valores republicanos y constitucionales que fundamentan y al cual adhiere todo Estado de Derecho contemporáneo.

Ahora estamos listos y dispuestos para sumergirnos en la casuística jurisprudencial, tanto de propias como de ajenas latitudes con la misión de observar el tratamiento que se les ha prodigado a cada una de estas materias de sensible fiscalización.

#### 1) Punición de los agentes de la Administración Pública

Las leyes que regulan las sanciones disciplinarias de que pueden ser pasibles los agentes de la Administración se caracterizan- al igual que las normas penales en su escala punitiva -por dispositivos elásticos y flexibles, en esta flexibilidad radica la discrecionalidad- conforme a la existencia de un margen donde la Administración puede ejercer una opción entre varias alternativas punitivas -en la especie (Por ejemplo: dado un comportamiento indisciplinado de un agente de la Administración encuadrable en alguno de estos dispositivos legales, la autoridad competente contará con la facultad de valorar la conducta y escoger posteriormente la sanción- apercibimiento, suspensión, cesantía, etc.-, que estime apropiada).

En razón de esta cuestión explicitada, surgen dos interrogantes: ¿Es susceptible de revisión jurisdiccional este tipo de resoluciones administrativas, y en su caso que alcances puede tener?; ¿El juzgador podría- al observar la falta de proporcionalidad o congruencia de la sanción -optar observando la escala legal por una que a su juicio sea más justa?

Para la resolución de estos interrogantes acudiremos a la ayuda que puede suministrar la jurisprudencia.

Un criterio restrictivo fue adoptado por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en "Nassiff"<sup>61</sup> donde se sostuvo que los jueces deben controlar la legitimidad del proceder administrativo sin controlar los extremos fácticos, salvo arbitrariedad. En la misma causa el voto del Dr. Gauna en disidencia reivindica el control de los hechos y la proporcionalidad de la medida, sosteniendo que: "...el órgano judicial esta en condiciones de revisar si al respecto se han cumplido los requisitos

<sup>61</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Nassiff", 13/4/1996.

esenciales que configuran la legitimidad de su dictado, por lo que una atenta ponderación de los antecedentes y circunstancias que llevan al dictado del acto cuestionado no parece una exorbitancia judicial que vulnere el principio de separación de poderes y mucho menos cuando tal revisión es la única, en principio, con la cual el recurrente cuenta, debiendo ser ella por tanto adecuada y suficiente, lo que obsta para tratarla con un criterio restringido o limitado. Sustraer la revisión judicial en análisis de los hechos que desencadenan la medida atento las repercusiones que esta acarrea en los derechos subjetivos del funcionario o empleado, pretendiendo por esa vía solamente establecer un control de legitimidad circunscripto a visualizar si el acto se conforma o no a uno o varios preceptos normativos determinados, aparece como una reticencia no compatible con el ejercicio pleno por parte de los tribunales judiciales del control que se le ha asignado por la Constitución Nacional en rededor de la actuación de los otros dos órganos del poder de autoridad del Estado, respetando por cierto los límites propios de las atribuciones constitucionales respectivas...". En coincidencia con el último voto, la Corte Nacional, admite la revisión de los requisitos de aplicación de la sanción, como la realidad de los hechos, afirmando que: "...en control judicial tiene como fin verificar si la aplicación de la sanción y la clasificación de los hechos encuadra en la normatividad vigente, aún cuando la Administración cuenta con la facultad para apreciar libremente las faltas"<sup>62</sup>.

En la causa "Solá"<sup>63</sup>, con motivo de la cesantía de personal en el área de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, nuestro Máximo Tribunal Nacional, salvaguarda los principios del derecho disciplinario, entre ellos el debido proceso adjetivo directamente aplicables al procedimiento sumarial para invalidar finalmente las sanciones, expresándose del siguiente modo: "...en el ámbito administrativo, la presunción de buen desempeño de las funciones sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo. Esa exigencia ha sido mantenida por esta Corte para los meros agentes de la Administración Pública, ...y su observancia es tanto más imperiosa frente a la investidura de los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, pues no resulta razonable que funcionarios encomendados de colaborar en la fiscalización de la actuación de la Administración puedan ser removidos sin causa, o sin la debida justificación de ella, por el jefe de la propia Administración cuya fiscalización la ley les encomienda. Ello les quitaría toda independencia de actuación y de criterio, impidiendo el eficaz desempeño de su labor". Más adelante la Corte agrega que: "...en primer lugar, resulta claro que vigente la

<sup>62</sup> CSJN, "Marra de Melincoff", 9/10/1984.

<sup>63</sup> CSJN, "Solá", 25/11/1997.



norma que establece la permanencia en sus funciones de los fiscales adjuntos mientras dure su buena conducta,...las causas de remoción que dicho precepto menciona, no pueden ser sino el desarrollo específico de las modalidades que puede asumir la mala conducta que es el reverso lógico de aquella. Sería, por ello, manifiestamente absurdo que la garantía de permanencia en funciones mientras dure la buena conducta puede ser compatible con causales de cesantía que dependan del arbitrio discrecional de quién la ordena. En consecuencia, quienes como los fiscales adjuntos, por la naturaleza de sus funciones sólo pueden ser removidos en tanto y en cuanto se acredite que han incurrido en mala conducta,...sólo pueden cesar en su cargo a condición de que tal prueba se haya producido, lo que excluye de raíz la posibilidad de que su separación reconozca otras razones”.

Otra sentencia interesante es un fallo del Tribunal Supremo español<sup>64</sup> donde establece pautas de control a través de la calificación jurídica de los hechos y la congruencia de la decisión administrativa, que tuvo como consecuencia la anulación de la medida, sosteniendo que: “...si la calificación que hiciera de los hechos a corregir se hallare ajustada a derecho, se ha de confirmar íntegramente la resolución que fuese impugnada en la vía jurisdiccional; pero si esto es así, también lo es cuando la propia resolución pone de manifiesto una incongruencia notoria entre los hechos que estima merecedores de castigo y la sanción elegida entre las varias posibles pero de gravedad distinta; la misma incongruencia que hubiera que advertir pone de relieve que el ejercicio de aquella facultad discrecional no ha sido correcta...”.

En lo referente al difícil tópico de la graduación judicial de la sanción, el principio general como es lógico es el de la intangibilidad- la competencia jurisdiccional es revisora no sustitutiva -de la opción disciplinaria ejercitada en sede administrativa. Pues como deja sentado el voto del Dr. Coviello en la causa “London Supply SACIFI”<sup>65</sup>, si la ley establece la atenuación de la sanción como una posibilidad discrecional, encuadrada en el ejercicio de cometidos contravencionales, su posterior control judicial estará ceñido a la legalidad o razonabilidad del acto, más no a la sustitución de una atribución deferida por el Ordenamiento sólo a la Administración, considerando que: “... una cuestión es que se trate de la aplicación de la norma jurídica al caso, donde el tribunal puede establecerla y hacerla efectiva, que sería el ámbito de la actividad reglada de la Administración, y otra la aplicación de una solución concreta a un supuesto de ejercicio de la actividad discrecional, donde está en juego el principio de división de poderes,...cuando se trata de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, el Poder Judicial sólo puede juzgar acerca de la legalidad, más no de la

<sup>64</sup> Trib. Sup. español, sent. del 27/10/1962.

<sup>65</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, “London Supply SACIFI”, 1/2/2001.

oportunidad, salvo arbitrariedad, sin que pueda sustituir en sus decisiones a los órganos administrativos competentes. La competencia jurisdiccional es revisora no sustitutiva”.

No obstante, existe un repertorio importante de fallos que contradicen lo que a nuestro parecer es el principio general. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha corregido el criterio administrativo disciplinario de forma excepcional suministrando las siguientes pautas de graduación: “...la jurisprudencia viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del derecho sancionador,...correspondiendo a la actividad jurisdiccional no tan sólo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferibles de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción”<sup>66</sup>.

En la causa “Demchenko”<sup>67</sup>, nuestro Alto Tribunal Nacional basado en la ausencia de antecedentes y la magnitud de la sanción, confirma el pronunciamiento de primera instancia que dispuso la disminución de una multa, por los siguientes argumentos: “...que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder judicial respecto de los actos de la Administración Pública,...en modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley,...que en tales circunstancias el control jurisdiccional ha versado sobre aspectos reglados, que hacen a la proporcionalidad entre la medida y la finalidad de prevención y punición de la ley, y no sobre razones de oportunidad o mérito,...la corrección judicial del exceso en la punición no desvirtúa la recta interpretación de la ley federal ni descalifica por arbitrariedad el pronunciamiento recurrido”. En sentido concordante, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, resolvió reducir por desproporcionada una sanción impuesta<sup>68</sup>.

Recapitulando a modo de conclusión, hemos observado que el control judicial, si bien sensible es posible y que como principio queda incólume la alternativa punitiva elegida por la Administración, siempre y cuando el juzgador estime que la medida administrativa disciplinaria adoptada soporta el análisis de verificación y acreditación

<sup>66</sup> Trib. Sup. español sent. del 14/12/1994.

<sup>67</sup> CSJN, “Demchenko”, 24/11/1998.

<sup>68</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Barreiro”, 2/4/1999.



de los hechos y su calificación, la congruencia, la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción oportunamente elegida por la Administración.

A su vez, conforme a la jurisprudencia citada la punición debe conformarse a los siguientes requisitos positivos:

- La Administración sólo podrá escoger entre sanciones que estén disponibles en el catálogo legal.

- La sanción debe emanar de un acto administrativo válido.

- Se entienden aplicables supletoriamente a esta materia las normas del derecho criminal en lo referente a la observancia del debido proceso sumarial, como a su vez respecto de la proporcionalidad entre la sanción elegida y el hecho efectivamente probado.

## II) Licitación pública

Usualmente los pliegos licitatorios que regulan las condiciones de selección de los contratistas del Estado otorgan matices discrecionales, principalmente en la discutida facultad que ostentaría- porque podrían ser regladas -la Administración para dejar sin efecto el procedimiento y en lo referente a las pautas que utiliza la Administración para discernir el significado de ciertos conceptos vagos, amplios y oscuros- todavía no estamos en condiciones de afirmar que sean "indeterminados" por las consecuencias que acarrearán respecto de su enjuiciamiento -presentes en locuciones tales como "oferta más conveniente", "oferta más ventajosa", o expresiones similares invariablemente presentes en los reglamentos que aluden a los criterios a tener en cuenta por la Administración en el importante acto de adjudicación.

En lo referente a la potestad discrecional para dejar sin efecto el procedimiento de selección y su control judicial, el criterio de la doctrina es el de la permisión de aquella facultad hasta el momento de la adjudicación y la indiscutibilidad judicial por falta de agravio- recordemos, que "el interés es la medida de la acción" -en los casos de desistimiento legítimo, no obstante sólo procede el control y ulterior resarcimiento por vía de la imputación de la responsabilidad que otorga una sana protección judicial más allá de que el oferente no cuenta con un derecho subjetivo totalmente conformado. Al respecto Comadira, entiende que: "En efecto, si la función administrativa importa la gestión directa e inmediata del interés público, y su contenido incluye la potestad inherente, o razonablemente implícita, (entiéndase en este caso a la discrecionalidad como un modo de atribución de potestades inherentes-la bastardilla nos pertenece) de revocar actos y contratos administrativos, no cabe sino aceptar que el desistimiento de una licitación pública también es válidamente posible

sin norma legal o reglamentaria que la habilite"<sup>69</sup>. A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación ha estimado que puede dejarse sin efecto el llamado a licitación, sin perjuicio de que es aplicable en ciertos casos el principio de la responsabilidad estatal argumentando que: "...si la autoridad licitante deja sin efecto, válidamente, un llamado a licitación pública con sustento a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se está, a nuestro juicio, ante una situación que compromete la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, pudiendo los particulares interesados, que han hecho frente a determinados gastos, pedir que estos le sean reintegrados"<sup>70</sup>.

En lo que hace al "quantum" de la reparación, se entiende que si se trata de responsabilidad estatal derivada del actuar lícito, el Estado debe indemnizar sólo el daño emergente. Sin perjuicio de que se configure una imputación de responsabilidad en virtud de una actividad estatal ilegítima (Por ejemplo: revocaciones por oportunidad, mérito o conveniencia sin probar las razones invocadas en sede judicial), aquí siguiendo la doctrina legal procedente de nuestro Alto Tribunal Nacional derivada de la causa "Sánchez Granel"<sup>71</sup>, la reparación debe ser justa e integral, aunque deberían existir baremos que puedan de algún modo justipreciar el daño efectivamente inferido por el Estado, teniendo en cuenta el estadio procedimental de la licitación, según una interpretación ulterior de la Corte Nacional<sup>72</sup>. (Es decir a mayor inminencia del acto de adjudicación mayor será la reparación-la bastardilla nos pertenece).

Para finalizar con esta cuestión el Tribunal Supremo español, considera agudamente que: "No está de más resaltar que en materia de licitación la Administración no queda obligada a concluir indefectiblemente el contrato desde el momento que la elección de otro cocontratante es, en principio, el resultado del ejercicio de una potestad discrecional, aunque dentro del cauce establecido...la Administración se reserva la facultad de emitir o no su aceptación, ya que lejos de verse obligada a aceptar la propuesta más favorable se atribuye una potestad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar en último término si es o no conveniente para el ente público la celebración del contrato;...la licitación supone una invitación de la Administración a que se le presenten ofertas de contrato, pudiendo aceptarlas o rechazarlas, a no venir, anticipadamente vinculadas, ya que aunque algunos licitadores cumplieren el pliego, la Administración sigue teniendo facultad discrecional en cuanto a la adjudicación, (ardua arista que trataremos a continuación-la bastardilla nos pertenece) admitiéndose incluso la

<sup>69</sup> Comadira, Julio, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, ob. cit., p. 275 y ss.

<sup>70</sup> Proc. Tes. Nac., Dictámenes, 174:078.

<sup>71</sup> CSJN, "Sánchez Granel", 20/9/1984.

<sup>72</sup> CSJN, "Libedinsky", 12/3/1987.



facultad de declarar desierta la licitación aún cuando hayan acudido licitadores aptos<sup>73</sup>.

En lo atinente a los criterios de adjudicación que utiliza la Administración, autorizada por locuciones insertas en los pliegos como "oferta más ventajosa o conveniente"<sup>74</sup> el debate jurisprudencial y doctrinario es la dilucidación de estas locuciones, por un lado como de naturaleza discrecional y por tanto donde la Administración podrá valorar entre distintas alternativas indiferentes jurídicamente que poseerán un eventual control judicial más limitado por el riesgo que conlleva siempre latente y lógico -de que el juzgador decida criterios de política económica reservados a la Administración y no meramente conflictos entre particulares sin resonancia social. Por otro lado tales locuciones se encuadran dentro de lo que la doctrina administrativista denomina "conceptos jurídicos indeterminados", lo que comportaría que el significado de "oferta más conveniente o ventajosa" tiene sólo "una solución justa", tanto en sede administrativa como en sede judicial, pues entonces no existe aquí libertad de opción para la Administración, albedrío que si fuera ejercido y optando la Administración por "una solución que no sea justa", en virtud de esta teoría el acto administrativo emitido sería ilegítimo y por tanto modificable en vía judicial, con grave daño a la zona de competencia específica de la Administración.

