

Título: La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/8354/2012

## LA REVISIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR EL PODER JUDICIAL

por JUAN CARLOS CASSAGNE

### 1. Introducción.

La doctrina argentina sobre la discrecionalidad, desarrollada sobre la base de nociones provenientes del derecho comparado, no había reflejado hasta hace poco tiempo la evolución operada en otros países, sobre todo la acontecida en aquellos que mayor gravitación ejercieron en las principales tendencias seguidas en nuestro medio.

A su vez, algo similar, en muchos casos, ha sucedido en el ámbito de la jurisprudencia, donde los jueces han abdicado la potestad de revisar los actos administrativos mediante la técnica de desplazar del eje o centro de la controversia el juzgamiento de la discrecionalidad, o bien, en virtud de interpretaciones notoriamente erróneas, sin contar los numerosos supuestos en que se han dictado sentencias que adolecen de arbitrariedad. Sin embargo, aunque tal haya sido hasta ahora la tendencia dominante en los distintos tribunales argentinos, hay que reconocer también (como se verá más adelante) la existencia de precedentes que implican una mayor apertura judicial hacia el control de la discrecionalidad administrativa.

Por su parte, la circunstancia de no haber dado cabida aún a las más modernas corrientes doctrinales sobre la discrecionalidad, que han tenido arraigo y despliegue jurisprudencial, especialmente en Alemania y en España, no impide reconocer los avances producidos en la materia (1) respecto de las concepciones que tuvieron primacía en el pasado y permite, al propio tiempo, vislumbrar un desarrollo más sistemático y razonable del control judicial, a la vista de los errores que muestra aquella evolución y que ahora, después de conocida ésta, se los puede evitar.

En este sentido hay que advertir que las instituciones jurídicas, al ser aplicadas en otros países o regiones, no suelen recorrer siempre el camino que las condujo a su actual situación, sino que mediante una suerte de salto dialéctico incorporan o adaptan las nuevas formulaciones doctrinales que traducen la superación de las concepciones hasta ese momento vigentes.

Esa peculiaridad que ofrece un régimen, como el nuestro, tan necesitado de actualización doctrinal y jurisprudencial y, por tanto, abierto a la recepción de los avances que se producen en otras latitudes, encuentra indudablemente una traba en la utilización de determinados criterios que matizan la discrecionalidad y hasta llegan a fusionarse conceptualmente, como el aspecto inherente al mérito, oportunidad o conveniencia de los actos administrativos, aspecto, éste, que, como se verá más adelante, no se identifica necesariamente con el ejercicio de poderes discrecionales.

A continuación trataremos de exponer, en forma sucinta, aquellos aspectos de la doctrina argentina sobre la discrecionalidad que suponen un evidente progreso sobre la concepción originaria, la cual, como es sabido, se configuró inicialmente como un espacio libre de vinculación a la ley y al control judicial y donde la soberanía de la administración se mantuvo prácticamente sin restricciones (2).

Dicha evolución doctrinal se manifiesta, por de pronto, en el parcial abandono de la tesis de la irrevisibilidad judicial de los actos provenientes de facultades discrecionales, completándose más tarde con aspectos fundamentales que han ido reduciendo el ámbito de la discrecionalidad, ampliando el alcance de la revisión que efectúan los jueces. En esa línea cabe anotar desde la negación de un bloque de discrecionalidad o de actos

totalmente discrecionales (3) y de la llamada discrecionalidad técnica (4), hasta la doctrina que encuentra identidad sustancial de contenido (en el plano de los derechos generados en favor del administrado) entre los actos nacidos en virtud del ejercicio de una actividad reglada y aquellos provenientes de una actividad discrecional (5).

La tendencia legislativa y las soluciones articuladas en los últimos proyectos de Código Procesal en lo Contencioso-administrativo para la Nación, han elaborado fórmulas que preceptúan la fiscalización judicial de la discrecionalidad, limitando el espacio de revisión por la justicia (6).

