

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO MEDIO DE CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

Titular de Cátedra de Derecho Administrativo;
Pontificia Universidad Católica Argentina.

SUMARIO: I. El fundamento de la motivación. II. El Derecho comparado. I.1. Europa y los países del *common law*. I.2. Los países iberoamericanos. III. El Derecho argentino. IV. Evolución jurisprudencial. V. Las modalidades de la motivación. VI. Las elecciones de las ternas de candidatos. VII. ¿Deben motivarse los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados?

En primer lugar debo agradecer profundamente la invitación que me formuló la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para colaborar en esta obra. Aunque no soy egresado de dicha prestigiosísima casa de estudios, el sentimiento que albergo hacia esa escuela de juristas es una constante que llevo en mí.

En segundo lugar, el tema propuesto es de los más caros para mí, puesto que no sólo he dedicado trabajos a él, sino que fue mi preocupación constante durante los años que me desempeñé como juez, y pude plasmar en mis sentencias todo aquello que abrigaba en mi pensamiento, y, por qué no, sentimiento. Porque algún autor (no sé si fue Unamuno) escribió que cuando pensamos y escribimos lo hacemos con todo, hasta con los pies que nos duelen.

Nuevamente gracias, y ahora, al trabajo, que reúne distintas meditaciones hechas en otros momentos, con algunos encuadres nuevos. Pido, desde ya, la benevolencia de los lectores:

Con, quizás, una visión más amplia que la de los administrativistas, y a raíz de la conocida polémica ocurrida a principios de la década de 1990 entre TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y LUCIANO PAREJO ALFONSO respecto al alcance del control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa por parte de los jueces¹, un

1 El debate, en parte, se puede apreciar fundamentalmente en *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Madrid, 1994, de FERNÁNDEZ, y *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, de PAREJO ALFONSO.

iusfilósofo español que intervino en el tema, IGARTÚA SALAVERRÍA, escribió estas certeras palabras: “Para mí, pues, la *motivación* (suficiente) –en cuanto justificatoria de una decisión– es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad. Nada menos”².

La motivación aparece así como un componente sin duda trascendente para el actuar administrativo. Y no sólo administrativo. Diría que para toda la actuación estatal.

Precisamente, la motivación, que ha tenido tanto en el ámbito del Derecho comparado como en el nacional un destino diverso, hoy en día abocó a tomar una entidad tal que llegó a configurarse como una de las notas esenciales para rotular que la actuación estatal pueda enmarcarse y rotularse como propia de un verdadero Estado de Derecho.

La cita del Derecho comparado nos servirá para verificar que nuestro ordenamiento estuvo, cuanto menos el federal (no hay que olvidar que la República Argentina es un estado federal), en su momento, en la avanzada en la materia, yendo más allá que los ordenamientos de otras provincias argentinas y aun el de algunas otras naciones, normalmente conceptuadas como de avanzada en el Derecho Administrativo.

Asimismo, veremos que nuestra Corte Suprema nacional, en los últimos tiempos, ha fijado una doctrina realmente valedera en el tópico –aunque algunas sombras proyecta, como se verá más abajo, respecto a la motivación de los actos de los órganos colegiados–.

I. EL FUNDAMENTO DE LA MOTIVACIÓN

¿Por qué es necesario motivar los actos administrativos? La respuesta –cuanto menos como así se ha expuesto en nuestro país y aquí reproduzco– es sencilla: la forma republicana de gobierno, que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 1³, implica la publicidad de los actos de gobierno, que permite que los habitantes del país conozcan no sólo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también porqué así actúa. Las opiniones en la doctrina argentina varían sólo nominativamente sobre el punto, pero puede decirse que son coincidentes, en la medida que los fundamentos que se invoquen abocarán en pautas comunes predicables de un Estado observante del orden jurídico, se rotule republicano, democrático o Estado de Derecho (en las variantes coincidentes de éste: social de Derecho, constitucional de Derecho o Estado de Justicia).

En nuestro país, tanto antes como después de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 del año 1972, se ha puesto énfasis en señalar la

2 IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 13.

3 “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.

necesidad de motivar los actos con fundamento bien sea en la forma republicana de gobierno (BIELSA⁴); en el régimen democrático o como elemento de la legitimidad del acto y de la “juridicidad” y “razonabilidad” de las relaciones jurídicas (FIORINI⁵), con quien coincidía ESCOLA⁶; como “índice de su legalidad” (DIEZ⁷), o exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho (GORDILLO⁸). MARIENHOFF había expuesto que la motivación “tiende a poner de manifiesto la ‘juridicidad’ del acto emitido”, alejando “todo atisbo de arbitrariedad”⁹.

CASSAGNE, de su lado, firme en su postura de la necesidad de motivar todos los actos, salvo excepciones, lo sustentaba en la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales¹⁰, pensamiento que coincide HUTCHINSON¹¹; mientras que COMADIRA¹², en la misma línea que BIELSA, lo sustentó en los principios republicanos que imponen a la Administración a dar cuenta de sus actos, y en la misma línea también hay que incluir a ALTAMIRA GIGENA¹³, y a TAWIL y MONTI, en su excelente libro sobre el tema¹⁴.

Este planteo inicial no siempre fue algo tan sencillo, tanto en nuestro Derecho como en el Derecho comparado donde su existencia tuvo variado alcance, en

4 BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 85 y ss.

5 FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Manual de Derecho Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 340 y ss.

6 ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 58. Ver también del mismo autor su obra anterior a la ley: *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Depalma, 1967, p. 99.

7 DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, 2ª ed., Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1960, p. 239 y ss.

8 GORDILLO, AGUSTÍN A., *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, todos los actos, ps. 313-314. Ver también: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, 9ª. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p. X-16.

9 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, 1966, p. 329; 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 333 y 336.

10 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 212.

11 HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 159.

12 COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de LAURA MONTI, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 202.

13 ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 43.

14 TAWIL, GUIDO SANTIAGO y MONTI, LAURA MERCEDES, *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9 y ss.

la medida que en otros ordenamientos, rotulados como modélicos de un Estado de Derecho, su admisión no era tan sencilla, como se verá a continuación.

II. EL DERECHO COMPARADO

I.1. *Europa y los países del common law*

1. *Francia* merece el primer tratamiento, no por ser mejor, sino por ser la cuna del Derecho Administrativo.

Curiosamente, en este país la motivación, entendida como la expresión de los motivos o la causa de la decisión (veremos que en la República Argentina se exige además la exposición de la finalidad), no fue considerada, por mucho tiempo, como un principio general aplicable a las decisiones administrativas.

Y salvo algunos textos particulares, o aisladas decisiones del Consejo de Estado, no era un requisito exigible a los actos administrativos¹⁵. Sin embargo, la Ley 79-587, del 11/07/1979, exigió la motivación de una serie de decisiones que afectan derechos de terceros, como ser las que restringen la libertad o, en general, son de policía, o imponen sanciones, o revocan (no por razones de ilegitimidad) decisiones creadoras de derechos (artículo 1). No obstante, *los actos de alcance general o los reglamentos no necesitan estar motivados*¹⁶. RIVERO, en posteriores ediciones, escribió que dicha ley “puso fin a la prerrogativa abusiva [de la innecesidad de la motivación], que agravaba el carácter autoritario del acto administrativo [*decisión exécutoire*], en los casos donde se tornaba particularmente chocante”¹⁷.

2. En *Italia*, hasta la Ley 241, del 17/08/1990, no existía, como principio, la exigencia de la motivación de los actos administrativos, y menos, entre éstos, de los reglamentos. Empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado consideraban que debían motivarse tanto los actos que afectaban a los administrados como los actos denominados “discrecionales”¹⁸.

La ley citada impone como principio en el texto actual del artículo 3, apartado 1 la necesidad de motivar los actos administrativos (valga como ejemplo, que hace referencia a los actos concernientes a la organización administrativa),

15 VEDEL, GEORGES y DELVOLVÉ, PIERRE, *Droit administratif*, T. I, 12ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1992, ps. 291-292. Ver también la cita de precedentes del Consejo de Estado hecha por DELVOLVÉ en *L'acte administratif*, Sirey, París, 1983, p. 182 y ss. RIVERO ya lo había expuesto en ediciones anteriores de su clásica obra: RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, 8ª ed., Dalloz, París, 1977, p. 97.

16 VEDEL y DELVOLVÉ, op. cit.

17 RIVERO, JEAN y WALINE, JEAN, *Droit Administratif*, 18ª ed., Dalloz, París, 2000, p. 106.

18 CASSETTA, ELIO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 10ª ed., Giuffrè, Milán, 2008, p.536

debiéndose indicar en la motivación los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que determinaron la decisión¹⁹.

Sin embargo, *no se exige la motivación* de los “actos normativos” y los de “contenido general”, según el artículo 3.2. De ello puede extraerse que salvo estos últimos, *todos* los actos administrativos *deben* motivarse.

3. *España*, que recibió la misma influencia originaria que los países antes citados, modificó, antes que ellos, los términos a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo del 17/07/1958, cuando en su artículo 43 imponía la motivación “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho”, de los actos que limitaran derechos subjetivos, los que resolvieran recursos, los que se apartaran de precedentes o del dictamen consultivo previo, o cuando lo dispusiera una norma, y los que suspendieran actos objeto de recurso.

Es de destacar que los mismos conceptos están contenidos y ampliados en el texto del artículo 56 de la Ley 30/1992 del “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” que, en lo que ha sido destacado²⁰, incluye a los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales (en lo personal, entiendo que estos actos estaban incluidos en el texto de la ley de 1958, puesto que no hacía al respecto distinción alguna).

4. En *Alemania*, la Ley de Procedimiento Administrativo del 25/05/1976 establece la necesidad de la motivación en estos términos:

“1. Un acto administrativo escrito o confirmado por escrito debe ser motivado por escrito. 2. La motivación debe indicar los motivos esenciales de hecho y de derecho que llevaron a la autoridad administrativa a su decisión. 3. La motivación de las decisiones discrecionales debe igualmente permitir identificar los puntos de vista que guiaron a la autoridad administrativa en el ejercicio de su potestad discrecional”.

La motivación no es siempre necesaria, según lo impone la norma cuando no afecta a derechos de otras personas, o cuando la posición de la administración ya es conocida por el destinatario, o se trata de actos que se dictan en gran número, o cuando

“aquella surge de una norma jurídica” (“*règle de droit*”).

19 “1. *Ogni provvedimento amministrativo*, compresi quelli concernente l’organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2 [los actos normativos y los de contenido general]. La motivazione deve *indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione* dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria” (el resaltado no es del texto original).

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 9ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 555.

Como puede verse, en el Derecho Administrativo alemán, si bien el principio es la motivación, podría tener excepciones en casos que en nuestro Derecho no serían aceptables.

5. El panorama en el Derecho británico y el norteamericano difiere en cierto sentido del de los países iberoamericanos. En el Derecho inglés no existe un deber general de motivar, rotulado como “*duty to give reasons*”, salvo la obligación impuesta a los denominados “*administratives tribunals*” de así hacerlo, o de normas que específicamente lo establezcan²¹.

Sin embargo, destacados autores y jueces distinguidos, como Lord WOOLF, sostuvieron que dar satisfactorias razones es “el sello de calidad de una buena administración”²². Lo cual ha llevado a los tribunales del Reino a sostener que, aunque no exista un deber general de hacerlo, en algunos casos la necesidad de hacerlo en determinadas situaciones está implicado. Precisamente, aunque no se rechaza una motivación posterior, los tribunales desconfían de ellas porque entienden que las han “confeccionado” para la ocasión²³.

