

EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. EL CASO DE LOS ELEMENTOS REGLADOS DEL ACTO

ROGELIO W. VINCENTI

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Contencioso Administrativo Federal;
Profesor Adjunto regular de Derecho Administrativo;
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de legalidad y asignación de potestades administrativas. III. El reconocimiento judicial. IV. La ausencia de control judicial ante actos discrecionales. V. El camino hacia el pleno reconocimiento del control judicial. VI. Carácter mixto de los actos administrativos. VII. Elementos reglados del acto y control de la discrecionalidad. VIII. De los elementos en particular. IX. Alcances del control judicial. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del control de la discrecionalidad administrativa es uno de los más controvertidos de nuestra disciplina, a tal punto que se ha dicho del poder discrecional que es el verdadero caballo de Troya del Derecho Administrativo¹ y son muchos los autores que se han dedicado a estudiar, formular y desarrollar diferentes técnicas para controlar su ejercicio.

Por nuestra parte, en esta oportunidad abordaremos el tema del control de los aspectos reglados de los actos que dicta la Administración en ejercicio de facultades discrecionales, tomando como base los criterios que utilizan nuestros tribunales, pues nos parece más efectivo examinar cómo los órganos judiciales aplican –y en qué medida– las pautas que trabajosamente y desde hace mucho tiempo viene elaborando la doctrina.

En esta tarea nos concentraremos en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales federales, aunque también

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983, p. 24, quien atribuye la frase al jurista suizo HANS HUBER.

haremos mención a las decisiones que se adoptaron en otras jurisdicciones, en la medida en que contribuyan a clarificar el panorama sobre esta cuestión.

Sin perjuicio de ello, a fin de otorgar una visión más completa del tema, en forma previa consideramos necesario poner de relieve algunas cuestiones vinculadas con la aplicación del principio de legalidad que rige el accionar administrativo, así como establecer precisiones sobre los conceptos de facultades regladas y discrecionales para, a partir de esa plataforma, presentar los distintos criterios y parámetros que utilizan nuestros tribunales para controlar el ejercicio que de tales facultades hace la Administración.

II. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y ASIGNACIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Actualmente está plenamente aceptado que la Administración actúa sometida a la legalidad, así como que, por aplicación del principio de legalidad, toda conducta administrativa debe estar justificada por el ordenamiento jurídico, es decir debe contar con respaldo jurídico. Las razones que explican este aserto surgen tanto de la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria y no de una persona en particular como del principio técnico de la división de poderes².

No es el momento de explicar la evolución que tuvo este principio de legalidad –empezando por la doctrina de vinculación negativa (*negative Bindung*) hasta llegar a la doctrina de vinculación positiva de la Administración a la legalidad (*positive Bindung*) que hoy está universalmente aceptado–, sino de recordar que la sustancia del principio opera como una cobertura legal de toda la actuación administrativa pero a modo de habilitación previa para legitimarla y no como límite de la conducta administrativa³.

III. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

La aplicación de este principio está firmemente asentada en la jurisprudencia de nuestros tribunales y así lo ha señalado en más de una oportunidad la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que “... en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos que desarrolla su actividad, la

2 Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 8ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 425 y ss. Con relación al Derecho argentino, v. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, ps. 115-171. Utilizamos el concepto *principio de legalidad* en sentido amplio, es decir comprensivo de ordenamiento jurídico o bloque de legalidad. Alguna doctrina prefiere hablar de *principio de juridicidad* de la Administración, aunque en esencia se refiere al mismo fenómeno (v. gr. MERKL, entre los autores extranjeros, y COMADIRA, entre los nacionales).

3 Ver SPACAROTEL, GUSTAVO D., “El principio de legalidad y los alcances del control judicial”, LL, 2006-A, 1216.

administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal”⁴, y si bien en ese caso particular se trataba de un contrato administrativo, el principio también se aplica a toda la actividad administrativa –tal como se encargó de resaltar la Corte Suprema– y tiene como correlato, entre otras manifestaciones, la potestad de que disponen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores emitidos de manera irregular, o sea, aquellos que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves en su forma, competencia o contenido.

Más cercano en el tiempo, al resolver la causa “Rizzo”, la Corte Suprema volvió a reiterar este principio y señaló claramente que “... ni el Legislativo ni ningún otro departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47)” y, en ese sentido, explicó que “... es por ello que a ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues ‘toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento (...) que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo’ (Fallos: 155:290)”⁵.

Del mismo modo, otros tribunales también explicaron que el principio de legalidad no solamente supone la sumisión de la actividad administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo, sino que también importa el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes y, finalmente, la sumisión de los actos concretos a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad. Este principio impone a la Administración Pública un obrar sujeto a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad y de oportunidad, conveniencia

4 CSJN, 22/12/1993, “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos: 316:3157, considerando 7, JA, 1994-III-337. Este mismo criterio se reiteró en Fallos: 321:176. En otros precedentes, se indicó que “el denominado principio de legalidad, integrado en forma indivisible con el de razonabilidad o justicia, resulta esencial y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como una realidad dinámica”, Fallos: 312:1686, disidencia del juez BELLUSCIO.

5 CSJN, 18/6/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel [apoderado Lista 3 Gente de Derecho] s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar [Expte. N° 3034/13]”, LL, 2013-D, 30.

o mérito⁶, pues de nada vale la proclamación de tal legalidad, si ella no viene acompañada de un control eficiente a través de órganos que guarden una debida independencia respecto de quien controla⁷.

Sentado entonces que la Administración se encuentra vinculada al ordenamiento jurídico y que este debe habilitarla para actuar, vemos también que la asignación de tales potestades puede ser de carácter reglado o discrecional.