La toma de partido por una postura u otra tiene consecuencias radicalmente disímiles respecto de, como hemos puntualizado, el enjuiciamiento jurisdiccional del acto de adjudicación, al respecto Comadira afirma que: "La diferenciación tiene consecuencias decisivas respecto del alcance del control judicial del acto de adjudicación, porque de aceptarse que este, en el caso en consideración, traduce discrecionalidad, aquel sólo podría referirse a la luz de los principios generales del derecho, mientras que de considerarse configurado un concepto jurídico indeterminado el abarcaría la extensión propia de la actividad reglada, incluyendo los poderes sustitutivos del juez"<sup>75</sup>. Más adelante el mismo autor citado, afirma que se tratan de facultades discrecionales de la Administración Pública, brindando las siguientes razones: "Por nuestra parte, entendemos que la locución oferta más conveniente no contiene un concepto jurídico indeterminado, es decir, no alberga, en su ámbito una única solución justa, porque cuando la Administración decide elegir, de entre las propuestas presentadas, a la más conveniente, no realiza un proceso intelectual o de conocimiento, sino, antes bien, una actividad estrictamente volitiva en

<sup>73</sup> Trib. Sup. español, sent. del 5/2/1979.

<sup>74</sup> Ver alternativas ponderativas de la locución "oferta más conveniente o ventajosa", p. 28 del presente Trabajo.

<sup>75</sup> Comadira, Julio, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, ob. cit., p. 275 y ss.

virtud de la cual escoge, esto es, valora a la luz de parámetros extrajurídicos, que dependerán en cada caso de la materia que se trate, ... donde la autoridad administrativa despliega su actividad gestora del interés público"<sup>76</sup>. Es de la opinión contraria una sentencia del Tribunal Supremo español, que acrecentando los poderes del juez nos advierte que: "...la locución oferta más ventajosa es un concepto jurídico indeterminado que admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, ... corresponde la anular la resolución de adjudicación administrativa y reconocer el derecho de la actora a que se le adjudique el concurso..."<sup>77</sup>.

Estimamos esta cuestión puede zanjarse a través de la redacción de pliegos de bases y condiciones claros que permitan anticipar que es lo que se tendrá en cuenta en el acto de adjudicación por "oferta más conveniente", estableciendo criterios de mínima, procurando que la Administración no quede vinculada en su arbitrio volitivo, insertando una serie de parámetros en los pliegos, entre los cuales podrá oscilar la voluntad administrativa de ponderación adjudicativa. De lo cual puede inferirse que cuando los pliegos no prevén diversas opciones de conductas administrativas debidas a seguir, se corre el riesgo de que por vía de la aplicación de la construcción de los "conceptos jurídicos indeterminados" se considere que a falta de parámetros la Administración se autolimita y que se configura en la especie la unidad de solución justa. Entendemos a este último un criterio erróneo, porque en ausencia de criterios de opción, consideramos se deberá estar por la existencia de la potestad inherente. En relación a pliegos licitatorios redactados, a nuestro parecer, de forma excesivamente minuciosa que jaquean a la discrecionalidad desde el seno mismo Administración, configurando una cuasi renuncia innecesaria de la función administrativa, el Tribunal Superior neuquino ha controlado de la siguiente manera- que creemos perfectamente válida en razón de la autolimitación en el momento de redactar los pliegos -el acto de adjudicación: "...el control de los actos administrativos que deciden la adjudicación de una licitación pública sobre la base de pliegos de bases y condiciones predeterminadas como en el caso es una actividad reglada y, no cabe duda, sujeta al control judicial. Y el decir reglada, guarda íntima conexión con la naturaleza jurídica de los pliegos, ...la evaluación de las ofertas no fue efectuada teniendo en cuenta la situación de hecho reglada en la norma antes citada; circunstancia esta que vicia los decretos dando lugar a su nulidad, ...la norma establece claramente que el máximo puntaje debía asignarse a quién ofreciera ocupar mayor cantidad de personas radicadas en el ejido municipal de esta ciudad, ...las constancias de la causa indican que ello no ocurrió, apartándose el poder concedente de las reglas establecidas,

<sup>76</sup> Comadira, Julio, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, ob. cit., p. 317.

<sup>77</sup> Trib. Sup. español, sent. del 12/11/1990.



efectuando la adjudicación en infracción al sistema de calificación y puntaje, motivo que hace que su accionar sea ilegítimo y no discrecional, como pretendió establecerlo el municipio demandado", el mismo tribunal en la misma causa se refiere a la importancia de la actividad de redacción de los pliegos de la siguiente manera: "...la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas sean comparables entre sí y, en este sentido, las bases de la selección juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados..."<sup>78</sup>.

Hemos observado cual es el cometido de la teoría de "los conceptos jurídicos indeterminados", muchos autores consideran su aplicación como la "panacea" llamada a corregir a las facultades discrecionales exorbitantes, como del problemático control judicial, de las ejercidas en su límite, aunque opinables. No obstante, esta teoría no puede resolver- a no ser que se prevea en la norma -su aplicación en ofertas similares. (Por ejemplo: cuando- como es muy usual -se individualiza en el pliego que "la oferta más conveniente" será la de "menor precio", ¿Qué ocurre si hay dos ofertas en paridad que ofrecen exacto "quantum"?) Creemos que una solución es, aunque no muy recomendable si el procedimiento está muy avanzado, pero salida al fin, dejar sin efecto el procedimiento llamando a una nueva licitación, y otra solución como es natural y lógico, es hacer renacer la potestad discrecional autolimitada, para que la Administración, a falta de otros parámetros, valore ante ofertas equivalentes quién será el adjudicatario.

En síntesis el control judicial en estas materias difiere según la Administración ostente, en este ámbito potestad discrecional, o se encuentre su actividad encuadrada dentro de la teoría de los "conceptos jurídicos indeterminados", como si se configura una autolimitación- a nuestro parecer, abdicación del ejercicio de la función administrativa -de pliegos excesivamente detallistas, minuciosos y fácilmente enjuiciables. Si se opta por estas últimas líneas de acción se somete la decisión administrativa de adjudicación a criterios intelectivos-vinculados, profundamente controlables por el juzgador que a más de anular podrá también adjudicar en sede judicial, desvirtuando, a nuestro juicio la discrecionalidad, entendida como realidad jurídica gestora del bien común, unidireccionalizándola en sus criterios volitivos, vaciándola de contenido a través del control judicial sustitutivo. Sánchez Morón<sup>79</sup>, nos advierte que esta sustitución de la función administrativa eligiendo la oferta más conveniente, implica una eventual extralimitación en el ejercicio de la función de juzgar

<sup>78</sup> Trib. Sup. Pvcia. Neuquén, "Consur", 15/2/2000.

<sup>79</sup> Sánchez Morón, Miguel, ob. cit., p. 149.

y propone como remedio la casación, esgrimiendo como agravio el exceso y abuso de la jurisdicción.

Tampoco se puede perder de vista, en apoyo de que en esta materia la Administración ejerza facultades discrecionales, la simple razón de que al hacerlo acudirá a criterios de política económica, o porque no de "emergencia", siempre vigentes, lamentablemente, en nuestro país que le permitirán adecuar su conducta a la realidad, poseyendo un margen de maniobra que muchas veces se precisa para enfrentar las necesidades diarias de los administrados, más aún en un tema tan crucial como es la política de los servicios públicos de la nación, provincias o municipios. No es posible que soslayemos, una labor de importancia estratégica en estas cuestiones como es la fase de preparación de los pliegos licitatorios, es en esta etapa de génesis de una licitación futura donde se delinearán- aún cuando no es obligatorio ya que se pueden recurrir a soluciones vagas como "oferta más ventajosa o conveniente" -las condiciones del acto de adjudicación. Creemos que, a fin de que no prevalezca ni el juzgar ni el administrar- salvo en condiciones de emergencia gravedad institucional, en donde estimamos deberá prevalecer esta última función constitucional - deben receptarse en los pliegos la mayor cantidad de parámetros que se tendrán en cuenta al adjudicar pero sin entrar en detalles superabundantes acerca de cada uno, estableciendo, según las circunstancias, un orden de prioridad con el fin de que la Administración no quede atada de pies y manos. Conforme con esta solución queda incólume el arbitrio de la Administración y el juzgador poseerá parámetros de control para confrontarlos con los hechos de un eventual oferente agraviado.

### III) Dinámica de la relación de empleo público

La carrera administrativa de los agentes de la Administración comienza a partir del efectivo ingreso de los mismos a través de la existencia de una vacante, ingreso que posee la estabilidad prevista y amparada por nuestra Constitución Nacional<sup>80</sup>, tal estabilidad es susceptible de verse alterada, beneficiada y finalmente concluida por actos técnicos que emite la autoridad competente- denominada frecuentemente Comisión Superior, Junta de Calificaciones, Comisiones médicas, en los casos de exámenes psicofísicos, etc.-. Estos actos incidirán de forma directa a través de sus resoluciones o dictámenes en hechos cruciales para la carrera del agente que pueden comportar la conservación del cargo, el ascenso o su pasada a retiro, dictámenes que por el tenor técnico de los órganos que los emiten, constituyen una parte principal de la sustanciación de estos procedimientos y, como es lógico ejercen facultades discrecionales.

<sup>80</sup> El artículo 14 bis, Primera cláusula, establece: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...estabilidad del empleado público...".



Nuestro objetivo, en esta temática, es repasar variada jurisprudencia a los efectos de contar con nociones básicas acerca de las facultades técnico-discrecionales de estos órganos y observar los alcances que ha tenido la fiscalización judicial de estos asuntos.

Es ilustrativa esta resolución de la Corte de Casación italiana<sup>81</sup>, que nos da una noción de las facultades de estos órganos, expresando que: "...en las evaluaciones para el ascenso por elección de los oficiales, la Comisión Superior tiene un amplio espacio de apreciación técnica y de mérito. No tiene la obligación de sujetarse mecánicamente a los documentos obrantes de calificación personal y los puntajes obtenidos...". Otro pronunciamiento, en este caso de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, nos otorga, lo que según nuestro parecer, constituye la regla en esta materia cual es el respeto judicial de las decisiones de estos entes técnicos, afirmando que: "...en materia de empleo público los actos administrativos son revisables si presentan ilegitimidad o arbitrariedad, pero no puede sustituirse el criterio de la Administración por el de los jueces, respecto de progresiones escalafonarias sujetas a apreciación discrecional, ...menos aún en la institución policial, cuyos componentes se han sujetado a un régimen de ascensos y retiros que confiere a órganos específicos la capacidad para apreciar en cada caso la concreta aptitud, con suficiente autonomía"<sup>82</sup>. Interesantes son los argumentos del voto del Dr. Grecco, en la causa "Díaz", respecto de las valoraciones que hacen las Juntas de Calificaciones de las fuerzas del orden y de su restrictivo control judicial: "...los dictámenes de las Juntas de Calificaciones del personal que, con el estado respectivo, integra las fuerzas armadas o de seguridad, remiten por lo general, a valoraciones o apreciaciones de conjunto que globalmente ponderan los diversos factores que inciden en el desempeño del personal y que son las que, en definitiva, determinan el progreso o la finalización de la carrera respectiva. También por regla general, estas apreciaciones reúnen múltiples conceptos jurídicos indeterminados que a la Administración corresponde conjugar, sin que pueda tal valoración ser sustituida por los tribunales, aunque ello no excluya la vinculación al procedimiento, a la finalidad del acto y a los principios generales del derecho". Luego agrega: "...cuando la jurisprudencia, precisamente, se refiere al margen de discrecionalidad y a la ponderación de factores que son de la exclusiva competencia de la Administración en su examen y de su criterio privativo, alude a este criterio de conjugación de conceptos jurídicos indeterminados. Y cuando la comprensión de la situación es definitiva, no escindible ni descriptible, la apreciación no es participable y, por consecuencia, no es

<sup>81</sup> Corte de Casación italiana, sent. 269, del 15/5/1979.

<sup>82</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, "Gauna", 18/9/1988.

revisable", por último hace referencia a las vallas que el conocimiento del juez encuentra en estos asuntos: "...las apreciaciones de conjunto competen primariamente al órgano interviniente y, desde luego a la autoridad que las debe aprobar, siendo, en función de las reflexiones precedentes, insusceptibles, como principio, de revisión judicial. Es evidente, en tal sentido, que el juez no puede sustituir con su personal criterio cualquier decisión de cualquier poder o, como aquí acontece, de cualquier autoridad administrativa. El juez dice el derecho, y el derecho esta constantemente definiendo ámbitos de discrecionalidad, encontrando por ello la judicialización plenaria un límite en la interdicción a los tribunales para invadir los ámbitos de competencia de los demás poderes constitucionales"<sup>83</sup>.

Nuestra Corte Federal, en referencia a los exámenes psicofísicos, efectuados por estos órganos, en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad con directa incidencia en el régimen de obtención de ascensos, como también la relación de estos dictámenes con la intimidad personal del agente, ha dicho que: "Los análisis clínicos que la Policía Federal efectúe para constatar la buena salud del personal a fin de decidir su ascenso, involucran el ejercicio de una facultad discrecional, que en principio, no admite revisión judicial". Luego la Corte hace referencia a la particular modalidad que asume el derecho a la intimidad en estas cuestiones, expresando que: "...la incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que rigen a la institución, es decir, que quién ingresa o desea ser promovido acepta, espontáneamente, que la demandada acceda a su privacidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes. La relación de especial sujeción que mantienen los agentes con la Policía Federal implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquellos en beneficio de los fines propios de la institución. Por lo tanto, a raíz de ese tipo de vínculo, los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular"<sup>84</sup>. Igual criterio sostiene, la Corte de Casación italiana, cuando resuelve que: "...las evaluaciones realizadas por el Consejo de Administración en el marco del examen de mérito referido a la personalidad y al trabajo de los dependientes, tienen carácter técnico discrecional, y, como tales, escapan al juicio de legitimidad"<sup>85</sup>.

En lo referido a los alcances del control judicial de que son susceptibles las resoluciones de estos órganos técnicos de la Administración en uso de facultades discrecionales. La Corte de Casación ha oscilado entre un control limitado de legalidad del dictamen<sup>86</sup> y un control respetuoso de las potestades discrecionales de estos

<sup>83</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Díaz", 9/5/1995.