La jurisprudencia de nuestros tribunales sigue anclada —respecto de algunas materias— en las antiguas concepciones que impedían a los jueces penetrar al examen de los aspectos discrecionales de un acto administrativo, si bien esta posición jurisprudencial no se ha generalizado (7). Con ello ha incurrido muchas veces en verdaderas denegaciones de justicia, al negarse a revisar la legitimidad de actos administrativos que traducen la actividad discrecional o que implican lo que técnicamente se conoce por conceptos jurídicos indeterminados.

2. Necesidad de despejar la confusión entre la discrecionalidad y el mérito, oportunidad o conveniencia de un acto administrativo.

Un aspecto, en cierto modo liminar y hasta elemental, es la caracterización del poder discrecional como algo diverso del juicio de mérito, oportunidad o conveniencia que efectúa la administración.

Esta distinción, que no se perfila nítidamente en la doctrina y jurisprudencia francesas (8), obedece al hecho de que mientras el poder discrecional aparece como un margen de arbitrio del órgano administrativo que se opone al carácter reglado o vinculado de la respectiva facultad (que surge de este modo predeterminedada por el ordenamiento), el juicio de conveniencia o mérito se vincula al poder de apreciar libremente o con sujeción a ciertas pautas del ordenamiento positivo, la oportunidad de dictar un acto administrativo por razones de interés público (v.gr., revocación de un permiso), con prescindencia de razones inherentes a sus vicios o defectos de legitimidad. Si bien la legalidad de un acto emitido en ejercicio de poderes reglados se apoya en normas predeterminedadas, la oportunidad de su emisión para satisfacer el interés público puede hallarse tanto vinculada por un concepto jurídico determinado o indeterminado, como abierta a varias opciones posibles, todas compatibles con la tésis del acto. En otros términos, es posible que la norma predetermine una pauta de actuación o la conducta a seguir por el órgano estatal para determinar la oportunidad de una decisión administrativa.

En otros términos, la apreciación y determinación de la oportunidad o mérito puede resultar tanto del ejercicio de potestades regladas como discrecionales, o bien, como acontece en la mayor parte de los casos, de una combinación de ambas.

Con todo, la principal consecuencia que se desprendía de la utilización del concepto técnico de oportunidad por parte de la jurisprudencia francesa, que era la incompetencia del Consejo de Estado para apreciar dicha oportunidad en relación a los actos que juzgaba, se halla hoy día morigerada por la característica que permite controlar la apreciación de los hechos (9), y por la admisión del control de oportunidad en supuestos de arbitrariedad o de errores manifiestos en la apreciación de los supuestos fácticos (10).

3. Distintos tipos de discrecionalidad.

A su vez, la discrecionalidad administrativa puede asumir distintas modalidades, a saber: a ) casos en que el margen de arbitrio o libertad no está limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados, y en los cuales el órgano administrativo está habilitado para escoger una solución entre otras posibilidades igualmente justas (discrecionalidad típica); b ) supuestos donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa, puede en algunas

circunstancias suponer cierto margen de valoración entre varias posibilidades justas (v.gr., la regla de que las tarifas de una concesión sean justas y razonables), aun cuando el concepto jurídico indeterminado viene a limitar el margen de libertad (discrecionalidad atípica) (11); y c ) por último, están aquellos casos donde el espacio de libertad está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva (v.gr., la transacción prevista en el art. 55, inc. b, de la ley 23.696), donde la discrecionalidad se limita a la facultad de elegir alguna de las soluciones ya previstas en la ley (discrecionalidad atenuada o restringida).

#### 4. Los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de reducción de la discrecionalidad.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que se afirma en la Alemania de la posguerra, viene a limitar la doctrina de la discrecionalidad, como ámbito exento del control judicial, al permitir el juzgamiento pleno de ciertas decisiones administrativas que consistían en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo, tales como "oferta más conveniente", "enfermedad contagiosa", etc. A diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del derecho, que se reduce, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa (12).