Si bien no es objeto de este trabajo explicar en detenimiento las diferencias entre ambas clases de potestades que pueden ejercer los órganos administrativos, conviene recordar que en el primero de tales casos la ley determina en forma completa todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construye un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias⁸. Como también se ha dicho, las potestades serán regladas cuando su ejercicio depende de un criterio casi automático, es decir, cuando en el marco de un supuesto de hecho determinado, la Administración debe aplicar las consecuencias prefijadas por el orden jurídico, sin posibilidad de optar entre dos o más consecuencias legalmente posibles e igualmente válidas en términos de derecho, sino que debe limitarse a aplicar cierto consecuente preciso y determinado⁹. Así, nuestros autores destacan que, en el caso de las facultades regladas, la norma jurídica predetermina en forma concreta la conducta que debe seguir la Administración, de modo tal que a los órganos administrativos sólo les corresponde su aplicación en los casos definidos por el ordenamiento¹⁰.

Por otro lado, en el caso de las potestades discrecionales, el ordenamiento jurídico establece algunas de las condiciones para su ejercicio y remite a una estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien, finalmente, en cuanto a ambos elementos, pero en todos los casos lo determinante es que aquélla no se encuentra libre para adoptar la decisión sino que tiene la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones iguales que son indiferentes en términos jurídicos de valor¹¹.

6 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 20/10/1994, "Silva San Martín, Graciela c/ Ministerio de Salud y Acc. Soc. s/ Juicio de conoc."

7 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 25/03/1997, "Cedale, Eduardo A. y otros c/ E.N. s/ empleo público" (voto del juez GALLI, considerando 12), Causa 1231/91.

8 Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. cit., p. 444.

9 Conf. BALBÍN, CARLOS FRANCISCO, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 485.

10 Ver, en tal sentido, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho de Derecho Administrativo*, T. I, 8ª ed., FDA, Buenos Aires, 2003, p. X-10; MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 647, entre otros.

11 Conf. autores y obras citados en notas anteriores, así como SESÍN, DOMINGO J.,

En síntesis, tal como lo resumió la Corte Suprema, mientras que “en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del supuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)–, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”¹².

Es claro que el control del ejercicio que se puede realizar en uno y otro caso es sustancialmente diferente, porque cuando las opciones de la Administración se encuentran predeterminadas por el ordenamiento, entonces es suficiente con la mera constatación de que aquéllas sucedieron para concluir si el acto es válido o fue dictado en violación a dichos parámetros que, reiteramos, están preestablecidos por el ordenamiento. Se trata, como se indicó, de una aplicación casi automática y, por lo tanto, un control más sencillo de realizar.

El gran inconveniente surge cuando se trata de evaluar si la Administración realizó un ejercicio legítimo de las facultades discrecionales que le otorgó el ordenamiento jurídico, pues en este caso, por la propia naturaleza de estas atribuciones, los límites son más flexibles y diferentes de los que se utilizan para controlar el otro tipo de facultades. Diferentes tipos de controles sí, pero en ningún caso ausencia de control, pues ello sería tanto como negar en su aplicación práctica el principio de legalidad que rige el obrar administrativo.

Tener claro estas cuestiones es fundamental, porque precisamente la gran evolución que se dio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia tiene que ver con la posibilidad de controlar el modo en que la Administración ejerce las facultades discrecionales que le confiere el ordenamiento jurídico. En efecto, hasta no hace mucho tiempo se pensaba –y se obraba en consecuencia– que cuando la ley no establecía la forma en que la Administración debía actuar, ésta se encontraba libre de hacerlo según lo estimara más conveniente y sin ningún límite de tipo jurídico, es decir, la discrecionalidad servía para impedir el control judicial de las decisiones administrativas y, tal como es fácil de comprobar, siempre, en alguna medida, existe una facultad discrecional, desde que no es posible reglar

Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Depalma, Buenos Aires, 1994.

12 CSJN, 23/06/1992, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, Fallos: 315:1361, LL, 1992-E, 101.

absolutamente toda la conducta administrativa hasta en sus mínimos detalles. De ello derivaba que, en la mayoría de los casos, no se podía controlar los actos que aquella dictaba al amparo o con sustento en una facultad de este tipo.

IV. LA AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL ANTE ACTOS DISCRECIONALES

Como decíamos, la primera y más simple conclusión que se extrajo de la existencia de facultades discrecionales consistió en negar el control judicial de su ejercicio, de modo tal que en estos casos la decisión administrativa no podía ser cuestionada ante los órganos judiciales¹³.

En efecto, de modo inicial nuestros tribunales consideraron a la discrecionalidad como un espacio libre de vinculación a la ley y al control judicial. El fundamento básico de esta posición estaba dado por la interpretación rígida del principio de división de poderes, por el cual el Poder Judicial se autolimitaba en el control de las decisiones adoptadas por los otros poderes estatales. En esta línea de pensamiento se inscriben los precedentes de la Corte Suprema “Ríos”, “Seste”; “Cullen c/ Llerena”, entre otros¹⁴.

Como bien se ha puesto de manifiesto, este discurso fundacional en torno a la división de poderes y al rol del Poder Judicial en relación con el control de la actividad administrativa se puede considerar cerrado con la decisión de la Corte Suprema en el caso “Bonevo”¹⁵, cuando sostuvo “que la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el Judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público”¹⁶.