<sup>84</sup> CSJN, "Tallarico", 17/10/1996.

<sup>85</sup> Corte de Casación italiana, sent. 867 del 30/10/1979.

<sup>86</sup> Corte de Casación italiana, sent. 328 del 28/11/1977.



órganos para cumplir con sus fines organizacionales, que no obstante en sede judicial son plenamente controlables mediante los siguientes extremos del dictamen:

- Falsedad de los presupuestos de hecho.
- Exceso de poder.
- Contrariedad e ilogicidad.
- Disparidad de tratamiento.
- Irrazonabilidad.
- Arbitrariedad.<sup>87</sup>

La variedad del repertorio fáctico que puede ofrecer este complejo asunto es innumerable, por tanto nuestra intención no ha sido agotarlo sino sólo brindar algunas nociones acerca de las características que suponen los juicios técnicos de estos órganos, como exponer la naturaleza y alcances que puede asumir su control judicial. En razón de lo dicho, creemos que el norte de la revisión judicial de la dinámica de la relación de empleo público debe encontrarse en los parámetros últimamente citados, como también quisiéramos hacer prevalecer un elemento en especial cual es la adecuada fundamentación del informe técnico. Solo mediante una suficiente motivación profundamente razonada del dictamen por parte del profesional o profesionales intervinientes en los procedimientos tratados, el juzgador atento que este no tiene obligación de ser un hombre "renacentista" que todo lo conoce, aunque si tiene el deber de poseer una sólida formación en derecho —podrá reconocer el proceso intelectual de formación de la apreciación técnica, concretizado en el dictamen. El juzgador luego de una lectura de las consideraciones insertas en el dictamen se "instruirá" debidamente en el asunto— él mismo o con auxilio de la pericial en ciertos casos —y sólo ulteriormente podrá acudir para encontrar una solución eficaz del conflicto a otros mecanismos técnicos de control— que serán objeto de análisis en la parte siguiente de este Trabajo —como son la razonabilidad, la interdicción de la arbitrariedad, la proporcionalidad, la veracidad de los hechos, entre otros. Para finalizar en orden coincidente de ideas, escogimos un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal que pondera la importancia de la motivación, afirmando que: "...la determinación del grado de incapacidad comporta el resultado de un iter lógico debidamente fundado a través de una metodología científica consolidada que permita al juzgador su revisión judicial por medio de la apreciación y valoración de la totalidad de las probanzas de autos, conforme las reglas de la lógica y de la sana crítica racional. Por otra parte, debe tener en cuenta la fundamentación de los métodos aplicados para precisar los porcentajes de incapacidad adjudicados. La ligereza en ello

<sup>87</sup> Corte de Casación italiana, sent. 259 del 8/10/1979.

puede trasuntar apreciaciones poco serias o realizadas superficialmente, lo cual le resta credibilidad y sustento científico...<sup>88</sup>

#### IV) Concursos Públicos

La Administración con el necesario fin de renovar y cubrir las vacantes de su personal en forma transparente, a los efectos de poder cumplir más acabadamente y profesionalmente los fines de interés público que le han sido encomendados por el Ordenamiento, acude a mecanismos de selección de personal de la Administración Pública. Entre ellos se ubica el Concurso Público, que entendemos de fines encomiables, porque suponen que la puerta de ingreso a la Administración se abrirá y permitirá su acceso e incorporación nada más que a los idóneos, idoneidad que posee amparo constitucional en este aspecto tanto en el ámbito privado como público<sup>89</sup>.

Ahora bien, los instrumentos que reglamentan estos procedimientos de selección de personal, suelen disponer que el cargo será adjudicado "al postulante más idóneo", o expresiones por el estilo. Entonces, es inevitable que surja la pregunta: ¿Qué es la idoneidad?, poco importa que emparentemos a la idoneidad con valores sinónimos a: profesionalismo, diligencia, experiencia, conocimiento, instrucción en determinada ciencia, arte, actividad, profesión, etc., ya que en último término la valoración de idoneidad, estará determinada en primera medida por los reglamentos de Concursos Públicos y Oposición de Antecedentes que serán los encargados de otorgar definiciones— a menudo muy abiertas o vagas —respecto de lo que se considerará la idoneidad de un postulante en un concurso concreto. Sin embargo, también como actores principales de estos mecanismos de selección y complementadores imprescindibles del instrumento reglamentario existen ciertos entes administrativos— Comisiones de Selección, Tribunales Calificadores, Comisiones Evaluadoras, Juntas Examinadoras —que tienen como misión interpretar, integrar, aplicar, en fin, ser el "brazo ejecutor reglamentario", en lo concerniente a la valoración subjetiva de idoneidad de los postulantes. Los instrumentos normativos de carácter reglamentario de los Concursos Públicos suelen conceder a estos órganos, como denomina la doctrina continental un "poder de valoración técnica o más llanamente discrecionalidad técnica"— discrecionalidad de la especie —potestad de valoración que se fundamenta en las características de la estructuración orgánico-funcional de la Administración Pública, como en la preparación de estos agentes, a quienes se los presume habilitados y autorizados a emitir, en el ámbito de estos procedimientos, pronunciamientos de carácter definitivo. Aunque provoque escozor en los hombres del

<sup>88</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, "Turnes", 27/5/1994.

<sup>89</sup> El artículo 16 de la Constitución Nacional, que trata del derecho a la igualdad y sus implicancias, en una de sus últimas partes establece: "...y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad..."



derecho, concebir fuera de la justicia- en tanto poder que por antonomasia es el encargado de pronunciarse final y definitivamente –pronunciamientos finales, atento a la jurisprudencia que siempre ha combatido este tipo privilegios en favor de la Administración<sup>90</sup>. Finalizando con estas nociones básicas, nos permitimos defender estos pronunciamientos finales de la Administración, en tanto y en cuanto estos revistan condiciones de validez mínimas e insoslayables- recaudos que se verán seguidamente en la parte próxima de este Trabajo -para que proceda el respeto judicial ante estas cuestiones. Es decir en esta materia la Administración a través de estos agentes técnicos posee el monopolio decisorio final, sometido a la condición resolutoria- si se quiere, pero decisorio al fin –de que el juzgador no lo considere reñido con el Ordenamiento. Ahora estimamos que es momento propicio para repasar los diferentes criterios que ha seguido la jurisprudencia, en lo atinente al control judicial de que pueden ser susceptibles las ponderaciones subjetivas- en gran medida pedagógicas –que emiten estos órganos de la Administración.

La jurisprudencia argentina, encabezada por nuestro Tribunal Federal, en variadas ocasiones ha sentado el criterio general de incontrolabilidad de las decisiones de estos organismos técnicos: "...la valoración por el jurado de los méritos de los concursantes no puede ser revisada en sede judicial, y que las decisiones de la universidad en el orden interno, disciplinario, administrativo y docente, son propias de ese ámbito y ajenas, como principio, al recurso del art. 14 de la ley 48, ...salvo hipótesis de palmaria arbitrariedad<sup>91</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, y como principio, ha expresado que: "Los actos de los tribunales y comisiones de selección no pueden ser revisados por los tribunales de este orden jurisdiccional, salvo que vulneren las bases de la convocatoria con normas específicamente aplicables, o incurran en desviación de poder o notoria arbitrariedad, y en tales casos carecen de competencia para sustituir a los órganos de selección en la correcta calificación de los ejercicios o pruebas<sup>92</sup>. También existen sentencias de este último tribunal muy celosas de las facultades de estos órganos especializados, marginando sus resoluciones no sólo del control de los jueces sino incluso de la esfera administrativa jerárquica, considerando que: "Los tribunales o comisiones de concurso se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencias en sus componentes dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que según las plazas que traten de cubrirse, la Comisión puede considerar más o menos puntuales

<sup>90</sup> CSJN, "Fernández Arias", 19/9/1960.

<sup>91</sup> CSJN, Fallos, 240:440, 177:169, 304:391.

<sup>92</sup> Trib. Sup. español, sent. del 8/7/1994.

los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituido por ningún órgano administrativo ni jurisdiccional...<sup>93</sup>. En otra resolución agrega en la misma tesitura el citado tribunal que: "...no se esta en presencia de un concurso sujeto a un baremo, cuya aplicación, según los términos en que pudiera estar expuesto, viniera a suponer la necesidad de una aplicación reglada de alguno de sus conceptos, sino de la impugnación del resultado de un ejercicio oral de una oposición, en cuya valoración el tribunal calificador goza de lo que la jurisprudencia ha llamado discrecionalidad técnica, en lo referente a la medida de los méritos intrínsecos de las respuestas dadas por cada opositor, y que supone la inimpugnabilidad de los resultados de esa valoración, pues otra cosa supondría sustituir el juicio del tribunal calificador por el de los jueces<sup>94</sup>.

En un criterio que estimamos un tanto restrictivo la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció sobre la naturaleza del control jurisdiccional de estas decisiones de la Administración de la siguiente manera: "La competencia de un magistrado judicial llamado a intervenir para dilucidar sobre la validez de un concurso de profesores, se encuentra restringida al control de la legitimidad del procedimiento, siéndole vedado entrar a considerar cuestiones de mérito u opinables que son de exclusivo resorte de las personas a las que se encomendó la misión de dictaminar y en los que cabe presuponer una mayor idoneidad al respecto<sup>95</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Cámara- en este caso civil – y luego nuestra Corte Nacional ofrecen sentencias de impecable, esforzado, original y profundo control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de estos entes de la Administración, que se proyectaron a la anulación- último residuo de poder y única potestad del juzgador para juridizar estas cuestiones -de la ilegítima resolución administrativa, sigamos sus interesantes argumentos: "...a diferencia del defecto relativo a la oportunidad, mérito o conveniencia, que los juzga exclusivamente la Administración Pública. El examen de los antecedentes de la causa revela que, en el caso, la intervención judicial no invade el ámbito de las facultades exclusivas del poder administrador, pues no se trata de la apreciación subjetiva de las calidades de los concurrentes reservadas al criterio de los integrantes de la Comisión de Evaluación de Antecedentes, sino de determinar si ese jurado produjo su dictamen siguiendo un procedimiento regular, si los hechos en que se funda están debidamente probados, y si al apreciarlos el órgano administrativo no incurrió en arbitrariedad manifiesta o exceso de poder, ...los antecedentes examinados demuestran que la comisión se apartó de las normas y del criterio que reglamenta su

<sup>93</sup> Trib. Sup. español, Ar. 4870.

<sup>94</sup> Trib. Sup. español, sent. del 11/4/1994.

<sup>95</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Sancllemente", 6/11/1986.



actividad, dando preponderancia a los factores subjetivos, con el agravante de que éstos no fueron evaluados adecuadamente y de acuerdo con pautas uniformes, lo que distorsionó la mecánica del concurso. Es así que en tanto algunos miembros del jurado se valieron del conocimiento directo que tenían de los candidatos, otros formaron criterio analizando distintos elementos de juicio, o a través de lo informado por sus colegas de comisión. Por otra parte, al calificar tres de ellos a la actora con el guarismo cero (no obstante que lo correcto hubiera sido utilizar la escala 1 a 15), se acentuó la preeminencia de los factores subjetivos, toda vez que el promedio 1,33 que resultó de la calificación del rubro B, vino a neutralizar por su insignificancia, el excelente puntaje de 78 puntos obtenido por la actora<sup>96</sup>. En un pronunciamiento coincidente, nuestra Corte Nacional, en ocasión del concurso de seis cargos en la Cátedra de Derecho Comercial Parte General (UBA), el actor acude a la justicia cuestionando una resolución del decano que lo excluyó del orden de prioridad- en el cual los jurados a cargo, si bien disintieron en el orden, todos estimaban que el actor debía ocupar alguno de esos cargos -apartándose de las disposiciones del reglamento para provisión de cátedras, que en los cuatro incisos de su artículo 36 preveía la conducta a seguir, es decir, este podía solicitar al jurado la ampliación del dictamen (inc. a)), aprobar el dictamen(inc. b)), declarar desierto el concurso(inc. c)) o dejar sin efecto el concurso(inc. d)); ante este cuadro de situación la Corte, determina que: "...al no haber optado por ninguna de las soluciones de los incs. a), b),c) y d),...el funcionario no hizo lo que la norma le imponía, por el contrario dió preferencia a la alternativa por él mismo elaborada, sustituyendo al jurado en apreciaciones técnicas que no le competían. En efecto, la ausencia de un criterio uniforme no lo autorizaba dado que carecía de la especialidad exigida a los integrantes de los jurados a sustituir por su juicio al del tribunal examinador a riesgo de tomar ilusorias las garantías mínimas con que contaban los postulantes. Su función debía limitarse, por el contrario, a integrar la voluntad del tribunal optando por uno de los resultados propuestos por este, o, en su caso, proponer al Consejo Superior Provisorio declarar desierto o dejar sin efecto el concurso (art. 36, incs. c) y d)) más no a prescindir del dictamen"<sup>97</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, estima merecedores de fiscalización los siguientes elementos del dictamen: "...este control se limita al examen de la conformidad a derecho de los procedimientos por la Administración, a la comprobación de la exactitud material de los hechos en que se basa la Administración

<sup>96</sup> Cám. Nac. Civ., sala E, "Devicenzi de Gallardo", 21/6/1977.

<sup>97</sup> CSJN, "Legón", 8/10/1991.

para tomar su decisión, y por último en la inexistencia de error manifiesto de apreciación, de error de derecho y de desviación de poder..."<sup>98</sup>.

Con relación a la importancia que posee el control de la fundamentación del dictamen, el Tribunal Supremo se expide con sutiles argumentaciones de la siguiente manera: "...la justificación objetiva de todo juicio de valoración o estimación de hechos o datos es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto, congruente y adecuado ejercicio de las facultades administrativas que conllevan un juicio de dicha clase, como son las que se conceden para la selección de aspirantes a una plaza o cargo público en atención a méritos valorables según baremos legalmente establecidos;...incide en infracción formal determinante de nulidad la propuesta de adjudicación de una vacante que se apoya en una valoración de méritos realizada sin determinar que clase de méritos son esos, ni la puntuación que corresponde a cada uno de ellos,...la sentencia apelada no está sustituyendo el criterio valorativo del tribunal que formuló la propuesta, ni emitiendo juicio alguno sobre la mayor o menor aptitud profesional de los aspirantes, sino tan sólo corrigiendo esa infracción formal para que se fundamente y se justifique en debida forma dicha valoración de méritos y se proceda a formular nueva propuesta a favor de quién resulte tener mejor derecho"<sup>99</sup>. En la misma inteligencia el mismo tribunal ha establecido que: "...si los principios generales y la normativa especial coinciden en una misma dirección, de exigir que la propuesta de la comisión especial examinadora estuviera suficientemente razonada, en el caso de autos, ello se debió hacer con doble motivo, puesto que el concursante que quedó eliminado presentaba superioridad sobre el ganador del concurso, en tres de los cuatro apartados relacionados,...sin que pueda presentarse como excusa para una motivación tan sumaria y superficial, como la empleada en esa ocasión, el hecho del examen de conjunto de todos los factores a tener en cuenta, ya que ello no debe interpretarse como la concesión de un poder discrecional, aparte de que en los actos discrecionales es donde más se precisa manifestar los motivos de la actuación por cuanto pueden influir en el fin último del acto"<sup>100</sup>. (La Corte Federal de Estados Unidos ha elaborado el axioma: "A mayor discrecionalidad mayor apego a la formalidad que prescribe el procedimiento"<sup>101</sup>, podríamos modificar esta regla, siguiendo conjuntamente al último pronunciamiento y a la Corte Federal diciendo: "A mayor discrecionalidad- y en el último caso además de la naturaleza de la situación -

<sup>98</sup> Trib. Sup. español, sent. del 2/3/1991.