Por esa circunstancia, si se parte del reconocimiento de que todos los conceptos (sean determinados o indeterminados) presentan un halo de certeza y una zona de penumbra, que contiene siempre algún grado de indeterminación, hay que concluir en que la interpretación se torna siempre necesaria por medio del control que realiza el Poder Judicial, puesto que no existe diferencia cualitativa entre ambos (13). Esto ocurre tanto con los llamados conceptos empíricos como con respecto a los conceptos de valor (14).

La aparición de esta categoría de los conceptos jurídicos indeterminados responde al afianzamiento de la concepción que postula que en el Estado de derecho la administración debe hallarse siempre vinculada por la ley y controlada por los jueces con las menores lagunas posibles (15).

Hay que advertir, sin embargo, que las posibilidades de una actividad conformadora (aunque subsidiaria) del orden económico-social que lleva a cabo la administración pública, encuentran actualmente un campo propicio para el desarrollo de la discrecionalidad, a fin de mantener la vigencia del interés público y proteger los derechos de los particulares. Esto se puede notar en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que mediante la aplicación de la "teoría de la esencialidad" actúa en un doble sentido: por una parte, amplía la reserva de ley a nuevos campos de la administración pública, y, por la otra, restringe su alcance, al exigir directivas generales del Parlamento (16).

Algunos han pensado que esta categorización perdería su interés si se sometieran a la revisión judicial todas las decisiones dictadas en el marco de la discrecionalidad, cosa que no creemos (17). A lo sumo, lo que puede cambiar es la densidad del control y sus consecuencias, ya que frente a un concepto jurídico indeterminado la administración está obligada a la adopción de una única decisión justa posible (18), al menos, en principio. Y aun cuando se acepte que ciertas decisiones sobre conceptos jurídicos indeterminados admiten dos o más soluciones justas (v.gr., en materia de planificación o en la determinación estatal de la tasa de interés bancaria), es evidente que este marco (el de la solución justa) viene a operar como límite de reducción de la discrecionalidad administrativa aunque, al propio tiempo, permita cierto margen de elección en la búsqueda de la solución que impone la justicia.

#### 5. La llamada discrecionalidad técnica.

Un similar intento que el perseguido por la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para reducir el ámbito de lo discrecional fue el surgimiento, en Italia, de la llamada discrecionalidad técnica, que se configura cuando la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la administración.

El concepto de discrecionalidad técnica es empleado con gran amplitud por la doctrina italiana y comprende

tanto las cuestiones: relativas a las ciencias exactas (medicina, ingeniería civil, agronomía, etc.), como aquellas donde la norma exige aplicar cánones provenientes de ciencias no exactas (economía, sociología, etc.). En todos los casos se trata siempre de juicios técnicos jurídicamente distintos de, los juicios sobre la oportunidad y de la misma elección que realiza el órgano administrativo en el momento de adoptar una decisión (19).

En rigor, habida cuenta que la causa por la cual se emplea el concepto de "discrecionalidad técnica" deriva de un error histórico (20), y que ella no importa una verdadera discrecionalidad sino más bien su negación, por cuanto, como se ha dicho, a lo sumo, la técnica sólo puede subordinarse a la elección de un método, sistema o procedimiento científico (ya que el juicio técnico no traduce discrecionalidad), creemos que asiste razón a quienes sostienen que no existe tal discrecionalidad técnica (21).

Por lo demás, si la locución "discrecionalidad técnica" resulta contradictoria y confusa, pues evoca la aplicación de la antigua concepción de la discrecionalidad como ámbito exento de la revisión, y si esto es precisamente lo que esta teoría pretende superar, creemos que resulta mucho más útil entre nosotros utilizar, en su lugar, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados (22).

6. La admisión de un círculo o bloque de discrecionalidad y el control de los tribunales judiciales sobre los actos de contenido parcialmente discrecional.