13 Este fenómeno no fue exclusivo de nuestro país, sino que también se dio en otros ordenamientos. Precisamente, el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA enseñaba que el régimen vigente en España, anterior a la sanción de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956, contemplaba tres grandes círculos de actuación inmunes a la fiscalización judicial: los actos discrecionales, los actos políticos y los actos reglamentarios (Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA *La lucha...*, op. cit., p. 22). Cabe señalar que en la actualidad, la jurisdicción contencioso administrativa está regulada por la Ley 29/1998, del 13 de julio (B.O. 14/07/98), con distintas modificaciones.

14 CSJN, Fallos: 1:36; 1:319; 54:420, respectivamente.

15 CSJN, Fallos: 155:248.

16 Ampliar en COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, ps. 627-649, que contiene una completa información sobre los criterios jurisprudenciales de revisión de este tipo de actividad.

No obstante, cabe señalar que esta línea interpretativa se encuentra en franco retroceso, cuando no abandonada en muchos casos, a tal punto que se la puede considerar que pertenece a la historia del Derecho Administrativo¹⁷.

V. EL CAMINO HACIA EL PLENO RECONOCIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL

Poco a poco la cerrada negativa a controlar judicialmente la actividad administrativa fue perdiendo terreno y los tribunales –principalmente la Corte Suprema– empezaron a permitir el examen judicial de ciertas decisiones, primero en forma tímida y limitada y luego ya de modo ordinario.

A fin de no extender en demasía este trabajo, sólo mencionaremos algunos de estos casos para luego concentrarnos en aquellos que sí son referentes de la nueva y vigente línea jurisprudencial. Como avance en materia de control cabe señalar al caso “Dri”, en el que el Máximo Tribunal si bien reconoció las facultades de la Administración en materia de gestión de personal, en particular para determinar la ubicación de los agentes en los distintos grados del escalafón, dijo que ello era así “*al menos en tanto no importe una cesantía encubierta*”¹⁸, extremo que consideró que no se había acreditado en esa causa.

Con el caso “Industria Maderera Lanín S.R.L.”¹⁹, se afirma la idea del ejercicio razonable de las facultades discrecionales y la posibilidad del control judicial cuando se traspone ese límite. Dijo en esa oportunidad el Tribunal: “... la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia...” y en otro caso que resolvió poco tiempo después sostuvo que “la revisión de un acto administrativo emitido en uso de facultades discrecionales, únicamente podría operarse en sede judicial, cuando se haya obrado en forma arbitraria o irrazonable”²⁰.

Precisamente, la razonabilidad o ausencia de arbitrariedad en la decisión administrativa es uno de los criterios más utilizados por el Tribunal para controlar judicialmente el uso que la Administración hace de las facultades que le otorga el ordenamiento, en especial cuando son de carácter discrecional. Este parámetro se aplicó en distintas materias, tales como el ejercicio de la potestad reglamentaria²¹,

17 Conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, ED, 186-600.

18 CSJN, Fallos: 264:94. Este mismo criterio se aplicó en Fallos: 295:806; 302:1503 y 321:703, entre otros.

19 CSJN, Fallos: 298:223.

20 CSJN, Fallos: 305:102, 318:554.

21 CSJN, casos “Almirón” y “Arenzon”, Fallos: 305:1489 y 306:400, respectivamente.

o en temas de empleo público²² y, en particular, con respecto al uso de los poderes disciplinarios sobre los agentes públicos²³, o de los criterios utilizados para evaluar las condiciones para ascender en la carrera administrativa²⁴.

Así, luego de aplicar en numerosos casos judiciales algunos de los criterios indicados para controlar el ejercicio que la Administración realizó de las facultades que le otorga el ordenamiento, corresponde retener la doctrina del Alto Tribunal que enseña como principio que “la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable”²⁵.

Lejos queda aquel criterio restrictivo y limitante del control y, en cuanto al primigenio obstáculo que importaba la rígida interpretación del principio de división de poderes, la doctrina actual del Tribunal a este respecto se expresa bien con la decisión del caso “Solá”, en el que se indicó que “es la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de las exigencias de la ley 19.549, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional”²⁶.

Sentado entonces que en cualquier caso se puede ejercer el control de la actividad administrativa y que no es impedimento para ello la existencia de facultades discrecionales, corresponde avanzar en algunas precisiones sobre los elementos reglados que pueden existir en los actos administrativos.

VI. CARÁCTER MIXTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La doctrina tempranamente explicó que los actos administrativos en ningún caso son íntegramente discrecionales ni totalmente reglados, porque siempre confluyen en su formación aspectos en parte reglados y en parte discrecionales, es decir aquéllos contienen aspectos de una y otra facultad.

En efecto, se puede constatar que ciertos elementos del acto administrativo están regulados por el ordenamiento –tal es el caso de la competencia y de otros requisitos que veremos en seguida, por ejemplo–, mientras que en otros aquél

22 CSJN, Fallos: 308:727; 311:1206; 319:1201 y 331:735.

23 CSJN, Fallos: 307:639.

24 CSJN, Fallos: 320:147. Para un examen de la aplicación de este criterio, ver BUDASSI, IVÁN FERNANDO, *El control de razonabilidad en la doctrina de la C.S.J.N. Algunas reflexiones sobre su eficacia*, RDA, Año 8, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 211-249.

25 CSJN, Fallos: 315:1361; 323:1321.

26 CSJN, 25/11/1997, “Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público”, Fallos: 320:2509.

le asigna a la Administración la potestad de actuar discrecionalmente, siempre dentro de límites jurídicos.

Esta distinción se consagró jurisprudencialmente en el caso “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, que la Corte Suprema resolvió en 1992, ya citado, de singular relevancia para el tema que estamos analizando y, por ello, conviene detenerse en su examen.