En los Estados Unidos el panorama se muestra más proclive a la motivación, aunque más claro parece el tópico en los tribunales federales inferiores que en la propia Corte Suprema. En efecto, en el § 557 (c) de la APA parece consagrar el derecho a una decisión fundada de parte de quien participa en un procedimiento.

No obstante hay una tendencia, y las mismas agencias lo han hecho, a dar las razones de las decisiones adoptadas²⁴.

6. En el Derecho Administrativo europeo, la motivación de los actos y reglamentos es la regla, y es un elemento esencial, especialmente cuando se afectan derechos²⁵.

Precisamente el actual texto consolidado del Tratado de la Unión Europea prevé en su artículo 296:

“Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad.

Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados”.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que la motivación suficiente es necesaria cuando se actúa en ejercicio de atribuciones

21 FOULKES, DAVID, *Administrative Law*, 8ª ed., Butterworths, Londres, 1995, p. 327.

22 *Ibíd.*, p. 324.

23 *Ibíd.*, p. 331.

24 SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, 3ª ed., Little, Brown & Cy, Boston, 1991, p. 460 y ss.

25 ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Bilbao, 1998, p. 505 y ss. PAREJO ALFONSO, LUCIANO, DE LA QUADRA-SALCEDO

discrecionales o cuando la norma comunitaria no existe o es indeterminada, en cuyo caso dicho requisito deviene en un elemento fundamental del control judicial²⁶.

I.2. *Los países iberoamericanos*

Por supuesto que se encuentran aquí los colegas de otros países iberoamericanos que mejor podrán exponer el tema que quien esto escribe.

No obstante, observo en general una coincidencia sobre el punto, por lo que, a modo de demostración de nuestras coincidencias, citaré algunos de dichos países.

1. Así en *Uruguay*, donde el Decreto 500/91, que regula el procedimiento administrativo, prevé en el artículo 123 que:

“Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”.

Agregando el artículo 124:

“Todo acto administrativo debe constar de una parte expositiva y una dispositiva.

La parte expositiva debe contener:

1. (...)

2. Uno o varios ‘Resultandos’ puestos a continuación del ‘Visto’, en los que se deben exponer los *hechos que constituyan los antecedentes del acto administrativo* de que se trate. Los decretos y ordenanzas pueden prescindir de los ‘Resultandos’;

3. Uno o varios ‘Considerandos’, en los que se desarrollan los *fundamentos de derecho*, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la *finalidad perseguida*” (el énfasis me pertenece).

En la doctrina uruguaya se ha distinguido entre los “motivos” y la “motivación”. Los primeros, según DELPIAZZO, son “las circunstancias de hecho y de derecho cuyo acaecimiento se encarta en la norma atributiva de competencia al órgano respectivo”²⁷, mientras que “la motivación es la expresión de los motivos

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS, MORENO MOLINA, ÁNGEL y DE NORIEGA, ESTELA, *Manual de Derecho Administrativo comunitario*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, ps. 214-215. CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo europeo*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 311 y ss.

26 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Derecho Administrativo Europeo, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, ps. 229-231.

27 DELPIAZZO, CARLOS E., *Derecho Administrativo uruguayo*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 160.

que lo fundamentan”, agregando, siguiendo a REAL, que la motivación debe ser siempre: a) suficiente, b) congruente, y c) exacta²⁸.

2. Se ha interpretado que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en su artículo 16 los requisitos del acto administrativo, entre los que se incluye la “*fundamentación*” y la “*motivación*”²⁹. De su lado, el artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, del año 1994, establece, al regular requisitos, que el acto administrativo debe “*estar fundado y motivado*”.

Nos dice BÉJAR RIVERA que la motivación “se trata de la serie de razonamientos lógico-jurídicos, así como una explicación de las razones, por las que los preceptos legales invocados cobran aplicación al caso concreto e individualizado del acto administrativo”³⁰.

3. El Perú tiene una norma que es bien detallada y precisa sobre el tópico, que me parece conveniente reproducirla, puesto que sobran otras palabras frente a una norma que considero excelente.

En ese sentido, el artículo 3 de la Ley 27.774 de Procedimiento Administrativo, establece:

“Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación. El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

Y el artículo 6 resume esas notas ponderativas que he señalado:

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

1. La motivación deberá ser *expresa*, mediante una *relación concreta y directa* de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las *razones jurídicas y normativas* que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los *fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente*, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

28 Ibid., p. 162.

29 BÉJAR RIVERA, LUIS JOSÉ, *Curso de Derecho Administrativo*, Oxford, México, 2007, pág. 207.

30 Ibid., p. 210.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única” (los resaltados me pertenecen).

Obsérvese que la norma recepta prácticamente todo lo que se predica y exige de la motivación del acto administrativo como, por ejemplo, la motivación *in aliunde*, de la que luego se hablará.

4. En Brasil se ha tomado como base lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución de 1988 respecto al Poder Judicial y los requisitos para las distintas decisiones que allí se adoptan, para fundar la motivación³¹. En efecto, el artículo 93, apartado 10, establece:

“las decisiones administrativas de los tribunales serán *motivadas*”³².

A su vez, la Ley 9784/1999, Lei de Processo Administrativo, establece que:

“Los actos administrativos deberán ser motivados, con indicación de los hechos y de los fundamentos jurídicos”, agregando, seguidamente, en qué casos ello ocurre y, a similitud de otros ordenamientos comparados, cuando nieguen, limiten o afecten derechos o intereses, impongan gravámenes o deberes o sanciones, decidan procesos administrativos de concurso o selección pública, etc.

A su vez, en el § 1º de dicho artículo dispone que la motivación debe ser “explícita, clara y congruente, pudiendo consistir en la declaración de concordancia con fundamentos de anteriores pareceres, informaciones, decisiones o propuestas, que, en este caso, serán parte integrante del acto”³³.

Como escribió FREITAS, el deber de motivar se encuentra asociado al derecho fundamental al debido proceso, y es derivación del deber de mayor fundamentación de las decisiones estatales, debiendo interpretarse desde la perspectiva de explicitar con el máximo de transparencia el fundamento de las decisiones administrativas³⁴, concluyendo que en el Derecho brasileño la fundamentación, salvo excepciones legales, ha de abarcar todos los actos administrativos³⁵.

31 FREITAS, JUAREZ, *O controle dos atos administrativos*, 4ª ed., Malheiros, Brasil, 2009, pág. 419.

32 “X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”.

33 “§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

34 FREITAS, op. cit., p. 419.

35 FREITAS, op. cit., p. 422.

5. En Colombia, la Ley 1437/2011, por la que se sancionó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no regula el contenido de los actos administrativos, aunque en el artículo 42 contiene esta fórmula:

“Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será *motivada*. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.

Y agrega el artículo 44:

“Decisiones discrecionales. *En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

Refiriéndose a la doctrina y la jurisprudencia colombiana, SANTOFIMIO GAMBOA señala: “Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que corresponden al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas de las discrecionales, por cuanto en aquellas las mentadas circunstancias están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento, mientras en éstas, la administración goza de un margen de acción para decidir”. En relación con una y otra especie de actos, indica que en los reglados “la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial cuando se indica de manera sumaria las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición”³⁶.

6. En Costa Rica, la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública, prevé en su artículo 136 los requisitos de la motivación del acto:

- “1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:
 - a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
 - b) Los que resuelvan recursos;
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
 - d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
 - e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
 - f) Los que deban serlo en virtud de ley.
2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes

36 SANFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tratado de Derecho Administrativo. Acto administrativo*, T. II, 4ª. ed., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 154 y 155.

o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia”.

7. No ha sido mi intención exponer todo el Derecho comparado iberoamericano. Sólo pretendo demostrar, a través de un muestreo legislativo, que todos los países de habla hispana y portuguesa, desde quienes están en la península ibérica y los que estamos de este lado del Atlántico, compartimos una idea prácticamente común de lo que es y significa la motivación del acto administrativo, como manifestación de la legalidad administrativa y de la razonabilidad, transparencia y publicidad de la actuación estatal, como pretendo demostrarlo al tratar el Derecho argentino.

III. EL DERECHO ARGENTINO

En nuestro país, antes del dictado de las distintas normas sobre procedimiento administrativo, la necesidad de la motivación, pese a que ellas no se hubieren dictado, era un requisito sostenido por los autores mencionados en las notas 4 a 9 precedentes, como manera de asegurar la juridicidad de la actuación administrativa.

Si bien los distintos ordenamientos locales han hecho, de acuerdo a sus textos, mención a la motivación, sólo me ceñiré al ordenamiento nacional, sin perjuicio de que su explicación pudiera extenderse a aquéllos.

1. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA). En el ámbito de la legislación nacional, sería decisiva la influencia del profesor MARIENHOFF sobre los redactores de la Ley 19.549 Nacional de Procedimientos Administrativos –como ellos mismos lo señalaron en la exposición de motivos del proyecto de ley, esencialmente con relación al acto administrativo–, que señalaría un hito importantísimo en nuestro país. Tampoco fue nada intrascendente la intervención en la redacción de la ley la presencia de un administrativista de fuste como ESCOLA.

En primer lugar, cabe resaltar que el profesor MARIENHOFF, tomando una posición netamente objetiva, entendió que la causa o motivo no radica en la voluntad del funcionario ni en el interés público, sostuvo que por causa del acto administrativo “ha de entenderse los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo”³⁷.

El profesor MARIENHOFF recibió, según se aprecia en el texto de su obra, la influencia de GEORGES VEDEL, quien había señalado que mientras el Derecho Civil se basaba en la autonomía de la voluntad, “no existe en Derecho Administrativo el principio de la autonomía de la voluntad. La voluntad de la Administración no es autónoma; la Administración se debe decidir por las razones de hecho o de

37 *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 4ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 235 y ss., y 297 y ss.

derecho, teniendo una existencia objetiva real y adecuada al acto”³⁸. El autor francés puso en su obra de relieve que la jurisprudencia del Consejo de Estado utilizaba al igual que en el Derecho Civil los términos *motivo* y *fin* como sinónimos, a los que mucho se aproximaba la locución *causa*. Mas insistió que en el Derecho Administrativo se distingue en forma neta el motivo del fin. Así, consideró que “[l]os *motivos*, que también se denominan *causa* o *base legal* del acto, son el conjunto de los elementos *objetivos* de hecho o de derecho que son el fundamento del acto y que son absolutamente independientes de la psicología de su autor”³⁹.

En ese contexto, MARIENHOFF precisó bien que la motivación —que encuadró dentro del elemento “forma” (junto a la forma de emisión del acto, procedimientos y la publicidad)—, el procedimiento no consiste en los motivos (o causa) del acto, sino en la expresión de éstos, agregando que si bien todo acto administrativo requiere inexcusablemente su motivo, la motivación en cambio puede no ser indispensable⁴⁰, como ocurre en las órdenes verbales.

2. El texto de dicha ley recepta la tesis amplia de MARIENHOFF⁴¹ sobre la motivación, plasmado en el artículo 7, inciso e), que impone que el acto:

“Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b [causa] del presente artículo”.

Los ordenamientos locales no tienen en principio un precepto tan amplio en cuanto a su generalidad. Evidentemente, no deja margen, a diferencia de los provinciales que previeron taxativamente los supuestos, entre los cuales merece citarse el de la provincia de Buenos Aires, Ley 7647, que en su artículo 108 prevé los supuestos en los que debe motivarse el acto⁴², guardando analogía con el dispositivo español de la Ley de Procedimiento Administrativo del año 1958⁴³.