<sup>99</sup> Trib. Sup. español, sent. del 9/6/1983.

<sup>100</sup> Trib. Sup. español, sent. del 22/12/1975.

<sup>101</sup> Ver nota 121, p. 62, del presente Trabajo.



**mayor diligencia en la observancia del requisito de la fundamentación”, en aras de justificar la discrecionalidad-la bastardilla nos pertenece)**

Con el fin de concluir esta temática y de recalcar algunas consideraciones importantes; las pautas que se desprenden de la jurisprudencia citada es la no controlabilidad del momento ponderativo o de mérito que es de exclusivo resorte de estos órganos de la Administración, aunque si es factible el enjuiciamiento de los elementos vinculados y de los principios generales del derecho aplicables y presentes en los dictámenes, como en los reglamentos de los concursos, conforme con lo afirmado, el control judicial se puede proyectar sobre:

- La comprobación de la veracidad de los hechos. (Causa)
- Desviación de poder.
- Fundamentación.
- Competencia.
- Forma.
- Razonabilidad.
- Interdicción de la arbitrariedad.
- Procedimiento.
- Ausencia de indefensión.
- Criterios tomados en cuenta en la evaluación. (Por ejemplo: antigüedad en el escalafón, servicios prestados, títulos obtenidos, experiencia, edad, etc.)

Por último y en relación a los criterios de profundización del control judicial para que el juzgador pueda sumergirse en el fondo de la cuestión- con el fin de indagar ni más ni menos acerca del mérito de la cuestión -la doctrina española analiza el dilema de la prueba pericial como instrumento que acude en socorro del juzgador a los efectos de reconstruir el momento valorativo efectuado por estos órganos técnicos. Desdentado Daroca<sup>102</sup>, entiende que es posible la sustitución judicial en el caso de los concursos por empleo de la prueba pericial. Por el contrario Igartúa Salaverria<sup>103</sup>, estima que un proceder de tal naturaleza implica incursionar en valoraciones volitivas, criterios que deben estar ajenos tanto la figura del perito como la del juzgador. Nosotros, humildemente, entendemos que como principio, la pericial no podrá suplantar el criterio pedagógico elegido- como tal opinable y subjetivo, derivado de las ciencias blandas -por el órgano administrativo en los estrados judiciales y volver a revalorar el mérito de la resolución. Sin perjuicio de que en ciertos casos será la única manera de revisar algunos de los elementos explicitados como de factible control, uno

<sup>102</sup> Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, Civitas, 1997, p. 122 y ss.

<sup>103</sup> Igartúa Salaverria, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, p. 75 y ss.

de ellos es ni más ni menos que la motivación, cuestión aneja al procedimiento técnico elegido en el dictamen que, como tal estará repleto de tecnicismos que sólo un experto auxiliar del juez puede ponderar en su justo límite, a los fines de la justificación o no del mismo por el juzgador. Por tanto, sólo en los casos que sea estrictamente necesario analizar estos extremos a falta de otros, creemos que es aceptable la plena operatividad de la pericial.

#### V) Cuestiones científicas y técnicas

Analizar la revisión judicial de los criterios técnicos y científicos que emite la autoridad administrativa competente es incursionar en un cometido multifactorial y difuso, donde no sólo el derecho es soberano, sino que en la fase primigenia de lo que posteriormente se configurará como un acto administrativo emitido por estos entes, predominan valoraciones no sólo jurídicas- sino y fundamentalmente -técnicas, científicas, económicas, políticas, sociales, etc. Estas valoraciones tienen como fundamento el ejercicio del poder de policía en lo tocante a salubridad, higiene, moralidad, seguridad, urbanismo, etc., aglutinados estos cometidos por el fin genérico de interés público por el cual a la Administración le ha tocado competencialmente velar, fin que si bien es reglado, autoriza esta zona de hermenéutica limítrofe del derecho otorgándole particulares atribuciones a la autoridad de aplicación.

Nuestra misión será, en este caso, verificar las características y limitaciones que posee el control jurisdiccional en el momento que el juzgador debe entrar en el conocimiento de interpretaciones de lo que se denomina vagamente “**actividades riesgosas, insalubres, contaminantes, etc.**”, determinaciones que emanan de las agencias técnicas de la Administración.

En nuestro país, la jurisprudencia ha acostumbrado conceder amplias facultades en cabeza de estos agentes especializados de la Administración cuando se expiden sobre hechos de gran complejidad técnica. Una vez más- como el lector puede inferir - la regla es la “libertad de apreciación” respecto de estas materias, es decir, inmunidad judicial en ocasión del ejercicio de facultades discrecionales, sin embargo ha habido pronunciamientos que han reivindicado el control y sustentado la anulación<sup>104</sup> de la decisión, esgrimiendo argumentos tales como:

- Razones de grave entidad e importancia.
- Arbitrariedad palmaria y evidente
- Error en la aplicación de la regla científico-técnica.

<sup>104</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Lerev”, 7/10/1980.

No obstante, nuestro Alto Tribunal Nacional, a nuestro criterio, ha dado un paso atrás respecto de los parámetros de revisión esbozados, cuando limitó el control a las cuestiones jurídicas no analizando las cuestiones técnicas por su alta complejidad<sup>105</sup>.

Más profunda y responsablemente en el ejercicio de la función jurisdiccional ha sido la interpretación del Tribunal Superior cordobés. En el caso en cuestión se discutía la existencia o no de "actividades riesgosas", respecto de una cuestión de empleo público, donde el personal de un hospital psiquiátrico reclamaba un adicional, la Corte provincial argumentó lo siguiente: "...la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control de la denegatoria administrativa. En esta hipótesis no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o pauta universal, objetiva, y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado"<sup>106</sup>. Con la misma orientación la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Especial de la Capital- con motivo de un pronunciamiento acerca del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un "riesgo" para los usuarios debido al reducido espacio que les quedaba a los mismos cuando esperaban el arribo los trenes -reivindica el control de la discrecionalidad técnica mediante el control de los presupuestos fácticos (causa del acto administrativo), advirtiendo que: "...la discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocadas para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta sobre la base de un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo con los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto de dicho acto rigen las reglas generales sobre el control de la discrecionalidad"<sup>107</sup>.

Un ilustrativo pronunciamiento del Tribunal Superior español considera el problema de la sustitución de valoraciones, además de las características que debe

<sup>105</sup> CSJN, Fallos, 263:425.

<sup>106</sup> Trib. Sup. Córdoba, "Miranda", sent. 32/97.

<sup>107</sup> Cám. Civ. y Com. Esp., "Subterráneos de Buenos Aires", 21/6/1983.

reunir el pronunciamiento administrativo para que sea susceptible de anulación en sede judicial por el vicio de legitimidad constituido por el error técnico, al respecto sostiene que: "...desbordaríamos el ámbito de lo jurisdiccional si ante soluciones técnicas distintas, marginaríamos la que, a juicio de los técnicos municipales, es más conveniente, y siguiendo el criterio de otro técnico, llamado como perito al proceso, impusiéramos al Ayuntamiento, por vía de la estimación del recurso, otra solución, pues habríamos sustituido el criterio del técnico municipal por el del perito, y la apreciación por nuestro juicio, con desbordamiento de lo que es el control jurisdiccional; y decimos esto porque ni es cometido del perito procesal cual de varias propuestas es más ventajosa para el interés público, ni podrá decirse ante soluciones técnicas distintas para cuestiones que son opinables, que la apreciación del órgano actuante tenga que ser sustituida; a lo que tenemos que agregar, recordando la sentencia del Trib. Sup. del 23 de Octubre de 1959, que el error en la apreciación de la Administración ha de estimarse exclusivamente en los casos que no admita duda y su existencia sea evidente e incontrovertible"<sup>108</sup>.

Imposibles de soslayar en el tratamiento de esta materia son los pronunciamientos que ha dictado la Corte Federal de los Estados Unidos, donde deja sentado una doctrina legal sobre el particular que se sigue observando invariablemente hasta la fecha, doctrina legal que se denomina "teoría de la deferencia" y su campo de aplicación se circunscribe a los asuntos ambientales. En "Chevron" la Corte se expide en ocasión de regulaciones- presuntamente extralegales, por obra de una ley poco clara -de las agencias administrativas para combatir la polución ambiental, el tribunal citado, determina que: "...cuando el Congreso es ambiguo o poco claro, el juez (aludiendo al magistrado que intervino en primera instancia y que anuló la regulación de la Administración-la bastardilla nos pertenece) no puede efectuar una interpretación subjetiva de ley sin analizar previamente la razonabilidad de la interpretación realizada por la Agencia respectiva, ...se debe dar un peso considerable a la interpretación que un departamento ejecutivo hace de una norma cuya aplicación le ha sido confiada..."<sup>109</sup>. Al respecto Tawil comentando las implicancias de esta doctrina observa que: "...este precedente obliga a los jueces a analizar la cuestión en dos etapas, en la primera etapa si después de estudiar detenidamente la ley se llega a la conclusión de que es suficientemente clara, allí se verificará si la decisión administrativa encuadra en la voluntad legal; ...si la normativa es ambigua, oscura o silencia algunas materias, el segundo paso es considerar la interpretación o integración del concepto realizada por

<sup>108</sup> Trib. Sup. español, sent. del 10/12/1973.

<sup>109</sup> Corte Federal estadounidense, "Chevron USA Inc.", 11/3/1984.



la Administración y controlar ya no si la interpretación de la ley es correcta, sino si la decisión administrativa es razonable o aceptable, aunque opinable, ...en caso afirmativo resulta de aplicación la teoría de la deferencia a favor de la Administración<sup>110</sup>. Un par de años después la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema, afirmando sutilmente que: "...si una ley no es ambigua, la ley es la que decide; sin embargo, si el silencio o la ambigüedad del Congreso ha dejado un espacio para que la agencia lo rellene, los tribunales deben otorgar deferencia a la interpretación de la agencia"<sup>111</sup>. En último término- en ocasión de los "riesgos" que producían los aditivos de la nafta -el tribunal citado últimamente hace unas consideraciones acerca de la teoría referenciada, sobre su compatibilidad con las cuestiones probatorias, como también acerca del enorme provecho pedagógico que los jueces pueden sacar de la producción de la prueba en estos complejos asuntos, sosteniendo que: "...no existe contradicción entre conceder deferencia y exigir que el tribunal revisor se introduzca en las cuestiones de prueba más complicadas; por el contrario, ambas indican que la revisión de lo arbitrario y caprichoso se encuentra cuidadosamente balanceada. El minucioso escrutinio de la prueba tiene por objeto educar al tribunal. Debe entender suficientemente los problemas a que se enfrenta el ente para comprender el significado de la prueba sobre la que este descansará y la que desechará; las cuestiones examinadas por el ente y las no examinadas, las alternativas a las que se enfrentará y las elegidas. Mientras más técnico sea el caso a revisión, más intenso debe ser el esfuerzo del tribunal para comprender la prueba, ya que sin la apropiada comprensión del caso frente a él, mal puede el tribunal ejercer su función revisora. Pero tal función debe ser ejercida con clara conciencia de su limitada naturaleza". Luego otorgando relevancia a la fundamentación como mecanismo de tutela de los administrados frente a estas cuestiones, agrega: "...el mejor método para que los tribunales protejan a los ciudadanos de las arbitrariedades administrativas no es introduciéndose en los méritos técnicos de cada decisión- en tanto ello configuraría la arbitrariedad de los tribunales frente a su falta de conocimiento en cuestiones técnicas que exceden el ámbito del ordenamiento jurídico -sino controlando que el proceso decisorio asegure una decisión razonada que pueda exponerse al examen exhaustivo de la comunidad científica y del público"<sup>112</sup>.

Como conclusión de la teoría explicitada, Tawil, realiza el siguiente distingo: "...la decisión administrativa será respetada por los jueces a través de la deferencia, sólo si el órgano administrativo que emita la interpretación sea nominado por la ley como

<sup>110</sup> Tawil, Guido, ob. cit., T. II, p. 342 y ss.

<sup>111</sup> Corte Federal estadounidense, "Stinson", 21/3/1986.

<sup>112</sup> Corte Federal estadounidense, "Ethyl Corporation", 14/2/1988.

autoridad de aplicación o le confiera competencia alguna en la concreción de la norma"<sup>113</sup>.

A modo de cierre, con el fin de suministrar provisionales respuestas a esta compleja cuestión planteada, creemos que la solución parcial de esta problemática podría alcanzarse si distinguimos dos hipótesis con diferencias bien marcadas. En la primera, nos toparemos- nosotros en el análisis y el juzgador ante el caso concreto - con casos de factible, profundo e integral control judicial. Corresponde atribuir estas consecuencias a todos aquellos casos donde la ciencia es cierta, objetiva y uniforme, donde los postulados sostenidos por sus exponentes se reconducen simplemente a una única solución o procedimiento. Por tanto el control del juez consistirá en una tarea de revisión, mediante un examen de la prueba pericial, que "educe e instruya" al juzgador- siguiendo a la Corte Federal estadounidense -en la problemática de la decisión administrativa controvertida acerca de la logicidad y mecánica de aplicación del procedimiento científico-técnico adoptado por los agentes de la Administración en el plano de las ciencias duras- física, química, matemática, biología, medicina, arquitectura, ingeniería, geología, etc.-. En cambio en el ámbito de las ciencias blandas- economía, política, criminología, pedagogía, estética, etc.-creemos oportuno que el juez analice sólo los elementos reglados de la decisión administrativa. Si luego de esta indagación el juez inequívocamente constata la ausencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e inexistencia de los hechos, entendemos deberá adoptar "la teoría de la deferencia" ya tratada, como forma de respetar la esencia o el núcleo íntimo de la discrecionalidad, en mayor medida presente, cuando el poder administrador emite una opinión de oportunidad mérito y conveniencia. Se podrá refutar con cierta dosis de razón a esta posición que el orden jurídico es el encargado de custodiar la certeza, y no fomentar o autorizar la opinabilidad, que ostensiblemente genera inseguridad jurídica. Sin perjuicio de la validez de estos argumentos, creemos que ante la relatividad que muchas veces ofrece la realidad estatal, el juzgador deberá, en estos casos, salvaguardar y garantizar que donde impere la relatividad, la opinión sea finalmente emitida por quién de forma expresa o genérica el Ordenamiento quiere y autoriza la decisión última de estos asuntos, en razón del interés público comprometido. Si otra tesitura adoptáramos, atribuiríamos en la competencia del juzgador como solución problemática la sustitución de un juicio probable, opinable, relativo- administrativo - por otro igualmente incierto- el judicial -.