A fin de evaluar la decisión administrativa que se cuestionaba en esos autos –que había dispuesto cancelar la emisión de un programa en una radio nacional–, y teniendo en cuenta que ambas partes habían reconocido la naturaleza discrecional del acto impugnado, el Alto Tribunal fijó varias directrices para resolver la cuestión, que son plenamente aplicables en la actualidad.

En primer término, descartó de plano que la discrecionalidad signifique autorización para obrar en ausencia de una norma que así lo disponga y sentó la buena doctrina en cuanto a que las facultades de aquel tipo siempre son legales, es decir, es el ordenamiento el que habilita a los órganos administrativos a obrar discrecionalmente y establece la medida de tal potestad. En términos elocuentes, indicó que: “... superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal –por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad– se ha admitido hace ya largo tiempo que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma”²⁷.

En segundo término, este caso es trascendente porque la Corte Suprema relativiza la distinción tradicional entre potestades regladas y discrecionales, al recordar que tanto la doctrina como el Consejo de Estado francés ya habían abandonado la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque y, por lo tanto, habían reconocido la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo y la fiscalización de los que anteriormente se consideraban discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados²⁸.

Antes de ingresar al examen puntual de los aspectos reglados del acto y el control de la discrecionalidad que ellos suponen, conviene resaltar que otros

27 Conf. considerando 7.

28 Conf. considerando 9, con cita de DE LAFERIÈRE, EDOUARD (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Vol. II, 2ème édition, Berger-Levrault et Cie., Paris, 1888/1896, p. 424), del precedente “Grazietti”, del 31 de enero de 1902, del Consejo de Estado galo y de la posición del juez BELLUSCIO en el caso de Fallos: 312:1686.

tribunales también admiten esta distinción a efectos de realizar la revisión judicial de la actividad administrativa.

En efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo la revisión judicial plena, suficiente y adecuada del acto administrativo, tanto en los aspectos reglados cuanto en los discrecionales y, a tal fin, recordó que ambos coexisten en toda actuación administrativa, puesto que siempre existirá alguna norma o principio que fije de antemano ciertas pautas a las que deberá ajustarse el administrador. En consecuencia, el concepto de acto discrecional se limita a la existencia de un margen de discrecionalidad mayor que en otros, lo que reduce el marco de revisión judicial. Como corolario, ningún acto es irrevisable por tener algún contenido discrecional; sólo podrá serlo en esa parte discrecional, en aquello en que el funcionario puede emplear su propio criterio sin encontrarse normativamente obligado a actuar de una forma determinada²⁹.

Del mismo modo, los tribunales provinciales también han señalado que no existen actos estrictamente reglados o totalmente discrecionales, sino que, en todo caso, tales caracteres pueden informar predominantemente un determinado acto administrativo³⁰.

VII. ELEMENTOS REGLADOS DEL ACTO Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Teniendo en cuenta que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa, corresponde ahora señalar cuáles son esos elementos reglados, según los criterios jurisprudenciales.

En este sentido, en el precedente “Consejo de Presidencia...” de la Corte Suprema se indica que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a *la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto*, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia”³¹ (énfasis agregado).

29 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 16/04/1998, “Marengo, Guillermo, J. c/ Estado Nacional - Ministerio de Acción Social y Salud Pública s/empleo público”, Causa 7576/91 (JA, 2001-IV, síntesis y *La Ley online*); Sala II, 11/08/2005, “Marassi, Julio Carlos c. Ministerio del Interior”, LL, 2005-F, 228; 06/10/2005, “Vitagliano Rochaix, María T. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, JA, 2005-IV-200.

30 SCBA, 25/10/1999, “P. de Q., M. S. c. Municipalidad de Morón”, LL, 2000-A, 110. Ver también C. Cont. y Trib. CABA, Sala II, 12/10/2001, “G., C. A. c. S.E. (G.C.B.A.)”, LL, 2002-C, 2.

31 Conf. considerando 10.

Esta doctrina se mantiene en los casos “González, Alejandro Daniel”³² y “Solá”, ya citado, en los que se reitera que los elementos reglados del acto son la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, a los que se agrega, como otro criterio de control, el examen de la razonabilidad de la decisión.

En estos supuestos, es evidente que el juez deberá establecer el grado de cumplimiento de los requerimientos normativos que exige de una conducta administrativa predeterminada en forma concreta. Estos elementos reglados del acto deben resistir el examen jurisdiccional pleno y su ausencia o la afectación de vicios graves impondrán la nulidad del acto sujeto a revisión³³.

VIII. DE LOS ELEMENTOS EN PARTICULAR

Tal como se indicó, el primero de los elementos reglados que aparece en los actos administrativos, aun en los dictados en ejercicio de facultades discrecionales, es la competencia. Admitido que la discrecionalidad no es sinónimo de ausencia de norma, sino que, por el contrario, es el ordenamiento el que determina su existencia, se advierte rápidamente que el aspecto competencial, es decir aquello que el órgano puede hacer o no hacer, siempre está determinado por la ley o por una norma.

Al aplicar este criterio de control, la Corte Suprema ha destacado que en el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita³⁴.

Parece, entonces, que la competencia constituye un elemento reglado del acto que habilita a su control judicial sin mayores inconvenientes³⁵.

El examen de la existencia de causa válida en el acto es otro de los elementos reglados que utilizan los tribunales para ejercitar el control judicial de los actos dictados por la Administración. En este caso, cabe señalar que el criterio que permite ingresar al examen de esta cuestión es aquel que indica que la

32 CSJN, Fallos: 325:3435.

33 COMADIRA, op. cit.

34 CSJN, 11/07/2007, “Althabe, Sofía y otros c/ IUNA - resol. 758/99 y 64/2000”, Fallos: 330:2992; y 03/06/2008, “Tomasella, Hemilse María I. c/ resolución 359/00 del Consejo Superior de la U.N.N.E. s/recurso de apelación art. 32 de la ley 24.521”, Fallos: 331:1382-. El mismo criterio ya se había adelantado en la causa “Ángel Estrada”, Fallos: 328:651, voto del juez BELLUSCIO y disidencia parcial de la jueza ARGIBAY.