3. De la lectura del texto nacional se extrae la *imperatividad* de que *todos* los actos administrativos, de alcance individual o general, estén motivados.

38 VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, 6ª ed., París, 1976, ps. 600-601 (el profesor MARIENHOFF citó la edición del año 1961).

39 *Ibíd.*, p. 601.

40 MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 327.

41 MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 327 y 330.

42 “108. Contenido. Todo acto administrativo final deberá ser motivado y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho cuando: a) decida sobre derechos subjetivos; b) resuelva recursos; c) se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”.

43 “43.1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos. b) Los que resuelvan recursos. c) Los que se separen del criterio seguida en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. d) Aquellos que daban serlo en virtud de disposiciones; y e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso”.

Empero, la intensidad de la motivación variará según los casos. Y no cabe duda que, v. gr., los actos marcadamente discrecionales necesitarán una motivación mayor.

En efecto, cuando se dice que en el acto se expresará “en forma concreta las razones” que llevan al dictado del acto, está señalando un *concepto jurídico indeterminado*, cuyo alcance variará según los casos y sus circunstancias. Mas expresar en forma concreta no significa escribir mucho, ni cualquier cosa ni enunciaciones vacuas. Alguien me enseñó hace mucho que cuando cierto abogado escribía mucho era porque no tenía razón. Otro tanto ocurre cuando se leen considerando de actos cuya longitud no permite extraer coherentes ideas, salvo inexactitudes (por no decir mentiras).

Pues bien, a partir de la norma nacional, en la que detendré el estudio, es suficientemente claro que todos los actos escritos deben motivarse. Como dije, el alcance variará, y la celeridad no puede ir contra la necesidad de cumplir el precepto. Vaya un ejemplo: el otorgamiento de una jubilación o una pensión es un acto sustancialmente reglado. Por lo tanto, la referencia al cumplimiento de los requisitos impuestos por el ordenamiento y el encuadre será suficiente.

4. La Ley de Ética Pública. Ella es una ley (25.188) que me parece que poca relevancia se le da en lo que se refiere a la *motivación*, que está bajo los pliegues de la palabra “fundar”, y con el mismo alcance que le da la LNPA. En efecto, en su artículo 2, y en lo que aquí interesa, se lee:

“Art. 2º.– Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

(...)

e) *Fundar* sus actos y *mostrar la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan” (el énfasis me pertenece).

En todo caso, la motivación es evidente si se aprecia que, junto con la obligación de “fundar”, está la palabra “transparencia”. Y ante palabras no se precisan más aclaraciones. Por si acaso, hay que aclarar que entre otros obligados se encuentra el Poder Ejecutivo que, en virtud del articulado de la ley, es uno de los sujetos obligados por ella (cfr. artículo 1 y cons.).

IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

¿Qué ha ocurrido en la jurisprudencia posterior a la LNPA? El tópico lo muestra una disputa jurídica –si así puede denominarse– entre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con asiento en la ciudad de Buenos Aires, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. El planteo surgió con motivo de la discusión acerca de la necesidad de motivar los actos que quitaban a ciertos empleados de la entonces Municipalidad

de la Ciudad de Buenos Aires de la denominada estatutariamente “función de conducción”.

Es interesante hacer notar que esa función de conducción, de acuerdo al estatuto municipal (artículo 9 de la ordenanza 33.640), no estaba incluida dentro de la garantía constitucional y legal de la estabilidad del agente, lo que significaba que el cese en esa función implicaba la pérdida de la remuneración adicional respectiva (según pude averiguar en su momento, la función asignada a determinados agentes escondía el propósito de incrementar sus haberes). La decisión, en todo caso, aparecía discrecional.

Ante ello, aparece un plenario de la entonces Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial del 20/08/87 *in re* “González Vilar”⁴⁴, que fijó esta doctrina:

“Es susceptible de declararse la nulidad de un decreto municipal por el cual se reescalafona a un agente de la Comuna, privándolo de la función de conducción que desempeñaba si en aquél no se indican los motivos determinantes de la decisión pero se citan las normas legales en que se fundan”.

Al año siguiente, el 07/07/88 la Corte *in re* “Piaggio de Valero”⁴⁵, sostuvo que la finalidad perseguida por el artículo 9 de la Ordenanza Municipal 33.640 fue “la de otorgar amplias facultades a la Administración para reestructurar y renovar sus cuadros directivos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia que, como regla, no son revisables en sede judicial” (considerando 4; citó el precedente “Tula”⁴⁶).

Añadió que exigir al Intendente “la expresa motivación del acto como requisito de validez en función de lo dispuesto en el art. 7, inc. ‘e’ de la ley 19.549, constituye un ritualismo descalificante de lo resuelto, pues importa desconocer que la

44 ED, T. 125-447

45 Fallos: 311:1206.

46 Fallos: 308:1634 (1986). En la colección oficial no se publica el fallo completo sino el sumario, cuya doctrina es la siguiente: “Ante medidas fundadas en las leyes de prescindibilidad no es admisible el agravio que lleve a examinar las concretas razones que en sede administrativa hubieran dado origen a la separación del trabajador en casos que se le haya asegurado la percepción de la compensación pecuniaria impuesta legalmente. Ello es así, pues la ponderación de las aptitudes personales del agente a fines de lograr el buen servicio es una facultad propia de la autoridad administrativa, no revisable por vía judicial en tanto no importe medida disciplinaria, descalificación del agente o cesantía encubierta”. Las leyes de prescindibilidad eran las que los gobiernos de *iure* o de facto dictaban para separar agentes de la Administración Pública ante determinadas situaciones excepcionales.

En su disidencia, el juez BELLUSCIO replicó: “Corresponde descalificar como acto judicial válido la sentencia que omitió pronunciarse sobre si la prescindibilidad que autorizaba el art. 1° de la ley 21.274 debía fundarse en razones de servicio, cuya dilucidación era imprescindible para establecer la validez de la baja del actor, y que invocó erróneamente elementos probatorios con los cuales entendió demostrado el pago de las indemnizaciones establecidas en la citada ley”.

invocación de la norma reglamentaria de la estabilidad en los cargos de conducción revela inequívocamente el ejercicio de la facultad discrecional conferida por las razones que justificaron el dictado del aludido art. 9° (citó al efecto el precedente, bastante lamentable jurídicamente hablando, “Girardini de Brovelli”⁴⁷; el énfasis me pertenece).

Es más, el mismo día se dictó sentencia *in re* “Mangione”⁴⁸, donde se hizo remisión a “Piaggio de Valero”, pero fue más allá, al sostener que no era siquiera necesario que se mencionaran las normas aplicables: “aun cuando en el *sub lite* el aguio haya considerado que el decreto 2434/84, mediante el cual el Intendente de la Ciudad de Buenos Aires privó a la actora de la función de conducción, no solamente carecía de toda referencia a los hechos que motivaron la medida, sino también de cita legal alguna. La exigencia de este último requisito, frente a las amplias facultades concedidas al Intendente por los arts. 31, incs. ‘b’, y ‘n’ de la ley 19.987, y 9 de la ordenanza 33.640, (...) aparece como un *ritualismo excesivo* que invalida el fallo desde el punto de vista de la doctrina de la arbitrariedad. Sobre todo al no haberse acreditado en el caso que el ejercicio de tales facultades encubriera una medida disciplinaria o la descalificación del agente” (el énfasis me pertenece).

Impasible, la Cámara Civil siguió insistiendo, entre otros casos, *in re* “Subiza de Llantada” (Sala B), del 14/11/89⁴⁹, y “Mohammad” (Sala D), del 27/12/89⁵⁰.

2. Con la nueva integración, la Corte mantiene la doctrina *in re* “González Vilar”⁵¹, con la disidencia de los jueces MOLINÉ O’CONNOR y LEVENE. De ella volveré a hablar más adelante.

47 Fallos: 307:1858 (1985). Allí dijo la mayoría en el considerando 3 que “la sola circunstancia de haber sido nombrada por concurso ponga a la recurrente al margen de las leyes de prescindibilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que la aplicación del régimen sobre el tema no tiene las connotaciones que se le atribuyen (...) y que la autoridad de aplicación no ha sustentado la baja en razones que impliquen una descalificación del agente...”. Agregó la mayoría que “no procede requerir de la autoridad administrativa explicación sobre las razones de servicio que son de su exclusiva incumbencia, en tanto no se desconozca la debida indemnización al agente prescindido”.

Con agudeza, y en lo que aquí es pertinente, en la disidencia de los jueces BELLUSCIO y BACQUÉ se sostuvo: “la mera invocación de razones de servicio y el pago de la indemnización fijada por la ley no dan cabal satisfacción al principio de razonabilidad que debe presidir el ejercicio de las atribuciones que emanan de la ley respectiva” (considerando 3), agregando que “si por razones de un mejor servicio se realizó el concurso que llevó al nombramiento de la actora, no se advierte el motivo para excluirla de la administración a los pocos meses invocando también razones de esa índole, ya que si la fundamentación resulta válida con relación a la designación en el cargo, no podría admitirse igual conclusión con referencia a la baja dispuesta, en tanto no se acrediten las reales razones que llevaron a la administración a la prescindibilidad de la demandante” (considerando 4).

48 No está publicada en la colección oficial.

49 *El Derecho (ED)* del 13/09/1990, Fallo 42.647.

50 *ED* del 28/06/90, Fallo 42.470.

51 Fallos: 314:625 (1991).

3. Sin embargo, replica más tarde la Cámara en el plenario “*Boaglio*”, del 06/12/93⁵², del 18/06/1991, donde sostiene que

“Ante la jurisprudencia fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo *in re* ‘Piaggio de Valero, María Elena c. M.C.B.A. s/ Ordinario’, debe ser mantenida la doctrina dictada en los autos ‘González Vilar...’”.

Ahora bien, cuando la causa “*Boaglio*” llegó a la Corte, esta vez⁵³ no hizo lugar al recurso de la MCBA, invocando que a diferencia de “González Vilar”, donde se habla de la *motivación*, en la especie se hacía mención al vicio en la *finalidad*, es decir, había desviación de poder, y la recurrente sólo lo sustentaba en la competencia que le daba el estatuto. Ésta circunstancia llevó a que se rechazara la queja. El juez MOLINÉ O’CONNOR se mantuvo en lo sostenido en “González Vilar”, mientras que VÁZQUEZ votó en disidencia, invocando, entre otras cosas, la “zona de reserva de la Administración”.

4. Corresponde ahora volver a la disidencia de los jueces MOLINÉ O’CONNOR y de LEVENE en la sentencia “González Vilar”, donde en su parte pertinente se lee: “... requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno. Antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa” (considerando 5).

“6°) Que la amplitud de las facultades ejercidas por la administración en la superintendencia del personal a su cargo o la naturaleza discrecional de dichas potestades no autorizan (...) a prescindir del requisito sub examen, pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria, ya que el carácter discrecional de las facultades involucradas no puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria (...)

7°) Que si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de esta exigencia, la cual debe adecuarse –en cuanto a la modalidad de su configuración– a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales –que contemplan sólo

52 ED del 04/04/1994; Fallo 45.579.

53 Fallos: 319:2981 (1996).

una potestad genérica no justificada en los actos concretos—, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de un recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto”.