<sup>113</sup> Tawil, Guido, ob. cit., T II, p. 346 y ss.



#### **Cuarta Parte: "Instrumentos de operatividad de la tutela judicial efectiva en el ámbito de la discrecionalidad"**

Esta parte estará dedicada exclusivamente a analizar los diferentes instrumentos técnicos de control genéricamente aplicables con que puede munirse al juzgador- que no los utilice corrientemente en la labor forense -que tiene la sana y responsable intención de corregir las desviaciones del poder administrador en uso de facultades discrecionales, colaborando- atendiendo tanto a las limitaciones, como a las grandes posibilidades que ofrece su cargo -con el propósito de contemporizar la Jurisdicción y la Administración. Es así que entendemos que la única manera que esta conjugación de cometidos estatales se dé en la realidad del mundo del derecho- al menos en la humilde temática que hemos elegido -será con la aplicación equilibrada, ponderada y adecuada- en cada caso que así lo reclame -de estos frenos de carácter jurisdiccional al indebido ejercicio de la facultad discrecional, de modo que las potestades mencionadas- jurisdiccionales y administrativas -no se vacíen de contenido. Luego de implementados estos límites al abuso de poder, los beneficiados serán los administrados o justiciables, ya que, por un lado, se asegurará a los particulares una Administración que no pueda realizar sino el interés público que le es imperativo; y por el otro si así no fuera, se garantizará que saldrá en su defensa una Jurisdicción dotada de profesionalismo, responsabilidad, eficiencia y valentía que encauzará el valor esencial soslayado, además de corregir- no sustituir -el actuar administrativo discrecional ejercido de inadecuada forma.

##### **1) Control judicial a través de los elementos reglados del acto administrativo**

###### **a) Hechos determinantes**

García de Enterría, reivindicando el control de los hechos determinantes desarrolla los siguientes argumentos: "...toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y como se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así;...en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales, como saben bien los países que utilizan abiertamente esta técnica". Luego el autor pondera como un avance para cumplir con este objetivo la regulación

que la Ley de jurisdicción contencioso administrativa de 1956 efectuó en materia probatoria, citando el preámbulo de esta disposición, que establece: "...la jurisdicción contencioso administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional"<sup>114</sup>. (Lo que significa que no es impertinente la prueba- o lo que es lo mismo la comprobación o verificación de la causa del acto administrativo -a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda-la bastardilla nos pertenece). En nuestro país el maestro Marienhoff, afirma que: "...controlar los hechos determinantes significa revisar los antecedentes fácticos que sustentan la emisión del acto, en definitiva, una parte de ella su causa, elemento constitutivo esencial que integra la juridicidad del acto administrativo. La incorrección o error en tales antecedentes genera, entonces, una desviación de poder como muchas veces se ha entendido"<sup>115</sup>. La misma línea sigue la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, cuando consideró que: "...todo lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho invocados para emitir el acto caen o pueden caer bajo el poder de revisión de los jueces..."<sup>116</sup>. Sin embargo hay doctrina legal de la Corte Nacional que se resiste a la revisión de los presupuestos fácticos anclada en la asimilación de los mismos a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, argumentando, equivocadamente a nuestro parecer, que: "...la actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad, pero los tribunales no están habilitados para juzgar consideraciones de oportunidad o apreciaciones fácticas y sustituir la decisión administrativa con base en la distinta opinión que el tribunal pudiera sustentar"<sup>117</sup>.

###### **b) Forma, procedimiento y motivación**

Tanto la forma como el procedimiento constituyen el: (¿Cómo?) se exterioriza o encauza el acto administrativo desde el seno mismo de la Administración hacia la realidad jurídica, mientras que la motivación configura el adecuado cabal y suficiente: (¿Porqué?) de la decisión o su justificación<sup>118</sup>. Los tres elementos mencionados deben ser enjuiciados en forma plena por el juzgador, en lo atinente a esta modalidad de control, Comadira expresa que: "...con este control la discrecionalidad no es examinada en sí misma. Se trata sólo de un juicio lógico jurídico de comparación entre la norma y los requisitos del acto, en tanto aquella determina, respecto de este,

<sup>114</sup> García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, ob. cit., p. 36 y ss.

<sup>115</sup> Marienhoff, Miguel, ob. cit., p. 446.

<sup>116</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Jugos del Sur S.A.", 5/3/1998.

<sup>117</sup> CSJN, Fallos, 304:721.

<sup>118</sup> Igarúa Salaverría, Juan, ob. cit., p. 78.



regladamente, ...su marco formal y teleológico<sup>119</sup>, como vemos no es complicada la tarea de constatación- artículo 7 de la LNPA<sup>120</sup> -que el juzgador debe efectuar en este caso y su cumplimiento o no en la especie.

La Corte Federal estadounidense confeccionó una regla al respecto- en ocasión del análisis de si la Administración le había dado debida audiencia a los interesados, y por tanto receptado en adecuada forma los dictámenes que justificaban la decisión - que se puede reproducir de la siguiente manera: "**A mayor discrecionalidad mayor apego a la formalidad que prescribe el procedimiento**"<sup>121</sup>.

En "Gaubeca", la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal- donde se discutía la retroactividad o no de una normativa que tenía como objetivo la prescindibilidad de efectivos castrenses -entendió que: "...si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y requisitos sustanciales y formales en ella previstos para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse al mismo como adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva para hacerlo efectivo, ...de no ser así la titularidad de un derecho quedaría supeditada a la voluntad discrecional renuente a reconocerlo..."<sup>122</sup>.

García de Enterría, en referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad y su conexión con la motivación de los actos dictados por la Administración, advierte que: "...el principio de interdicción de la arbitrariedad se vincula con la necesidad de que las decisiones administrativas puedan soportar una explicación objetiva, no es imprescindible que sea aceptada por una mayoría significativa, basta una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, capaz de convencer o, al menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras decisiones también posibles"<sup>123</sup> (Más aún cabe aplicar el rigor de estos argumentos cuando la Administración se pronuncia en uso de facultades discrecionales-la bastardilla nos pertenece).

Ilustrativos del criterio esbozado son los pronunciamientos de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en las causas "Marengo" y "Carpineta de Burgos". En aquella se consideró que: "...resulta evidente que para poder apreciar y valorar si se han vulnerado los límites de la razonabilidad, desviación de poder y buena fe, debe exigirse el cumplimiento del requisito de la motivación del

<sup>119</sup> Comadira, Julio, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, ob. cit., p. 509.

<sup>120</sup> La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos prescribe la observancia de estos requisitos en sus artículos 7º incs. d y e, y 8º.

<sup>121</sup> Corte Federal estadounidense, "Citizens to Preserve Overton Park Inc.", 15/3/1971.

<sup>122</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, "Gaubeca", 7/12/1996.

<sup>123</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, ob. cit., p. 156.

acto administrativo, ya que sin ello resultaría de cumplimiento imposible el control judicial que para efectivizarse requiere de una manifestación de voluntad administrativa cierta y expresa, toda vez que lo intangible resulta de insusceptible revisión", más adelante se agrega que: "...la exigencia de la motivación de los actos resulta aplicable a aquellos dictados en ejercicio de facultad discrecional, pues de lo contrario quedaría librada al albedrío administrador una garantía constitucional, dándole en los hechos un ámbito más amplio que el que se reconoce al legislador, máxime si tal medida queda exenta del juicio de los magistrados, a quienes compete el control de razonabilidad de las leyes y su aplicación"<sup>124</sup>. En "Carpineta de Burgos", se sostuvo: "...en el contexto de un régimen republicano, toda decisión que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar de una derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, puesto que se trata de una exigencia que por imperio legal es establecida como elemento-condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, ...de modo de asegurar, por un lado, la juridicidad y transparencia de la actuación administrativa, y por el otro, los derechos de los administrados"<sup>125</sup>.

#### II) Control mediante los principios generales del derecho

Conforme a que la discrecionalidad se encuentra inscrita como sana derivación de la legalidad o juridicidad razonable, y como potestad autorizada por nuestro orden jurídico. Lógico es, pues, que se la revise judicialmente a la luz de los postulados orientadores del derecho que, si bien no necesariamente tributarios solamente a la evolución del Derecho Público, si informadores y condicionantes de cualquier manifestación jurígena, es decir del derecho en sí desde que la ley nos rige. De modo que es evidente que si la potestad discrecional no soporta un test de confrontación con los mismos, se inferirá que en el caso se ha ejercido en forma ilegítima. García de Enterría, en relación a esta cuestión expresa con claridad meridiana que: "...los principios generales del derecho son, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. Pues bien, hay que afirmar que la Administración esta sometida no sólo a la ley, sino a los principios generales del derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es señor del derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre lo será parcialmente el legislador. La Administración no es un poder soberano, y por esta simplísima razón no puede pretender apartarse en un caso concreto utilizando potestad discrecional, ...la

<sup>124</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, "Marengo", 16/4/1998.

<sup>125</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Carpineta de Burgos", 9/4/2002.



ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos. El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico". Más adelante este mismo autor agrega que el acto administrativo que posee componentes discrecionales debe pasar por el filtro de los siguientes principios generales: iniquidad manifiesta- en nuestro país denominado arbitrariedad, o más propiamente interdicción de la misma -, irracionalidad- llamado aquí irrazonabilidad, o control de razonabilidad -, el de buena fe, el de la proporcionalidad de medios a fines, el de la naturaleza de las cosas, etc.<sup>126</sup>.

a) Interdicción de la iniquidad manifiesta o de la arbitrariedad

Este principio sostiene que no pueden admitirse decisiones estatales antojadizas, disparatadas, absurdas, caprichosas, carentes de sustento lógico, lo que implica que si en un Estado de Derecho se cohonestan procederes de neto corte arbitrario, éste es indiferente ante la injusticia más patente y manifiesta. La mayor arma con que está dotado el juzgador para impedir desviaciones de esta índole por parte de la Administración es el control de lo que se denomina en la doctrina continental la "justificación" del acto, es decir su motivación. Verificada la ausencia o deficiencia de la misma, estaremos ante una decisión arbitraria basada en su sola voluntad, justificación exigible de manera categórica en este ámbito ya que la Administración mediante una cabal fundamentación se justifica ante los administrados de que forma y con que razones hace uso e invocación de una potestad que le otorga amplios márgenes de libertad, pero que a su vez conlleva ciertas responsabilidades, entre ellas una rigurosa explicación del (¿Por qué?) de la decisión adoptada. Parejo Alfonso se pronuncia con relación a la motivación del acto administrativo de la siguiente manera: "...la necesidad de una motivación suficiente y razonable como la imprescindible justificación objetiva de la decisión administrativa, comportan dos requisitos insoslayables para afianzar la discrecionalidad dentro de la juridicidad..."<sup>127</sup>.

El Máximo Tribunal mendocino, entiende que: "...el accionar arbitrario de la Administración está fundado en la sola voluntad de quién lo emite, con prescindencia de las circunstancias fácticas y probatorias existentes; el vicio no se identifica con el

<sup>126</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, ob. cit., p. 48 y ss.

<sup>127</sup> Parejo Alfonso, Luciano, ob., cit., p. 49.

mero error o equivocación sino que exige un desacierto grosero, que conmueva la lógica o el entendimiento; el que contiene una contradicción lógica o bien deficiencia total axiológica;...por eso el acto no es arbitrario si encuentra fundamentos suficientes, mínimos, adecuados, serios..."<sup>128</sup>.

Por último la jurisprudencia nos ofrece un ejemplo típico- con motivo de un examen de ingreso irregular al Colegio Nacional Buenos Aires -de accionar arbitrario de la Administración en el marco de la discrecionalidad pedagógica, la Cámara sostuvo que: "...inequívoca arbitrariedad, que salta a la vista sin el menor esfuerzo con la sola confrontación,...tal arbitrariedad no puede cohonestarse con los argumentos de que los actos propios de la práctica docente no pueden ser revisados en sede judicial y menos aún la evaluación de un examen;...queda insita en la norma la idea de que aquellas deben encuadrar en un marco de apropiada valoración, con margen en el que tengan cabida razonables divergencias de interpretación, y no, como ahora ocurre, en que un aspirante que dió una respuesta a medias equivocada, se le califica con cero. La arbitrariedad ha existido..."<sup>129</sup>.

b) El principio de la buena fe

Este principio tiene una vigencia de enorme importancia en el Derecho Privado, y su aplicación tiene como fin condenar conductas inescrupulosas, malintencionadas entre particulares. Sin embargo más allá de las diferencias en el ámbito de aplicación, en el Derecho Público deviene perfectamente aplicable, dada su misión eminentemente moralizadora, siendo que es inadmisibles como incompatible con el fin de bien común por el cual debe velar la Administración que esta actúe de mala fe, en otras palabras, deliberadamente en "contra" de sus administrados. El Tribunal Supremo español lo ha aplicado como remedio nulificante de resoluciones de la Administración caprichosas en materia de política económica estatal, mediante el cambio de criterios permanentes en referencia a las condiciones que deben reunir los titulares de cupos de exportación e importación, invocando los administrados el cambio súbito de las reglas de juego y la inseguridad jurídica<sup>130</sup>. Nos parece un pronunciamiento interesante de protección del patrimonio particular mediante el ya referenciado principio, ante conductas que configuran "un ir, venir y volver a ir" estatal que no tiene porque ser soportado por los administrados, salvo claro esta emergencia o gravedad institucional.

c) El principio de igualdad

Desde Aristóteles, pasando por los Padres y Doctores de la Iglesia, los revolucionarios franceses, hasta la manda constitucional de nuestro artículo 16, este

<sup>128</sup> Trib. Sup. Mendoza, "Álvarez", 27/7/1990.

<sup>129</sup> Cám.Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Rabinovich", 11/11/1983.