35 Conviene señalar, no obstante, que se ha planteado el interrogante de si en algunos casos la competencia –pese a tener que estar determinada por el ordenamiento– no es un elemento discrecional. En concreto, cuando la ley permite al órgano ejercer o no ejercer las competencias asignadas (ver BALBÍN, op. cit. p. 502).

circunstancia de que la administración obre en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo para actuar arbitrariamente o para omitir los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la Ley 19.549³⁶.

De tal manera que, aun cuando la Administración alegue haber ejercido una facultad de tipo discrecional, será posible verificar la existencia de causa válida en el acto sometido a enjuiciamiento.

Por aplicación de este criterio, el Alto Tribunal descalificó un acto del Poder Ejecutivo que dispuso dejar cesantes a los fiscales adjuntos de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, porque la “mala conducta” que la Ley 21.383 contemplaba como causal de remoción de aquellos funcionarios no se probó sino que, por el contrario, como resultado de un sumario administrativo que se les había seguido se concluyó que correspondía eximirlos de toda responsabilidad de los cargos que se les imputaban, al mismo tiempo que la Administración también había considerado que la conducta de aquéllos había importado el cumplimiento de un deber. En tales condiciones, el acto administrativo que, luego de clausurado el sumario, dejó cesantes a los actores estaba afectado por un vicio grave de causa que lo invalidaba³⁷.

En materia de empleo público, cuando se cuestionaba la decisión de la Administración de no confirmar en el cargo a un agente antes del vencimiento del plazo de prueba que contempla la legislación, se indicó que no se puede sostener válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba eximan al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto exige la Ley 19.549. Desde esta posición, entonces, se analizaron judicialmente los elementos reglados del acto sometido a control y se concluyó que aquél estaba afectado en su causa, porque se comprobó que el acto no fue dictado por falta de idoneidad del agente para desempeñar el cargo –causal que prevé la ley para que la autoridad administrativa pueda cancelar la designación durante el período de prueba– o con motivo de una eventual reestructuración administrativa³⁸.

Con todo, cabe señalar que constatar la existencia de causa válida del acto administrativo, en sus elementos de hecho, en algunas ocasiones se puede superponer con otro de los criterios utilizados para fiscalizar las decisiones discrecionales, cual es la teoría del control de los hechos determinantes, que enseña que

36 CSJN, Fallos: 320:2509, considerando 9, op. cit.; 321:1970 (voto de los jueces NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR, LÓPEZ y VÁZQUEZ).

37 CSJN, Causa “Solá”, op. cit. Cabe recordar que la Ley 21.383 fue derogada por el artículo 76 de la Ley 24.946. El mismo criterio se aplicó en el caso “Cedale y otros”, Fallos: 321:1970.

38 CSJN, 08/04/2008, “Schneiderman, Ernesto Horacio c/Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, Fallos: 331:735, *LL*, 2008-C, 650.

la existencia o no de los hechos alegados para adoptar la decisión administrativa siempre es revisable judicialmente y que, por lo tanto, no se deben confundir poderes discrecionales con la prueba de los supuestos fácticos que constituyen la causa del acto y que, para otorgarle validez, deben cumplir los requisitos del artículo 7, inciso *b*), de la Ley 19.549³⁹.

Ya hemos señalado que la forma es otro de los elementos reglados del acto administrativo respecto de los cuales los jueces ejercen un control pleno de legalidad. No obstante, a fin de presentar los precedentes que existen al respecto, conviene recordar la distinción entre *forma* y *formalidades* del acto administrativo. La primera es la que rige la expresión o exteriorización de la voluntad al momento de la emisión del acto, mientras que la segunda hace referencia a los requisitos que se deben cumplir para dictar el acto, ya sean anteriores o concomitantes a su emisión⁴⁰.

Pues bien, los casos judiciales muestran que, al momento de evaluar los aspectos reglados que existen en los actos administrativos, los tribunales se ocupan de verificar que éstos cuenten con motivación suficiente y también que se hayan cumplido los procedimientos previos a su emisión.

En cuanto a la exigencia de motivación del acto administrativo, conviene recordar la doctrina de la Corte Suprema 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, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo⁴¹.

No obstante, también es preciso señalar que en la jurisprudencia del Alto Tribunal se registran casos en los que se exigió una motivación mínima –por ejemplo, la sola mención de la norma legal se consideró suficiente–, mientras

39 En tal sentido, se ha señalado que la revisión judicial debe llegar hasta las entrañas mismas de los hechos, pues de su existencia o veracidad, representada mediante el elemento causa, dependerá la validez del acto (Conf. TAWIL, GUIDO S., “El alcance del control judicial: principales problemas que plantea” en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 485-538, en especial p. 493). En algún caso lejano, la Corte Suprema resolvió que los tribunales no están habilitados para juzgar consideraciones de oportunidad o *apreciaciones fácticas* y sustituir la decisión administrativa (Fallos: 304:721).

40 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 3ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 301 y ss. La Ley 19.549 exige que antes de la emisión del acto administrativo se deben cumplir los procedimientos esenciales y sustanciales y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. También dispone que el acto deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo (artículo 7, incisos *d*, y *e*, respectivamente).

41 CSJN, Fallos: 324:1860 y 329:4577, entre otros.

que en otros se realizó un escrutinio más profundo y se requirió la explicación concreta de las razones que indujeron a la Administración a dictar el acto.