5. ¿Cuál fue la ventura de esta doctrina? Puede decirse que primó la posición correcta de la Cámara Civil. En efecto, en la causa “*Lema*”⁵⁴, referido a la situación de un auditor estatal designado por contrato ante SADAIC por un período de cuatro años, que luego fue prorrogado por otros cuatro, pero que por Resolución 1145/89 del entonces Ministerio de Educación y Justicia y Decreto 1800/90 se dispuso su cese anticipado. Se invocaron, entre otras, la inestabilidad del puesto, dado que se entendía que era un mandato, y las potestades discrecionales de la Administración.

La Corte por mayoría se remitió al dictamen del Procurador General, quien recordó que el ejercicio de facultades discrecionales, no dispensa de

“observar un elemento esencial [del acto administrativo] como es la *motivación suficiente*, pues precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria (conf. Fallos: 314:625; 315:1361)” (el resaltado figura en el dictamen).

Los precedentes citados fueron “González Vilar” y “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo”, del año 1992.

Párrafo seguido dijo el Procurador General: “... si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplen sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos”.

6. Años después, en la sentencia del 08/04/2008, recaída *in re* “*Schnaiderman*”⁵⁵ a través del dictamen de la señora Procuradora Fiscal LAURA MONTI, al que adhirió la Corte, se ratificó la línea señalada en “Lema” y sus precedentes. En forma análoga a éste, se trataba de un empleado designado por concurso que antes de la finalización del período de prueba se lo hizo cesar en su empleo. Dijo entonces la Procuradora Fiscal LAURA MONTI que “... si se descarta que lo que motivó el dictado del acto fue la ausencia de idoneidad para desempeñar el cargo o la eventual reestructuración organizativa de la dependencia —o cualquier otro motivo— aquél aparece desprovisto de un elemento esencial para su validez, cual es su causa.

54 Fallos: 324:1860 (2001). El Derecho – Serie Especial Derecho Administrativo (EDA), 2010-70.

55 Fallos: 331:735 (2008). EDA, 2008-430.

Desde otro punto de vista, es dable reparar que la resolución impugnada omite invocar fundamento alguno que, además, torne razonable la revocación del nombramiento efectuado. Por ello, el acto atacado carece de otro de sus requisitos esenciales, en este caso, el de motivación.

En efecto, si se toma en cuenta que las normas, como se dijo, supeditan la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba, ello constituye un aspecto que limita la decisión discrecional de la Administración. Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario– imponen una observancia más estricta de la debida motivación (confr. doctrina de Fallos: 324:1860 [‘Lema’]).

Con arreglo a lo expuesto, los vicios apuntados constituyen ‘causa de nulidad del acto emitido con tales defectos (argumento de los arts. 7 y 14 de la Ley 19.549)’ (Fallos: 306:1138 [“Sudamericana de Intercambio”, 1984]), pues la resolución que canceló la designación del actor –aun cuando este último se encontraba en período de prueba– no puede quedar exenta de cumplir con los recaudos de legitimidad que, como se ha expresado, han sido vulnerados”.

7. Esta doctrina fue reiterada *in re* “*Micheli*”⁵⁶, que también trató de una designación, esta vez en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación, que fue cancelada dentro del período de prueba, y con los mismos fundamentos de la sentencia *in re* “*Schnaiderman*”.

8. La sentencia “*Silva Tamayo*”, del 27/12/2011, marca un hito importante, aunque parezca que sólo se sustenta en los precedentes “*González Vilar*” (los votos de los jueces LEVENE y MOLINÉ O’CONNOR), “*Lema*” y “*Schnaiderman*”.

En ese sentido, la Corte marca e insiste en una línea constante que se puede apreciar en los últimos tiempos respecto al control de los actos de los poderes públicos en sus distintas manifestaciones. Valga como ejemplo el control en el procedimiento de votación de los acuerdos del Senado de la Nación, como ocurrió en el caso “*Binotti*”⁵⁷, o en “*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*”⁵⁸, sobre el control de los decretos delegados, o en el control estricto de los DNU, en el caso “*Consumidores Argentinos*”⁵⁹.

Ahora bien, hay unas notas que conviene destacar aquí, para lo cual reproduciré parte del extenso considerando 7:

56 Fallos: 332:2741 (2009).

57 Fallos: 330:2222 (2007). *EDA*, 2007-252, con el comentario de DOMINGO SESÍN: “Un caso concreto de revisión judicial de la actividad política del Poder Legislativo”.

58 Fallos: 331:2406 (2008).

59 Fallos: 333:633 (2010); *ED*, 238-48.

“Dicha exigencia [la motivación] no podría ser obviada, aun cuando –como ocurre en el caso– se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para *todo* acto administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la debida motivación (Fallos: 324:1860 y los allí citados), y *no puede llevar a confundir la discrecionalidad en el actuar de la Administración con la irrazonabilidad de su proceder* (ver sentencia en la causa ‘Schnaiderman’, registrada en Fallos: 331:735)”.

Dos aspectos para resaltar. Primero: si bien la Corte sustenta los fundamentos resaltados en “Lema” o “Schnaiderman”, lo cierto que en ninguno aparece la frase en forma textual. Pero se agrega un componente que no aparecía textual: la exigencia de la motivación es de “*todos*” los actos administrativos.

9. Un pronunciamiento de la Corte Suprema del año 1996 *in re* “Vera González”⁶⁰ ha traído a la arena del control de la discrecionalidad un tema que hasta entonces aparecía indiscutido: la potestad revocatoria *ad nutum*, sin expresión de causa, y por ende, de motivación, de los permisos precarios. Allí dijo el Alto Tribunal: “... resultan dogmáticas por ausencia de una adecuada fundamentación las afirmaciones de la corte local concernientes a la naturaleza precaria de la autorización provisoria otorgada para la utilización de postes del tendido eléctrico de la ciudad de Catamarca, y a la justificación del ejercicio de la facultad revocatoria de la Dirección de Energía. Ello es así, pues no se ha considerado que *aun tratándose de actos de carácter precario, su revocación se encuentra condicionada a la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen*; máxime, si se advierte que las circunstancias de hecho iniciales se mantuvieron inalteradas al tiempo de la revocación” (el énfasis me pertenece).

Las consecuencias dogmáticas de este pronunciamiento son suficientemente trascendentes para merecer un tratamiento más profundo. Pero cuanto menos me permito señalar que su virtud, a mi juicio, está dada porque ha abierto una puerta aún más importante en punto a exigir casi al máximo la aplicación del principio de razonabilidad y juridicidad del obrar administrativo. Es decir: aunque un instituto iusadministrativo como el permiso (también conocido como “precario administrativo”) de uso sea esencialmente revocable (por ser precario), su revocación necesita estar justificada, de donde, *a fortiori*, se sigue tanto para éste como otros supuestos que al juez se le debe decir *porqué* (y fundadamente) se toma una determinada decisión administrativa, en punto a valorar su juridicidad. Y precisamente todo ello se plasma en la motivación del acto.

60 Fallos: 319:1899.

V. LAS MODALIDADES DE LA MOTIVACIÓN

EN ESPECIAL, RESPECTO A LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Como se puede apreciar respecto a otros ordenamientos europeos o iberoamericanos, inclusive argentinos, como la Ley de la provincia de Buenos Aires, la motivación decrece en su exigencia frente a determinados actos administrativos, y acrece cuando aparecen actos de sustancia discrecional o que niegan, o son ablatorios de derechos, entre otros. Por obvia consecuencia, los actos que se dicten en uso de potestades regladas, será menor la exigencia de la motivación.

Asimismo, la motivación por remisión a las constancias de las actuaciones administrativas, o *in aliunde*, se ha considerado como un procedimiento válido, en la medida que esas constancias permitan conocer los fundamentos de la resolución que se adopta⁶¹. En cuanto a la fundamentación a posteriori, aunque en principio es rechazada en nuestra doctrina, lo cierto es que en ciertos casos pueden admitirse, como, por ejemplo se observa –como lo he podido apreciar– en los concursos universitarios, en los que frente a la parquedad de los dictámenes de los jurados y ante la impugnación de los concursantes, el dictamen se puede ampliar. Pero, lógicamente, una cosa es ampliar o precisar, y otra es fundar a posteriori. Esto último debe ser rechazado.

En el Derecho Administrativo argentino, como se expuso, la motivación se extiende a “todos” los actos administrativos, la doctrina nacional es conteste en exigirla⁶². De manera que los actos administrativos de alcance individual como los de alcance general y reglamentos (que nuestra ley equipara), deben ser necesariamente motivados. La ley no hace distinción alguna. Ciertamente, como ocurre con los actos verbales o los que son marcadamente reglados, la exigencia del recaudo se atenuará o no será exigible (no imagino a un agente de tránsito exponer los considerandos de una orden de no estacionar).

Por lo demás, se ha visto que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido, en principio, estricta sobre el contenido de la motivación, de manera que lo que en ella se diga se ajuste a la realidad. Ya MARIENHOFF había enseñado que bastaba una relación “sucinta”, siempre que sea “ilustrativa”, o, en otros términos, la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea “suficiente”⁶³.

1. Mas se presenta aquí otro tema que, en lo personal, me ha movido a preocupación: la motivación de los órganos colegiados. Sabemos que esta clase de órganos, por la modalidad de su actuación, las decisiones se votan (digamos

61 MARIENHOFF, op. cit. ps. 334 y 335. COMADIRA y MONTI, op. cit. p. 201. TAWIL y MONTI, op. cit., p. 115 y ss. GORDILLO, *El acto...*, op. cit., p. 315. GORDILLO, *Tratado...*, op. cit, p. X-21.

62 MARIENHOFF, op. cit., ps. 333 y 334. CASSAGNE, op. cit., p. 217. ESCOLA, op. cit, p. 59. GORDILLO, *El acto...*, op. cit., ps. 313-314. GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., p. X-16. HUTCHINSON, op. cit, p. 161. COMADIRA y MONTI, op. cit., ps. 201-202.

63 MARIENHOFF, op. cit., ps. 335 y 336.

en forma gráfica, que se levanta la mano). Vaya como ejemplo las cámaras de representantes (diputados o senadores), los consejos municipales, los colegios profesionales, o hasta los mismos tribunales judiciales colegiados.

Evidentemente las formas de adoptar decisiones se ajustan al tipo de órgano colegiado y a la especie de decisión a adoptar. Por ejemplo, el debate parlamentario previo, cuanto menos en la República Argentina, es suficiente para interpretar la “voluntad” del legislador. La modalidad de las decisiones parlamentarias no requiere motivación, y hasta se pueden sancionar proyectos de leyes “a libro cerrado”, sin debate previo.

Pero cuando se trata de sentencias, los jueces las deben fundamentar o motivar. De lo contrario serían “jurados”. En todo caso, se adherirán sus integrantes al o los votos que se emitan.

En cuanto a las *decisiones administrativas*, la motivación es por cierto indispensable en un Estado de Derecho o República. Las razones ocultas o reservadas no forman parte de los valores que entrañan (lógicamente, como la propia doctrina lo reconoció, y hasta “toleró”, cuando se tratase de actuaciones secretas, en las que no se afecten derechos de terceros, ello no será, por vía de principio, exigible). ¿Qué ocurre si el órgano es colegiado? Si es unipersonal no cabe duda sobre la necesidad de la motivación.

Cuando es colegiado, en principio el deber de motivar sería el mismo, a la luz de la norma estudiada. Sin embargo, si indagamos sobre la modalidad de toma de decisión, hay que tener en cuenta que normalmente hay un debate previo, que puede surgir a raíz de un informe preliminar. El debate, por lo general, se vuelca en un acta, donde se supone que deben constar las opiniones de todos los participantes, la votación y el resultado.