La existencia de actos de contenido discrecional plantea dos interrogantes básicos que consisten en determinar: a ) si los jueces pueden controlar tal tipo de actos; b ) hasta qué punto es posible que penetren en la revisión de la discrecionalidad.

En nuestro sistema jurídico rige el principio de la plena judiciabilidad de las causas en que son parte las diferentes administraciones públicas (arg. arts. 100 y 101, C.N.), particularmente cuando se trata del juzgamiento de controversias cuyo objeto central es la revisión de actos y reglamentos administrativos. De otro modo, no existiría la tutela o protección judicial efectiva, que en nuestro sistema constitucional constituye una verdadera garantía constitucional innominada, con fundamento en el precepto contenido en el art. 33 de la Constitución nacional. Esta garantía resultaría conculcada si se permitiera la configuración de ámbitos exentos del control judicial (fuera de aquellos supuestos excepcionales donde sólo procede el control político sobre los llamados actos institucionales).

Resuelto este primer interrogante, corresponde examinar lo concerniente a la medida o densidad del control que ejercen los tribunales judiciales.

Por de pronto, los jueces conservan siempre una amplia potestad para penetrar en el análisis de todos los elementos relativos a la validez del acto administrativo, cuyos requisitos se hallan prescritos en el art. 7 de la L.N.P.A., y también, como es obvio, tienen competencia para examinar si el acto sometido a su control contiene alguna dosis de discrecionalidad (en su forma, objeto o finalidad), o bien si se trata de enjuiciar aspectos de carácter reglado.

Hay que advertir que la configuración de un círculo o bloque de discrecionalidad (cualquiera que sea su extensión) incide sobre la densidad del control, el cual se circunscribe a la comprobación de si se configura o no, en el caso, el ejercicio del margen de apreciación o libertad preceptuado por la norma, ya que la elección de una posibilidad entre dos o más igualmente justas no compete a los jueces sino a la administración.

Sin embargo, subsisten los poderes de los tribunales judiciales para penetrar en el juzgamiento de la discrecionalidad cuando los órganos administrativos se apartan del círculo o bloque de discrecionalidad e incurrn en el vicio de irrazonabilidad o arbitrariedad, pues va de suyo que en tales casos no se habría elegido entre dos o más posibilidades igualmente justas (ya fuera que el defecto aparezca en forma ostensible o manifiesta o que requiera de alguna investigación de hecho).

En el terreno práctico, la irrazonabilidad o arbitrariedad constituye una cuestión de grado directamente vinculado al caso concreto, pero lo cierto es que en este juzgamiento, donde habrá que revisar casi siempre cuestiones de hecho, radica la verdadera función de fiscalización que realizan los jueces sobre la actividad administrativa.

## 7. Reflexiones finales.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que, en principio, no existen zonas de la actividad administrativa que estén fuera del control judicial. Una tesis semejante sólo tendría cabida forzando la concepción del Estado de derecho, que tiene como eje central la fiscalización de los actos administrativos por un poder imparcial e independiente, ya se trate de conceptos jurídicos determinados o indeterminados, como de actos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales.

En ese plano, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre todo en la medida en que postula la existencia de una remisión legal sobre la base de una única solución justa entre varias posibilidades, implica un paso importante hacia la reducción de la discrecionalidad administrativa (aun cuando ésta resulta siempre también objeto de la fiscalización judicial), favoreciendo el control por parte de los jueces, al propio tiempo que desplaza los problemas derivados de las dificultades que provoca el juzgamiento de un margen de arbitrio o de elección entre dos o más soluciones igualmente justas (supuesto que hemos denominado "discrecionalidad típica").

Por otra parte, es evidente que la densidad del control disminuye cuando el poder judicial juzga la oportunidad de una decisión administrativa en aquellos casos en que, simultáneamente, se confiere a la administración un poder discrecional para apreciar el mérito de los actos administrativos. Pero, en tales situaciones, no se puede desconocer —sin incurrir en denegación de justicia— que los tribunales judiciales se hallan habilitados para proceder a la revisión definitiva de esos juicios de oportunidad cuando ellos fueran emitidos mediando irrazonabilidad o arbitrariedad (23), vicios, éstos, que operan una suerte de mutación en el tipo de revisión que se transforma en un control de ilegitimidad (v.gr., irrazonabilidad en el objeto del acto o en la finalidad perseguida).