Así, en materia de empleo público consideró que la mera referencia a “razones de servicio” que invocó la Administración para separar a un agente del ejercicio de las funciones de conducción que se le habían asignado, no importaba contradecir la necesidad de fundamentación que imponen los artículos 1, inciso *f*), ap. 3, y 7, inciso *e*), de la Ley 19.549, ya que –dijo– ese recaudo esencial del acto administrativo no puede desvincularse de la amplitud de facultades ejercidas por la Administración para remover a sus agentes bajo el imperio de la ley que regía el caso⁴².

Por otra parte, corresponde destacar que otros tribunales, al expedirse sobre la misma materia, han señalado que la mera invocación de razones de servicio no configura la manifestación implícita de las razones fundadas, ya que la necesidad de que los afectados en sus derechos y los jueces cuenten con los datos indispensables para examinar la legitimidad y razonabilidad de los actos administrativos impone que en el ejercicio de sus facultades discrecionales los órganos administrativos satisfagan, con mayor razón aún, el imperativo de una motivación suficiente y adecuada de sus decisiones. La violación de este requisito justifica, por ende, declarar la invalidez de las resoluciones cuestionadas⁴³.

Más cercano en el tiempo, en cambio, el Máximo Tribunal entendió que la Administración debió motivar el acto por el cual dispuso cancelar la designación de un agente durante el período de prueba y ante la ausencia de este requisito descalificó el acto sujeto a revisión⁴⁴.

Por aplicación de esta doctrina, también descalificó un acto administrativo –que había puesto fin anticipadamente a la designación de un agente en un cargo de mayor jerarquía–, al entender que la Administración había alegado genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, cuando, en el caso, para motivar aquella medida debió evaluar de modo expreso y en forma exhaustiva la idoneidad personal y profesional del interesado. En su

42 CSJN, 7/07/1988, “Piaggio de Valero, María Elena c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 311:1206, y 2/04/98; “Gómez, Jorge Miguel c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 321:703. El mismo criterio aplicó la mayoría del Tribunal en la causa “González Vilar”, Fallos: 314:625, aunque cabe recordar que, en disidencia, se indicó que “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 principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos”.

43 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 18/10/1995, “Gallo, Jorge Eduardo c/ M° S.A.S. s/ empleo público”, Causa 13.409/93. En el mismo sentido, Sala I, causa “Marengo”, op. cit.

44 CSJN, causa “Schnaiderman”, op. cit.

decisión, la Corte Suprema aclaró que esta exigencia no podía ser obviada por la invocación de actuar en ejercicio de facultades discrecionales, pues no se debe confundir discrecionalidad con actuación irrazonable⁴⁵.

En materia de sanciones disciplinarias se declaró la nulidad judicial de una decisión administrativa porque se había limitado a describir los cargos que se le formularon al agente y luego, en la parte resolutive, se dispuso su exoneración, sin indicar las normas que aquél presuntamente había violado. En esa oportunidad, se indicó que la omisión de motivar el acto impedía al agente conocer cuáles reglas de derecho se le adjudicaban en términos de infracción disciplinaria reprochable y cuáles fueron las que sustentaron la sanción. Así, se consideró que la subsunción de la conducta imputada en alguna o algunas de las normas relativas a las faltas disciplinarias es un requisito esencial del acto sancionatorio, en la medida en que permite al agente público ejercer su derecho de defensa en sede administrativa, al mismo tiempo que es una guía o punto de referencia básico, para que el órgano judicial ejerza el control de la juridicidad de la conducta de la autoridad⁴⁶.

Con relación a los procedimientos previos a la emisión del acto, el examen de los precedentes judiciales muestra que los tribunales también ingresan al control de este aspecto del acto, aun cuando se alegue que se trata de facultades discrecionales para adoptar la decisión y, desde esta perspectiva, se han anulado decisiones que no respetaron aquel requisito de validez de los actos administrativos.

En materia de aplicación de sanciones, la jurisprudencia del Alto Tribunal exige que se respete en debida forma el derecho de defensa del particular y, al respecto, ha señalado que aun cuando en la instrucción del sumario pueda obrarse en ejercicio de facultades discrecionales, ello no autoriza al órgano administrativo a prescindir de las normas que hacen al debido proceso, pues la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también a los supuestos en que la Administración impone sanciones⁴⁷.

En concreto y por aplicación de estos principios, se declaró la nulidad de un acto administrativo cuando se comprobó que el administrado no pudo ejercer el derecho de defensa en forma previa a que la Administración adopte una medida expulsiva de un establecimiento educativo⁴⁸, o cuando no se instruyó el

45 CSJN, 27/12/2011, "Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/c/ EN - Sindicatura General de la Nación - resol. 58/03 459/03 s/empleo público", Fallos: 334:1909.

46 SCBA, 30/08/2006, "S., M. H. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa", *LLBA*, 2006, 1331, B. 57.995. En el mismo sentido de declarar la nulidad de un acto administrativo por falta de motivación por omitir citar de manera textual o al menos completa la norma jurídica que le daba sustento, ver STJ de Chubut, 05/02/2008, "Papaiani, Alejandro Omar c/ Instituto de Asistencia Social de la Provincia del Chubut", *LL Patagonia*, junio de 2008, 248.

47 CSJN, causa "Ferrer Deheza", Fallos: 295:726.

48 C. Cont. y Trib. CABA, Sala II, 12/10/2001, "G., C. A. c. S.E. (G.C.B.A.)", *LL*, 2002-C, 2.

correspondiente sumario administrativo, con apego a las reglas del debido proceso previstas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, para separar del cargo a funcionarios que debían permanecer en su empleo mientras durara “su buena conducta y capacidad”, según lo establecía la ley que regía el caso⁴⁹.