Sobre el tópico, he advertido dos casos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

2. El primero es el caso “*Caiella*”⁶⁴. Se trataba de un concurso en el que el actor, pese a haber obtenido la calificación para ocupar uno de los cargos docentes, según la calificación de la Comisión Asesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, el Consejo Académico de la facultad no aprobó su designación (para la cual debía tener el voto de los dos tercios de los miembros presentes).

El caso llegó finalmente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y sus miembros se remitieron e hicieron suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, quien, en lo que interesa aquí, recordó la doctrina (estricta) sobre la motivación del acto administrativo (volcada en las disidencias MOLINÉ O’CONNOR y FAYT en un precedente de la Corte), según la cual la motivación “es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la

64 Fallos: 327:4943 (2004).

actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno”.

A ello agregó algo que en cierto modo desdibujan tanto lo dicho en “Lema” y en ese precedente allí citado, en la medida que no se module debidamente:

“Habida cuenta de tales precisiones y de que, en el cumplimiento de esta exigencia, la forma debe adecuarse a la índole particular de cada acto administrativo, cabe advertir que los actos que aquí se impugnan fueron dictados por órganos colegiados, *cuya particular modalidad de funcionamiento impide la utilización de fórmulas rígidas para expresar las razones y antecedentes determinantes de la emisión del acto, o su equiparación a la forma de los actos que dictan los órganos unipersonales*. En efecto, aquéllos adoptan decisiones por mayoría, previa deliberación y votación, en la forma que establezcan las normas correspondientes. Por lo general, los acuerdos verbales de las autoridades se hacen constar en un acta, labrada por el secretario, quien, además, se ocupa de notificar las decisiones.

Estas constancias que se realizan por escrito resultan suficientes, a mi modo de ver, para cumplir con el requisito de motivación, cuya supuesta ausencia fue el argumento principal en que el actor basó su recurso” (el énfasis me pertenece).

Más adelante, siguió en la misma línea:

“En tales condiciones, resultan insustanciales las críticas que efectúa el apelante acerca de la falta de motivación puesto que, además de la circunstancia objetiva de no haber obtenido los dos tercios de votos reglamentarios, *los actos impugnados contienen –aunque de un modo particular– las razones que llevaron a su dictado* y que impidieron que el actor pudiera ser designado en el cargo al que aspiraba, sin perjuicio de que se las considere válidas o no, cuestión que no ha sido introducida por el interesado, quien pudo haber tomado conocimiento de ellas a través de la vista del expediente administrativo y ejercer su defensa contra esas razones”.

Trataré luego las consideraciones particulares sobre este caso.

3. En el segundo, “*González Lima*”⁶⁵, en un concurso para profesor universitario llevado a cabo por la Universidad Nacional de La Plata, el actor había sido propuesto por unanimidad para su designación como profesor titular por la Comisión que lo había evaluado. Mas luego el Consejo Académico resolvió declarar desierto el concurso. Se cuestionaba que éste no hubiera fundamentado las razones y motivos de la decisión.

En su dictamen, el Procurador General reprodujo las normas estatutarias que preveían las mayorías por las que debían designarse los profesores, en cuanto a la motivación del acto, dijo:

65 Fallos: 329:4577 (2006).

“... es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (Fallos: 324:1860 [caso ‘Lema’, cit.]).

Por ello, la peculiar conformación del órgano trae aparejada una especial forma de adoptar sus decisiones y, por lo tanto, una particular manera de fundarlas. Ésta se lleva a cabo, en éste como en cualquier cuerpo colegiado que exterioriza su voluntad mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y mediante votos individuales de sus miembros en el momento preciso de la deliberación.

(...) Estas deliberaciones, que quedan asentadas en las versiones taquigráficas de cada reunión del Consejo Académico, resultan suficientes, a mi modo de ver, para cumplir con el requisito de la motivación (...) Cada consejero fundó, en la medida de su postura, la votación que creyó conveniente y ahí reside su libertad de opinión y votación como la de todo órgano colegiado donde las decisiones se toma por mayoría”.

Sobre estos dos casos expondré en el número 6 de este acápite.

4. Fuera de esos dos casos, en otros ámbitos jurisdiccionales también se trató el tema. Uno de ellos, y muy importante, es el caso “Zarlenga”, de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 27/12/2002⁶⁶, que trataba de una acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura provincial porque no había incluido al actor en una terna para ser designado agente fiscal.

Este pronunciamiento fue en nuestro Derecho Público de fundamental trascendencia, no sólo por la posibilidad del control de los actos de los consejos de la magistratura, sino también por la doctrina que sentó. La transcripción de los votos es suficiente explicación de esta última.

Dos fueron los votos decisivos que por su entidad he preferido volcar. El primero es el del juez FEDERICO DOMÍNGUEZ, quien en lo esencial dijo:

“... la discrecionalidad no significa libertad absoluta en la decisión de la Administración, por el contrario, la misma se debe encontrar enmarcada dentro de la legalidad y la juridicidad, siendo que además –como todo acto administrativo–, debe cumplir con el fin de la ley respectiva –me refiero a la que ha establecido la discrecionalidad–.

La necesidad de la motivación –que hace a mi convicción–, es que constituye una de las formas para evitar que el órgano administrador obre arbitrariamente. Al motivar sus decisiones, se ve obligado a expresar los motivos, las razones, que hacen a la legitimidad, sobre todo cuando ellos contienen un juicio. De otra

manera, sería consagrar o validar la existencia de una potestad administrativa ilimitada –no posible de concebir– en un estado de derecho.

La motivación del acto administrativo tiene por objeto exteriorizar el íter psicológico que ha inducido al titular del órgano a emanar el acto, de forma tal que haga posible conocer los momentos fundamentales del razonamiento. Para poder apreciar en qué medida un acto es conforme al fin que para él quiere el ordenamiento jurídico, es necesaria una fundamentación precisa y clara, que exprese las razones específicas que en el caso particular inducen a la Administración a la emanación de un determinado acto...”.

Si bien el voto del juez DOMÍNGUEZ fue el que reunió la mayoría de los votos (cuatro; hubieron dos disidencias), el voto concurrente del juez DANIEL SORIA (que tuvo una adhesión), quien es un destacado administrativista argentino, expresó, a mi juicio, con mayor profundidad el tema y con un desarrollo dogmático destacable. Dijo en lo que importa aquí:

“En cuanto al aspecto funcional, el órgano en cuestión despliega una *actividad materialmente administrativa* (arg. art. 166, párrafo final, de la Constitución de la Provincia; v. Comadira, Julio R., “La ubicación institucional del Consejo de la Magistratura y el control judicial de algunas de sus decisiones”, en V.A., Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura, Bs. As., 1999, págs. 173, 174 y ss.; Jeanneret de Pérez Cortés, María, “El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial”, en EL DERECHO, Serie Especial de Derecho Administrativo del 31-7-02, pág. 1). Ello torna pertinente la exigencia de motivación, que, como es sabido, viene impuesta para otras esferas del quehacer estatal como presupuesto de la actuación válida del poder público (arts. 168 y 171, Constitución Provincial).

(...)

En otro orden de consideraciones, tampoco advierto que de la peculiar estructura orgánica de la autoridad emisora del acto surja un fundamento sólido para *enervar el cumplimiento del requisito de motivación*, al punto que lo minime en términos absolutos.

Es posible que, dada su conformación, en el supuesto de los órganos colegiados se presente con mayor asiduidad que en otros supuestos la motivación *per relationem* (conf. Scarciglia, cit., págs. 284-5). Pero fuera de ello, ese tipo de estructura administrativa *nada posee que afecte la obligatoriedad de fundar sus decisiones*. Tal estructura pluripersonal, su forma de deliberación y la formación de voluntad por votación y mayorías, inciden en expresión de sus actos, aun

cuando no conllevan, como obligada consecuencia, la dispensa del cumplimiento de los elementos de validez de su actuar.

Sobre todo, cuando, como acontece en el sub lite, de tal observancia puede seguirse la existencia o inexistencia de una evaluación objetiva de los antecedentes y calidades comprobadas por los postulantes.

(...)

Por lo demás, estimo que el criterio expuesto es el que mejor se adecua a la *vigencia de las garantías relativas a la defensa y la tutela judicial efectiva*, que aseguran a las personas la facultad de acceder a un órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos, así como a obtener una decisión judicial razonablemente pronta, efectiva y eficiente (arts. 18, 75, inc. 22, CN; XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; 15 de la Constitución de la Provincia).

(...)

El actuar del Consejo conforme al trámite disciplinado en la norma objetiva *no refleja sino el ejercicio de la potestad administrativa con ajuste a la garantía del debido proceso adjetivo* (art. 15, Constitución Provincial), mientras que *el fundar sus decisiones conlleva el respeto al principio republicano de gobierno*, al dar cuenta de las *razones* por las cuales aquel órgano descarta de la terna al postulante que aquí acciona, o de los motivos determinantes de la inclusión en la lista favorecida de los candidatos seleccionados” (el destacado me pertenece).

Como puede apreciarse, en el pronunciamiento hay una mayor estrictez en cuanto a la exigencia de la motivación. La resolución impugnada fue anulada.

5. El otro es el caso “*Mattera*”, de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 20/11/2003⁶⁷. En esta acción de amparo, la postulante no había sido incluida en la lista para ser candidato a ocupar el cargo de juez de cámara civil, y esa lista se había obtenido en base a un “consenso” entre los integrantes del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.

En esa oportunidad integraba el tribunal interviniente, y fue mi voto el que decidió la cuestión, a la que se adhirió el otro integrante del tribunal, el juez BERNANDO LICHT, con la disidencia del juez NÉSTOR BUJÁN. Allí, respecto al consenso, sostuvo que:

“... dicho consenso fue necesario para incorporar a los mejores candidatos para integrar la lista complementaria, de donde se sigue que fue en ese momento de determinar quiénes eran los más idóneos entre los mejores –conforme lo exige la Constitución en el art. 16–, donde se ejerció la opción.

67 EDA, 2003-329.

(...)

En definitiva, los juicios emitidos por el Consejo de la Magistratura, al implicar tal margen de apreciación discrecional, pueden rotularse como tolerables o admisibles –es decir, una aserción justificada (conf. Sesín, Domingo Juan, ‘Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica’; Buenos Aires, 1994, pág. 247)– cuando a ellos se arriba en el marco del debate propio de un órgano colegiado y representativo, y dentro de las opciones posibles y válidas admitidas por el ordenamiento. Mas ello no quita que, dada la naturaleza republicana de dicho alto órgano, se den razones o motivos que justifiquen sus decisiones.

(...)

No quiere decir (...) que consenso signifique erigir en valiosa cualquier toma de decisión, sino predicar que una decisión es admisible o tolerable cuando dentro de un conjunto de opciones válidas, puede ser adoptada mediante ese recurso, puesto que, precisamente, una sociedad democrática se sustenta también en el consenso de sus integrantes, pero dentro de los postulados del Estado de Derecho, que es la manifestación jurídica de la democracia.

(...)