En lo que concierne a la discrecionalidad administrativa y a su control por parte de los tribunales judiciales, hay que partir del hecho de que la libertad de escoger una alternativa entre varias posibilidades igualmente justas no configura independencia (24), sino una actividad que se desarrolla dentro del marco del ordenamiento jurídico (y, por ende, limitado por los principios generales del derecho y las normas positivas que reglamentan los requisitos de los actos administrativos, entre los cuales corresponde ubicar al control sobre los supuestos de hecho).

Hoy día se reconoce una serie de funciones típicas de la discrecionalidad, y así se habla, entre otras, de la discrecionalidad fáctica (v.gr., decisiones del Banco Central sobre la tasa de interés), de discrecionalidad de dispensa (v.gr., permiso para realizar una actividad prohibida), y hasta se incluye —a causa del fenómeno de la extensión del derecho público a las empresas comerciales o industriales del Estado— la figura de la discrecionalidad de gestión o de management (25).

No obstante que se limite la función de la discrecionalidad al campo de las consecuencias jurídicas, y no se la aplique para justificar la elección de los supuestos de hecho que constituyen la causa del acto administrativo, lo cierto es que prácticamente todas las decisiones administrativas contienen algún ingrediente discrecional, ya que es imposible que los elementos de un acto jurídico aparezcan predeterminados por la norma y se reflejen en un acto mecánico de aplicación del derecho objetivo.

Otras veces es la propia norma la que concede al órgano administrativo un margen de apreciación discrecional, admitiendo la elección entre dos o más soluciones justas establecidas en el ordenamiento positivo

(v.gr., las transacciones reguladas en el art. 55 de la ley 23.696).

En ambos casos, la elección sobre el contenido del acto o de la oportunidad para dictarlo —si bien no es totalmente libre al hallarse limitada por el ordenamiento jurídico— (26), confiere cierto margen de libertad al órgano administrativo para escoger la solución del caso. A esto denominamos "facultad discrecional", sin que ello implique el reconocimiento de un ámbito exento a la revisión judicial, ya que ésta, en un Estado de derecho, no puede verse cercenada por supuestos espacios de libertad que tendría la administración.

La pretensión de todas las administraciones públicas (27) y de algunos tribunales de crear una especie de reserva de discrecionalidad en favor de la administración —insusceptible de revisión judicial—, implica otorgar a ésta un formidable privilegio en detrimento de los particulares, que puede dejar a éstos indefensos e inermes frente a las injusticias que, en todas partes del mundo, han cometido y cometen los funcionarios públicos.

Una inmunidad jurisdiccional semejante operaría como escudo, cuya principal función consistiría en soslayar el juzgamiento de ciertos actos de los gobernantes o agentes públicos cuando éstos actuaran fuera de la justicia y del derecho, y esta circunstancia es precisamente la que viene a justificar la más amplia revisión judicial de los actos dictados en ejercicio de poderes discrecionales.

En tal sentido, una de las técnicas más eficaces para la revisión judicial de la discrecionalidad es su limitación por los principios generales del derecho (28), cuya función rectora y básica del ordenamiento es por todos conocida (29).

Es cierto que la discrecionalidad no constituye un cuerpo extraño en el derecho administrativo de nuestro Estado de derecho (30), y hasta puede ser un instrumento imprescindible para la satisfacción del interés público que procura la administración. Pero de esta premisa no se sigue necesariamente que para alcanzar esa eficacia haya que caracterizar a la discrecionalidad administrativa por la configuración de un margen de arbitrio desvinculado del Poder Legislativo y exento del control judicial.