Finalmente, corresponde analizar algunos casos en los que los tribunales evaluaron si los actos administrativos cuestionados en sede judicial cumplían el requisito de finalidad o si, por el contrario, habían sido dictados con desviación de poder.

Uno de los más importantes en esta materia es el precedente “Consejo de Presidencia...”, ya citado. En esa oportunidad, luego de sentar doctrina sobre el carácter mixto de los actos, el Tribunal indicó: “... admitiendo el control de los elementos reglados en actos donde se ejercitan potestades discrecionales, tal como ocurre con aquel frente al que se persigue la protección judicial en el sub examine, cabe examinar si –como señala el a quo– se ha acreditado debidamente la existencia de los vicios de causa y –desviación de poder– (defecto en la finalidad del acto administrativo) denunciados por los actores...”, para concluir que en ese caso no se había probado tal defecto y, por lo tanto, rechazó el amparo⁵⁰.

No obstante el resultado concreto de dicha causa, conviene retener que la Corte Suprema dio algunas pautas para analizar cuándo se produce y cómo se prueba este vicio y ello es muy importante, atento a la naturaleza eminentemente subjetiva del vicio de desviación de poder, que exige un esfuerzo para su acreditación. Al respecto, aquélla señaló que ello se puede lograr por vía de presunciones, en tanto condicionamientos mayores se traducirían en una verdadera “prueba diabólica”⁵¹.

En punto al vicio de desviación de poder, sobre la base de las constancias de la causa, en un caso se resolvió que el acto administrativo que invocaba razones de servicio para desplazar a un agente de su puesto, ocultaba otra finalidad⁵² y,

49 CSJN, causa “Cedale y otros”, op. cit. No obstante, cabe señalar que en algún caso se declaró la validez del acto administrativo por el cual se dispuso el pase a retiro obligatorio de un agente policial por razones de servicio, aunque no se habían cumplido con los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la intervención de la Junta de Calificaciones y la necesaria propuesta del Jefe de la Policía, previo a la adopción de dicha medida, puesto que ello aconteció como consecuencia de una excepcional y grave situación fáctica que hizo imposible seguir el procedimiento legalmente establecido (TSJ de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 31/03/2009, “González, Walter Manuel c/ Provincia de Córdoba”, *LLC*, agosto de 2009, 731).

50 Conf. considerando 12 y concordantes.

51 Conf. considerando 13. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 11/04/1997, “Edelmann, Wilfredo c/ Ministerio de Defensa”, *LL*, 1997-F, 713.

52 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 31/08/1994, “Ambros, Alfredo J. c. Instituto Nac. de Tecnología Agropecuaria”, *LL*, 1995-B, 219. En igual sentido, en otro caso, luego de examinar las normas que aplicables, se dijo: “... cualquier finalidad que pudiere ser considerada como que responde a superiores razones de interés público (...) hubiera validado la prescindibilidad del actor.

en materia de sanciones, la Corte Suprema confirmó una sentencia que redujo la multa impuesta por entender que el valor indiciario del buque sería superado por el *quantum* de la sanción, ya que –dijo– el control jurisdiccional de la disposición aplicable había versado sobre aspectos reglados, que hacen a la proporcionalidad entre la medida y la finalidad de prevención y punición de la ley, y no sobre razones de oportunidad y mérito. En tales condiciones, el Tribunal consideró que la corrección judicial del exceso en la punición no desvirtuaba la recta interpretación de la ley federal que regía el caso ni descalificaba por arbitrariedad la sentencia de la instancia anterior⁵³.

IX. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL

Hemos visto que los elementos reglados de los actos administrativos deben resistir el examen jurisdiccional pleno y que esto no implica controlar la discrecionalidad en sí misma, sino, en todo caso, realizar el control de aspectos jurídicamente reglados de la decisión discrecional⁵⁴.

Así, cuando aquellos elementos no existan o se encuentren seria y gravemente afectados, el juez puede declarar la nulidad del acto sujeto a revisión.

Otra cuestión es si el juez puede sustituir la decisión que tomó la Administración. En principio, cuando la conducta está tasada o predeterminada legalmente, de modo que no existe otra posibilidad, la decisión del juez no sustituye al criterio del órgano administrativo, sino que se limita a aplicar la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico⁵⁵. Al respecto, se ha dicho que ello es así porque el acto posible es sólo uno en el marco de la ley y del ordenamiento jurídico⁵⁶.

Distinta es la situación cuando, superado el control de los elementos reglados, subsisten aspectos discrecionales en el acto sujeto a revisión. En tal caso, aun cuando se declare la nulidad del acto por transgresión a los límites jurídicos

Sin embargo, lo que precisamente no surge de autos es que realmente la prescindibilidad del actor encuentre su causa en una real razón de interés público, ya que su cargo no sólo que no fue suprimido –lo que impide considerar que con su prescindibilidad se haya buscado un ahorro presupuestario–, sino que fue cubierto por otro agente que fue designado sin concurso –lo que obsta a que la medida haya respondido a la finalidad depurativa de que hablé anteriormente, y el demandado no ha concretado en momento alguno la concreta razón de servicio por la que el accionante fue dado de baja” (Sala I, causa “Marengo”, op. cit.).

53 CSJN, 24/11/98, “Demchenko, Iván c/ Prefectura Naval Argentina -DPSJ 3/96- s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 321:3103. En Fallos: 329:3617 el Tribunal entendió que había falta de proporción de medio a fin entre las medidas que dicho acto involucraba (sanción de cesantía) y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al ministro la potestad disciplinaria sobre el personal del servicio exterior de la Nación.