Ello es lógico, porque el control judicial no hará una apreciación de oportunidad, sino, antes bien, ‘se dedicará a establecer si el acto administrativo no ha tenido en cuenta las dimensiones de calificación objetiva establecidas en la norma jurídica’ (Fiorini, Bartolomé A., ‘La discrecionalidad en la Administración Pública’, reimpr., Buenos Aires, 1952, pág. 177). De donde se sigue que el método básico para el control judicial del ejercicio de la potestad discrecional será acudir, como antes dije en el consid. 4º, al estudio de la existencia en el caso de los elementos reglados del acto administrativo (conf. docr. de Fallos, 315:1361, consid. 10), puesto que se trata ‘sólo de un juicio lógico jurídico de comparación entre la norma y los requisitos del acto, en tanto aquélla determina, respecto de éste, reglamentamente, sus marcos competencias, causal, de objeto y formal, en lo pertinente y teleológico’ (Comadira, Julio Rodolfo, ‘La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial’ [EL DERECHO, Serie Especial Derecho Administrativo del 29 de marzo de 2000]).

Y ello es así, porque, como escribió Germán Bidart Campos, ‘*Todo es justiciable, lo cual significa que el ojo del juzgador abarca la integridad de la materia administrativa* a efectos de averiguar si en el contenido total de su ejercicio aparece alguna arbitrariedad o alguna sinrazón. Una vez ejercido el control con esa vastedad, el juez dice: esto que controlo es una materia donde el Poder Administrador puede moverse con arbitrio amplio’ (‘¿Materias no justiciables en la

Administración?', ED, 78-703. Ver también esta sala *in re* 'Marengo', del 16 de abril de 1998, [ED, 178-736] voto del juez Buján y concurrente del suscripto).

En ese orden de ideas, toda decisión de naturaleza administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una *motivación suficiente* y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego (conf. doc. de esta sala, *in re* 'Díaz', del 9/6/88; sala IV, *in re* 'S.A.D.E.S.A.', del 7/5/96), 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 estatales...

La motivación traduce, entonces, una exigencia fundada en conferir una mayor protección a los derechos individuales, por lo que su cumplimiento depende de que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto (...).

Ahora bien, si la motivación constituye un componente del elemento forma del acto administrativo, conviene recordar entonces que *las formas en el Derecho Administrativo cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto, justicia y legalidad que deben existir en la actividad administrativa* (conf. Marienhoff, Miguel Santiago, 'Tratado de Derecho Administrativo', 4ª ed., Buenos Aires, 1993, t. II, págs. 308, 309 y 330. Cassagne, Juan Carlos, 'El acto administrativo', 2ª ed., Buenos Aires, 1978, págs. 205 y 214. Comadira, 'El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados', en 'Derecho Administrativo', Buenos Aires, 2003, págs. 541 y sigs., esp. pág. 549). Cabe igualmente recordar que, como dijo nuestro más Alto Tribunal, '*en las formas se realizan las esencias*' (conf. Fallos, 315:106, 317:1333).

Y ello es así porque, el ámbito de libertad que significa el ejercicio de las potestades discrecionales constituye una *actividad que se desarrolla dentro del marco del ordenamiento jurídico* (Cassagne, 'La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial', Revista de Derecho Administrativo, N° 3, págs. 95-107, esp. pág. 104. Mordeglia, Roberto Mario y Schafrik, Fabiana Haydée: 'Las facultades discrecionales', ED, 184-1388), que da razón al contenido del acto administrativo. Precisamente, *son los principios republicanos los que imponen a los distintos órganos estatales dar cuenta de sus actos, para permitir que éstos puedan ser impugnados por los afectados en sus derechos, y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legalidad y razonabilidad* (Comadira y la colaboración de Laura Mercedes Monti, 'Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada', t. I, Buenos Aires, 2002, pág. 202. Id.,

‘El acto administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos’, Buenos Aires, 2003, pág. 44)’ (el resaltado me pertenece).

La decisión del Consejo de la Magistratura fue anulada, y luego de una serie de situaciones que surgieron en ese órgano constitucional, la amparista advino camarista civil.

6. Llegados a este punto, encontramos que lo que está en juego es el alcance que se le debe dar a la exigencia de la motivación de las decisiones estudiadas. En el tema hay que ser práctico, puesto que no hay que pecar ni por exceso ni por defecto. Como en los casos que se le presentan al juez, que no son todos iguales, nada mejor que atender las circunstancias que los rodean.

En efecto, la doctrina de la Corte Suprema se endereza a atender las notas características de la decisión tomada en el seno del órgano colegiado. Estoy de acuerdo. Si, a título de ejemplo en el acta respectiva se vuelcan las opiniones, *fundadas*, de cada miembro que vota no cabe duda que si llevan derechamente a la decisión, ha de tenerse por cumplida la motivación. Esto es parecido a la sentencia que se dicta por los votos de cada uno de los integrantes de un tribunal colegiado, en la medida, claro está, *que haya sentencia*, si no por todos, cuanto menos por las consideraciones sustanciales que conducen al resultado.

Por lo tanto, fundar no significa expresar cualquier argumento, sino aquello que sea razonadamente conducente al resultado. En todo caso, el resto se podrá adherir a una o alguna de las posiciones que se vuelcan en el debate. Hace ya tiempo, en nuestro Derecho Administrativo, antes de la Ley 19.549, DIEZ había incluido entre los actos que precisaban de motivación estaban “los que resolvieran un concurso”⁶⁸.

En nuestra doctrina, COMADIRA había estudiado particularmente la situación del Consejo de la Magistratura nacional –del que integró su primera formación, y fue uno de sus más destacados y reconocidos miembros–, y al tratar la motivación de sus actos, escribió algo que es predicable para todo órgano colegiado:

“La motivación de todos los actos de todos los actos involucrados asume, por ende, un papel decisivo, porque en ella no sólo cumple el órgano estatal con la obligación republicana de dar debida cuenta de sus decisiones, sino que, además, encuentra el ciudadano la explicación razonada de la valoración que lo afecta. Por eso, la motivación no puede estar ausente ni en la terna, ni en el acto que remite el pliego, ni tampoco en la decisión que implica el acuerdo senatorial”⁶⁹.

68 DIEZ, op. cit., ps. 241-242.

69 COMADIRA, JULIO RODOLFO, “El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados)”, en *Derecho Administrativo. Acto administrativo, Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, ps. 541- 557, esp. ps. 553-555.

GORDILLO también precisó el punto que el voto de los integrantes del órgano no necesita ser fundado, “pero sí el acto que el cuerpo dicte”⁷⁰.

Para no extenderme en este tema particular, me permito señalar, reiterando ideas expuestas previamente, que una decisión de un órgano colegiado puede perfectamente estar sustentada en las constancias del debate seguido durante la sesión respectiva, pudiendo tomarse como motivación las manifestaciones de los miembros del órgano, en la medida, como dije, que fueran conducentes. En realidad lo más prolijo sería no sólo el acta, sino luego *motivar* la resolución respectiva, observando los recaudos específicos que con transparencia permitan conocer porqué se adoptó la decisión.

Lo que debe quedar claro es que si se “tolerara” una motivación consistente en las constancias del debate previo, ellas deben tratar el punto concreto que decide la cuestión y no contener cualquier cosa. Me explico: los jueces sabemos que cada causa es un mundo particular al que sólo pueden acceder las partes y los órganos intervinientes del Poder Judicial. Por ello, muchas veces sostener que una sentencia es o no correcta en una situación determinada es algo aventurado.

En esa inteligencia, nada puedo decir sobre lo decidido en el caso “González Lima”, mas sí en el caso “*Caiella*”, porque leí las actas respectivas labradas en la Universidad, entre ellas las que tuvo por valederas como motivación el Procurador General, y una de ellas en particular: nada contiene esta acta que pueda considerarse como el cumplimiento de tal formalidad. Todo lo demás resuelto y asesorado, que también leí, nada dice, salvo vaguedades.

Es decir, si nuestra Corte continuara con esa inteligencia respecto a los órganos colegiados, el principio republicano estaría en riesgo.

7. Otro caso que ha movido mi inquietud, vinculado con los concursos de profesores de las universidades nacionales⁷¹, fue “*Granillo Fernández*”, que tuvo dos etapas ante la Corte Suprema⁷².

a. En la primera, en virtud del dictamen emitido en la causa por el Procurador Fiscal RICARDO O. BAUSSET (Fallos: 330:1407; 2007), quien propuso, y la Corte siguió, revocar la sentencia de dicha Cámara, teniendo como argumento principal que en el caso se había admitido la vía procesal del amparo, cuando en

70 GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., T. III, p. X-17. THEA, FEDERICO G., “La fundamentación de decisiones de órganos colegiados: ¿retroceso en el control judicial de los concursos docentes?”, *LL*, 2007-D-251.

71 Para una lectura de este tópico, recomiendo la lectura del excelente trabajo del profesor SESÍN, DOMINGO, “Motivación y control de los actos administrativos de los tribunales académicos y técnicos”, *Revista Derecho Administrativo*, N° 83, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1373.

72 La exposición de este caso se basa en mi comentario a dicho fallo: “Breves reflexiones sobre el caso ‘G.F.’”, en *El Derecho Serie Especial Administrativo (EDA)*, 2014-188. El caso, en el mismo tomo, fue comentado por RAFAEL CLARK: “Alcance del control judicial sobre la motivación del acto que resuelve un concurso docente en universidades nacionales”.

el caso no era el remedio adecuado para impugnar, sino la acción directa (“recurso de apelación” la llama la ley) contemplada en el artículo 32 de la Ley de Educación Superior 24.521.

Sin embargo, en el voto del juez VALLEFÍN –un experto en materia de amparo– se había sostenido que dicha vía había demostrado su aptitud en el caso, merced al amplio debate y prueba.

Lo curioso es que el Procurador Fiscal no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal según la cual es admisible la vía cuando en las instancias precedentes las partes han contado con la efectiva oportunidad de formular las alegaciones pertinentes y obtener las medidas de prueba conducentes (Fallos: 307:2174; 314:1091; 315:2386; 316:1551), con lo cual se revela que la vía del amparo no ha reducido las posibilidades de la demandada en cuanto a la extensión de la discusión y, en su caso, de la prueba, en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 313:1371; 320:1339).

b. Frente al enjundioso voto de dicho juez, *al que la Cámara se remitió en su nuevo pronunciamiento*, la Procuradora Fiscal LAURA MONTI, invocó, en primer término, la doctrina “Caiella”, al que, dije precedentemente, lo he considerado “poco recomendable”, *hasta olvidable*, respecto a la motivación de las decisiones de órganos colegiados –como los consejos académicos–, conforme lo apunté en otros trabajos recientes, a los que me remito (“La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”, en *XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativos “Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos”*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2013, p. 41 y ss., y “Un precedente poco recomendable como doctrina para la motivación de los actos de los órganos colegiados: el caso ‘Caiella’”, en JUAN CARLOS CASSAGNE (Director), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 649 y ss.).

Pongo de resalto que ante un preciso estudio por parte del juez VALLEFÍN del procedimiento seguido en la votación del Consejo Académico y de la crítica que expuso sobre la endeblez de la fundamentación de la decisión respectiva, en el dictamen no se expusieron, a mi juicio, las razones que llevaban a diluir los argumentos de aquel voto. *No quiere esto decir que el actor haya sido quien tuvo más mérito que el resto, ni la justicia de lo resuelto por la Corte*. No conozco el expediente como para arriesgar opinión.