<sup>130</sup> Trib. Sup. español, sent. del 5/2/1981.



principio se ha aplicado e invocado en forma permanente para rechazar comportamientos que implican discriminación en el trato, respecto de quienes se hallan en paridad de condiciones y poseen una misma situación jurídico-subjetiva tutelada. Es de aplicación frecuente en el ámbito del derecho administrativo en cuestiones de punición de empleo público, los procedimientos de selección de contratistas y de personal. En lo que hace a esta última cuestión mencionada, una sentencia del Tribunal Superior cordobés, acude al principio de igualdad en ocasión de un concurso público para cubrir vacantes en la justicia, rechazando la pretensión de asignar mayor puntaje a quienes habían ocupado los cargos de prosecretario de forma provisional con las siguientes preclaras argumentaciones: "...pretender un mayor puntaje para quienes han ocupado el cargo de prosecretario en forma provisoria sin el concurso respectivo, implicaría violentar el principio de igualdad en desmedro de quienes también tuvieron legítimas expectativas de acceder al cargo interinamente y no pudieron hacerlo porque oportunamente la designación provisoria sin concurso previo no recayó sobre ellos, ... quienes han venido desempeñando de manera interina han contado con la posibilidad de capacitarse en forma directa a través del desempeño de las tareas propias del cargo para el que posteriormente concursaron. Ello de por sí implica una situación aventajada susceptible de incrementar las posibilidades de éxito. Es obvio que agregar a esta circunstancia un mayor puntaje repugnaría el principio de igualdad de oportunidades respecto de quienes no accedieron al cargo de forma provisoria. Incluso un puntaje preferente para quienes hoy ostentan interinamente el cargo implicaría también desvirtuar implícitamente el sistema de concursos, habida cuenta de que para privilegiar a alguien, bastaría entonces nombrarlo interinamente en el cargo, ya que al tener un mayor puntaje prevalecería de antemano sobre el resto de los postulantes. De tal forma el concurso se convertiría en una artificiosa formalidad para subrepticamente ratificar los nombramientos de quienes interinamente ocupan el cargo"<sup>131</sup>.

Directa derivación del principio enunciado constituye el compadecimiento del acto administrativo con su precedente, es decir que un apartamiento que no obedezca a razones justificadas y razonables del precedente administrativo conculca el principio de igualdad- entre otros principios -teniendo en cuenta siempre ciertos parámetros, como son: la similitud de circunstancias, los sujetos, el órgano interviniente, etc.

Si bien existen pronunciamientos que soslayan la observancia del precedente, sosteniendo no es fuente del derecho administrativo y que por ende no obliga a resolver cuestiones idénticas de igual manera, sino sólo cuando el Ordenamiento

<sup>131</sup> Trib. Sup. Córdoba, 1/2/1999.

commina al órgano a tener en cuenta anteriores resoluciones<sup>132</sup>; es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, en tanto consideran al precedente inserto en el bloque de juridicidad, respecto de la inadecuada fundamentación del cambio de criterio, ubicándolo como un vicio en la motivación. Como ejemplo de esta postura la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, se ha pronunciado de la siguiente manera: "Los principios republicanos que imponen a la Administración dar cuenta de sus actos; los recaudos exigidos para permitir que estos puedan ser impugnados por quienes ven afectados sus derechos, y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad, imponen que en el ejercicio de facultades discrecionales los órganos administrativos satisfagan, con mayor razón aún que en las predominantemente regladas, el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones, máxime si el órgano ejecutivo se aparta de criterios uniformemente reiterados en el curso de los años por el órgano demandado"<sup>133</sup>.

En otras palabras, ante circunstancias que hacen suponer que el administrado cuenta con la protección del precedente, la Administración deberá cumplir más fielmente con los deberes de fundamentación del acto administrativo con elementos discrecionales, que si de un acto ordinario se tratara.

#### d) El principio de la razonabilidad

El control de razonabilidad es una regla de oro como también un procedimiento hermenéutico-jurídico del que todo juzgador esta dotado y echa mano constantemente en su labor forense, el mismo consiste en una cabal proporción, congruencia, y relación adecuada de medios a fines. Linares, entiende que en la razonabilidad están involucrados valores tales como la justicia racional, la justicia de igualdad, la paz social, la seguridad y la coherencia<sup>134</sup>. Los tribunales ingleses emparentan a la irrazonabilidad y por tanto abren la jurisdicción hacia esta modalidad de control con una decisión que ninguna persona u órgano que porte de buen sentido la habría adoptado<sup>135</sup>. Sánchez Morón la identifica con la carencia de sustento lógico de la resolución administrativa, advirtiendo que: "...todo acto que tenga alguna justificación racional, por mínima que sea, no podrá calificarse de arbitrario o irrazonable, aunque puedan existir alternativas que parezcan más lógicas, atendibles o preferibles por su razonabilidad"<sup>136</sup>. Gordillo<sup>137</sup>, en referencia a los recaudos que debe reunir la

<sup>132</sup> Proc. Tes. Nac., Dictámenes, 168:98.

<sup>133</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, "Hughes Tool Company SACIFS", 17/9/1984.

<sup>134</sup> Linares, Juan, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 38 y ss.

<sup>135</sup> Trib. Sup. inglés, "Prescott", 3/2/1954.

<sup>136</sup> Sánchez Morón, Miguel, ob. cit., p. 139.

<sup>137</sup> Gordillo, Agustín, ob. cit., VIII-30.



razonabilidad, estima que en la razonabilidad debe existir una relación de proporción entre los siguientes elementos:

- La finalidad legal y la finalidad del acto.
- La finalidad legal y los medios utilizados por el acto para su realización.
- Los antecedentes de hecho, los medios, y la finalidad que procura el acto.

En lo que hace al control de razonabilidad la Corte Nacional ha sostenido que: "...el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse. Sólo casos que trasciendan ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces"<sup>138</sup>. Con relación al ejercicio de facultades discrecionales ha mantenido el mismo criterio, afirmando que: "...que la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede construir aquí un justificativo de su conducta arbitraria; puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia"<sup>139</sup>. En "Ferrer", aunque un tanto acotado en lo que hace a la profundidad del control, explica someramente en lo que consiste el control de razonabilidad: "La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos sólo comprende, como principio, el control de su legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por estos adoptadas"<sup>140</sup>. Mucho más explícito acerca de los extremos y alcances sobre los que versa el control de razonabilidad en caso del ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración Pública ha sido una sentencia del Máximo Tribunal de Mendoza, cuando en ocasión de la transformación del Banco de Mendoza -ha dicho que: "...en el control de razonabilidad, los tribunales sólo meritúan la adecuación o proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin propuesto, pero no pueden entrar a analizar si entre una variedad de medios posibles el elegido es el mejor o más eficaz, ...los jueces no deciden sobre la bondad u oportunidad de las normas que aplican, ni sustituyen a los órganos políticos en la selección de medidas y de los criterios aplicados en cuanto a su eficacia y conveniencia..."<sup>141</sup>.

El control de razonabilidad, como hemos visto, es de plena aplicación en situaciones donde se ejercen facultades discrecionales. Por ejemplo en el ámbito de

<sup>138</sup> CSJN, Fallos, 247:121.

<sup>139</sup> CSJN, Fallos, 298:223.

<sup>140</sup> CSJN, "Ferrer", 25/11/1986.

<sup>141</sup> Corte Sup. Pvcia. de Mendoza, "Von Der Heyder", 26/2/1990.

denegación de licencias se ha resuelto que: "...la concesión y el goce de licencias están supeditadas a que no medien impedimentos derivados de razones de servicio, las que en principio deben ponderarse por las autoridades administrativas con competencia decisoria, esa facultad discrecional debe ser ejercida dentro de los límites de la razonabilidad, a los que están sujetos todos los actos estatales, lo que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de tales exigencias;...uno de los requisitos de la razonabilidad que otorga validez a los actos discrecionales de los órganos del Estado, es la necesaria y proporcionada adecuación entre el fin que se procura y el medio utilizado, excluyendo toda inequidad: existencia que ha sido plasmada legalmente (Ley 19.549, art 7º, inc.fj)"<sup>142</sup>. A su vez la Procuración del Tesoro de la Nación ha acudido a esta técnica en reiteradas oportunidades, por ejemplo en ocasión de la redacción de pliegos licitatorios, ha advertido que: "...este tipo de facultad discrecional en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad, como requisito constitucional que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos..."<sup>143</sup>.

### III) Control por la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>144</sup>

García de Enterría, en lo que hace a la idoneidad de esta teoría para facilitar la revisión judicial de la discrecionalidad, sostiene que: "...el *arbitrum boni viri*, el standard de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los ejemplos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos son conceptos jurídicos indeterminados, (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia)...algunos ejemplos de estos conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo son: justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.,...lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos de Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc.,...hay pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta". Más adelante agrega: "...el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o

<sup>142</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, "Salerno de Valiño", 20/9/1984.

<sup>143</sup> Proc. Tes. Nac., Dictámenes, 92:82, 114:214, 160:287.

<sup>144</sup> Para una noción más completa de esta teoría ver p. 27 y ss del presente Trabajo.



estimación (es decir intelectual-la bastardilla nos pertenece)...el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado,... porque no admite más que una solución justa (aquí disentimos, ya que estimamos que lo reglado no se caracteriza por la unidad de solución justa, sino por la predeterminación legal que a su vez puede prever multiplicidad de soluciones-la bastardilla nos pertenece)...donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación". El autor citado para completar la noción acude un ejemplo: "Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinoso o no es ruinoso;... esta determinación no puede ser objeto de una valoración discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la ley en un caso concreto"<sup>145</sup>. Estimamos la postura de tan célebre e ilustre catedrático un tanto amplia en la concesión de poderes al juez a través de la aplicación de la teoría citada, sin embargo coincidimos en dos supuestos; estamos de acuerdo en que la determinación fáctica no puede ser objeto de una valoración discrecional, ya que forma parte del mundo de los hechos, de la naturaleza de las cosas y no hay potestad estatal que pueda modificarla y peor aún si la contradice -. En el ejemplo que ofrece de la casa ruinoso, la determinación fáctica y la comprobación de la ruina, estará a cargo de un ingeniero civil o arquitecto perteneciente a la planta estatal, no obstante respecto de la unidad de solución justa, creemos que no es así. Porque la norma urbanística que limite el actuar administrativo podría prever: que la Administración, comprobada la ruina, podrá optar por su restauración, reconstrucción o demolición, con lo cual no existe unidad de solución y resurge la potestad discrecional, como libertad de acción entre diversas alternativas válidas permitidas por el Ordenamiento. También creemos, al igual que el autor citado que la teoría puede ser de utilidad para la fiscalización jurisdiccional, pero con la salvedad que su efectiva operatividad estará restringida a los contadísimos supuestos en que la teoría sea de eficaz aplicación, es decir cuando la realidad y el derecho no suministran- lo cual deberá ser susceptible de actividad de comprobación probatoria -para un caso concreto, nada más que una única solución justa. Es decir la solución del autor citado opera cuando los procedimientos utilizados son intelectivos, no cuando son volitivos, mecanismo típico del obrar discrecional.

Un ejemplo de la posición que sostenemos respecto de la operatividad excepcional de esta modalidad de control entendemos se da en la causa "Caamaño", donde la Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo Federal, se encargó de dilucidar- aunque no totalmente, porque en último término la denegatoria

<sup>145</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, ob. cit., p. 38 y ss.; La misma postura es observada por Sainz Moreno, Fernando, ob. cit., p.352.

administrativa se anuló, por falta de motivación -los alcances del concepto jurídico indeterminado "baja recaudación". Dicho concepto aludía a los requisitos a cumplir para la habilitación de las agencias oficiales dependientes del Instituto Nacional de Loterías y Casinos, la Cámara entendió que: "...si el fundamento de la resolución administrativa denegatoria de una solicitud fue un concepto jurídico indeterminado, compete a la Administración primariamente determinar, articulando, por norma o acto, los extremos que lo conforman estrictamente, pues, al actor sólo incumbía impugnar el rechazo de su petición, debiendo la demandada, que además es quien cuenta con la información disponible, explicar y acreditar, clara y concretamente, los motivos de la denegación..."<sup>146</sup>. Representa fielmente la posición que sostenemos en torno a esta temática, porque de haber sido motivada acabadamente la denegatoria por la Administración, hubiera procedido un pleno control judicial- ahora sí -que postula la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. La única manera de comprobar "si la recaudación era baja o no" era acudiendo a un procedimiento matemático-contable-intelectivo, que como tal tiene una única solución justa, ya que la realidad de los números así lo indica.

A modo de recapitulación y conclusión de esta parte, entendemos que los mecanismos descriptos son los únicos que podrán garantizar en el universo particular del caso concreto la vigencia de la tutela judicial efectiva, como modo de enfrentar la problemática abordada en el curso del presente Trabajo. Sin embargo queremos finalizar con algunas precisiones, cuando el juez al acudir a estos procedimientos de control de la discrecionalidad, y luego de un análisis exhaustivo se encuentre con que la única posible resolución que debe tomar es declarar ilegítimo el acto administrativo con elementos discrecionales, es decir revocarlo, consideramos que su labor se agotará en sí misma con la anulación del acto administrativo, y la consecuente disposición ejecutiva de requerir a la Administración el dictado de un nuevo acto que se ajuste a la legalidad, de acuerdo con los criterios explicitados por el juzgador en la sentencia. No obstante, lo que le estará vedado hacer al juzgador- salvo renuencia reiterada de la Administración, o del área ejecutiva a consentir el imperio de los pronunciamientos judiciales, reproduciendo actos del mismo tenor impunemente -es resolver y dictar él mismo por sí, el acto administrativo. Por ejemplo: sancionando al agente, eligiendo al postulante, revocando un contrato por razones de oportunidad, adjudicando la licitación, ascendiendo a un funcionario, etc. En estas situaciones se entra en lo que se denomina "sustitución" del juez, cuya acción se manifiesta por la asunción de ciertas porciones de la función administrativa, por la simple razón que el juzgador en vez de marcarle los límites que la Administración no puede franquear, es

<sup>146</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Caamaño", 2/8/1994.

decir lo que la Administración no puede hacer- como creemos que debe ser la competencia correctiva en estas cuestiones -, le ordena a la Administración lo que esta debe hacer. En otras palabras la competencia judicial en el control de la discrecionalidad es revisora de todos los extremos que hemos establecido en esta parte del presente Trabajo y para esta misión se basta a sí misma para cumplir sus fines mediante la potestad anulatoria, como tal idónea para descorrer el velo de la arbitrariedad administrativa escondida detrás de la discrecionalidad; y volvemos a repetir no es sustitutiva, ya que es inaceptable que luego de que la Jurisdicción haya cumplido el cometido principal mencionado se desorbite invadiendo innecesariamente potestades que no se encuentran de ninguna forma dentro de su competencia específica.

#### Quinta Parte: "Caracterización y límites en la interacción de la Administración y la Jurisdicción. Conclusión"

Esta parte- que constituirá la última de este Trabajo -tendrá como primer cometido brindar unas simples nociones acerca de las tendencias que poseen las funciones constitucionales que están en una tensión dialéctica permanente en el recorrido del presente Trabajo. Nociones, que como es natural obligarán a marcar ciertas diferencias, diferencias que luego tratarán de ser contemporizadas, a través del tamiz que nos suministra la jurisprudencia y alguna doctrina específica, en referencia a la concepción de estas fuentes autorizadas del derecho acerca de cuando y como se encuentra, en este reducto del derecho administrativo, comprometido el valor constitucional de la división de poderes, a los efectos de evitar su alteración, como, a su vez, procurando que los órganos enfrentados- aunque pretendemos finalmente conciliados -o más propiamente las misiones competenciales de los mismos, puedan cumplir con sus atribuciones y deberes en forma coordinada y no subordinada en aras del bien común y la paz social.

Por último, como manera de cerrar este Trabajo ensayaremos algunas reflexiones finales y propuestas de solución, con sinceros deseos de que puedan servir de humilde aporte a la temática elegida.

##### 1) Administrar y Juzgar. Diferenciaciones

Como hemos tenido oportunidad de expresarnos en innumerables ocasiones acerca de los criterios dominantes que imperan en las funciones de estos órganos en el decurso del presente Trabajo, nuestra intención es ordenar ahora unas someras ideas, para establecer algunas líneas de diferenciación:

- Una función se pronuncia- caracterizadamente, más allá de las demás manifestaciones jurídicas -mediante actos administrativos; la otra a través de sentencias. Estas dos manifestaciones jurígenas tienden a la aplicación singular de la ley general y abstracta, cooperando y aportando- cada función a su manera - ingredientes nuevos al orden jurídico. La Administración contribuye mediante la aportación de apreciaciones objetivas- derivadas de la interpretación de la ley -y subjetivas- juicios de oportunidad, mérito y conveniencia extrajurídicos, aunque no ilegítimos -. La jurisdicción contribuye creativamente con la juridicidad aportando ponderaciones objetivas- provenientes de la concretización de la ley abstracta, a través de la sutil articulación o "juego" de las distintas normas del espacio jurídico que le toque interpretar, en razón de su competencia -no pudiendo nunca cooperar con criterios subjetivos, ya que el juzgador debe siempre en sus pronunciamientos basarse en el orden jurídico.



- Una función, sin espera de llamamiento de parte alguna- aunque cuenta con la colaboración de los particulares -está en permanente y continua actividad en procura del bien común genérico, en el cual se incluyen la gestión todos los valores apreciables que se pueden considerar dignos de protección y amparo dentro de un Estado. La otra se ocupa, instancia de parte mediante, de la dilucidación, determinación y finalmente resolución, de las distintas situaciones conflictivas de índole jurídico-subjetivas que agravan a los particulares- en la mayoría de los casos en el honor, patrimonio y la libertad -y al Estado- como es el caso de la jurisdicción contencioso administrativa-en el terreno patrimonial, y subsidiaria y excepcionalmente al honor- si se consiente que las personas jurídicas de derecho público son titulares de tal atributo-o de sus derivaciones tangibles como la credibilidad, el prestigio, la transparencia, entre otras.

- Una función está limitada y autorizada por el Ordenamiento, en virtud del principio de juridicidad, no obstante como siempre debe actuar, ante situaciones de vacío o laguna legal debe desplazarse en forma creativa para intervenir en la realidad y realizar el interés público concreto (predominan los parámetros ontológicos y sólo cuando esta estrictamente obligada dikelógicos). La otra también debidamente autorizada por el Ordenamiento cumple la función de custodiarlo y de ser salvaguardia última de la seguridad y tutela de los ciudadanos, como también de la buena salud del Estado (se maneja bajo parámetros exclusivamente dikelógicos).

- Una función posee dentro de sus facultades porciones de valoración, ponderación y apreciación discrecional que siempre implican libertad de elección entre diversas alternativas válidas, permitidas, toleradas y autorizadas por el orden jurídico que debe ejercer de forma exclusiva. La otra cuenta con cierto arbitrio- similar a la discrecionalidad, aunque no es propiamente tal -de mérito cuando la ley le encomienda la dilucidación de ciertos extremos cuantitativos y cualitativos, donde cuenta con algún margen de libertad, aunque siempre rindiendo cuentas al Ordenamiento. Por ejemplo: cuando el juzgador debe determinar el plazo a que se sujetará una obligación, u optar por los extremos de la escala punitiva penal, o cuando valora la prueba dentro de un régimen probatorio no tasado, etc. A su vez debe encargarse de fiscalizar la discrecionalidad recurriendo a la contrastación de su ejercicio con el bloque de juridicidad, y en su defecto corregirla, pero nunca sustituirla.

De la fiscalización judicial del ejercicio que el poder administrador hace de la discrecionalidad, se siguen consecuencias peligrosas para la división de poderes si se revalora y sustituye el mérito o núcleo de la decisión discrecional escogida por la Administración, el mero control de la decisión no agrede aquel principio constitucional. Ahora con la intención de mantener la armonía de este valor republicano,

verificaremos cuando y como la jurisprudencia ha entendido vulnerado este valor para procurar el equilibrio para su debido respeto, en el ámbito de esta compleja problemática.

## II) División de poderes

La jurisprudencia proveniente de nuestro Máximo Tribunal Nacional y la jurisprudencia en general siempre ha reconocido las competencias específicas que hacen posible el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración, sometiéndolas a un control judicial más limitado- sobre el cual volvemos para dar ejemplos puntuales acerca de las consideraciones efectuadas, ejemplos que desbordan en cualquier parte que se lea el presente Trabajo -como manera de zanjar la posible vulneración de la separación de poderes. Con esta inteligencia la Corte en "Bonevo", en forma genérica ha delineado los límites a los que debe adecuarse- al menos en los asuntos que suponen las cuestiones en tensión -la función jurisdiccional:"...la misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público"<sup>147</sup>. También ha reconocido con el mismo fin la zona de reserva que se deriva de las alterabilidad relaciones de empleo público basadas en la autonomía de las universidades en la materia específica del traslado de su personal y en el establecimiento del orden en su ámbito interno, entendiendo que:"...si bien el art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra la estabilidad del empleado público, la Administración conserva un mínimo de facultades independientes en salvaguarda de las prerrogativas que el art. 86, inc. 1 y 10, de la misma Constitución acuerda al Presidente de la Nación, ...las que comprenden no sólo la facultad de nombrar y remover a los empleados públicos sino también la de otorgarles ascensos y ubicarlos en el escalafón, en tanto no implique sanción disciplinaria o descalificación del agente,...también puede recordarse que como regla para el ejercicio de las facultades atinentes a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes personales los agentes ha de reconocerse a la Administración una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores y reglamentaciones en juego en aras de lograr el buen servicio,...cabe tener en cuenta asimismo que las resoluciones que dictan las universidades en el orden interno, disciplinario y docente que les es propio, no son, en principio, susceptibles de revisión judicial, salvo que las decisiones tomadas no hayan respetado los derechos y

<sup>147</sup> CSJN, "Bonevo", 21/12/1929.



garantías constitucionales de los interesados<sup>148</sup>. También ha considerado nuestro Alto Tribunal como parte de la zona de competencia específica de la Administración y por ende pasible de un control más limitado el régimen de la conservación del estado, ascensos y retiros en materia castrense, estimando que: "...la decisión a tomar por el Poder Ejecutivo nacional respecto del orden de méritos para determinar los ascensos al grado de general, no se encuentra condicionada a la propuesta sugerida por la Junta de Calificaciones del Ejército, pudiendo inclusive, variarla y apartarse de la misma; ...adentrarse en el análisis de acierto y corrección del proceder administrativo en su actividad discrecional es insusceptible por principio justificar el contralor judicial, máxime tratándose de un reclamo castrense, pues el estado militar presupone el sometimiento a las normas de fondo y forma que estructuran la institución castrense, ubicándola en una situación especial dentro de la Administración Pública, tanto por su composición como por las normas que la gobiernan, ello implica la sujeción al régimen de ascensos y retiros por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad de apreciar la concreta aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro, ...tal apreciación comporta el ejercicio de una actividad discrecional ajena a la revisión judicial, pues no son los jueces los que puedan evaluar las aptitudes adecuadas para una determinada situación de revista dentro de la institución, ni los encargados de sustituir el criterio de sus órganos propios integrados por sus más altas jerarquías y establecidos con ese fin único y específico". Bianchi, quien comenta el fallo citado, se expresa de la siguiente manera: "...los órganos jurisdiccionales no pueden revisar aquello que está más allá de la determinación legal o mejor aún no precisado por la misma, ...el control de constitucionalidad consiste en verificar que un determinado comportamiento jurídico o de hecho está de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ahora bien, cuando a este último le resulta indiferente uno u otro accionar estamos en presencia de una competencia discrecional y la justicia entonces se encuentra inhibida de actuar; ...el velo del Poder Ejecutivo sólo puede ser descorrido por la justicia cuando su decisión traspone el umbral de sensibilidad de los criterios de razonabilidad<sup>149</sup>. (También si se franquean los límites negativos y positivos del Ordenamiento mediante el abuso de la discrecionalidad, plenamente controlables por los diversos instrumentos técnicos de control tratados en este Trabajo-la bastardilla nos pertenece)<sup>150</sup>.

Con relación a los poderes del juez en estas difíciles cuestiones que pueden agravar la división de poderes, Parejo Alfonso, entiende que el cometido derivado de

<sup>148</sup> CSJN, "Barraco Aguirre", 11/12/1980.

<sup>149</sup> CSJN, "Gabetta", 14/2/1989; con nota de Bianchi, Alberto, "El control judicial de la zona interna de la Administración", La Ley, Tomo C, 1989, p. 481 y ss.

<sup>150</sup> Ver Cuarta Parte del presente Trabajo, p. 60 y ss.

la función jurisdiccional se agota: "...en el control jurídico de la actividad administrativa, sin poder cubrir, por tanto, operación alguna de sustitución de actuaciones del poder público administrativo (lesionando la separación de los poderes-la bastardilla nos pertenece) carentes de previa programación suficiente al efecto por el ordenamiento jurídico<sup>151</sup>. Es decir, como hemos sostenido en este Trabajo, los poderes del juez sobre el ámbito de lo discrecional, según entendemos sólo pueden manifestarse y proyectarse mediante un enjuiciamiento revisor de los amplios extremos permitidos referenciados en este Trabajo, pero no podrá ejercer fiscalización sustitutiva<sup>152</sup>. Este criterio que es en el que visiblemente nos hemos situado a lo largo de este Trabajo, como forma de justificación de las dos misiones estatales, es el que ha correctamente defendido y explicado la Corte Nacional, cuando sostuvo que: "...el control judicial de las decisiones 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. La competencia jurisdiccional es revisora no sustitutiva..."<sup>153</sup> En el mismo razonamiento le ha tocado pronunciarse al Tribunal Supremo español, cuando sostuvo que: "...hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posible varias soluciones igualmente justas (o indiferentes jurídicamente-la bastardilla nos pertenece), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial, ...esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando estas infrinjan el ordenamiento jurídico, ...lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración"<sup>154</sup>.

Con el responsable propósito no alterar la división de los poderes del Estado, cuando la tutela judicial efectiva se proyecta a enjuiciar la discrecionalidad, no debe prevalecer ni aquella ni esta. En otras palabras, la Administración actuará como es corriente y luego el juzgador controlará ese actuar. ¿Qué controlará?, controlará la discrecionalidad al abrigo de todas las amplias posibilidades de fiscalización que ofrecen los instrumentos que hemos analizado con motivo de este Trabajo<sup>155</sup>, dadas estas condiciones se asegurará que cada poder del Estado actúe en su estricto ámbito

<sup>151</sup> Parejo Alfonso, Luciano, ob. cit., p. 126.

<sup>152</sup> Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, "Serra", 11/12/2001.

<sup>153</sup> CSJN, "El Panamericano", 27/5/1982.

<sup>154</sup> Trib. Sup. español, sent. del 24/10/1963.

<sup>155</sup> Ver Cuarta Parte del presente Trabajo, p. 60 y ss.



de las funciones estatales sin sumisiones, privilegios ni supremacías de ningún tenor que atenten contra la armonía republicana. En síntesis, el cometido del juzgador se basta a sí mismo- al menos en el ámbito del derecho elegido -suministrando al administrado una respuesta razonada y suficiente que consista en la posibilidad de constatar si a la luz de los elementos, que hemos estimado deben ser enjuiciables en la Parte Cuarta del presente Trabajo, la decisión con componentes discrecionales de la Administración se compeadece o no con el ordenamiento jurídico. Respetando estos recaudos habrá una discrecionalidad saneada de motivaciones arbitrarias y una tutela judicial efectiva que no anexe para ejercer los vastos poderes que le han sido conferidos, potestades que pertenecen a la zona de reserva de otro poder, a más de que son suficientes los que ha organizado la Constitución para que la balanza de la justicia prevalezca en cada caso.

### III) Reflexiones finales

Hemos procurado a lo largo de este Trabajo- esperamos se haya percibido - mantener un profundo respeto y equilibrio por los principios de legalidad- juridicidad -, de discrecionalidad, de la tutela judicial efectiva y por la división de poderes. Creemos, por tanto, que a condición de que se cumpla el primero como principio informante, moralizador y normalizador de los demás mencionados, las otras facultades se ajustarán, adecuarán y reconducirán al respeto de la armonía constitucional. Si así fuese contaremos con actos administrativos con componentes discrecionales que luego de ser fiscalizados judicialmente, las más de las veces, resultarán confirmados, estando en condiciones de soportar cualquier tipo de análisis exhaustivo en dicha sede. El apego al principio de juridicidad también comporta que los administrados estarán amparados por una tutela judicial efectiva que garantizará la plena judiciabilidad del obrar de la Administración (art. 116 y 117 CN) y que a su vez no suponga sustituciones invasoras que absorban atribuciones ajenas para ejercer funciones propias. Es inevitable soslayar que el administrado acude a la justicia como garantía última de protección de sus derechos e intereses- en este caso provenientes de una actividad administrativa discrecional desviada -y la respuesta que debe ofrecer la Jurisdicción es retornar la discrecionalidad a su quicio en la medida tolerable que prescribe el ordenamiento jurídico, es decir corregirla y determinar los derechos conculcados. Esta labor de corrección trasciende el "hacer justicia en el caso concreto", ya que al encauzar la discrecionalidad contribuye a moralizar y perfeccionar la maquinaria administrativa estatal al impedir que bajo la invocación de la discrecionalidad prevalezca la arbitrariedad, la falta de profesionalismo y transparencia en el ejercicio de la función administrativa disvalores incompatibles con el fin de bien común por el que deben bregar sus agentes y la Administración toda, continuamente y sin descanso. Si la Jurisdicción asume otra posición y adopta controles sustitutivos, no sólo se pierde de evitar aquellas importantes exorbitancias sino que no le suministrará al justiciable lo que este reclama de la justicia, que es una resolución fundada en el Ordenamiento, en fin una solución justa, pues debe ser una derivación dikelógica natural y no una opinión que responda a motivaciones subjetivas de oportunidad, mérito o conveniencia.