54 Conf. COMADIRA, op. cit.

55 Como ejemplo de esta situación, se ha señalado el encuadre de un infortunio ocurrido en y por acto de servicio de un agente policial (ver COVIELLO, op. cit. p. 647).

56 BALBÍN, op. cit. p. 520.

de ese tipo de facultades, el juez no podrá sustituir a la Administración, porque la decisión estatal plausible no es una, sino dos o más.

En tal sentido, la Corte Suprema reiteradamente ha dicho que: “El Poder Judicial, al comprobar la existencia del vicio de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración, sin obligar a la administración a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de los poderes del Estado”⁵⁷.

No obstante lo expuesto, también cabe recordar que en algunos casos es posible que el juez modifique el acto administrativo sujeto a revisión. Ello sucede, por ejemplo, en materia sancionatoria para reducir el monto de la sanción⁵⁸.

Los tribunales han adoptado esta decisión cuando la Administración no explicó en forma fundada las razones por las que impuso un determinado monto que aparece como desproporcionado, o con falta de apoyo en las constancias de la causa (v. gr. ausencia de antecedentes)⁵⁹. Del mismo modo sucede cuando la sentencia condena al pago de una indemnización o a dar una suma de dinero, en el supuesto que la Administración no la cumpla voluntariamente. En estos casos, se ha destacado en doctrina, es evidente que hay, de algún modo, una suerte de sustitución del acto que la Administración ha dictado o no quiere dictar⁶⁰.

57 CSJN, causas “Orías”, Fallos: 317:40 y “Buttice”, Fallos: 329:5368. En el caso de impugnación de decisiones militares, ha resuelto que “no son los jueces los que pueden evaluar las aptitudes adecuadas para una determinada situación de revista dentro de la institución, ni los encargados de sustituir el criterio de sus órganos propios integrados por sus más altas jerarquías y establecidos con ese fin único y específico” (Fallos: 311:1191).

58 Ver, en tal sentido, el precedente “Demchenko”, op. cit. En materia de sanciones disciplinarias a los agentes judiciales, en algunos casos la Corte Suprema redujo la sanción, al tomar en cuenta los antecedentes del funcionario y el modo en que sucedieron los hechos que dieron origen a la sanción (Conf. Fallos: 314:642 y 323:3671). En algún caso, en disidencia, se señaló que “no corresponde que la Corte modifique la cuantía de las multas fijadas dentro de los límites del art. 10 de la ley 17.811 (reformado por la ley 24.241), ya que la graduación de las sanciones pertenece, en principio, al ámbito de las facultades de la Comisión Nacional de Valores y sólo son revisables por la justicia en los supuestos de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta” (Fallos: 324:3083, disidencia de los jueces NAZARENO y BOGGIANO).

59 Así sucedió en materia de multas por infracciones a las Leyes de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial (Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 24/02/2015, “Wal Mart Argentina SRL c/ DNCI s/ Lealtad Comercial-Ley 22.802-art. 22”; en el caso se consideró que la multa era desproporcionada y se la redujo a la mitad, teniendo en cuenta la magnitud de la falta, pues se constataron cuatro productos en infracción del total de las mercaderías comercializadas en el supermercado).

60 Ampliar en CASSAGNE, *El principio...*, op. cit. p. 214, que también trae a colación un precedente del Tribunal Supremo español de 1991 que anuló la adjudicación de un contrato administrativo y dispuso judicialmente que el contrato se adjudicara al demandante, así como las reacciones favorables y en contra de la doctrina (ps. 214-215).

X. CONCLUSIONES

El principio de legalidad que rige el obrar administrativo exige la plena sumisión al ordenamiento jurídico y determina que éste asigne potestades a la Administración de modos diferentes. En algunos casos, en forma reglada y en otros de manera discrecional; ello trae como consecuencia que el ejercicio que aquélla haga de tales poderes será controlado de distinta manera por los órganos judiciales, pero de ningún modo implica que, por la mera presencia de potestades discrecionales, el acto quedará exento de control judicial.

En este sentido, el reconocimiento expreso por parte de nuestros tribunales –y en especial de la Corte Suprema– de que existen actos mixtos, con elementos reglados y aspectos de carácter discrecional, es un gran avance para posibilitar su control judicial. Del mismo modo, la admisión de que el ejercicio de las potestades discrecionales comienza con el examen de los aspectos reglados de los actos administrativos, no sólo contribuye a mejorar aquel control sino que también asegura el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares que garantiza la Constitución Nacional.

Es cierto que el control de los elementos reglados de los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales fue el primero de una larga serie de mecanismos desarrollados por la doctrina para controlar judicialmente la actividad administrativa, así como que en la actualidad hay otros métodos que coadyuvan a esta finalidad, tal vez, de manera más sofisticada (v. gr. control de hechos determinantes, por medio de los principios generales del Derecho o mediante los conceptos jurídicos indeterminados, entre otros).

Sin embargo, pensamos que ello no obsta a la vigencia de aquel tipo de control ni a su efectiva aplicación, tal como se comprueba con los precedentes judiciales que hemos señalado.

Es que, en definitiva, lo relevante en esta materia es tener claro que la actividad administrativa está sujeta al ordenamiento jurídico y que existen criterios o técnicas que permiten al particular acudir ante los jueces en procura de amparo judicial cuando considere que los actos que dictan los órganos administrativos vulneran sus derechos. Desde esa perspectiva, el control de los elementos reglados de los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales sigue reportando utilidad en la tarea de garantizar el pleno respeto del principio de legalidad del accionar administrativo.

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