Mas me parece que no son suficientes dos párrafos para desvirtuar las bases de la sentencia (máxime que la minoría era la del claustro de estudiantes, cuya idoneidad para juzgar sobre algo tan serio como es la evaluación académica de un docente, ya había sido puesta en duda hace años por nuestro recordado profesor GERMÁN BIDART CAMPOS: “La participación estudiantil en los concursos docentes”, ED del 21/5/1993, comentario al caso “Gould”, del Juzgado Federal

de Primera Instancia de Córdoba, del 21/08/1992; sumario N° 45.000. Allí había escrito que “su participación no debe ir más allá de lo indispensable para evaluar la capacidad docente del postulante, pero no para tener voto decisorio”, agregando más adelante: “Pero que un alumno tenga, a más de voz, un voto decisorio en el jurado que compone, parece excesivo”. Obsérvese que el juez VALLEFÍN había centrado la crítica a la motivación del voto minoritario).

La Procuradora Fiscal había escrito en su dictamen, al que adhirió la Corte en su sentencia del 02/07/2013, que:

“[a]l decidir de este modo, bajo la pretensión de ponderar la seriedad de las razones expresadas por los miembros del Consejo Académico, en rigor de verdad, la cámara cuestionó los criterios empleados, realizó una valoración propia de los antecedentes de los postulantes y descalificó las opiniones vertidas por los miembros del órgano universitario con competencia para elegir al docente que considera más idóneo, aspectos que pueden ser debatidos en el seno de la Universidad pero que se encuentran vedados a la revisión judicial según la reiterada doctrina del Alto Tribunal a la que se aludió *supra*.

En este sentido, cabe recordar que V.E. sostuvo que los jueces no pueden sustituir los criterios del jurado –ni de otros órganos que participan en la designación de profesores– e interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional, salvo en los supuestos de arbitrariedad, que no aparece configurado en el sub examine (Fallos: 330:694; 333:1147)”.

Creo que para una mayor seguridad jurídica es preciso contraponer todos los argumentos conducentes a desvirtuar un decisorio que, aún, considero modélico en su factura doctrinaria y por la calidad académica de la persona que lo emitió.

Puedo, por experiencia, decir que para desvirtuar el criterio de una instancia judicial inferior hay que decir concretamente *porqué* la decisión es desacertada –más cuando está fundamentada–, y no, para no caer en dogmatismo, remitir a criterios genéricos, aunque estén sustentados en precedentes judiciales. El hecho de que el juez se interne en el estudio del contenido de una decisión universitaria en nada afecta la autonomía, ni la separación de poderes, cuando advierte arbitrariedad (basta sólo citar el caso “Piaggi”, Fallos: 327:2678; 2004, donde la Corte, siguiendo una línea parecida a la del voto del juez VALLEFÍN en cuanto a la observancia del procedimiento, anuló un concurso en el que se había desplazado a la actora. Y no ha sido el único caso, puesto que en otros, en los que se había estudiado el procedimiento y fundamentación de los decisorios de la alzada,

anulándose lo resuelto por las autoridades universitarias, aplicó el remedio del artículo 280).

En este punto, y para no extenderme, considero que los precedentes de Fallos: 330:694; 333:1147, mencionados en el dictamen, los que a su vez se sustentan en otros más viejos, no resultan acordes con la propia evolución de la jurisprudencia de la Corte en punto a la motivación de los actos administrativos (confrontar los casos “Lema”, Fallos: 324:1860 [2001]. El Derecho – Serie Especial Derecho Administrativo [EDA] 2010-70, y “Schnaiderman”, Fallos: 331:735 [2008]. EDA 2008-430, y “Silva Tamayo”, Fallos: 334:1909, 2011, publicado en EDA del 30/03/2012, con mi comentario: “La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto en un pronunciamiento de la Corte Suprema”), con lo cual se está produciendo una suerte de incoherencia en la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, puesto que si se rasga el fondo de la historia profunda de la doctrina de esos precedentes citados, resultará que, precisamente, fue la que sirvió para que los jueces no controlaran los actos de los poderes públicos.

c. En fin, no pretendo afirmar que lo decidido en la alzada sea lo correcto, sin embargo, faltó en el primer pronunciamiento de la Corte coherencia con su propia doctrina a favor de la tutela judicial, y en el segundo el despliegue de fundamentación suficiente para contestar los argumentos de la sentencia, más allá que en la conclusión de su dictamen la señora Procuradora Fiscal (destacada jurista y docente, por lo demás) haya tenido razón.

VI. LAS ELECCIONES DE LAS TERNAS DE CANDIDATOS

El tema aquí se refiere especialmente a aquellos casos de concursos para ocupar los cargos de jueces o fiscales en el ámbito nacional.

Se produce en estos casos una situación especial de quiebre cuando el Poder Ejecutivo propone de la terna que le presentan a uno de los candidatos de la terna que se le eleva que no ocupa el primer lugar, según fueren los cargos a cubrir. En los textos de remisión de los pliegos por el Poder Ejecutivo al Senado para la designación se observa que solamente solicita el nombramiento, pero no funda absolutamente nada.

1. En el caso “Gutiérrez”⁷³, el actor, que era el primero en la terna, no había sido propuesto por el Presidente de la Nación. El juez ALEMANY en su voto, al que adhirieron los jueces GALLEGOS FEDRIANI y TREACY, sostuvo que “[p]ara juzgar sobre la validez de esta elección no corresponde añadir requisitos que la Constitución misma no exige, ni condicionar la atribución de nombrar a los jueces de los Tribunales Federales en términos distintos de los que resultan del texto

73 Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 31/08/2010. Publicada en *El Dial* bajo esta referencia: Expte. 20.457/04 - “Gutiérrez Jorge Amado c/ EN -HSN - AAD 420 s/ proceso de Conocimiento” – CNACAF – SALA V – 31/08/2010.

constitucional, porque esto implicaría limitar las facultades atribuidas al Poder Ejecutivo de la Nación en el artículo 99 inc. 4 de la Carta Magna”.

La demanda, en consecuencia, fue rechazada.

2. En el caso “Aliotto” (se trataba de un pedido de medida cautelar)⁷⁴ el actor había invocado entre otras cosas lo siguiente, según surge del relato hecho en la sentencia por el juez BUJÁN: el actor quedó preterido en relación con todos los candidatos sin ponerse de manifiesto ninguna causa, razón o motivación de la decisión, violándose el deber de fundamentar la exclusión de los pedidos de acuerdo al Senado que surge de lo dispuesto en los Decretos 222/03 y 588/03. Además, la decisión de la señora Presidenta de la Nación Argentina de preterir al actor sistemáticamente de cinco ternas sin ninguna motivación, aparece como un acto emanado de su sola voluntad y divorciado de los antecedentes de idoneidad moral y profesional que le fueron reconocidos por los órganos públicos pertinentes.

El juez BUJÁN, en su voto que formó mayoría, sostuvo en lo que interesa, que “la Presidente de la Nación no se encontraría, en principio, normativamente obligada a fundar el acto por el que, al emitir un mensaje solicitando el acuerdo del Senado, formula una elección entre los candidatos que surgen de la terna vinculante y de las sucesivas ternas que se conforman a partir de la lista complementaria –cuando como en el caso se trata de un concurso múltiple– previamente aportadas por el Plenario del Consejo de la Magistratura”.

Quien esto escribe, votó en disidencia, al sostener que en virtud de lo establecido en el artículo 9 del Decreto 222/2003, y de acuerdo a los considerandos y texto del Decreto 558/2003, era necesaria la fundamentación de la propuesta por parte del Poder Ejecutivo.

3. Otro caso que puede incluirse es “*L. C. E.*”, del 28/06/2012, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán⁷⁵. El actor había participado en seis concursos previos para ocupar cargos en la Fiscalía de Instrucción Penal, pero ninguna de las ternas formadas fue seleccionada por el Gobernador. En la última, que motivó la causa, había resultado primero y tampoco había sido seleccionado.

Más allá de la discusión procesal si era o no competente la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la provincia, puesto que la Corte Suprema sostuvo que era de su competencia por tratarse de un acto “político-institucional”.

74 Pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 30/06/2009, *LL*, 2009-E-671, *Suplemento de Derecho Constitucional*, con el comentario de MARÍA ANGÉLICA GELLI, “La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad (El caso del juez Aliotto)”.

75 EDA 2012-342. Este pronunciamiento fue comentado por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA, en la serie especial *El Derecho Constitucional* (EDC), 2012-584.

Sostuvo, al efecto, que la elección por el Gobernador de uno de los integrantes de la terna elevada por el Consejo Asesor de la Magistratura, “se trata de un acto del Poder Ejecutivo de naturaleza discrecional en el más genuino sentido de la expresión, pues como bien enseña García de Enterría (*Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, págs. 466-467), la verdadera y propia discrecionalidad ‘es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración’.

En ese marco, se advierte que el nombramiento de un magistrado o funcionario constitucional conserva una politicidad propia, dado que si bien el legislador tuvo como objetivo acotar a su mínima expresión la dimensión política en el proceso de designación, no quiso prescindir de ella, y no debe verse en esa participación de los órganos políticos (Poder Ejecutivo y Legislativo) un aspecto intrínsecamente negativo, dado que las delicadas funciones y atribuciones con las que cuentan los magistrados, fiscales y defensores, torna lógico que –una vez asegurado el recaudo de idoneidad– también exista un margen electivo a los otros dos poderes. De esa forma se garantiza, no solo una aptitud profesional, sino también un mínimo de legitimación democrática fruto de un consenso político, que tiene en cuenta, entre otros factores, la cosmovisión filosófica y la convicción democrática de los postulantes.

(...)

Es decir, que la discrecionalidad con que cuenta el Poder Ejecutivo al momento de elegir uno de los tres integrantes de la terna responde, como se dijo, a la naturaleza de ese acto, que constituye un juicio de valoración político institucional –al igual que el que realiza la Legislatura– y, por ende, no objetivable ni pasible de ser valorado con mecanismos técnicos.

(...)

Por tratarse de un juicio singular en ejercicio de la virtud de la prudencia, y referido a condiciones personales de candidatos que se encuentran en el mismo plano de igualdad donde por hipótesis ninguno es mejor que otro, es una proposición no objetivable. Por ello, el acto no requiere más motivación que la proporcionada por todo el procedimiento previo a su emisión”.

Entiendo que los argumentos, hasta filosóficos (de cariz iusnaturalista) en algunos tramos del fallo, podrían tener ribetes aceptables, pero para un mundo en que la actuación de los poderes públicos se moviera por los carriles de la juridicidad. Desgraciadamente, la realidad nos muestra, en muchos casos, otra cosa, aunque se rodee de frases grandilocuentes y elevadas.

4. Los precedentes citados me sirven para señalar un aspecto sobre el que no sólo jueces, sino también profesores, no tienen acabado conocimiento.

En primer lugar, parece que hay un olvido del artículo 1 de la Constitución, conforme el cual adoptamos la forma republicana de gobierno (o forma de Estado como sostenía el maestro BIDART CAMPOS), lo cual significa nada más y nada menos que transparencia y publicidad, ello es, dar razón de los actos.

Vamos a estos casos: hay una razón que hace a la transparencia de los actos de gobiernos, no sólo que ellos se conozcan –salvo lógicamente que existan motivos justificados de secreto de Estado–, sino que en ciertos casos nos digan a nosotros, el pueblo de la Nación, porqué así se decide. Es decir, porqué, por ejemplo, no se eligió al primero y sí al último: ello hay que fundarlo, y en la forma señalada precedentemente en los casos mencionados.

5. Ahora bien, frente al asombro con el que algunos, entre ellos algún profesor, me dijeron cómo es posible exigir que el Presidente de la Nación tenga que motivar actos semejantes, si el texto de la Constitución no lo exige. Mi respuesta es, simplemente, *sí*. Basta para ello una *interpretación jurídica y republicana* de nuestra Constitución.