En definitiva, y contrariamente a lo sostenido por alguna jurisprudencia (31), la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial, ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de toda juridicidad, pues, en rigor, sólo confiere mayor margen de arbitrio en la elección de una posibilidad de actuación que no aparece positivamente predeterminada por el legislador. De otra parte, y tal como se advirtió precedentemente, la revisión de los aspectos discrecionales de un acto administrativo resulta compatible con la admisión de un círculo o bloque de discrecionalidad, aun cuando ello puede influir sobre la densidad del control.

Y en un verdadero Estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la administración, ya que la independencia del Poder Judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos.

(1) Ver: Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, ps. 409 y ss., Bs. As., 1975; Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, t. II, p. 266, Bs. As., 1965; Bartolomé A. Fiorini, *Derecho administrativo*, t. I, ps. 267 y ss., Bs. As., 1976; José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, t. I, ps. 57-58, Bs. As., 1987; Juan Francisco Linares, *Derecho administrativo*, ps. 181 y ss., Bs. As., 1986; Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, ps. VIII-14 y ss., Bs. AS., 1974; Héctor A. Mairal, *Control judicial de la administración pública*, t. II, ps. 647 y ss., Bs. As., 1984.

(2) Martín Bullinger, *La discrecionalidad de la administración pública. Evolución, funciones, control judicial*, en la revista jurídica española "La Ley" del 30/10/87, p. 1, texto y nota 5 (con citas de Laband y Jellinek).

(3) En este punto, la doctrina argentina ha seguido a la española, que, como señala Garrido Falla, obedeció a



la fuerte crítica que recibió el art. 1 de la antigua ley de 1894 por parte, entre otros, de Arias de Velazco, en un trabajo publicado en 1932 (conf. Tratado de derecho administrativo, t. II, p. 392, nota 14, 10ª ed., Madrid, 1987). Ver: Fiorini, ob. cit., p. 277; Gordillo, ob. cit., t. I, ps. VIII-26 y ss.

(4) Marienhoff, ob. cit., t. II, p. 430; Juan Carlos Cassagne, Derecho administrativo, t. II, p. 140, Bs. As., 1985,

(5) Marienhoff, ob. cit., ps. 433 y ss.

(6) V.gr., Proyecto de Código Procesal Contencioso-administrativo para la Nación del año 1981, redactado por la Comisión integrada por Marienhoff, Linares y Cassagne, art. 3, inc. a.

(7) La Sala III de la C.N.Cont. Federal (Muñoz, González Arzac y Mordeglija) señaló en un fallo la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para llevar a cabo la revisión de la legalidad y razonabilidad de los actos administrativos, y que tal principio impone 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 (in re "Hughes Tool Company S.A. c. Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)", publicado en "L.L.", t. 1984-D, p. 360).

(8) Ver, entre otros: Georges Vedel y Pierre Devolvé, Droit administratif, ps. 437-438, París, 1984; André de Laubadère, Traité de droit administratif, t. I, nos. 593 y ss., ps. 285-292, actualizada por Venezia y Gaudemet, París, 1984, quienes prácticamente asimilan el juicio de oportunidad a la facultad discrecional.

(9) M. Long, P. Weil y G. Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, ps. 126 y ss., París, 1969.

(10) Ver: J. M. Auby y R. Drago, Traité de contentieux administratif, t. II, ps. 392 y ss.

(11) Ernst Forsthoff, Tratado de derecho administrativo, trad. del alemán, p. 132, Madrid, 1958, sostiene que si bien frente a los llamados conceptos de valor no es dable, en principio, ninguna potestad discrecional (p. 126), algunos de ellos "son de naturaleza tan general, que su aplicación empírica y, por tanto, su interpretación sólo es posible dentro de determinados límites y en el marco de normalidades dadas ya como presupuestas. Aquí no hay que eliminar completamente la facultad discrecional. Conceptos de valor de esta especie son, por ejemplo, el interés público, el interés del Estado, el bien común, etc.". En cambio, el grupo de conceptos referidos a hechos, situaciones y circunstancias empíricas no admiten nunca la discrecionalidad, sino que su determinación debe realizarse por medio de la interpretación (ob. cit., ps. 124-126), lo que aumenta la densidad del control judicial.

(12) Ver: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, t. I, ps. 434-435, Madrid, 1983; Fernando Sáinz Moreno, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, especialmente ps. 234 y ss., Madrid, 1976; Eduardo García de Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder en derecho administrativo, en "R.A.P.", n° 38, Madrid, 1962; Fernando Garrido Falla, Tratado de derecho administrativo, 101 ed., ps. 183-185, Madrid, 1987; Rafael Entrena Cuesta, Curso de derecho administrativo, t. I/I, ps. 176-177, Madrid, 1986.

(13) Sáinz Moreno, ob. cit., p. 249,

(14) Forsthoff, ob. cit., ps. 124-132.

(15) Bullinger, ob. cit., p. 1.

(16) Bullinger, ob. cit., p. 1.

(17) Sáinz Moreno, ob. cit., p. 250.

(18) Uno de los primeros que propició, entre nosotros, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados fue Carlos Manuel Grecco (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial, "L.L.", t. 1980-D, ps. 1306 y ss.), siendo luego sostenida por nosotros (ob. cit., t. II, ps. 140 y ss.) y, más tarde, por Barra (Contrato de obra pública, t. 2, ps. 230 y ss., Bs. As., 1986), Bianchi (El "writ of certiorari" en nuestra Corte Suprema como concepto jurídico indeterminado, "E.D.", t. 125, ps. 857 y ss.), Gambier (El concepto de "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio público. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial), "L.L.", t. 1988-D, ps. 744 y ss.) y Tawil (El proceso de capitalización de deuda. Cuestiones y perspectivas, "E.D.", t. 129, ps. 915 y ss., especialmente p. 921).

(19) Massimo S. Giannini, Diritto amministrativo, t. I, p. 489, Milán, 1970.

(20) Giannini, ob. cit., t. I, p. 488.

(21) Marienhoff, ob. cit., t. II, n° 464, p. 430; Agustín A. Gordillo, Tratado de derecho administrativo, t. I, ps. VIII-22 y ss., Bs. As., 1974; Gambier, ob. cit., p. 752; Bartolomé A. Fiorini, Derecho administrativo, t. I, ps. 274 y ss., Bs. As., 1976. Afirma este autor que "la concepción de la discrecionalidad administrativa como

manifestación inherente a la función administrativa destruye la división que se hace entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad administrativa, pues ambas son manifestaciones de apreciación valorativas de la facultad determinativa de la administración. La discrecionalidad administrativa no se manifiesta en estos casos en forma distinta en su acción de creación y de juicio apreciativo, y aun cuando acontece que uno de los objetos de esta actividad determinante tenga carácter técnico. Si debe apreciarse la clausura de un inmueble por su inseguridad; si debe clausurarse un lugar público por plaga contagiosa; si debe decomisarse un alimento peligroso para la salud humana; o si debe suspenderse, por ser peligrosa, la forma de construir un puente, etc., es indiscutible que los elementos que el administrador tomará en cuenta para decidirlo deberán sustentarse en datos de carácter técnico-científico. Estos antecedentes de carácter técnico los apreciará por medio de patrones jurídicos, en cuanto éstos manifiesten equidad; proporcionalidad y justicia. La apreciación discrecional está en función del fin; no hay discrecionalidad técnica sino apreciación técnica y toda apreciación es producto de la razonabilidad. Aquí se repetía el mismo error de antes entre acto discrecional y apreciación discrecional".

(22) Por todo ello, discrepamos con el criterio que ha sustentado la Sala IV de la C.N.Fed. (Hutchinson, Galli y Miguens) acerca de la mentada discrecionalidad técnica en un caso donde se impugnó la arbitrariedad del puntaje que definió la adjudicación (la oferta más conveniente) en una licitación pública (in re "Ipesa, Guía de la Industria S.A., c. Entel, s/ ordinario"; del 15/10/85). Allí se expresó que "cabe decir, como principio, que en el juzgamiento de los méritos de los participantes en un procedimiento de selección y la fijación de su orden de prioridad, es materia insusceptible de revisión judicial, pues pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica del Poder Administrador que escapa al control del Poder Judicial" (conclusión 5ª).

(23) Ver y comparar: Héctor A. Mairal, Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia, en "L.L." del 13/6/89, p. 5, notas 126 y 127; si bien respecto al ejercicio de facultades discrecionales; Roberto Enrique Luqui, Examen de la razonabilidad de los actos administrativos por el poder judicial, "L.L.", t. 132, p. 383.

(24) Una posición contraria es la sostenida por Bullinger (ob. cit., p. 1).

(25) Bullinger, ob. cit., ps. 6-7.

(26) Al respecto, se ha señalado que "la discrecionalidad de la actividad de la administración no significa que ésta posea una esfera de actuación desvinculada del ordenamiento jurídico, pues su obrar ha de cumplirse dentro de lo permitido por él" (conf. Elías Guastavino, Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial, t. I, p. 97, Bs. As., 1988).

(27) González Pérez ha dicho que "la administración pública ... aspira a huir de todo sometimiento a esquemas de derecho, dotando a su actividad de la máxima discrecionalidad y, por ende, de la imposibilidad de que se deduzcan pretensiones procesales contra los actos en que se concrete. No en balde, la sumisión de la administración al derecho y el control de sus actos en general por órganos jurisdiccionales, ha sido el producto de una lenta evolución todavía no consumada. Y, en cuanto puede, intenta restaurar la inmunidad perdida, al menos respecto de ciertas materias o sectores" (conf. Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, p. 622, Madrid, 1978).

(28) Antonio Mozo Seoane, La discrecionalidad de la administración pública en España, ps. 509 y ss., Madrid, 1985; Mairal, ob. cit., t. II, p. 652.

(29) Juan Carlos Cassagne, Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, ps. 43 y ss., Bs. As., 1988.

(30) Bullinger, ob. cit., p. 7.

(31) Sobre el control judicial de los actos de las universidades nacionales la Corte ha sentado el criterio de que las decisiones que ellas adoptan "en el orden interno, disciplinario y docente no son, como principio, susceptibles de revisión judicial". Tal criterio, generalizado en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal (y que en su momento constituyó causa de grandes injusticias), implica reconocer, en el ámbito universitario, una amplia zona exenta de la revisión judicial, lo que resulta contrario al principio de la separación de poderes y al sistema judicialista prescrito en nuestra Constitución (art. 100, C.N.). Sin embargo, en los últimos tiempos, la jurisprudencia de la Corte Suprema no obstante reiterar aquel erróneo criterio ha evolucionado hacia una mayor apertura del control admitiéndolo en supuestos de ilegalidad, irrazonabilidad o arbitrariedad (v.gr., en el caso "Gil Fernández, E., c. Univ. Nacional de Misiones", del 11/3/86, "L.L.", 1986-D, p. 702). A su vez, la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad, al señalar que "la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir 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" (conf. C.S.N., 13/5/86, in re DArgenio, Inés D., c. Tribunal de Cuentas de la Nación", "L.L.", t. 1986-D, p. 770). En otro caso, la Corte reconoció que si bien la ley podía otorgar cierto margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo, "no parece claro que ello pueda jugar en contra del beneficiario cuando el acto administrativo denegatorio no se funda en razones de oportunidad o conveniencia, sino en la aplicación de una norma del decreto reglamentario, ... circunstancia que determina que se trate de una facultad reglada, máxime cuando este tipo de decretos integran la ley respectiva (in re "Asencio Cid, F., c. Gobierno Nacional", del 26/6/86, "L.L.", t. 1986-E, p. 752).