Por último habiendo delineado los espacios propios de la discrecionalidad, de la tutela judicial efectiva, las condiciones de vigencia de la división de poderes en estos asuntos, y el principio que estimamos de importancia estratégica en esta interacción problemática cual es el de juridicidad. Optamos luego de haber transitado este recorrido, finalmente, inscribimos en una postura que intenta dotar de legitimidad y racionalidad al poder, es decir justificarlo jurídicamente; sin embargo nuestra intención

vana será, sino contamos con la voluntad y disposición de los agentes de la Administración de adecuarse a tal pretensión a través de la constante y repetida práctica de valores como la responsabilidad, el profesionalismo y la honestidad en el ejercicio de la relevante función administrativa diaria con una repercusión sensible y directa en los intereses de los administrados. A la vez nuestra misión de similar forma se verá frustrada si ante la inobservancia de estos valores los juzgadores de la Administración Pública no poseen el coraje y el temple necesario para juridizar la política.

Respetadas las condiciones óptimas sustentadas como ideales, en la reducida- aunque no por esto menos importante -esfera del Derecho Administrativo que hemos elegido tratar, contaremos con un Estado de Derecho saludable, permitiéndonos entender por este concepto que cada órgano cumpla buenamente y de la mejor manera la función que le ha sido conferida y es la juridización permanente de los territorios tratados la que actuará como norte para indicar si aquellos ideales explicitados efectivamente se cumplen o se ignoran.

#### IV) Propuestas

Abrigando la esperanza- quizás veleidosa -de poder contribuir al tema de alguna manera, por más pequeña que esta contribución sea, mediante la sugerencia de posibles líneas de acción a observar para superar esta aporía jurídica, como con la intención de trascender a meros afanes expositivos es que realizamos a continuación las siguientes propuestas.

Con el objeto de atacar las causas íntimas de los actos administrativos dictados en abuso de facultades discrecionales, proponemos:

- Propender a la entrada en vigor definitiva de la, lamentablemente, trunca Ley de Ética Pública (25.188).

Para salvar aquellas situaciones de difícil control judicial, como por ejemplo las cuestiones técnicas y científicas, proponemos:

- Instituir como un ente extrapoder, tribunales integrados por abogados y jueces técnicos en las distintas disciplinas científicas lo más abarcativas posibles de los ámbitos del saber, que tengan como objetivo resolver situaciones complejas y enfrentar la posibilidad del fenómeno de la revaloración ulterior- en ciertas situaciones de imposible reconducción y otorgando la debida competencia por vía reglamentaria - de lo valorado previamente por los agentes de la Administración.

Atento a que la jurisprudencia nunca fue ni será pacífica en torno a la problemática tratada en este Trabajo. Entendemos como instrumento idóneo uniformador de criterios a la ley, ley ya existente y con la que cuentan la totalidad de los Estados provinciales. Por tanto, estimamos conveniente insertar en los distintos

Códigos Procesales en lo Contencioso Administrativo de las distintas provincias, a los efectos de controlar más eficaz y claramente la discrecionalidad modificaciones en las siguientes materias:

- En lo referente a la Materia contencioso administrativa, como criterio de máxima sería conveniente efectuar una casuística legal- denominado en España el método de lista -de modo de poder individualizar en la medida de lo posible todas aquellas cuestiones fácticas que pueden configurarse como discrecionales, con el objeto de que acontecidas estas situaciones, en la esfera personal del administrado y luego de comprobadas en el plano de la realidad del foro el control no pueda rehusarse, bajo pena de violación de la ley por el juzgador. Como criterio de mínima superar la omisión- presente en varios códigos, entre ellos el bonaerense -de mala técnica legislativa de la falta de explicitación del control de los actos discrecionales, tanto de carácter individual como general.

- Disponer- si el método de lista no fuera instrumentable -dentro de la parte donde los Códigos regulan los Requisitos de Admisibilidad de la pretensión contencioso administrativa, que detectado prima facie un caso como "discrecional"- lo cual se podría efectuar a través de un incidente -el juzgador no pueda declararlo inadmisibile por esa sola causa, sino sólo pronunciarse respecto de la cuestión con el fondo de la cuestión. Si así no fuese se corre el riesgo de que el juez pueda declarar inadmisibile la cuestión, y más aún teniendo en cuenta la técnica legislativa del código bonaerense que no hace mención explicita de lo discrecional. Esto autorizaría- si bien es el argumento minoritario -a pensar que todavía el juzgador puede acudir para sacarse el problema político de las manos mediante el instituto procesal de la inadmisibilidad de la pretensión.

- En materia Probatoria y específicamente en la Pericial- que se encargue de dilucidar cuestiones científico-técnicas -disponer como obligatorio al perito que le toque intervenir en la causa la preparación del informe técnico con la colaboración de un auxiliar letrado, si es posible no estatal, para que el dictamen posea consideraciones técnico-científicas por un lado y por el otro jurídicas, para clarificar y sopesar interdisciplinariamente las distintas líneas de acción susceptibles de seguirse que puedan hacer más aprovechable una prueba clave en estas situaciones, como es la pericial, con el fin de facilitar la tarea del juzgador al momento de valorarla.

- Otorgar rango legal a los distintos instrumentos técnicos de control tratados en la Cuarta Parte de este Trabajo con el cometido de que ante un "caso discrecional o mejor dicho con aristas discrecionales" la contrastación entre estos extremos y la valoración, ponderación o apreciación discrecional no sea optativo. Si fuera voluntario fomentaría innecesariamente que algunos juzgadores responsables echaran mano de



ellos y otros no, criterios heterogéneos a los que no puede quedar librado el enjuiciamiento de la potestad discrecional, generando inseguridad jurídica que provoca estrépito en el foro, en estos como en ajenos asuntos.

- En la parte que los dispositivos procesales tratan de los poderes del juez en la sentencia, introducir como único curso de acción a tomar por el juez, comprobado el abuso de la discrecionalidad, sólo el instrumento de la anulación parcial o total del acto administrativo con elementos discrecionales, según sea el caso, complementándolo con el deber de disponer en la sentencia el requerimiento de la emisión de un nuevo acto por parte de la Administración que se adecue a los parámetros de legalidad indicados en la resolución judicial, no pudiendo el juez por sí anular y luego emitir el acto por sí mismo, salvo cuando la Administración, o algún departamento en especial de la misma en reiteradas ocasiones ha caído en renuencia y contumacia, en orden a cumplir los mandatos judiciales, como para evitar que las sentencias judiciales se transformen en meras admoniciones, recomendaciones, advertencias o consejos, es que estimamos sólo en esta hipótesis excepcionalísima conceder competencia sustitutiva al juzgador.

- Otorgar rango legal a la "Teoría de la Deferencia" sustentada por la Corte Federal de Estados Unidos en reiteradas oportunidades<sup>156</sup>, en las situaciones que la Administración en ejercicio de la discrecionalidad se pronuncie en cuestiones de gran complejidad técnica, pedagógica, científica y de relevancia social. Por ejemplo: en las cuestiones ambientales, de servicios públicos, de emergencia, etc., siempre y cuando la resolución administrativa sea opinable y tolerable para la comunidad científica-proveniente de las ciencias blandas, que no reclaman unanimidad de criterio -, a juicio mesurado del perito interviniente y verificada razonable por el buen sentido del juzgador. Es decir conceder el monopolio de la opinabilidad en estas áreas específicas a la Administración, ya que es una de las manifestaciones íntimas de la discrecionalidad, siempre y cuando sea ejercida bajo parámetros de razonabilidad a criterio- no discrecional sino prudente -del juzgador.

<sup>156</sup> Ver p. 57 y ss., del presente Trabajo, para profundizar en esta teoría.

## V) Bibliografía

### Doctrina:

- Bacigalupo, Mariano, **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Benvenuti, Luigi, **La discrecionalidad administrativa**, Barcelona, 1988.
- Bielsa, Rafael, **Estudios de derecho público**, T. II, Buenos Aires, Lajouane, 1932.
- Cammeo, Federico, **Curso de derecho administrativo**, Madrid, 1969.
- Cassagne, Juan, **Derecho administrativo**, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- Comadira, Julio, **Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.
- Comadira, Julio; D'Argenio, Inés; Hutchinson, Tomás; Logar, Ana; Marafuschi, Miguel; Milanta, Claudia; Ortiz, Ricardo; Perrino, Pablo; Richero, María; Salaberren, Roberto; Soria, Daniel; Triñiño, Carlos, **El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires**, La Plata, Librería editora platense, 2000.
- Desdentado Daroca, Eva, **Derecho problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica**, Madrid, Civitas, 1997.
- Fiorini, Bartolomé, **La discrecionalidad de la Administración Pública**, Buenos Aires, Alfa, 1948.
- García de Enterría, Eduardo, **Democracia, jueces y control de la Administración**, Madrid, Civitas, 2000.
- García de Enterría, Eduardo, **La lucha contra las inmunidades del poder**, Madrid, Civitas, 1983.
- Giannini, Massimo, **Derecho Administrativo**, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- Gordillo, Agustín, **Tratado de derecho administrativo**, T. I, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2000.
- Igartúa Salaverría, Juan, **Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional**, Madrid, Civitas, 1998.
- Ildarraz, Benigno y Zarza Mensaque, Alberto, **Curso de derecho constitucional y administrativo**, Buenos Aires, Macchi, 1968.
- Jellinek, Georg, **Teoría general del Estado**, Buenos Aires, Albatros, 1981.
- Kelsen, Hans, **Teoría general del derecho y del Estado**, Buenos Aires, Eudeba, 1969.

- Linares, Juan, **Razonabilidad de las leyes**, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Mairal, Héctor, **Control judicial de la Administración pública**, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Marienhoff, Miguel, **Tratado de derecho administrativo**, T.I y II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Merkl, Adolfo, **Teoría general del derecho administrativo**, Madrid, Comares, 2004.
- Mozo Seoane, Antonio, **La discrecionalidad de la Administración Pública en España**, Madrid, Montecorvo, 1985.
- Parejo Alfonso, Luciano, **Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias**, Madrid, Tecnos, 1993
- Quiroga Lavié, Humberto, **Constitución de la Nación argentina comentada**, Buenos Aires, Zavalia, 2003.
- Sagues, Néstor, **Elementos de derecho constitucional**, T.I, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- Sainz Moreno, Fernando, **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**, Madrid, Civitas, 1976.
- Sánchez Morón, Miguel, **Discrecionalidad administrativa y control judicial**, Madrid, Tecnos, 1995.
- Tawil, Guido, **Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa**, T.I y II, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Jurisprudencia:

Argentina

Cámara Civil y Comercial Especial de la Capital Federal

- "Subterráneos de Buenos Aires", 21/6/1983.
- Cámara Nacional Civil de la Capital Federal

Sala E:

- "Devicenzi de Gallardo", 21/6/1977.

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal

Sala I:

- "Caamaño", 2/8/1994.
- "Carpineta de Burgos", 9/2/2002.
- "Díaz", 9/5/1995.
- "Jugos del Sur S.A.", 5/3/1998.
- "London Supply SACIFI", 1/2/2001.
- "Nassiff", 13/4/1996.
- "Rabinovich", 11/11/1983.

- "Sancllemente", 6/11/1986.
- "Serra", 11/12/2001.

Sala II:

- "Lerev", 7/10/1980.
- "Turnes", 27/5/1994.

Sala III:

- "Gaubeca", 7/12/1996.
- "Gauna", 18/9/1988.
- "Marenco", 16/9/1998.
- "Salerno de Valiño", 20/9/1984.

Sala IV:

- "Barreiro", 2/4/1999.
- "Hughes Tool Company SACIFS", 17/11/1984.

Máximos Tribunales de los Estados provinciales

Provincia de Buenos Aires:

- "Arriaga", causa B-22.278.
- "González Costa", causa -21.218.
- "Serpe", 29/4/1997.
- "Trezza", 10/11/1992.
- "Villegas", 12/9/1998.

Provincia de Córdoba:

- "Miranda", sent. 32/97.

Provincia de Mendoza:

- "Aguilar", 12/1942.
- "Álvarez", 27/1990.
- "Von Der Heyder", 26/2/1990.

Provincia de Neuquén:

- "Consur", 15/2/2000

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- "Barraco Aguirre", 11/12/1990.
- "Bonevo", 21/12/1929.
- "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca", 23/6/1992.
- "Demchenko", 24/11/1998.
- "Ekmekdjian", 7/7/1992.
- "El Panamericano", 27/5/1985.
- "Fernández Arias", 19/9/1960.
- "Ferrer", 25/11/1986.



- "Gabetta", 14/2/1989.
- "Legón", 8/10/1991.
- "Libedinsky", 12/3/1987.
- "Marra de Melincoff", 9/10/1984.
- "Naveiro", 16/8/1992.
- "Recchia de Sedrán", 11/9/1926.
- "Sánchez Granel", 20/9/1984.
- "Sesto Leiva", 19/9/1989.
- "Solá", 25/11/1997.
- "Tallarico", 17/10/1996.

Procuración del Tesoro de la Nación

Dictámenes:

- 168:98; 92:82; 114:214; 160:287.

España

Tribunal Constitucional

Sentencias:

- 79/85; 162/86; 99/87.

Tribunal Superior

Sentencias del:

- 27/10/1962; 24/10/1963; 10/12/1973; 22/12/1975; 5/2/1979; 5/2/1981; 9/6/1983;  
12/11/1990; 2/3/1991; 11/4/1994; 8/7/1994; 14/12/1994.

Estados Unidos

Corte Federal:

- "Chevron USA Inc.", 11/3/1984.
- "Citizens to Preserve Overton Park Inc.", 15/3/1971.
- "Ethyl Corporation", 14/2/1988.
- "Stinson", 21/3/1986.

Inglaterra

Tribunal Superior:

- "Prescott", 3/2/1954.

Italia

Corte de Casación:

- Sentencia 328, 28/1/1977.
- Sentencia 269, 15/5/1979.
- Sentencia 259, 8/10/1979.
- Sentencia 867, 30/10/1979.

Normativa

- Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (1905).
- Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (1997 y modif.).
- Constitución Nacional argentina (1853 y ref.).
- Constitución Nacional austriaca (1920).
- Constitución Nacional española (1978).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- Ley de la jurisdicción contencioso administrativa española (1884).
- Ley de la jurisdicción contencioso administrativa española (1956).
- Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (1972).