En segundo lugar, la Ley de Ética Pública, a la que me referí más arriba le impone al Poder Ejecutivo dicha obligación en su artículo 2, inciso *e*).

En definitiva, el Presidente de la Nación no está en modo alguno impedido de proponer al último integrante de la terna, *pero debe fundarlo*, y mucho más que si sólo fuere la del primero de ésta.

6. Surge aquí una pregunta nada desdeñable: ¿qué ocurriría si la Justicia controlara el acto y anulara la designación hecha previo acuerdo del Senado?

a. En el caso “Gutiérrez”⁷⁶, antes mencionado, el juez ALEMANY dijo en su voto que “el hecho de que el concurso N° 90/03 haya culminado con el nombramiento de uno de los integrantes de la terna elevada por el Consejo de la Magistratura, no implica que el procedimiento previsto para realizar la designación hubiera sido válidamente observado, ni que haya desaparecido el presupuesto fáctico que dio lugar al agravio constitucional alegado por la actora”.

De ello podría entenderse que la designación del candidato propuesto por el Ejecutivo no impediría la posterior anulación.

b. Ello ocurrió en el caso “M”⁷⁷, donde en su decisión el Tribunal anuló la calificación que se le había asignado en el concurso al actor. Pese a ello, el Senado de la Nación igual aprobó los pliegos, y se efectuaron los nombramientos de magistrados.

La Corte, en su sentencia del 08/02/2011, simplemente aplicó la doctrina no sólo de que la cuestión había devenido abstracta, sino del “*fait accompli*”. En

76 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 31/08/2010, *El Dial* del 21/10/2010.

77 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 25/08/2009.

otros términos, la asunción en tales circunstancias prácticamente borra los vicios que dieron lugar a la anulación⁷⁸.

7. En fin, para no continuar con el tratamiento de este acápite, cuadra advertir que lo que se observa es que en casos como algunos de los expuestos, vinculados con la selección de magistrados y funcionarios judiciales, la simple lectura de los antecedentes lleva a dudas sobre las razones últimas de sus resultados.

Muchas veces, como antes dije, se invocan argumentos que pueden ser aceptables en una sociedad cuyas instituciones ostentan transparencia republicana y donde los funcionarios y gobernantes no tienen otro propósito que observar la juridicidad en la elección de los más idóneos. Pero cuando aparecen extraños nubarrones que no permiten acreditar ante el pueblo tal transparencia y juridicidad, la motivación es el mejor remedio para, *prima facie*, mostrar que la actuación de los órganos responsables reunió tales cualidades republicanas.

78 Para no extenderme más en el tema, sólo transcribiré en esta nota las partes pertinentes de la sentencia de la Corte: “6°) Que con arreglo a las circunstancias sobrevinientes puestas de manifiesto, la cuestión ventilada en estos autos ha devenido abstracta en la medida en que el procedimiento previsto por la Constitución Nacional para la designación en la magistratura judicial –para cuyo nombramiento concursó el demandante– ha concluido en sus diversas etapas con la intervención de cada una de las autoridades nacionales en cuyas manos ha sido puesto el ejercicio de las atribuciones respectivas, además de que *el juez designado ha asumido el cargo* al haber prestado el juramento que prescribe el art. 7° del decreto ley 1285/58. *En estas condiciones es inoficioso un pronunciamiento del Tribunal* sobre la cuestión –que como federal promueve el Estado Nacional– concerniente a la revisión judicial llevada a cabo por la cámara respecto de la calificación discernida por el jurado del concurso, y considerada válida por el Consejo de la Magistratura, a la prueba de oposición rendida por el actor.

7°) Que, sin embargo, median circunstancias que imponen aplicar el criterio con arreglo al cual, aun cuando no exista interés en las partes que sustente la intervención del Tribunal para resolver la cuestión, éste conserva la jurisdicción necesaria para evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado cause al recurrente un gravamen no justificado derivado de su mantenimiento (Fallos: 307:2061 y sus citas).

8°) Que ello es lo que sucede en el sub lite, pues de ser dejada firme la sentencia apelada, en tanto ordena al Consejo de la Magistratura que evalúe nuevamente el examen escrito del actor en el marco de un procedimiento de selección de magistrados inequívocamente concluido, dicho mandato solo se traduciría en imponer al órgano mencionado la realización de una tarea con una finalidad meramente académica, que es estéril en cuanto a la suerte final de la cobertura del cargo cuya vacancia dio lugar al concurso que fue parcialmente impugnado en el sub lite. Ello es así pues, en el mejor de los casos, la nueva calificación que se realice por parte del consejo sobre la base de las exigencias puntualizadas por la cámara, llevaría siempre a un resultado inocuo, al no ser apto para modificar la realidad existente en lo que atañe a la integración de la terna efectivamente considerada para la designación en el cargo concursado, situación que no se compadece con la misión asignada al Poder Judicial de la Nación de resolver colisiones efectivas de derechos (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2° de la ley 27)” (los resaltados me pertenecen).

Los jueces, precisamente, no debemos ser los que favorezcamos tales situaciones anómalas.

VII. ¿DEBEN MOTIVARSE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS DECRETOS DELEGADOS?

En primer lugar, *nada se opone ni legal ni constitucionalmente* a la obligación del Poder Ejecutivo de “fundamentar” al igual que el resto de sus actos (cfr. artículo 2, inciso *e*) de la Ley de Ética Pública, y 7, inciso *d*) de la LNPA).

En segundo lugar, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido a la motivación de diversas formas. Así, respecto a los DNU, y luego del desafortunado y olvidable caso “Rodríguez”⁷⁹, a partir del caso “Verrocchi”⁸⁰ (voto de los jueces FAYT, BELLUSCIO y BOSSERT) la Corte fue clara en el considerando 9, luego de fijar las condiciones que habilitan el dictado de los DNU, al sostener que “la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales de un decreto”.

No puedo obviar aquí el voto de la recordada (y, más allá de algunas diferencias, por mí admirada) jueza ARGIBAY, en la causa “Massa”⁸¹ cuando con un coraje asombroso llegó a sostener que “cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien *demuestre* que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición antes sentada [art. 99, inc. 3]” (el énfasis me pertenece). Si bien fue un voto parcialmente disidente con la mayoría, su valor republicano lo asenté en un trabajo de hace unos años⁸².

En “Consumidores Argentinos”⁸³, que siguió las líneas trazadas en “Verrocchi”, y en un momento en que por voceros políticos del Gobierno se afirmaba que los jueces no podían controlar los DNU porque su dictado estaba sujeto a criterios de oportunidad, mérito y conveniencia exclusivos del Ejecutivo, afirmó el Tribunal que “cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo (...) El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (considerando 13, voto de los jueces LORENZETTI, FAYT y ZAFFARONI; los jueces HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA, coincidieron, en lo que aquí interesa con tal criterio; mientras que los votos concurrentes de la jueza ARGIBAY y PETRACCHI, por

79 Fallos: 320:2851 (1997).

80 Fallos: 322:1726 (1999).

81 Fallos: 329:5913 (2006).

82 COVIELLO, PEDRO, “El voto de la jueza Carmen M. Argibay en la causa ‘Massa’”, *El Derecho Administrativo* (EDA), 2007-498.

83 Fallos: 333:633 (2010).

distintos caminos). De la lectura de los fundamentos se extrae que la Corte partió del estudio de la motivación (que así la conceptúa en el considerando 14, tercer párrafo) y su confronte con el supuesta situación excepcional que daba razón a la norma impugnada.

Estos mismos conceptos fueron reiterados en la causa “*Asociación Argentina de Compañías de Seguros*”, del 27/10/2015.

De dichos precedentes se extrae que en este tópico de los DNU la motivación es un elemento sin duda necesario. Por ello, aunque se acepte que la materia de ellos es legal formal, propia del Legislativo, no es aceptable que se considere que no existe norma constitucional que obligue a motivarlos, como sostiene una doctrina⁸⁴. Y ello porque el Poder Ejecutivo tiene su propia forma de expresarse institucionalmente y dar las razones de sus actos. Mientras nuestros representantes del Congreso tienen su forma de manifestarse a través de la discusión parlamentaria y los votos consecuentes, el Ejecutivo, como cabeza de la Administración que es, lo hace a través de un procedimiento específico exigido por la forma republicana de gobierno y por las normas consecuentes, como lo son la LNPA y la Ley de Ética Pública.

Por otra parte, si se considera que su dictado se sujeta a criterios de oportunidad, mérito y conveniencia por ser una valoración estrictamente política, y que el Presidente puede elegir libremente si dictar un DNU o formular su iniciativa al Congreso⁸⁵ –criterio del que no participo en lo absoluto–, sería, precisamente, aún más exigible la motivación.

Finalmente, en cuanto a los decretos delegados, no ha habido discusión alguna en cuanto a la necesidad de su fundamentación, y, es más, en el caso “*Colegio Público de Abogados*”⁸⁶, la Corte sostuvo que “el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor *deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado*” (considerando 12). Ello, sin duda, aparece en la motivación.

Sin embargo, aquí debo formular una pequeña crítica al fallo: si las bases no son claras, por más que se motive, el decreto será nulo, y hasta me atrevo a decir que la propia norma delegante sería inconstitucional, puesto que la falta de claridad normativa atenta contra la seguridad jurídica y la transparencia republicana, y sobre todo, a tenor de las propias características excepcionales y restrictivas

84 BARRA, RODOLFO CARLOS y LICHT, MIGUEL, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *LL*, 03/03/2016.

85 Cfr. BARRA y LICHT, op. cit.

86 Fallos: 331:2406 (2008).

que asigna el artículo 76 de la Constitución Nacional. De allí que no coincida con la parte de dicho considerando donde se lee: “Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas”. Si éstas son indeterminadas, considero que la norma delegante es inválida.

VIII. CONCLUSIÓN

La motivación es la manifestación y justificación del comportamiento jurídico administrativo. Su vinculación con la causa del acto es entrañable, a punto tal que el vicio de uno u otro no es indiferente para la existencia conjunta. Un acto podrá ser muy motivado, pero si la causa es ilegítima o falsa, de nada servirán las vanas y extensas frases. Muchas veces he apreciado que cuando mucho se escribe para justificar una decisión, aparece la duda sobre la veracidad de lo que se dice. La verdad es ontológicamente simple.

Las palabras más arriba reproducidas de IGARTÚA SALAVERRÍA son las que en la experiencia personal me han guiado –aun antes de leer su monografía– en el control, como juez, de los actos de los poderes públicos. Y a lo largo de este trabajo se puede comprobar –es lo que he intentado– que hay cada vez una más clara, y no vaga, conciencia de lo que es y debe ser en la práctica la motivación.

Sabemos por experiencia que la lucha por el Derecho no es sólo el título de una obra jurídica. Es la constante lucha de todos nosotros, sea cual fuere el menester jurídico que tengamos, para que los poderes estatales conformen su actuación al orden jurídico. No interesa el encaje nominativo que le demos a ese logro: Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, Estado de Justicia, Estado Constitucional de Derecho, y otras tantas parecidas, que en el fondo son fórmulas que apuntan a un mismo fin jurídico y ético, por más diferencias que se le pretenda buscar.

Hoy en día la motivación es una exigencia de la forma republicana de gobierno, que, en el marco de las modulaciones dadas a esas denominaciones citadas, significan transparencia, publicidad, justicia, razonabilidad y veracidad en aras de una paz jurídica, en lo formal y en lo sustancial, porque como dijo nuestra Corte Suprema, “en las formas se realizan las esencias”.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina